
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Ramiro Ávila Santamaría

Introducción. 1. Los derechos sociales en los Estados Unidos. 2. La Corte Warren y el movimiento de derechos civiles. 3. El caso *Brown v. Board of Education* y el derecho a la educación. 4. Los avatares de los derechos sociales por medio de la cláusula “igual protección de la ley”: 4.1. Expansión de derechos. 4.2. Restricción de derechos. 5. La lucha por los significados y el legado de la Corte Warren. Bibliografía.

Introducción

La Corte Suprema de los Estados Unidos, desde el caso *Marbury contra Madison*, en 1803, asumió la competencia de controlar constitucionalmente los actos del poder público. Desde ahí se tiene una imagen de una Corte poderosa, ejemplar, progresista, sabia, respetable, única, digna de ser emulada. También, después de la expedición de uno de los más famosos precedentes, considerado como el más importante caso en la historia de la Corte¹, el caso *Brown versus Board of Education*, se tiene la idea de que los derechos sociales han tenido cabida en las decisiones de la Corte. Finalmente, se cree que por

1 Melvin Urofsky, “Racial discrimination and preference” en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition, 1999, pp. 182.

el mentado *american dream*, en los Estados Unidos, país sin duda de los más ricos del mundo, se tienen todos los derechos sociales satisfechos. La verdad es que, si uno se acerca un poco a la realidad de la Corte y de los Estados Unidos, hay más mitos que verdades.

En primer lugar, la Corte a lo largo de la historia ha sido –como la denominó Jefferson²– la rama más débil comparándola con la ejecutiva y la legislativa, por no tener el control sobre la fuerza ni disponer directamente recursos del estado³. En segundo lugar, los derechos sociales en los Estados Unidos no tienen reconocimiento legislativo ni tampoco han merecido la atención sostenida y coherente de las Cortes; los casos sobre derechos sociales, exigidos por medio de lo que se denomina como enfoque indirecto (utilización de normas procesales para proteger los derechos sociales⁴), han invocado la famosa enmienda catorce denominada *Equal protection of law*, y han sido extraordinarios. La excepción que confirma la regla, y que es la que crea el mito, se llama Corte Warren. Finalmente, según se desprende de los informes de Naciones Unidas, en Estados Unidos existen datos sobre violaciones a los derechos sociales que se manifiestan, por ejemplo, en la extrema pobreza de un gran sector de la población y en la falta de acceso de éstos a servicios públicos básicos.

En este ensayo apreciaremos, en el acápite primero sobre los derechos sociales en los Estados Unidos, el panorama general de los derechos sociales y sobre las posibilidades de exigibilidad por medio de la Constitución norteamericana; constataremos, con datos que podrían considerarse suficientes aunque no exhaustivos, que los sistemas de salud, educación, seguro social, vivienda y de otros derechos sociales, no son los más adecuados y que, más bien, arrojan cifras de lo que se podría denominar, desde la perspectiva de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, violaciones a los derechos sociales. En la segunda parte, como una luz en medio de la sombra, destacaremos a la Corte denominada como Warren –por ser el Juez que la encabezaría en su etapa más progresista y sin duda única en la historia de los

2 Hamilton, Alexander, Madison, James and Jay John, *The Federalist*, Barnes & Noble Classics, 2006, N.78, p. 427.

3 Lucas A. Powe Jr, *The Warren Court and american politics*, Belknap Harvard, 2000, p. xi.

4 Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, 2003, p. 216.

Estados Unidos— para judicializar lo que podríamos denominar justicia social. En este acápite hablaremos algo sobre su conformación, su jurisprudencia más relevante y el legado histórico a la jurisprudencia norteamericana. Actualmente podríamos afirmar que lo conseguido por la Corte Warren ha sido práctica y progresivamente dismantelado por las Cortes que le sucedieron. En tercer lugar, analizaremos el caso más importante de la jurisprudencia norteamericana, que ha influido en las políticas públicas y hasta en la vida cotidiana de los Estados Unidos, que es el caso *Brown*. Relataremos los antecedentes, las vinculaciones con los movimientos sociales, los presupuestos de hechos, la sentencia y su impacto político y social. En un cuarto acápite, como para demostrar que la Constitución está íntimamente vinculada, al igual que el Derecho, a la ideología, describiremos los avatares de la interpretación de la cláusula catorce, que en un momento expandió derechos y, en otro, los restringió. Finalmente, como conclusión, resaltaremos los factores que hicieron a la Constitución como un campo de disputa de significados a favor de los derechos sociales.

Lo que pretendemos demostrar en este ensayo es que cuando los jueces asumen un compromiso con los derechos del “buen vivir” y la justicia social, existen los mecanismos y la posibilidad de hacerlo. La Corte Warren sin duda es un ejemplo de corte activista comprometida con los sectores más vulnerables de los Estados Unidos. Su legado jurídico y político no sólo que debe inspirar a los jueces de los Estados Unidos, sino a los jueces de la región y, en particular, a los del Ecuador.

Este ensayo tiene algunas limitaciones, que conviene advertirlas para evitar falsas expectativas. La primera es que, dado que el sistema jurídico norteamericano es complejo, sólo trataremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y no la jurisprudencia de las máximas cortes estatales⁵; tampoco se aborda el tema de los desarrollos legislativos a nivel estadual. La segunda, que también tiene que ver con la abundante jurisprudencia y doctrina sobre la corte producida en los Estados Unidos, es que hemos analizado la jurisprudencia que algunos autores destacan como la más importante y que tiene que ver con la Corte Warren; esto último porque en

5 El sistema judicial norteamericano es, como todo el sistema político, federal. Existen dos sistemas judiciales, uno estatal y otro federal. Cada estado tiene su corte suprema, y los Estados Unidos tiene, a nivel federal y por todo el país, una Corte Suprema.

los años setenta y por obra de las cortes post-warren se cerró la posibilidad de la intervención judicial en políticas públicas bajo interpretaciones conservadoras de la Constitución por parte de la Corte Suprema. Finalmente, analizar y valorar a un país, una Corte y su jurisprudencia, siempre es una labor bastante audaz y riesgosa, en particular cuando se la hace desde fuera de los Estados Unidos y sin ser un especialista sobre el tema; puede, por tanto, existir errores y hasta superficialidades. Pese a ello no quiero desmotivar al lector o lectora. Lo que he investigado y plasmo en este ensayo pretende ser una breve introducción a un sistema que siempre le hemos visto desde lejos, dar luces sobre posibles investigaciones y, sobre todo, demostrar que exigir derechos sociales en circunstancias tan adversas como en los Estados Unidos es posible.

