

RAZA, SEXO, CLASE, EMPRESAS, EMPRESAS, EMPRESAS.

REFLEXIONES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA MIRADA DE LA CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE SOBRE LA
IGUALDAD

Juan F. González Bertomeu y María Paula Saffon



Palabras clave: Corte Suprema de los Estados Unidos – raza – derecho al voto – acción afirmativa – minorías sexuales – matrimonio igualitario – derecho de los consumidores – derechos de las empresas

Hace pocas semanas, la Corte Suprema de los Estados Unidos, liderada por el juez John Roberts, puso fin a su año de trabajo, confirmando una tendencia preocupante de los últimos años: *la deriva conservadora del tribunal*. Pese a que sus sentencias de este periodo arrojan algo de luz, principalmente echan sombra. En este ensayo haremos una selección de su jurisprudencia reciente, como modo de poner en discusión la flaca noción de igualdad que guía sus decisiones.

Estados Unidos es uno de los países más desiguales entre los desarrollados. Y la desigualdad, tal como otros indicadores —la pobreza y la falta de acceso a recursos

sociales—, tiene allí un componente o impacto racial indudable. Aunque en los últimos años la brecha social ha alcanzado niveles sin precedentes, los políticos parecen defender cada vez con menos pudor los intereses económicos de lo que *Occupy Wall Street* llamara el 1 por ciento de la población. Las decisiones de la Corte, usualmente tomadas por su mayoría conservadora (Roberts, Alito, Scalia, Thomas, y la habitual ayuda de Kennedy), no escapan a este fenómeno.

Mientras las sentencias de la Corte avanzan en la protección de los derechos de las minorías sexuales, confirman y refuerzan la regresión ya en marcha en áreas más directamente vinculadas con los grandes intereses económicos, la igualdad en sentido material y la participación política. Aunque hay quienes alegan que la Corte no tiene la obligación de reducir la brecha social entre ricos y pobres (lo cual es discutible), es evidente que al menos no debería ampliarla, especialmente cuando hay derechos constitucionales que en principio lo impiden. Sin embargo, es esto último lo que la Corte parece estar haciendo. Con fallos que afianzan los privilegios de los poderosos en vez de proteger los derechos de los grupos vulnerables, la Corte está produciendo efectos nocivos para la ya maltrecha democracia estadounidense.

Minorías sexuales

Las dos decisiones que sobre el final del término tomó la Corte Suprema en materia de derechos de las parejas del mismo sexo son un triunfo importante para el movimiento homosexual y la causa de los derechos civiles. Gracias a la primera, adoptada en el caso *Windsor* (los jueces más “conservadores” votaron en disidencia), las parejas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio en los estados que lo permiten podrán acceder a los beneficios federales ofrecidos a las parejas heterosexuales. El fallo invalidó aspectos de la ley federal “en defensa del matrimonio” (DOMA por sus siglas en inglés), que impedía a las parejas homosexuales casadas gozar de esos beneficios. La ley había sido adoptada en 1996, durante el gobierno de Clinton, quien fue criticado por no vetarla.

Como consecuencia de la sentencia, las parejas gay podrán ahora obtener beneficios significativos, como permisos de residencia para el caso en que un miembro de la pareja sea extranjero, o exenciones impositivas, pero solo en los estados donde su matrimonio es permitido (que hoy abarcan alrededor del 30 por ciento de la población del país). La

ley conserva otros aspectos controvertidos que no fueron objeto del análisis judicial, aunque es probable que ellos sean invalidados en el futuro cercano. En particular, la potestad de los estados que no permiten el matrimonio homosexual de negarse a reconocer la validez de matrimonios de este tipo contraídos en otros estados (a pesar de que la constitución federal exige que los negocios de un estado se consideren válidos en otro).¹ Con todo, es indudable que la decisión mejora directa y sensiblemente la situación de miles de personas.

La segunda decisión de la Corte en materia de derechos de las parejas homosexuales es la tomada en el caso *Hollingsworth*. El caso trataba sobre la denominada “Proposición 8”, una modificación constitucional para prohibir el matrimonio homosexual implementada mediante referendo en el estado de California en 2008. El referendo, cuyo objeto fue prohibir el matrimonio igualitario en el estado, vigente hasta entonces debido a una decisión de su tribunal supremo, fue convalidado por este tribunal, pero luego invalidado por una corte federal. En una decisión adoptada en junio de este año, la Corte Suprema (combinando votos de “liberales” y “conservadores”) rechazó la apelación presentada contra esa invalidación afirmando que los apelantes —los proponentes del referendo, que incluían a políticos conservadores— carecían de legitimación para defender la validez de la reforma constitucional. Como el caso anterior, este también tuvo un efecto práctico e inmediato: reinstaurar el matrimonio homosexual en California. Sin embargo, la decisión merece menos ensalzamiento porque se fundó exclusivamente en argumentos técnicos y no sentó el precedente de la anterior, según el cual las parejas del mismo sexo no pueden recibir un trato distinto por parte del estado que las parejas heterosexuales.

