

Conferencias

La infraestructura de la decisión constitucional de los Estados Unidos *

Drew Days III **

Traducción de Susana Calleja

INTRODUCCIÓN

Cada año, hacia fines de junio, la Corte Suprema de los Estados Unidos completa otro período, habiendo tomado decenas de decisiones que afectarán profundamente el modo en que nuestras instituciones y ciudadanía habrán de funcionar en los años por venir. En este período, por ejemplo, la Corte, entre otras decisiones, rechazó como derecho constitucional el suicidio asistido por un médico¹ y declaró inconstitucionales a las leyes federales que restringen el material indecente en Internet², a las que imponen condiciones sobre la compra de armas de mano y a las que otorgan, desde la regulación gubernamental, protecciones especiales a prácticas religiosas. También concluyó que el Presidente de los Estados Unidos era pasible de ser demandado directamente ante una Corte Federal por una conducta anterior a su toma de posesión.

Los diarios, así como los programas de radio y televisión, están llenos de informes sobre estas decisiones, sobre lo que ellas auguran para el futuro y lo que dicen sobre el éxito o fracaso de los respectivos jueces para alcanzar ciertos objetivos ideológicos durante el período. Pero muy poco o nada se dice sobre el proceso por cual los casos llegan a la Corte, son aceptados para revisión y finalmente, son resueltos. En la mente popular, influida en un grado significativo por la cobertura superficial de los medios, el proceso es bastante sencillo: los individuos u organizaciones tienen desacuerdos; contratan abogados para llevar o defenderse en los juicios; los tribunales de juicio y apelación adoptan resoluciones que, si son suficientemente importantes desde un punto de vista constitucional o legal, son aceptadas para revisión y decididas por la Corte Suprema. Sin embargo, la realidad es otra. De hecho, el proceso por el cual la

* Conferencia pronunciada el 20 de agosto de 1997 en la Universidad de Palermo.

** *Solicitor General* durante la primera Administración Clinton. Alfred M. Rankin Professor of Law, Yale University.

1. N. de T. La cuestión fue decidida en “Vacco, Attorney General of New York v. Quill”, N° 95-1858, 26-6-97. Se puede encontrar un comentario sobre este fallo de María Angélica Gelli en *La Ley* “La prohibición del suicidio asistido – Garantía de la Igualdad en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, Buenos Aires, 27 de abril de 1998.

2. N. de T. La sentencia aludida fue dictada en “Reno v. ACLU”, 26 de junio de 1997, 65 LW 4715; ver, además, el capítulo V de este artículo.

Corte Suprema determina la agenda de casos que aceptará para debate y decisión es bastante complejo y refleja una dinámica interacción, en varios sentidos, entre la Corte y un grupo de “jugadores repetidos”, constituido por litigantes institucionales públicos y privados. De esta “Infraestructura de la Decisión Constitucional de los Estados Unidos”, es de lo que hoy quiero hablar.

I. LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Por supuesto, la figura central en esta dinámica es la Corte Suprema en sí misma. Desde la famosa decisión de 1803 del Presidente de la Corte John Marshall en el caso *Marbury v. Madison*, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ejercido el poder de revisión judicial sobre las acciones de las ramas coordinadas del gobierno federal, así como las de estados y localidades, en donde están implicadas cuestiones de derecho constitucional y codificado. Sus interpretaciones de la Constitución sólo pueden ser modificadas por la reforma de nuestro documento básico. Como un juez observó, sobre la Corte, “No somos definitivos porque somos infalibles, sino que somos infalibles porque somos definitivos”. Pero el poder de la Corte Suprema, a este respecto, también está caracterizado por un cierto grado de tensión estructural.

Por un lado, es un tribunal de jurisdicción limitada en, al menos, tres aspectos.

Primero, está limitado por el Artículo III de la Constitución, que establece la materia y partes sobre las cuales la Corte puede ejercer su poder. Así, por ejemplo, la Corte sólo puede resolver “casos o controversias” (disputas actuales) y no está facultada a dar opiniones consultivas sobre cuestiones hipotéticas.

Segundo, está limitada por el Congreso, dado que el cuerpo legislativo puede hacer “excepciones” y “regulaciones” con respecto a la jurisdicción de apelación de la Corte. Y, a pesar de que el Congreso no puede alterar la jurisdicción original de la Corte, tiene el poder de conceder jurisdicción concurrente sobre tales disputas a los tribunales federales inferiores.

Y tercero, la Corte se ha impuesto a sí misma, a través de los años, una serie de restricciones que -aunque no están constitucionalmente requeridas- han sido vistas como importantes para mantener un balance adecuado entre el gobierno federal y los estados, y esenciales para un funcionamiento eficiente y efectivo de la Corte como institución. Las doctrinas sobre legitimación, cuestiones abstractas (*mootness*), *ripeness* y cuestiones políticas, referidas generalmente como cuestiones de “justiciabilidad”, sirven como principales restricciones a este respecto. Adicionalmente, la Corte declinará revisar una decisión de un tribunal estatal, aun aquélla que claramente plantee cuestiones constitucionales federales, cuando el mismo resultado al que se arriba pueda haber sido alcanzado sobre fundamentos “independientes y adecuados” de la ley estatal.