1. Los derechos sociales en los Estados Unidos

Estados Unidos, a propósito de una propuesta de presidente Obama para reformar el sistema de salud⁶, se encuentra debatiendo sobre el problema de la salud pública. Obama afirma que 47 millones de personas que viven en los Estados Unidos no tienen cobertura alguna en salud, que 14 000 personas, por lo elevado de los costos de cobertura de salud privada, dejan de tener protección diariamente, que los seguros privados, cuando la enfermedad es grave y costosa, no cubren los gastos necesarios, como tampoco cubren los gastos de salud preventiva⁷. El Presidente norteamericano sostiene, además, que este problema, junto con los problemas de vivienda, con la poca cantidad —comparando con otros países— de personas graduadas en el sistema de edu-

6 New York Times, “Obama fifth news conference” (transcript), 22 de julio 2009, Internet, http://www.nytimes.com/2009/07/22/us/politics/22obama.transcript.html?_r=1, Acceso: 23 julio 2009. Obama sostiene que de los impuestos pagados, las dos terceras partes se van en cubrir los gastos de la salud privada y que esto hace que la salud sea la más cara y no necesariamente la mejor en comparación con muchos países, que con menos dinero tienen más calidad. Los impuestos, en suma, no están rindiendo de forma adecuada.

7 El problema de salud, desde otra perspectiva, ha sido analizado por Michael Moore, en su documental *Sicko*, que concuerda con el diagnóstico realizado por el Presidente. Sobre más testimonios con relación a lo denunciado por Moore en cuanto a las deficiencias del sistema de salud, véase <http://www.michaelmoore.com/sicko/blog/>, Acceso: 23 julio 2009.

cación, la falta de trabajo y los déficit de cobertura en los seguros de desempleo, está afectando a la economía del país, y que, simplemente, los Estados Unidos no están listos para ser un país competitivo en el siglo XXI y que una reforma en el sistema de salud es central en su gobierno.

No quiero abundar con datos, que siempre son aburridos, particularmente para juristas no habituados a los números, pero sólo quiero mencionar algunos para demostrar que en derechos humanos un gran grupo de gente no vive su “sueño americano”. Usaré, por considerar que tienen autoridad e imparcialidad, algunos datos producidos en sede de Naciones Unidas sobre los Estados Unidos⁸. Argun Sengupta, experto independiente sobre extrema pobreza, en su informe remitido a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁹, afirma que los índices de pobreza y extrema pobreza son altos comparados con otros estados ricos; por señalar un par de cifras: aproximadamente el 30% de la población afroamericana vive en barrios en los que están excluidos de gozar condiciones adecuadas de vivienda, educación, salud, trabajo y transporte; 38,2 millones de personas viven en condiciones de inseguridad alimentaria; se estima que existen 3,5 millones de personas que no tienen casa ni familia (*homeless*)... las cifras podrían continuar, pero me detengo con una historia de vida, recogida por el mismo experto, que sintetiza la vida y las dificultades por las que atraviesan muchas personas en los Estados Unidos:

Soy Jean Rice, un ciudadano americano, nacido en 1939 en Carolina del Norte... soy una de las millones de personas residentes en Estados Unidos que estamos en lo más bajo desde hace 25 años... estamos en un estado de sitio que es como vivir un terrorismo doméstico. Para sobrevivir, recojo latas, pero sólo para sobrevivir, que es mi ingreso actual, todavía con ese ingreso no puedo alcanzar a satisfacer el costo de mis necesidades básicas, como tener una vivienda... Ser un homeless significa que uno está forzado a llevar una vida de sobrevivencia como dormir

8 Todos los informes producidos por diferentes agencias relacionados a los derechos humanos en los Estados Unidos se los encuentra en <http://www.ohchr.org/SP/Countries/ENACARegion/Pages/USIndex.aspx>.

9 Sengupta, Argun, experto independiente sobre Derechos Humanos y pobreza, “Reporte sobre la misión a los Estados Unidos entre el 24 de octubre y 4 de noviembre del 2005”, presentado el 26 de marzo del 2006, Internet, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/122/70/PDF/G0612270.pdf?OpenElement>, Acceso: 23 julio 2009.

en espacios públicos y usar los baños públicos. Algunos actos, que quienes no son homeless lo hacen con impunidad, como beber en espacios públicos, es un factor de criminalización... Usualmente recojo latas y gané 12 dólares al día... busco alimentos en la basura y duermo entre cartones. El peor escenario es cuando soy victimizado por la policía que, arbitrariamente, confisca mis latas, mi trabajo y me arresta... entonces estoy excluido de vivienda, trabajo y de votar.

Una de las situaciones que más me han llamado la atención de los Estados Unidos, en el verano, era ver personas que “vivían” en las bancas de los parques. Resultaba chocante estudiar en una de las universidades con mayores recursos económicos, en medio de tanta pobreza¹⁰. Podría continuar con los datos y seguir mencionando las terribles circunstancias de vida de los inmigrantes, de las cárceles, de los barrios marginales y hasta de las películas que esto reflejan. Por estas razones, se podría afirmar que “la democracia constitucional es realmente imposible aquí, como en cualquier otro lugar, sin que se pongan límites a la privación de derechos sociales y económicos... los básicos preceptos constitucionales son un engaño cuando permite tales inequidades salvajes como en los Estados Unidos”¹¹.

Ahora bien, dicho lo anterior que pretendía desmitificar el *american dream*, volvamos con el derecho. Las violaciones a los derechos humanos, como las descritas, se enfrentan desde dos perspectivas: la una estatal, mediante (1) la adopción de normas jurídicas, (2) definición y aplicación de políticas públicas, y (3) la justiciabilidad judicial; la otra social, por medio de los movimientos de derechos humanos, que contribuyen directamente a satisfacer derechos o promover un rol efectivo de parte del estado. Veamos la perspectiva estatal.

10 Columbia University está localizada en un barrio llamado Morningside Highs, que algún día fue Harlem; de hecho limita con Harlem y ahí uno puede ver, sólo cruzando calles, los grandes contrastes entre riqueza y pobreza, ninguna diferencia a lo que estamos acostumbrados a ver en nuestras ciudades latinoamericanas. Los *homeless* estaban en todas las bancas del East River Park. De igual modo, y quizá más dramático, chocaba ver *homeless* durmiendo en los puentes de la ciudad de Austin.

11 Forbath, William E., “Social and economic rights in the american grain”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 56 (traducción libre).

(1) En cuanto a las normas jurídicas adoptadas por los Estados Unidos, a nivel federal, la Constitución de dicho país no reconoce los derechos sociales explícitamente en ninguna de sus enmiendas. Se sostiene que los “padres fundadores” de los Estados Unidos –al igual que todos los revolucionarios liberales del siglo XVIII– sólo se preocuparon de los derechos que tenían relación con sus necesidades para su sobrevivencia y que estaban relacionados con la libertad de contratación y con la propiedad¹². Este régimen liberal se reeditó a principios del siglo XX, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que la propiedad y la libertad de contrato eran tan importantes que cualquier ley social (ley que protegía salud de panaderos) lo cual era una interferencia irracional, innecesaria y arbitraria en la libertad de comercio (*Lochner era*)¹³.

Las necesidades de sociedades urbanas e industrializadas hacían necesario una actualización en las enmiendas. El presidente Truman, en 1954, intentó hacer una enmienda –que jamás se ha realizado– para introducir los derechos sociales, en particular el derecho a una atención en salud y a una protección adecuada de las personas adultas, enfermas, desempleadas, que se denominó “*Economic bill of rights*”, y que no tuvo éxito alguno. Sin embargo, se aprobaron importantes leyes, como el *Social Security Act*.