A pesar de sus bondades, y de la merecida atención que han recibido en la prensa, las decisiones sobre parejas del mismo sexo no son suficientes para matizar el perfil conservador y recalcitrante que tiene la Corte Roberts. Varias decisiones recientes muestran que la corte es muy poco favorable a los derechos de otros grupos vulnerables, en especial cuando estos se enfrentan a grandes intereses económicos.

Raza y votos

¹ David S. Kemp, “The Imminent Demise of Section 2 of the Defense of Marriage Act”, [verdict.justia.com](http://verdict.justia.com/2013/08/12/the-imminent-demise-of-section-2-of-the-defense-of-marriage-act), <http://verdict.justia.com/2013/08/12/the-imminent-demise-of-section-2-of-the-defense-of-marriage-act>.

La posición de (la mayoría conservadora de) la Corte es bastante distinta en materia de igualdad política y, en particular, en relación con las medidas para igualar el poder de influencia de las minorías raciales. También en sus últimos días de sesiones, la Corte decidió el caso *Shelby County*, el más importante en materia del “derecho de la democracia” (las reglas que estructuran el proceso político democrático) luego de su infausta decisión en el caso *Citizens United*.

Recordemos que en *Citizens*, una sentencia de 2010, la Corte sostuvo que la cláusula de protección a la libertad de expresión de la Enmienda Primera prohíbe al gobierno limitar las contribuciones monetarias durante campañas políticas hechas por empresas, dado que según la Corte estas son tan poseedoras de aquel derecho como las personas de carne y hueso.² La decisión en *Citizens* fue seguida de otras de tono similar tomadas por tribunales inferiores, como *SpeechNow.org*, que convalidó la creación de los llamados “súper comités de acción política” (*super PACs*), autorizados a recaudar sumas ilimitadas de empresas y otras asociaciones para luego hacer campaña a favor o en contra de candidatos. Estas decisiones mostraron rápidamente sus efectos. Solo en 2012, los súper comités reportaron gastos en propaganda política por un monto de 609 millones de dólares.³ La influencia del dinero en la democracia estadounidense ya era muy desproporcionada antes de estas decisiones, y lo es todavía más luego de ellas.

En *Shelby County* (decidido, como *Citizens*, por una mayoría estrecha que dividió a jueces “conservadores” y “liberales”), la Corte invalidó una parte importante de la “ley sobre derecho al voto” (*Voting Rights Act*), sancionada en 1965 durante el gobierno de Lyndon B. Johnson, para remediar la grotesca reducción del poder político de la minoría negra en el país. La ley venía a acompañar el camino abierto por la “ley de derechos civiles” (*Civil Rights Act*), la primera norma sobre derechos aprobada (en 1957) desde el periodo de la reconstrucción, luego de la guerra civil. La ley de protección del voto fue sancionada al calor de las protestas en el sur, en el punto más álgido de la lucha por los derechos civiles. Fue el hito más importante de la llamada etapa clásica de esta lucha, cuyo origen (de la etapa clásica, no de la lucha) usualmente se cifra en el caso *Brown v.*

² Juan F. González Bertomeu, “Dinero y campañas en los EEUU: la Corte Suprema asesta un duro golpe al corazón de la democracia republicana”, en *SinPermiso*, sinpermiso.info, 24 de enero de 2010.

³ Véase el informe de *Open Secrets* disponible en <http://www.opensecrets.org/pacs/superpacs.php>

Board of Education, en que la Corte ordenó, con éxito dispar, el fin de la segregación de las escuelas.⁴

La ley fue propuesta por Johnson, inicialmente reacio a hacerlo,⁵ pocos días después de la feroz represión desatada durante las marchas de Selma a Montgomery. Las marchas comenzaron el 7 de marzo de 1965, un día que sería recordado como el “domingo sangriento” (Selma, Montgomery y Shelby pertenecen a Alabama, el estado entonces gobernado por el racista George Wallace). En sus aspectos más importantes, la ley prohibió la discriminación en el voto, vedando la imposición de cualquier tipo de restricción o exigencia para ejercer este derecho. También puso en marcha una amplia estructura administrativa federal para supervisar a los estados, condados y municipios (principalmente del sur) con una historia de prácticas discriminatorias.

En particular, la ley prohibió a estas entidades realizar cualquier cambio en sus reglas y prácticas electorales sin obtener antes la aprobación (conocida como “autorización previa”) de la autoridad federal. La sección de la norma discutida en el caso *Shelby* (la 4b) especificaba una “fórmula” para la aplicación de este proceso de autorización, haciéndolo obligatorio para los estados, condados y municipios que hubieran empleado para el año 1964 un “test o dispositivo” para limitar el voto y en los que menos del 50 por ciento de la población hubiera estado registrada para votar en las elecciones presidenciales de ese año. La ley fue renovada cuatro veces por parte del Congreso federal (la última, una extensión por 25 años, durante el gobierno de Bush hijo).