Si nos referimos a los compromisos internacionales, Estados Unidos es famoso por no comprometerse internacionalmente mediante la ratificación de tratados internacionales¹⁴ y mucho peor de la aceptación de la competencia de organismos internacionales para la supervisión de compromisos. Como es fácil deducir, Estados Unidos no ha ratificado el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)¹⁵.

(2) Con relación a las políticas públicas para promover los DESC, nos podemos remontar a los años 30, cuando el presidente Franklin D. Roosevelt promovió políticas económicas –que se le denominó el “*New Deal*”–

12 *Ibidem*, p. 55.

13 *Lochner v. New York*, 198 US (1905).

14 Sobre el estado de las ratificaciones de los Estados Unidos a las convenciones de derechos humanos, ver <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/newbstatusbycountry?OpenView&Start=1&Count=250&Expand=187#187>, Acceso: 23 julio 2009.

15 Estados Unidos suscribió el Pacto el 5 de octubre de 1977.

que se caracterizaron por una intervención notable del estado en la economía para superar la crisis de 1929; y a las políticas implementadas por el presidente Lyndon Johnson, que declaró la guerra contra la pobreza, afirmando que ésta es un síntoma que se produce por la falta de educación, formación, atención médica, vivienda, de comunidades decentes en donde vivir y criar a los niños y niñas. Actualmente existen numerosos programas y políticas para garantizar los DESC¹⁶, que se caracterizan por no tener una cobertura universal y por ser subsidiarios a la cobertura dada por el sector privado. En palabras de un tratadista, el sistema de seguridad social es miserable, racializado y diseñado para asistir a pobres¹⁷.

(3) Finalmente –y es la intervención estatal que nos interesa en este libro y este ensayo– la judiciabilidad de los DESC. Mencionamos que existen dificultades reales para que esto suceda en los Estados Unidos porque no existen derechos sociales formal y positivamente reconocidos. Esta dificultad se superaría por la estrategia de litigación que se denomina indirecta, que requiere de juezas y jueces creativas, activistas y comprometidas. Nos detendremos un instante en esta litigación indirecta. Esto quiere decir que, cuando no existen derechos reconocidos o cuando, estando reconocidos, no son aceptados por las juezas y jueces como justiciables, se tiene que hacer un esfuerzo por integrar el contenido de los derechos sociales en los derechos civiles; por ejemplo, en lugar de invocar directamente el derecho a la salud, recurrir al derecho a la vida, o el debido proceso en lugar de la educación, o la prohibición de no discriminación por la seguridad social. Esto es precisamente lo que sucedió una época en los Estados Unidos y que, lamentablemente, ha

16 Argun Sengupta, experto independiente sobre Derechos Humanos y pobreza, Reporte sobre la misión a los Estados Unidos, E/CN.4/2006/43/Add.1, pp. 7 y ss. Existen, según el informe del experto, 80 programas oficiales, a los que se puede acceder si se cumplen determinados requisitos de admisión. Entre los programas se puede mencionar: asistencia para familias necesitadas, programas de crédito, suplemento de ingresos para seguridad, programas de alimentación, suplementos de nutrición para mujeres y niños, ayuda médica federal y estatal, aseguramiento de salud para niños y niñas, programa habitacional para personas muy pobres. Entre los múltiples programas existentes, con coberturas no universales, resulta difícil comprender y aplicar para uno de éstos, según observa el experto de ONU (párrafo 21).

17 Forbath, William E., “Social and economic rights in the american grain”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 58.

dejado de acontecer desde los años setenta hasta nuestros días. En los Estados Unidos se logró, al menos en un período destacable de su historia judicial, exigir derechos sociales mediante la enmienda catorce, que trata sobre la protección de la igualdad, conocida como *equal protection of law*. En lo que sigue, para demostrar la posibilidad de jueces activistas en contextos adversos, trataremos sobre la Corte Warren en primer término y, luego, el caso considerado como el más importante e incontrovertible de la Corte Suprema: el caso *Brown*.

2. La Corte Warren y el movimiento de derechos civiles

La Corte Warren, que ha sido reconocida como aquella que inició “un único y revolucionario capítulo en la historia constitucional americana (...) y que transformó la doctrina americana constitucional y, además, afectó profundamente a la sociedad americana”¹⁸, tuvo dieciséis años de influencia, entre 1953 y 1969, y toma este nombre por su presidente, Earl Warren. Para nosotros esta corte representa el ejemplo de lo que podría ser una corte activista, en el sentido de impulsar la exigibilidad de derechos sociales.

Se puede afirmar que los jueces no son seres ajenos a la sociedad ni a la historia. Hay jueces que tienen la sensibilidad y la sabiduría para adaptarse a los contextos históricos y a las luchas sociales. La Corte Warren fue de aquellas que pudo sintonizar con el movimiento de derechos civiles.

Se considera, por otro lado, que el movimiento de derechos civiles comienza públicamente cuando en 1955 Rosa Parks se rehusó a ubicarse en la sección de negros en un bus de transporte público en Montgomery, Alabama. El movimiento liderado por Martin Luther King logra conquistas significativas, como la concentración masiva en Washington cuando pronunció su famoso discurso denominado “I have a dream” y la expedición, en 1964, de la ley sobre derechos civiles; en 1965, la ley sobre el derecho al voto, y en 1968, la ley sobre vivienda justa. Las tácticas del movimiento iban desde tomas pacíficas de espacios públicos hasta movilizaciones en masa, promoviendo el respeto a la Constitución pero la desobediencia a las leyes injustas.

18 Horwitz, Morton J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, Hill and Wang, 1999, p. 3.

Además, sin ser menos importante, comenzaron a realizar lo que ahora llamaríamos litigios estratégicos ante las Cortes. En este punto es donde converge el movimiento de derechos civiles con la Corte Warren.

El primer caso paradigmático resuelto por la Corte y promovido por el movimiento, como se explica en el siguiente acápite, fue el caso *Brown* (1954), por medio del cual se asestó un duro golpe contra la segregación racial. Le siguieron varios casos.

La *National association for the advancement of colored people* (NAACP), una de las organizaciones más importantes en la lucha por los derechos civiles, estaba siendo perseguida por agentes gubernamentales, que tenían listas de sus miembros. En el caso *NAACP v. Alabama* (1958), la Corte Suprema garantizó el libre ejercicio del derecho de asociación de la NAACP y determinó que las listas que mantenían agencias de policía eran ilegales. De igual modo en el caso *Shelton v. Tucker* (1960) estableció que los profesores de instituciones públicas no debían declarar a qué organizaciones pertenecían. En el caso *NAACP v. Button* (1963) se estableció que no era ilegal la motivación que hacía la organización para encontrar gente que quisiese demandar contra el estado.