Haciendo eco del planteo de los demandantes, la Corte sostuvo que la fórmula para identificar a las entidades que deberían someterse al proceso de supervisión había sido necesaria en 1965, pero ya no lo era hoy. El voto de mayoría escrito por Roberts afirmó que la identificación de distritos se basaba en un criterio ideado hace más de 40 años que no guardaba relación con la realidad y las necesidades actuales del país. En particular, Roberts destacó los avances políticos logrados por las personas de raza negra. Así, los estados de Alabama y Misisipi eran los que, en 1965, mostraban la mayor

⁴ Véase Louis Menand, “The Color of Law”, *The New Yorker*, edición del 8 de julio de 2013. El lector interesado encontrará una mirada controvertida y crítica del rol de la Corte en esta época, incluyendo las consecuencias del caso *Brown*, en Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope*. University of Chicago Press, segunda edición, 2008.

⁵ John Paul Stevens, “The Court & the Right to Vote: A Dissent”, *The New York Review of Books*, edición del 15 de agosto de 2013.

desproporción racial en materia de ciudadanos registrados para votar (en Alabama, solo el 19 por ciento de negros estaba registrado, frente al 69 por ciento de blancos; en Misisipi las cifras eran más extremas: 7 y 70 por ciento, respectivamente). Para 2004, la brecha había desaparecido. En suma, para Roberts y sus colegas, el país había cambiado: los ciudadanos negros ya no contaban con una desventaja política, y por ende la ley no respondía a necesidades reales. Al contrario: la ley vulneraba los poderes de los estados y el principio de federalismo.

La jueza Ginsburg escribió un sesudo y encendido voto en disidencia, que fue acompañado por sus colegas “liberales” actualmente en la Corte (Sotomayor, Kagan, y Breyer). Ginsburg fue particularmente enérgica en su rechazo del argumento de la falta de necesidad actual. Con ironía, sostuvo: “Eliminar el requisito de autorización previa cuando se sabe que ha funcionado y sigue funcionando para detener cambios discriminatorios es como deshacerse de un paraguas en medio de una tormenta solo porque uno no se está mojando”. La jueza destacó como evidencia de la necesidad de la ley el hecho de que el Congreso hubiese decidido confirmarla pocos años antes (en 2006) con apoyo inédito de ambos partidos y tras un largo y paciente proceso de búsqueda y procesamiento de información. En este caso, dijo Ginsburg, la Corte debía prestar deferencia al proceso legislativo. Como conclusión de su voto, luego de citar a W. Shakespeare (“El pasado es prólogo”, *La tempestad*) y a G. Santayana (“Quienes no pueden recordar el pasado están condenados a repetirlo”, *The Life of Reason*), la jueza destacó la importancia tanto pasada como presente de la ley: “Gracias a ella, avances que habían sido solo un sueño se han logrado y continúan lográndose.”

La consecuencia más tangible del fallo es que el proceso de revisión de la autoridad federal no tendrá ya lugar hasta que el Congreso apruebe una nueva fórmula, determinando qué entidades quedarán sujetas a él (y la nueva fórmula será probablemente supervisada por la Corte). Dado el obstruccionismo y la parálisis que caracterizan la actividad legislativa en los Estados Unidos,⁶ esta ley demorará mucho tiempo en ver la luz. Esto, a su vez, dará vía libre a que los distritos que en el pasado impusieron obstáculos los renueven, acaso más sutilmente.

⁶ Juan F. González Bertomeu, “¿La Constitución de Sísifo? Levinson y el cambio constitucional”, estudio introductorio, Sanford Levinson, *Nuestra Constitución antidemocrática*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Como afirma el exjuez de la Corte John Paul Stevens en un artículo criticando el fallo, “nada de lo ocurrido antes de 1890 es siquiera mencionado en el voto de Roberts”. Y esto es significativo. El periodo de reconstrucción en el sur inmediatamente posterior a la guerra civil (que concluyó en 1865) involucró la presencia masiva de funcionarios federales. Esto hizo que la participación política de la minoría negra recién emancipada se hiciera realidad casi de inmediato, tanto en materia de voto como en la posibilidad de ser electo. Como muestra Gary May en su reciente estudio de la ley de protección del voto, en la década luego de la guerra civil, unos dos mil ciudadanos negros fueron elegidos representantes estatales, concejales, jueces de paz, jurados y sheriffs; catorce se convirtieron en representantes en el Congreso federal, y dos asumieron como senadores federales.⁷

Pocos años después, sin embargo, los estados que habían sido esclavistas renovaron sus intentos por limitar los derechos de los negros, dando inicio a la etapa de la denominada “legislación Jim Crow”, que consistió en la adopción de una serie de medidas segregacionistas a partir de finales de la década de 1870.⁸ La rápida retracción en los derechos políticos de los negros coincidió con el retiro de los funcionarios federales, lo que llama la atención acerca de la necesidad acuciante de un estado presente y responsable (en alguna de sus dimensiones, en este caso el federal) como modo de resguardar la vigencia de los derechos (contra entidades locales). A esto se refería implícitamente Stevens con su comentario.

En el estado de Luisiana había, en el año 1896, 130.000 votantes negros registrados. Para 1904, menos de diez años después, solo quedaban 1.342.⁹ En Alabama, solo el 2 por ciento de los votantes negros en condiciones de votar estaban registrados para hacerlo.¹⁰ La causa: una combinación de leyes restrictivas, que creaban requisitos en apariencia neutrales a la raza (como haber alcanzado cierto nivel educativo) pero que tenían un impacto desproporcionado sobre la población negra (las exigencias se pasaban más fácilmente por alto cuando se trataba de votantes blancos), sumada al terror generado por grupos como el Ku-Klux-Klan, los Caballeros de la Camelia Blanca, o

⁷ Gary May, *Bending Toward Justice: The Voting Rights Act and the Transformation of American Democracy*. Basic Books, 2013. Citado en Stevens, *op. cit.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

más desembozadamente los cuerpos policiales o parapoliciales oficiales. La participación política de la minoría negra ponía en riesgo los cimientos de una sociedad construida sobre la base de la segregación, y de allí la brutal resistencia.¹¹

Esta fue la realidad hasta 1965, cuando la ley sobre el voto puso fin a los aspectos más perniciosos para la participación política de la minoría negra. Al analizar la constitucionalidad de la ley, la mayoría de la Corte en *Shelby* usó como ejemplo de la falta de necesidad de la antigua fórmula el hecho de que el alcalde actual de Selma fuera negro (la referencia tenía un alto valor simbólico, dada la importancia de la ciudad para la lucha por los derechos civiles). Sin embargo, como insiste Stevens, en una ciudad con una mayoría negra del 57 por ciento, esto no es sorprendente: “Lo que es sorprendente es que tan pocos miembros de esa mayoría estuvieran registrados para votar en 1965”.¹²

Nuevamente, el comentario de Stevens acerca del silencio de la Corte respecto de la historia del siglo 19 es pertinente porque el pasado puede ser prólogo. Si bien es muy improbable que los estados del sur vuelvan a adoptar un paquete de normas que afecte tan flagrantemente la participación política de las minorías raciales, no puede descartarse por completo que intenten limitar esa participación. De hecho, hay ya evidencia de ello: estados como Texas y Carolina del Norte reaccionaron con velocidad al fallo. La legislatura republicana del último estado, por ejemplo, sancionó una norma exigiendo un documento que acredite la identidad del votante, prohibiendo extensiones del horario de votación incluso en casos extraordinarios, acortando el periodo de votación anticipada, y dificultando el registro para votar, lo que se considera que puede tener un impacto desproporcionado para votantes de menores ingresos y niveles educativos, entre los cuales se cuentan los miembros de la minoría negra.¹³ Otros estados (como Georgia, Misisipi y Texas) también exigen desde hace tiempo, o están en camino de exigir, la exhibición de un documento al votar, un requisito que no se había incorporado en las últimas décadas y que no es inocuo en la práctica, pues

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ Véase, por ejemplo, Abby Ohlheiser, “North Carolina’s Voter ID, Abortion Bills Pass the Legislature”, *The Atlantic Wire*, edición del 25 de julio de 2013, disponible en <http://www.theatlanticwire.com/politics/2013/07/north-carolinas-voter-id-abortion-bills-pass-legislature/67630/>

muchas personas (aproximadamente un once por ciento de la población en edad de votar) carecen de él. A diferencia de muchos países, no existe en los Estados Unidos un documento nacional que acredite la identidad.

Acción afirmativa

El futuro de la llamada “acción afirmativa” en el país también está en riesgo. Nos referimos a la serie de impulsos llevados a cabo por varios estados locales para aumentar las oportunidades de miembros de grupos desaventajados y, en particular, de minorías raciales (principalmente negros y latinos), en la educación superior. Los sistemas de acción afirmativa varían entre los que reservan cupos especiales para minorías y los que simplemente consideran la pertenencia a una minoría como un criterio entre otros a evaluar positivamente. En todos los casos, la acción afirmativa se justifica como mecanismo para honrar el compromiso de la igual protección ante las leyes (Enmienda Catorce) en un sentido sustantivo y real. Pero en un país en el que muchos profesan el credo oficial del éxito a través del esfuerzo individual y la aprensión hacia cualquier tipo de asistencia pública, los programas de acción afirmativa siempre han estado asentados sobre pies de barro. La acción afirmativa es vista con recelo por muchas personas irónicamente por hacer clasificaciones empleando un criterio racial y, por ende, por violar el principio de igualdad.