Uno de los casos más importantes, por ser un precedente sobre la libertad de expresión no sólo en Estados Unidos sino en el mundo entero, tenía que ver también con el movimiento de derechos civiles: el caso *New York Times v. Sullivan* (1964) por el que la policía de Montgomery enjuició al New York Times por publicar un comunicado en el que se sostenía que Martín Luther King era víctima de abusos por parte de la policía. La Corte sostuvo que la libertad de expresión, en un sistema democrático, es un derecho que se puede ejercer aún contra la honra de funcionarios públicos, salvo que exista real malicia en la difusión de la expresión¹⁹. Este caso es considerado como uno de esos raros casos de la lucha por los derechos en los que la Corte Suprema simpatizó con la crítica contra el gobierno²⁰.

En el caso *Bell v. Maryland* (1964) la Corte consideró que las condenas penales por entrar en propiedad privada no fueron constitucionales en el contexto de manifestaciones públicas pacíficas. Esta resolución dividió a la

19 *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition, 1999, p. 52.

20 Horwits, Morton J., *op. cit.*, p. 37.

Corte liberal (el juez Black, demócrata, votó junto con los magistrados republicanos). De igual modo, en el caso *Brown v. Louisiana* la Corte decidió que una protesta contra la segregación en los servicios de una biblioteca pública era constitucional.

El apoyo público y social a la Corte poco a poco fue decreciendo, debido a que en los años sesenta la atención pública y el movimiento de derechos civiles se dirigió hacia la guerra de Vietnam. Por eso se explica que en casos como *Adderley v. Florida* (1966) la Corte confirme la condena de 32 estudiantes que protestaban pacíficamente fuera de una universidad por la segregación racial, cuando la policía arrestó a otros estudiantes afroamericanos.

Sin embargo, la Corte siguió promoviendo fallos en los que se combatió la segregación y la injusticia. Por ejemplo, el famoso caso *Miranda v. Arizona* (1966) en el que se limitó el poder de la policía y se establecieron los derechos que ahora se conocen como debido proceso en la privación de libertad (*Miranda's rights*)²¹ y el caso *Loving v. Virginia* (1967), en el que se declaró inconstitucional las leyes que prohibían en Virginia el matrimonio interracial.

Este período histórico, y hasta ahora no repetido en los Estados Unidos, demuestra que un movimiento de derechos civiles es imprescindible en la lucha y conquista judicial de derechos, y que una Corte progresista requiere, para legitimar su actuación, de un movimiento social organizado; por ello no es exagerado cuando se afirma que “el movimiento de derechos civiles se tomó las calles para cuestionar las prácticas sociales —después del Caso Brown—... y estos individuos eran los soldados de pie de la Corte”²².

3. El caso *Brown v. Board of Education* y el derecho a la educación²³

El caso Brown hay que entenderlo en su contexto histórico y normativo.

Hay que recordar que las enmiendas del siglo XIX surgen después de la Guerra Civil y que fueron diseñadas para abolir la esclavitud y proteger a todas las personas que se consideraron como libres. Sin embargo, la

21 *Miranda v. Arizona* 384 US 436 (1966), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition, 1999, p. 137.

22 Owen, Fiss, *The law as it could be*, New York University Press, 2003, p. 244 (traducción libre).

23 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 US 294 (1954).

Corte Suprema dio el alcance más restringido posible a estas normas, particularmente en el caso conocido como *Slaughterhouse Cases* (1873), que eliminó prácticamente la protección constitucional para quienes fueron esclavos, y el caso *Plessy c. Ferguson* (1896)²⁴ que interpretó la enmienda catorce en el sentido de permitir la segregación racial bajo el principio de “*equal but separate*”.

El caso *Plessy* merece cierto detalle. En junio de 1892, Homer A. Plessy compró un pasaje de tren para viajar de New Orleans a Covington, Louisiana, se sentó en el vagón que correspondía sólo a blancos. Las autoridades le pidieron que se traslade al vagón de afroamericanos, por considerar que no era blanco, y Plessy se negó. Plessy fue detenido y trasladado a la cárcel de New Orleans. En el juicio se determinó que Plessy tenía un octavo de sangre negra y que la detención fue legal. Plessy argumentó, ante la Corte Suprema, que se violó la enmienda catorce y que se le trató como una persona inferior al separarlo del vagón de blancos. El fiscal general sostuvo que separar a blancos y negros no significaba tratar como inferior a los segundos sino que simplemente se estaba cumpliendo la ley y el principio que determina que siendo iguales hay que tratarlos diferente. La Corte determinó que el trato distinto no destruye el principio de igualdad. La Corte confirmó la sentencia contra Plessy (25 dólares de multa y 20 días de cárcel), reafirmando así, en términos obligatorios, la doctrina del “*equal but separate*”. Hubo una opinión disidente, la del juez John Marshall, que predijo –como todo buen voto salvado– la doctrina opuesta: la Constitución no tiene color y no tolera ni distingue entre ciudadanos, la decisión es perniciosa, estimulará la violencia entre grupos y la creencia de que es posible, incluso a través de actos del estado, anular los beneficios de los derechos establecidos en la Constitución²⁵.

La Corte Suprema avaló entonces, con sus interpretaciones, el sistema de vida del sur de los Estados Unidos, que se basó en la discriminación (“*Southern way of life*”). Esto en la práctica significó ser tolerante con la distinción y en la segregación entre blancos y afroamericanos en las universidades, las escuelas, hoteles, los lugares públicos y hasta con formas violentas de

²⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

²⁵ Knappman, Edward W. (editor), *Great American Trials*, Visible Ink, Detroit, 1994, pp. 218 y ss.

relacionamiento como los linchamientos contra personas negras²⁶. En suma, la Corte formalizó, en términos constitucionales, una forma de organización social.

En los años cincuenta, además de que los afroamericanos demostraron heroísmo en la Segunda Guerra Mundial y se destacaron en los deportes, la situación de la población afroamericana se visibilizó por medio del movimiento de derechos civiles liderado por Martin Luther King y por el NAACP.

El objetivo del NAACP era revocar *Plessy*. Dos precedentes motivaron al movimiento a intentar con el caso *Brown*. Uno era *Sweatt v. Painter* (1950), en el que la Corte comparó el prestigio de los graduados de la universidad de Texas y una universidad creada reciente y exclusivamente para afroamericanos, y ordenó la admisión de un estudiante afroamericano en la universidad para blancos. El otro caso era el *Maclaurin v. Oklahoma Board of Regents*, que analizó, en una misma universidad, los efectos de la segregación en el rendimiento en la vida académica de los estudiantes (por ejemplo, el comer en mesas y estudiar en escritorios separados).

Las distinciones perjudiciales para la población afroamericana se iban haciendo cada vez más evidentes, y de esto lo atestigua el famoso pie de página N. 11 del caso *Brown*, donde se enumeraron varios estudios serios sobre las diferencias entre los sistemas educativos para blancos y para negros (sociológicos y psicológicos): dinero invertido, calificación y salarios de los profesores, número de estudiantes por profesor, antigüedad y mantenimiento de las escuelas, número de libros en las bibliotecas. Las escuelas para afros estaban en desventaja a tal punto que estaban violando sus derechos.