Con todo, en las últimas décadas, la Corte había permitido algunos esfuerzos de los estados locales por mejorar el acceso de las minorías a la educación. Esto pareciera estar a punto de cambiar luego de un caso resuelto por la Corte este año. El caso *Fisher* planteaba un desafío a un programa de acción afirmativa impuesto por la Universidad de Texas, un oasis liberal en un estado conservador. Pese a que la decisión de la Corte no fue concluyente, pues optó por sacarse el caso de encima mediante una suerte de compromiso entre jueces separados ideológicamente (el caso se resolvió mediante una votación 7-1), ella permite suponer que la suerte del programa será aciaga. En su decisión, la Corte reafirmó una interpretación anterior en el sentido de que la raza puede ser un criterio entre otros a ser tenido en cuenta para promover la diversidad racial, un fin que el estado está justificado a perseguir. Pero, al mismo tiempo, reenvió el caso a un tribunal inferior para que este aplique un análisis más estricto y

pormenorizado sobre la necesidad concreta de considerar a la raza en el proceso de admisión y sobre el modo en que el sistema funciona en la práctica.¹⁴

El programa en cuestión garantiza el acceso directo a la universidad estatal de aproximadamente el diez por ciento de alumnos con mejores calificaciones de cada una de las escuelas secundarias del estado (el porcentaje varía de año a año, pero tres cuartos de los estudiantes de la universidad son admitidos de acuerdo con este método). El resto de estudiantes admitidos lo son teniendo en cuenta varios criterios, incluyendo la raza. En el caso, una alumna blanca que no había quedado dentro del diez por ciento con mejor desempeño impugnaba esta última parte del programa que tiene en cuenta a la raza. En su disidencia aislada, la jueza Ginsburg defendió esta porción del plan sosteniendo que la raza apenas era, en el proceso de admisión, un factor tenido en cuenta entre una gran constelación de factores (*"a factor of a factor of a factor of a factor"*). Un punto interesante sobre el caso es que si bien el primer criterio (el del acceso directo) es en apariencia neutral respecto de la raza, tuvo el efecto de mejorar el acceso a la universidad de estudiantes de escuelas ubicadas en distritos poblados por minorías, que de otro modo habrían quedado fuera de competencia frente a alumnos blancos provenientes de mejores escuelas. Así, el programa logró que 25 por ciento del cuerpo de estudiantes universitarios del estado fuera de origen latino (una cifra no tan lejana al 38 por ciento que representan los jóvenes latinos en el estado).¹⁵ Esto se explica por la fuerte desigualdad educativa existente en el estado y la falta de diversidad en sus escuelas secundarias, que el programa aspiraba a compensar. Como sostuvo la jueza Ginsburg, la parte neutral a la raza del programa de Texas mejoró en la práctica la situación de las minorías debido a la "segregación racial de facto existente en los barrios y escuelas del estado".¹⁶

¹⁴ El criterio se conoce en el derecho constitucional como "escrutinio estricto". Este tipo de revisión judicial, aplicado por los jueces cuando una norma regula temas sensibles como la raza, implica la inversión de la presunción de validez de una norma: esta será inválida salvo que el estado demuestre que existía una necesidad imperiosa de adoptarla. Si bien la Corte ya había sostenido que al analizar la acción afirmativa debía emplearse este criterio, en el caso parece dar a entender que su aplicación debe ser especialmente exigente.

¹⁵ Adam Liptak, "Justices Step Up Scrutiny of Race in College Entry", The New York Times, edición del 24 de junio de 2013.

¹⁶ *Id.*

Tal como sucedió este año en *Fisher*, casi todos los casos sobre este tema resueltos por la Corte en las últimas décadas fueron iniciados por demandas de jóvenes blancos que no habían sido admitidos por las universidades, según ellos a raíz del programa de acción afirmativa vigente. En el célebre caso *Bakke*, de 1978, en respuesta a un plan instrumentado por la Escuela de Medicina Davis de la Universidad de California, una mayoría estrecha de la Corte sentó la interpretación de que la diversidad racial era un valor que el estado legítimamente podía perseguir, y que por ende la raza podía ser un criterio entre varios tenido en cuenta en el proceso de admisión de los estudiantes. En el caso, que la universidad finalmente perdió, se discutía el empleo de un criterio más fijo o estático, que directamente reservaba una cantidad de asientos para las minorías. Tomar la raza como un criterio entre otros era válido; reservar cuotas para miembros de una raza no.

Durante muchos años persistió la duda sobre cuál era exactamente el criterio de *Bakke* o su valor como precedente. La duda fue en parte resuelta en 2003, en el caso *Grutter*, cuando la Corte convalidó el plan de admisiones de la universidad de Michigan, basado en el interés por promover la diversidad racial. Nuevamente, la opinión de la Corte fue que el plan consideraba a la raza como un factor más entre otros que debían sopesarse en cada caso. Sin embargo, la mayoría en la Corte (el voto fue escrito por la entonces jueza Sandra Day O'Connor) sostuvo que en unos 25 años cesaría la necesidad, y por ende la legalidad, de la acción afirmativa. Y, en un caso resuelto conjuntamente, *Gratz*, la Corte invalidó otro plan de la misma universidad que tenía el efecto práctico de asignar cupos de una manera más rígida a miembros de minorías.