Thurgood Marshall, abogado del NAACP que se convertiría años más tarde en juez de la Corte Suprema, estableció una estrategia para litigar un caso paradigmático (y así evitar tener tantos casos cuantas instituciones que segregaban existían, lo cual hubiese consumido la energía del movimiento) y bajarse para siempre el precedente establecido en *Plessy*; objetivo que, visto desde la perspectiva histórica de la Corte, era utópico. La estrategia jurídica de Marshall estaba estrechamente vinculada a una victoria legal que significaba el fortalecimiento del movimiento social por los derechos civiles.

26 El 73% de los linchamientos sucedía en el sur y era —en una proporción parecida— contra afroamericanos. Véase Horwits, Morton J., *op. cit.*, p. 18.

El señor Oliver Brown, un afroamericano, vivía en Topeka, Kansas, trabaja en la estación de tren del lugar y tenía su casa cerca de su lugar de trabajo. No sólo que debían escuchar los trenes de día y de noche, sino que además sus hijos tenían que atravesar las rieles de tren para dirigirse a su escuela para personas afroamericanas que quedaba a una milla de distancia. En 1950, por cuestiones de seguridad y por cercanía, el señor Brown intenta matricular a su hija Linda en una escuela sólo para personas blancas. El director de la Escuela le niega la matrícula por ser afroamericana²⁷.

El señor Brown, que no tenía un pasado de activista por los derechos civiles, acude a uno de los locales del NAACP y éstos, siendo el caso perfecto que estaban esperando para revertir *Plessy*, presentaron una demanda ante la Corte distrital de Kansas pidiendo que termine la segregación racial en las escuelas públicas.

La parte demandada, la Dirección de Educación de Topeka (*Board of education of Topeka*), esgrimió tres argumentos: (1) la segregación racial en las escuelas preparaban a los niños y niñas afroamericanos para asumir la realidad como personas negras cuando llegaren a ser adultas; (2) no era competencia de la Corte Suprema pronunciarse sobre la legalidad de la segregación escolar sino que era exclusivamente del Congreso; y (3) no existe evidencia de que la segregación tenga efectos negativos en los estudiantes afroamericanos.

En 1951 la Corte local, sosteniendo que el caso se gobernaba por el precedente *Plessy* y que este no ha sido seriamente cuestionado por la Corte Suprema, negó la demanda.

En 1952 el Caso Brown fue argumentado ante la Corte Suprema. En 1953, de forma unánime, revertió el precedente *Plessy*.

En la Corte se utilizaron dos métodos para interpretar el alcance de la enmienda catorce relacionada con la igual protección ante la ley (*equal protection of law*). El primero relacionado con el espíritu de la ley y la intención de quienes enmendaron la Constitución; el otro con el contexto histórico. La primera interpretación fue esgrimida por la Dirección de Educación de Topeka y, en general, por quienes defendían el sistema de segregación racial. Se dijo que al momento de la expedición de la enmienda existía el régimen

27 Knappman, Edward W. (editor), *op. cit.*, pp. 466 y ss.

de segregación y que no fue prohibido expresamente; además que el aspecto educativo no era un aspecto de preocupación legal y que, incluso, se toleraba la prohibición de la educación de personas afroamericanas. La Corte sostuvo que no podía determinarse con certeza cuál era espíritu de la ley de los congresistas de la época y que, por tanto, no se podía sacar conclusiones claras en relación con la educación y la enmienda catorce.

Los demandantes y la Corte acogieron el segundo método de interpretación, el contextual, cuando afirmaron que existen factores tangibles de diferencias entre la educación de personas blancas y de afroamericanas, y que el caso tiene que analizarse a la luz del desarrollo de la educación pública en la actualidad, no se puede dar marcha atrás el reloj a 1896, tiempo en el que se resolvió el caso *Plessy*:

Actualmente, la educación es tal vez la más importante función del estado y de los gobiernos locales. La obligación de la educación primaria y los grandes gastos para la educación demuestran el reconocimiento de la importancia de la educación en nuestra sociedad democrática. La educación es un requisito para el ejercicio de cualquier responsabilidad social y pública, incluso en el servicio militar. Es la base para una buena ciudadanía. Actualmente es el principal instrumento para el despertar del niño a los valores culturales, para prepararle para la posterior formación profesional y para ayudar a las personas a adaptarse con normalidad a su medio. En estos días, no es posible que un niño pueda razonablemente triunfar en la vida si se le ha negado la oportunidad de una educación. Esta oportunidad, que el estado tiene la obligación de ofrecer, es un derecho que tiene que ser accesible a todas las personas en condiciones de igualdad²⁸.

La Corte, además, sostuvo que la política y la práctica de segregación tenían un impacto negativo tanto en la vida de los niños y niñas, al producir un sentimiento de inferioridad, en la percepción que tienen unos frente a los otros, que afecta los corazones y las mentes de forma inadecuada, como en la vida de los grupos humanos, cuestiones que se superarían con la integración racial.

28 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 US 294 (1954), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition, 1999, p. 186 (traducción libre).

Por todas estas razones, la Corte concluyó que la doctrina *equal but separate* no tiene cabida en el sistema educativo y que este sistema viola la enmienda catorce sobre la igual protección ante la ley.

Como se puede desprender de este breve resumen, el caso no se agota en la litigación de la discriminación, sino en el acceso, en el contenido y en los efectos del derecho a la educación pública. De hecho, el acceso, el contenido y los efectos son los argumentos que utiliza la Corte para considerar que hubo discriminación. Es decir, la sentencia de la Corte abordó el derecho a la educación desde una perspectiva sustancial o material.

La ejecución de la sentencia no fue fácil. Un tiempo más tarde, en lo que se conoce como *Brown II*, la Corte determinó que el proceso de desagregación tenía que ser aplicado por las Cortes federales con deliberada velocidad. En algunos casos la implementación política y hasta la aplicación judicial tardó en cumplirse varias décadas. Conviene mencionarse que el caso generó resistencias. Por ejemplo, todos los senadores de los estados del Sur, dos años después del fallo, firmaron un manifiesto en que proclamaron que el Caso Brown era contrario a la Constitución.

Judicialmente se discutió sobre la resistencia al caso Brown en el conocido como *Cooper v. Aaron* (1958). El gobernador de Arkansas prohibió la entrada a nueve estudiantes afroamericanos a una escuela de Little Rock, en franca desobediencia a lo prescrito en el caso Brown. La Corte argumentó sobre su autoridad para determinar el alcance de la Constitución y ordenó el acceso de los estudiantes a la Escuela. El presidente Eisenhower ordenó que elementos de la fuerza pública ejecutaran la sentencia de la Corte. Aunque las resistencias continuaron, poco a poco los estados del Sur aceptaron el precedente establecido en el Caso Brown²⁹.

Sin duda, si la Corte Warren sólo hubiese escrito el caso Brown, sería recordada aun como una corte excepcional.