Dado que en *Fisher*, el caso resuelto en 2013, la Corte actual evitó dar una respuesta directa acerca de la validez de la acción afirmativa, los programas pueden continuar.¹⁷ Pero, como se dijo, podría tratarse de una victoria a corto plazo. Pese a citar la jurisprudencia recién mencionada, el tribunal dejó entrever su intención de hacer más restrictivo su criterio sobre el uso de la raza. El programa de la Universidad de Texas, y con ello tal vez el futuro de la acción afirmativa y su promesa de una mayor igualdad sustantiva, podrían sucumbir ante la aplicación de ese criterio. En suma, a 50 años del

¹⁷ *Id.*

célebre discurso de Martin Luther King “Tengo un sueño”, la promesa de igualdad racial sigue siendo, al menos en algunos sentidos relevantes, un sueño por alcanzar.

Empresas

Si la Corte ha sido muy restrictiva en casos en que se trataba de reducir la desigualdad, en particular la de miembros de grupos tradicionalmente desaventajados, ha sido en cambio muy generosa en la protección de los grandes intereses económicos. Al hacerlo, ha puesto obstáculos muy fuertes en la protección de consumidores, víctimas y trabajadores, como lo indicó el profesor Erwin Chemerinsky en un artículo reciente titulado “Justicia para las grandes empresas”.¹⁸ Al menos cuatro fallos recientes consolidan esta línea.

La primera de las decisiones, tomada en abril en el caso *Kiobel*, impidió que la *Royal Dutch Petroleum Company* (hoy *Shell*), la famosa petrolera multinacional con una filial en los Estados Unidos, pudiera ser demandada en este país. Se le reclamaba por su supuesta complicidad con el gobierno de Nigeria en violaciones a los derechos humanos cometidas en el Delta del Níger en la década de 1990.¹⁹ Para justificar la jurisdicción de los tribunales estadounidenses, los demandantes, víctimas o familiares de víctimas de tales abusos, se valían de una ley de 1789 (la *Alien Tort Statute*), empleada en el pasado por víctimas extranjeras de violaciones a los derechos humanos cometidas fuera del país por la acción o complicidad de compañías que están basadas o tienen filiales en los Estados Unidos.

Todos los jueces estuvieron de acuerdo en que la demanda judicial contra la petrolera no podía continuar, pues en el caso concreto no estaba probado que la conducta denunciada tuviera un vínculo significativo con los Estados Unidos. Así, los jueces sostuvieron no tener jurisdicción para resolver las demandas en contra de empresas foráneas reclamando por su complicidad con las acciones de un gobierno extranjero cometidas en su propio territorio. Sin embargo, la Corte se dividió en cuanto a si la vieja ley podía ser alguna vez empleada para casos de abusos a los derechos humanos

¹⁸ Erwin Chemerinsky, “Justice for Big Business”, New York Times, edición del 1 de julio de 2013.

¹⁹ Véase Mark Sherman, “Supreme Court Limits Ability Of Foreign Human Rights Abuse Victims To Sue In U.S. Courts”, disponible en http://www.huffingtonpost.com/2013/04/17/supreme-court-foreign-human-rights_n_3101780.html

cometidos en otro país. La mayoría conservadora (nuevamente comandada por el presidente Roberts) respondió categóricamente que no, cerrando la puerta a casos futuros en que se denuncie la responsabilidad de empresas con sede o filial en los Estados Unidos. Valiéndose de esta decisión, a fines de agosto de 2013, un tribunal federal negó su jurisdicción en un caso contra empresas estadounidenses consideradas responsables de complicidad con el régimen sudafricano del *apartheid*.²⁰ Esto muestra que la Corte Suprema rechazó de plano una de las únicas vías que tenían las víctimas de multinacionales involucradas en serias violaciones a los derechos humanos de reclamar justicia en los Estados Unidos.

En una segunda decisión, en el caso *Vance*, la Corte limitó notablemente la posibilidad de entablar demandas por abuso sexual en el ambiente laboral. En su jurisprudencia anterior, la Corte sostuvo que la responsabilidad por abuso sexual en el trabajo correspondía cuando el abuso era cometido por un supervisor; cuando el abuso provenía de un compañero, la responsabilidad recaía en el empleador solamente cuando este hubiera sido negligente, una cuestión bastante difícil de probar. En *Vance*, la Corte se encargó de redefinir la categoría de “supervisor” en la manera más restrictiva posible. Bajo su nuevo criterio, supervisor es solo quien toma decisiones negativas contra el empleado (como bajarle su sueldo, suspenderlo o despedirlo), y no cualquier superior. El caso se alinea con varios otros de años pasados en que la Corte limitó la protección contra la discriminación en el empleo. El más notable había sido un caso de 2007, *Ledbetter v. Goodyear Tire and Rubber*, en el que una mujer que había sido víctima durante años de discriminación salarial, pero que recién se había enterado de la disparidad a punto de retirarse, reclamaba por ella. La Corte le respondió diciendo que había sido negligente, y que tendría que haber demandado antes. Como consecuencia de esta decisión, el presidente Obama envió al Congreso una ley modificando ese criterio (aprobada en 2009, la ley lleva el nombre de la demandante).