29 Horwitz, Morton J., *op. cit.*, p. 31.

4. Los avatares de los derechos sociales por medio de la cláusula “igual protección de la ley”

Los derechos sociales no pueden ser exigidos directamente ante las Cortes Federales por no estar reconocidos en la Constitución, como ha quedado dicho. Este gran obstáculo obliga a que la tutela de derechos sociales, en los Estados Unidos, se haga a través de otros medios³⁰. El más utilizado en los Estados Unidos por el movimiento de derechos, después del caso *Brown*, es el principio de igualdad y no discriminación, que correspondería a la enmienda catorce.

¿Tienen la enmienda catorce y el principio de igualdad relevancia para exigir derechos sociales? La respuesta a esta pregunta, como sugiere Robin West, depende de cómo interprete la Corte Suprema la enmienda³¹. En la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema encontramos dos posibilidades. Por un lado, la enmienda puede ayudar a transformar la situación social y económica de afroamericanos, mujeres y otros grupos marginados por medio de la expansión de su interpretación; por otro lado, la misma enmienda puede ser usada por judiciales conservadores para mantener el *statu quo*³².

4.1. Expansión de derechos

Mencionaremos algunos casos que demuestran la potencialidad de la enmienda catorce, cuando se interpreta a favor de las personas y de la expansión de sus derechos.

30 Abromovich y Courtis sugieren el principio de igualdad y no discriminación, el debido proceso, la protección de derechos económicos, sociales y culturales por medio de derechos civiles y políticos, la protección de derechos sociales por otros derechos sociales, los límites a los derechos civiles y políticos justificados por derechos sociales y la información como vía de exigibilidad de derechos sociales. Véase Víctor Abromovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, 2002, pp. 117-248.

31 West, Robin, “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 79.

32 Balkin, Jack M. and Siegel Reva B., “Remembering how to do equality”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 93.

(1) *Serrano v. Priest* (1971)³³: los padres de familia de niños y niñas que estudian en el condado de Los Ángeles demandan a las autoridades que manejan el sistema público de educación del lugar que reparen los daños ocasionados por violar la enmienda catorce, por considerar que el sistema de financiamiento de las escuelas públicas, basado en los impuestos locales, genera discriminaciones entre las escuelas donde los padres son ricos y contribuyen con más impuestos y las escuelas donde los padres son pobres y no pueden contribuir; las primeras tienen mejores condiciones que las otras.

La Corte Suprema de California confirmó que el sistema de financiamiento generaba diferencias; así, por ejemplo, en la escuela a la que pertenecían los demandantes cada niño recibía un promedio de 577 dólares por año, mientras que la escuela de Beverly Hill recibía 1 231 dólares por niño. La Corte concluyó que la forma de financiamiento aumentaba la brecha social entre ricos y pobres. Entre los argumentos usados por la Corte, para determinar la violación de la cláusula de igual protección ante la ley, están: (1) la consideración de la riqueza como una categoría sospechosa que puede provocar actos discriminatorios; (2) la calidad de la educación no puede depender de la buena o mala fortuna de quienes habitan en un barrio; (3) la educación es de interés primordial para el estado, y es fundamental para que los individuos tengan oportunidades, se desarrollen como ciudadanos y aseguren la participación de los niños y niñas en la vida política y cultural de la sociedad; el estado tiene la obligación de garantizar el acceso y la mejor calidad de educación posible a los niños y niñas; (4) la educación es un derecho que representa más que el mero acceso a una aula: es esencial para ejercer las libertades en democracia, tiene que ser universal (para todas las personas), debe durar un largo período en la vida (entre 10 y 13 años), debe ser obligatoria.

(2) *Plyler v. Doe* (1982)³⁴: el demandante sostiene que el negar el acceso de un niño o niña indocumentado al sistema de educación pública en Texas, que está disponible para niños y niñas nacionales de los Estados Uni-

33 5 Cal.3d 584 (1971), en Fellmeth, Roberth C., *Child rights & remedies, How the U.S. Legal system affects children*, Clarity Press Inc, 2002, p. 190.

34 *Plyler v. Doe*, 457 US 202 (1982), en Fellmeth, Roberth C., *Child rights & remedies, How the U.S. Legal system affects children*, Clarity Press Inc, 2002, p. 200.

dos o extranjeros que tienen su situación migratoria legalizada, viola la enmienda catorce.

La Corte Suprema reconoce que en Estados Unidos siempre ha habido control migratorio y restricciones a los inmigrantes ilegales, que va desde la criminalización hasta la deportación, y admite además que los parlamentos de los estados tienen la potestad para establecer medidas de control migratorio. Sin embargo, el problema a resolver no tiene que ver tanto con el control migratorio sino más bien con los recursos económicos destinados al sistema educativo. A mayor cantidad de migrantes, menos recursos, y afirman los demandados que el sistema de educación está saturado de migrantes ilegales mexicanos.

La Corte sostuvo que un inmigrante antes de tener el estatus de legal o ilegal es una persona. En casos anteriores la Corte reconoció que las personas con estatus ilegal tienen derecho al debido proceso establecido en la enmienda quinta y catorce. En el presente caso la Corte manifestó que la población inmigrante ilegal puede constituir una “población sombra” por la cantidad de personas, y que éstas están expuestas a condiciones de vida deplorables, como recibir salarios bajos y no disfrutar de los beneficios que tienen las personas ciudadanas. La existencia de este grupo marginal presenta un grave problema jurídico puesto que se atenta con el principio de igualdad ante la ley. Las niñas y los niños demandantes pertenecen a este grupo de personas. A pesar de que en ciertas circunstancias se puede admitir que nadie puede beneficiarse de su propia conducta ilegal, este principio del derecho no se aplica con las niñas y los niños. Si bien sus padres asumieron el riesgo y las consecuencias de haber entrado ilegalmente a los Estados Unidos, la situación de los niños y las niñas no puede compararse ni ser asimilada a su conducta. El estatus migratorio de los padres y su conducta no debe afectar a la situación de sus hijos o hijas. Actuar contra los padres a través de los niños y niñas, incluso si hay actos legislativos, no puede considerarse adecuado a la justicia.

La Corte Suprema reconoció que el derecho a la educación no está reconocido en las enmiendas a la Constitución, pero esto no significa que no se considere como un servicio público importante, tal como los servicios de seguridad social. El servicio de educación pública es una institución básica y su funcionamiento tiene impacto –y puede marcar distinciones– en la vida

de los niños y niñas. Las escuelas públicas son las instituciones cívicas más importantes para la preservación del sistema democrático de gobierno. La educación juega un rol fundamental en el mantenimiento de la sociedad. En consecuencia, negar la educación a un grupo de niños y niñas es una afrenta contra la cláusula de igual protección ante la ley. Al privar a un grupo de niños y niñas –en este caso los inmigrantes ilegales– de la educación, se afecta a su posibilidad de integrarse al grupo mayoritario. La Corte sostuvo que mientras los niños y niñas estén presentes en el país, aun suponiendo que podrían estar sujetos a deportación –lo cual no es un hecho cierto para todos los inmigrantes ilegales–, deben tener acceso a la educación.