En un tercer caso, *American Express v. Italian Colors Restaurant*, la Corte impidió que se presenten acciones judiciales de grupo contra compañías prestadoras de servicios si se ha firmado con ellas una cláusula arbitral. En este caso, se trataba de una serie de

²⁰ Véase Rebecca Davis, “US Corporations can’t be sued for Apartheid, court rules”, Daily Maverick, edición del 22 de agosto de 2013, disponible en <http://www.dailymaverick.co.za/article/2013-08-22-us-corporations-cant-be-sued-for-apartheid-court-rules/#.UiKb9hsz320>

pequeñas empresas litigando contra una de las tarjetas de crédito más importantes. Pero, en 2011, en el caso *Concepción*, la Corte había denegado por las mismas razones un reclamo de una clienta del servicio de telefonía celular, sosteniendo que la firma de la cláusula arbitral cerraba las puertas de un reclamo colectivo (incluso cuando se tratara, como es obvio que era el caso, y como reconoció la Corte Suprema de California, de un contrato de adhesión, que el cliente no tiene libertad para negociar, y que a veces ni siquiera conoce). En su voto en *Concepción*, el juez conservador Scalia criticó los reclamos colectivos contra las empresas, diciendo que tenían el potencial de “aterrorizar” a las empresas, forzándolas a conciliar demandas en muchos casos frívolas.²¹ Como afirma Chemerinsky, la opinión de Scalia ignora de una manera muy poco ingenua el hecho básico de que los reclamos colectivos, al reducir los costos de transacción, permiten que se efectúen reclamos que individualmente nunca podrían hacerse.²² La familia *Concepción* tenía un reclamo individual por 30 dólares, una suma equivalente a unos pocos minutos (si es que no segundos) de asistencia de un abogado en los Estados Unidos.

En otro caso, *Pharmaceutical Company v. Bartlett*, la Corte dispuso que las compañías que fabrican medicamentos genéricos (que representan el 80 por ciento de los medicamentos recetados en el país) no pueden ser demandadas por los defectos de diseño de un producto, incluso si el producto causa graves daños al consumidor.²³ En el caso, una mujer demandaba a una farmacéutica por haber quedado desfigurada luego de sufrir una enfermedad extraña en la piel como reacción adversa a un analgésico. La mayoría conservadora de la Corte afirmó que las leyes estatales que imponían exigencias de información y autorizaban tales reclamos quedaban invalidadas ante la vigencia de una ley federal (una opinión extraña teniendo en cuenta el esfuerzo de la Corte por reforzar los poderes de los estados, como en el caso *Shelby*). La decisión se basó en otra de hace dos años, en el caso *PLIVA*, en el que la Corte había eximido de responsabilidad a farmacéuticas que fabricaban genéricos por no haber advertido a los

²¹ Véase Chemerinsky, *op. cit.*

²² Pocos ejemplos son más ilustrativos para esto que el caso “moneditas”, litigado en Argentina contra una compañía telefónica que se quedaba con unos pocos centavos en cada llamada desde un teléfono público. Véase

http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/notadeensenanzafinal_moneditas040806.pdf

²³ *Id.*

pacientes que sufrieron un perjuicio considerable en su salud sobre los efectos adversos de la medicación.²⁴

En este caso, como en los demás descritos en esta sección, el interés de la Corte por proteger los privilegios de las empresas es tan explícito que resulta grosero. Utilizando argumentos que contradicen los suyos para otros casos (como el de la relación entre poder legislativo federal y estadual), que niegan de modo manifiesto responsabilidades obvias (como las resultantes del diseño de productos defectuosos) y que abiertamente privilegian el bienestar empresarial (que, en opinión de al menos uno de los jueces, no puede ser *aterroizado* por demandas colectivas), la Corte da la espalda a la protección de las personas vulnerables para convertirse en abanderada del poder económico.

Reflexiones finales

En una contribución sobre el futuro del matrimonio igualitario en los Estados Unidos publicada en abril (antes de los fallos de la Corte Suprema), el excelente comentarista de la Corte Jeffrey Toobin concluía sosteniendo que el país había cambiado, que esa guerra estaba ganada, y que lo quedaba eran apenas unas batallas aisladas.²⁵ Es esta una afirmación exagerada. Entre otras cosas, ignora que si una mayoría en ese país estuviera a favor del cambio hacia la protección de las parejas del mismo sexo (algo que todavía no parece ser así del todo), este podría tardar en llegar como resultado de la resistencia conservadora desde puntos estratégicos de veto del proceso político. Suponer que la causa en favor de los derechos de los homosexuales está completamente ganada es aventurado, y una mirada a lo que sucede en otras latitudes (como en el caso actual de la persecución del gobierno ruso a los gais) puede bastar para advertir, salvando las distancias, cuán demoledoras pueden llegar a ser las reacciones incluso frente a triunfos modestos.

Sea como fuere, tal vez haya hoy algo en la causa altamente encomiable del movimiento homosexual que genera menores resistencias que otras causas, como las de la igualdad racial o la defensa contra el gran capital. Una manera de resumir la

²⁴ *Id.* Véase también Stacy B. Lee, “PLIVA v. Mensing: Generic Consumers' Unfortunate Hand”, Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics, Volume 12, Issue 2, Article 1.

²⁵ Jeffrey Toobin, “Wedding Bells”, The New Yorker, edición del 1 de abril de 2013, disponible en http://www.newyorker.com/talk/comment/2013/04/01/130401taco_talk_toobin

jurisprudencia reseñada es que la Corte Suprema es fuertemente conservadora, pero lo es algo más claramente en un sentido que en otro. Sin duda, el conservadurismo social que la institución ha mostrado en los últimos años, por ejemplo, en temas vinculados con el papel de la religión en la vida pública, es una oscura realidad, y lo mismo puede quizá decirse de su idea sobre los homosexuales (después de todo, la victoria de este año se logró con mayorías estrechas). Sin embargo, queda la impresión, al analizar la jurisprudencia reciente de la Corte, que este conservadurismo social se ve incluso superado por la defensa casi irrestricta que el tribunal hace del poder económico o por su reticencia a aceptar que en los Estados Unidos la raza y la pertenencia de clase son factores bastante rígidos y determinantes del progreso o la involución social.

Acaso se trate de que los casos vinculados con estas últimas cuestiones lastiman intereses concentrados y profundos, y amenazan con conmover el *statu quo*, de una forma que las reivindicaciones de las minorías sexuales no lo hacen *hoy* tan claramente. Ya sea como consecuencia del cambio cultural que vino de la mano del valiente activismo del movimiento de los derechos de los homosexuales (con sus luchas y fracasos), por tener una dimensión material algo menos concreta, o por involucrar un componente inter-clase, estas reivindicaciones podrían terminar siendo más aceptables, y finalmente acomodadas por el *establishment*. Estas reflexiones deben ser tomadas con pinzas, pues tal vez sean simplemente un ejemplo de mal funcionalismo, resultado de leer la realidad social con la seguridad que da el conocimiento de decisiones ya tomadas (con el periódico del día siguiente). Un día antes de los fallos sobre matrimonio homosexual, muchos pensaban que el sentido de las decisiones sería el inverso.

Lo que sí parece claro es que, a pesar de sus bondades, y de la merecida atención que han recibido en la prensa, las decisiones sobre derechos de las minorías sexuales no son suficientes para matizar el perfil fuertemente conservador y recalcitrante que tiene la Corte presidida por el juez Roberts. Como intentamos mostrar, varias decisiones recientes muestran que la Corte es muy poco permeable a ciertos reclamos básicos vinculados con los derechos de las personas o grupos vulnerables, y demasiado permeable a los intereses de las grandes empresas. En la peculiar lectura de la Corte, las empresas (en tanto personas jurídicas) tienen tantos derechos como las personas de

carne y hueso. En la práctica, sin embargo, algunas personas de carne y hueso tienen muchos menos derechos que las empresas.

Resulta importante conocer estas decisiones para evitar que la Corte obtenga más reconocimiento del que merece, cuando lo cierto es que sus fallos, en general, están generando perjuicios para los derechos y la democracia. Hay una realidad que muchos practicantes del derecho (y en particular los vinculados con los derechos constitucionales y humanos) conocen bien: la Corte estadounidense, que en algún momento fue un faro para muchos por la generosidad de su lectura de los derechos civiles, hoy es, como en el mito de Hero y Leandro, un faro (casi) apagado. Un tribunal se gana el respeto público construyendo legitimidad por medio de sus sentencias. Otros tribunales del mundo (incluyendo muchos en el sur como los de la India, Sudáfrica, Colombia y Hungría) lo han hecho. Al menos hoy, merecen nuestra atención mucho más de lo que la merece la Corte estadounidense.

Juan Bertomeu es profesor-investigador del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). **María Paula Saffon** es candidata al doctorado en ciencia política por la Universidad de Columbia en Nueva York.

sinpermiso electrónico se ofrece semanalmente de forma gratuita. No recibe ningún tipo de subvención pública ni privada, y su existencia sólo es posible gracias al trabajo voluntario de sus colaboradores y a las donaciones altruistas de sus lectores. Si le ha interesado este artículo, considere la posibilidad de contribuir al desarrollo de este proyecto político-cultural realizando una **DONACIÓN** o haciendo una **SUSCRIPCIÓN** a la **REVISTA SEMESTRAL** impresa.