La Corte Suprema, finalmente, reflexionó sobre los costos de la educación y sostuvo que el método utilizado por el estado de Texas no es el más adecuado. Por un lado, no hay prueba convincente de que los niños y niñas sean realmente una carga fiscal que afecte en la calidad de la educación; al contrario, existe evidencia de que los inmigrantes ilegales tienden a no utilizar servicios públicos. Los inmigrantes ilegales, por otro lado, entran en los Estados Unidos para trabajar y aportar en la economía, mas no a saturar el servicio de educación pública. Por tanto, el costo de privar de la educación a estos niños y niñas es mucho mayor que el que el estado de Texas se ahorraría por no atenderles.

En este caso, y como sería usual hasta tener mayoría con la “Corte Rehnquist”, los jueces republicanos disintieron bajo el clásico argumento de que la Corte no puede interferir en asuntos propios de los parlamentos y que, como en otros casos, se ha abusado de la enmienda catorce al considerarla una norma omnipotente y omnipresente. Los jueces sostuvieron categóricamente que la educación no es un derecho y que, como cualquier potestad que depende de los parlamentos, como las leyes de seguridad, pueden ser reguladas según convenga a éstos. No conviene, por otro lado, dar atención particular a la educación, porque esto significaría que también hay que considerar como fundamental servicio público a la alimentación, la vivienda o la atención médica. Finalmente –sostienen– que las personas ilegales no tienen derecho a estar en el país y que el estado, en consecuencia, no tiene responsabilidad constitucional para darles servicios a expensas de personas que legalmente pertenecen y habitan en el estado. Por tanto, la opción elegida por el estado de Texas no siendo la más adecuada tampoco es inconstitucional.

Este voto salvado constituye un buen puente para el segundo uso e interpretación de la enmienda catorce.

4.2. Restricción de derechos

La enmienda catorce que dispone que todas las personas tienen igual protección de la ley no autoriza a los estados a intervenir y peor a dar contenido a derechos no contemplados en la Constitución. Lo único que dispone la enmienda es la limitación a los parlamentos para expedir normas que sean discriminatorias contra ciertos grupos por motivos irracionales. La enmienda debe ser interpretada de forma restrictiva y no puede ampliarse su espectro para evitar males o peligros, tales como la violencia doméstica, las catástrofes, la guerra, la pobreza, o cualquier otra interferencia en los sistemas de seguridad delineados por los estados³⁵. En suma, la cláusula está destinada sólo a la racionalidad legislativa y no tiene pretensión alguna para procurar la igualdad entre las personas y los grupos.

Robin West sostiene que parecería que el “*equal protection of law*” se interpretó como “*equal protection against law*”. En el primer sentido, que sería el literal, la enmienda permite interpretar que el “of” hace referencia no sólo al derecho sino al estado y hasta al legislador. En cambio, el segundo sentido lo restringe a la protección contra una mala ley³⁶. De este modo, quien siempre ha tenido privilegios se protege de un mal legislador que pueda privarle de ellos. Esta interpretación formal por supuesto que perjudica a las personas menos favorecidas económicamente porque, simplemente, no están protegidas. Las personas podrían estar en las peores condiciones de vida que sólo tendrán derecho a reclamar cuando hay ley, y esa ley les discrimina de forma evidente. Si no hay ley, su condición social no podrá cambiar jamás por la vía judicial, y la Corte no tendría competencias para pronunciarse.

35 *United States v. Morrison*, 529 US 598 (2000): la enmienda catorce no determina proteger contra la violencia; *Washington v. Davis*, 426 US 229 (1976): la enmienda catorce no determina eliminar las diferencias raciales; *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 US 1 (1973): la enmienda catorce no determina la obligación de tener educación pública, al respecto véase Robin West, “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 90.

36 West, Robin, “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, p. 81.

Varias explicaciones pueden hacerse con relación a la opción de la Corte Suprema por la interpretación formal y restrictiva de la enmienda catorce. Una explicación es la institucional: la Corte ha escogido exigir las normas y los derechos que efectivamente pueden ser cumplidas. La justiciabilidad de derechos sociales por medio de la enmienda catorce simplemente, en última instancia, depende de la voluntad de los gobiernos. Robin West sugiere otra explicación, que la llama jurisprudencial. La Corte interpreta la enmienda de la misma manera que el parlamento lo hace; es decir, las leyes las hacen los parlamentos y no los jueces; los legisladores tienen la libertad para leyes y, cuando lo hacen, para determinar el contenido de las leyes; la Corte no tiene esa libertad. De este modo, se respeta al máximo la división de poderes y la Corte precisa su competencia de revisión constitucional. La enmienda catorce exclusivamente protege la igualdad formal ante la ley expedida por el parlamento³⁷. La realidad de injusticia o violación a condiciones de vida digna no importan, sólo las leyes; el contenido de las leyes tampoco importa siempre que no sea discriminatorio; de igual modo, no tiene relevancia para control judicial, la omisión de legislar ante la exclusión o la pobreza. En este sentido, la enmienda catorce no sólo que no es un vehículo para desarrollar derechos sociales, sino que es un obstáculo. Se puede invocar la enmienda para retroceder en derechos sociales.

Se suele pensar erróneamente que sólo las Cortes que promueven los derechos sociales, como la Corte Warren, son activistas y éstas son vistas de forma sospechosa por los juristas y políticos conservadores. Sin embargo, esto suele esconder un activismo reaccionario de las Cortes bajo el argumento de la interpretación original de la Constitución.

El profesor C. Sunstein sostiene que existe un error en afirmar que la Corte Warren fue la única activista en la historia de los Estados Unidos, y afirma que la Corte Rehnquist, corte evidentemente republicana y conservadora, ha sido mucho más activista que la criticada Corte Warren. Sunstein demuestra que la Corte Rehnquist ha declarado inconstitucional casi todos los programas federales que establecen acciones afirmativas, que ha invalidado casi todas las leyes que han restringido las actividades financieras y han establecido control gubernamental sobre las actividades comerciales, que ha

37 *Ibidem*, p. 84.

considerado que las leyes que establecen control ambiental y protección de especies son sospechosas por violar la Constitución y la cláusula de comercio, que ha restringido los poderes del Congreso para legislar sobre la enmienda catorce, y que hasta ha sostenido que el Congreso carece del poder para determinar si los contribuyentes pueden decidir hacia dónde se dirigen sus impuestos³⁸.

Parecería, entonces, que la afirmación de que la Corte es la instancia interpretativa última y única para saber el contenido de la Constitución es también un mito (*Marbury v. Madison*).

5. La lucha por los significados y el legado de la Corte Warren

En Estados Unidos, como en cualquier otra parte del mundo, el derecho es un campo de disputa por los significados. Atrás de los significados hay intereses, ideologías, tendencias movimientos. Lo que hemos descrito demuestra cómo una norma constitucional puede servir tanto para proteger como para restringir derechos, lo mismo puede suceder incluso con la invocación directa de los derechos cuando estos son utilizados en el litigio. A veces sucede que para evitar aplicar las normas sustantivas cuando son explícitas, se utilizan normas procesales como aquellas de la legitimidad procesal o del incumplimiento de plazos.

No es casual que en Estados Unidos la composición de la Corte sea una cuestión política evidente. El nombramiento de la magistrada Sonia Sotomayor abre la puerta para que en dicho país la Corte recupere el legado de la Corte Warren.

El significado que restauraría el sentido –según Balkin y Siegel– de la enmienda catorce implica algunos cambios de perspectiva: (1) Históricamente la enmienda fue creada para hacer justicia frente a la omisión de los “padres fundadores” por haber permitido el esclavismo y, en términos contemporáneos, frente a la omisión del parlamento; (2) La interpretación actual

38 Sunstein, Cass R., “The minimalist Constitution, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, pp. 39-40.

de la Corte Suprema protege la libertad de unos privilegiados en desmedro de la mayoría; la interpretación debe orientarse hacia la protección de las personas en términos universales; (3) La Corte no puede ser indiferente a la inequidad existente en los Estados Unidos; (4) El estándar de estricto escrutinio –que se convirtió en una camisa de fuerza para la Corte– para determinar si hay violación a la enmienda debe ser flexibilizado porque fortalece las clasificaciones de personas, favorece a los grupos dominantes, inhibe a los jueces a considerar otros grupos desaventajados distintos a los tradicionales (raza, sexo, religión), desalienta las posibilidades de diálogo intergrupar; (5) Finalmente, evitar la utilización de la enmienda catorce para declarar la inconstitucionalidad de programas de acción afirmativa³⁹.

La época de la Corte Warren nos dejó algunas enseñanzas, que conviene no olvidar, que son aplicables para exigir derechos tanto en Estados Unidos como en cualquier parte del mundo, y que nos habla sobre el triunfo de uno de los significados de un principio constitucional:

1. Todos los órganos del estado tienen la obligación de cumplir y expandir los contenidos de derechos establecidos en la Constitución. En la época de la Corte Warren, el legislativo expidió leyes que promovieron la igualdad en el voto, la vivienda, los derechos y la educación; el ejecutivo las implementó y la Corte Suprema estableció estándares que fueron observados por las otras funciones. De hecho, el Congreso desarrolló legislativamente los precedentes de la Corte en las leyes mencionadas. Se puede afirmar, en estas circunstancias, que lo que existe no es precisamente una separación de poderes sino una coordinación entre ellos. La Corte, en la época Warren, prácticamente invitó a los otros poderes a participar en la “reconstrucción” de la Constitución. La Corte comprendió que casos difíciles de implementar, como el caso *Brown*, sólo se podía lograr si los otros poderes se alineaban a su precedente⁴⁰.
2. La igualdad sustancial se puede promover por medio de la libertad y del principio de igualdad formal. Los derechos están íntimamente relacio-

39 Balkin, Jack M. and Siegel Reva B., “Remembering how to do equality”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *op. cit.*, p. 99.

40 Owen, Fiss, *The law as it could be*, New York University Press, 2003, p. 246.

nados entre sí; de hecho, en los casos de educación, no sólo se discutió el acceso sino la calidad, la finalidad y el desarrollo del contenido del derecho a la educación.

3. Las Cortes pueden optar por proteger a los más vulnerables. La Corte Warren demostró que puede extender el ámbito de la protección judicial a los afroamericanos, a los procesados, a los inmigrantes, a las mujeres, a los niños y niñas, a los pobres.
4. Los movimientos sociales contribuyen a hacer visibles los casos, a demandar creativamente y hasta a dar seguridad cuando las Cortes resuelven cuestiones sensibles a los intereses políticos o económicos.
5. El derecho, la Constitución y las leyes son instrumentos importantes para alterar la realidad de exclusión y pobreza. No son y no pueden ser los únicos instrumentos, aunque sin duda son instrumentos cruciales. Todas las luchas terminan o comienzan con el derecho. El derecho tiene que empatarse con discursos, juezas o jueces comprometidos, movimientos sociales. Sin uno de estos elementos puede suceder que la transformación no suceda. La relación entre derecho, cultura y política ha sido desarrollada por Alda Facio⁴¹ y, con claridad, sostiene que los elementos se interrelacionan entre sí. No hay uno que sea determinante en los otros ni tampoco que uno sea innecesario.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, 2002.
- Balkin, Jack M. y Siegel Reva B., “Remembering how to do equality”, en Balkin Jack M. y Siegel Reva B., *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009.

41 Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, ILANUD, en *Género y Derecho*, Facio Alda y Fries Lorena (editoras), American University y La Morada, pp. 99-136.

- Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, ILANUD, en *Género y Derecho*, Facio Alda y Fries Lorena (editoras), American University y La Morada, 1992.
- Fellmeth, Robert C., *Child rights & remedies, How the U.S. Legal system affects children*, Clarity Press Inc, 2002.
- Forbath, William E., “Social and economic rights in the american grain”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009.
- Hamilton, Alexander, Madison James and Jay John, *The Federalist*, Barnes & Noble Classics, 2006, N.78.
- Horwitz, Morton J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, Hill and Wang, 1999.
- Knappman, Edward W. (editor), *Great American Trials*, Visible Ink, Detroit, 1994.
- Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights y CIDES, SERGRAFIC, Quito, 2003.
- Moore, Michael, Internet: <http://www.michaelmoore.com/sicko/blog/>, Acceso: 23 julio 2009.
- Owen, Fiss, *The law as it could be*, New York University Press, 2003.
- Powe, Lucas A. Jr, *The Warren Court and american politics*, Belknap Harvard, 2000.
- Sengupta, Argun, Reporte sobre la misión a los Estados Unidos entre el 24 de octubre y 4 de noviembre del 2005, Internet: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/122/70/PDF/G0612270.pdf?OpenElement>, Acceso: 23 julio 2009.
- Sunstein, Cass R., “The minimalist Constitution”, en Balkin Jack M. y Siegel Reva B., *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009.
- Urofsky, Melvin, “Racial discrimination and preference” en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.
- West, Robin, “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009.

Casos de análisis

- Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 US 294 (1954), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.
- Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.
- New York Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964), en David Bearinger, *The bill of Rights, the courts and the law*, Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.

Internet

New York Times, "Obama fifth news conference" (transcript), 22 julio 2009, Internet: http://www.nytimes.com/2009/07/22/us/politics/22obama.transcript.html?_r=1, Acceso: 23 julio 2009.

Sobre el estado de las ratificaciones de los Estados Unidos a las convenciones de derechos humanos, Internet: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/newhvs-tatusbycountry?OpenView&Start=1&Count=250&Expand=187#187>, Acceso: 23 julio 2009.

Todos los informes producidos por diferentes agencias relacionados a los derechos humanos en los Estados Unidos se los encuentra en <http://www.ohchr.org/SP/Countries/ENACARRegion/Pages/USIndex.aspx>.