Por otro lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos es un tribunal constitucional que difiere, marcadamente, en varios aspectos, de sus pares de la mayoría de los sistemas legales civiles. Pero una de las más importantes distinciones es que nuestra Corte Suprema tiene, virtualmente, una jurisdicción totalmente discrecional más que obligatoria. Con respecto a sus jurisdicciones originales, como lo establece el artículo III de la Constitución, las leyes federales ahora sólo requieren a la Corte Suprema ejercer jurisdicción exclusiva (como opuesta a concurrente) sólo con respecto a “controversias entre dos o más

Estados”. De cualquier modo, sólo un puñado de esos casos llegan a la Corte Suprema en cada período. En cuanto concierne a su jurisdicción de apelación, desde 1925, el Congreso, usualmente con el estímulo de la Corte, ha reducido gradualmente los tipos de casos que está obligada a revisar. En 1988, el Congreso eliminó efectivamente la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Revestida con amplia discreción para seleccionar qué casos aceptará para revisar, la Corte ha mostrado, en forma suficientemente clara, su intención de establecer criterios rigurosos para evaluar los que requieren su consideración. La Regla 10 de la Corte Suprema “Consideraciones que Gobiernan la Revisión para *Certiorari*” dice, en parte, como sigue:

La revisión de un *writ of certiorari*³ no es una cuestión de derecho sino de discrecionalidad judicial. Una petición para *writ of certiorari* sólo será concedida por razones imperiosas (*compelling reasons*).

Como consecuencia de tener este poder discrecional de revisión, la Corte está en una posición de delinear el curso de desarrollo del derecho constitucional de los modos que crea apropiados, seleccionando sólo esos casos que van a servir como vehículos apropiados para alcanzar ese fin.

Sin embargo, debe agregarse una pieza fundamental a este cuadro de restricciones y poderes jurisdiccionales de la Corte. A pesar de ser una perogrullada, vale la pena repetir que la Corte Suprema, como otros tribunales federales, es una institución *reactiva*. No puede iniciar una acción, como el Congreso y el Presidente, más bien responde a peticiones de litigantes que buscan la resolución definitiva de cuestiones importantes de derecho constitucional federal o legal. Este hecho mueve a uno a preguntarse “¿Cómo hace la Corte Suprema para evaluar miles de peticiones de revisión que recibe cada período y reducir ese número a menos de cien, que serán aceptados para amplio tratamiento, debate oral y decisión?”

Para dar a Uds. algún sentido de la magnitud de este objetivo, durante el término recientemente concluido, 1996-7, la Corte recibió más de 7000 requisitorias de revisión, de las que fueron aceptadas menos de 90. Sólo 90 casos fueron efectivamente debatidos ante la Corte (incluyendo casos diferidos del período anterior) entre octubre de 1996 y junio de 1997. Esto constituye un poco más del 1° de nivel de aceptación.

Un conjunto de explicaciones tiene que ver con el trabajo interno de la propia Corte. Primero, más de dos tercios de las peticiones pidiendo revisión son de acusados criminales (federales y estatales) cuestionando la legalidad o constitucionalidad de sus condenas. A pesar de que pocas de esas peticiones presentan “razones imperiosas” para requerir la revisión de la Corte Suprema, la vasta mayoría, manifiestamente, no lo hace. Segundo, bajo la así llamada “Regla de Cuatro”, una petición de revisión será aceptada por la Corte si cualesquiera cuatro de los jueces lo votaran. Esa decisión no es necesariamente sencilla, pues los jueces pueden reflejar el resultado de complejos cálculos individuales o grupales:

1. Cuatro o más miembros pueden decidir en favor de conceder revisión porque el caso plantea cuestiones importantes que necesitan ser resueltas a fin de proveer guía a los tribunales inferiores; o

3. N. de T. Para conocer la noción de *writ of certiorari* y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ver Oteiza, Eduardo “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la C.S.J.N. sin un rumbo preciso” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* N° 3, especialmente Capítulo I, p. 73 y siguientes.

2. Un *quórum* de cuatro puede no ser alcanzado porque los jueces creen que una cuestión es importante, pero todavía no es apropiada para la consideración de la Corte Suprema, prefiriendo, en cambio, permitir que las cuestiones “se filtren” en los tribunales inferiores o cortes estatales, donde la cuestión y los argumentos puedan ser mejor delineados; o
3. Algunos jueces, que crean que una cuestión está madura para revisión, sin embargo, pueden votar contra la aceptación, por temor a que la decisión sobre los méritos, pueda ser desfavorable al resultado que creen correcto; o
4. La Corte puede estar de acuerdo en que no está preparada, como institución, para abordar una cuestión particular, porque los jueces están profundamente divididos acerca de cuál debe ser el resultado correcto.

La revisión de los jueces del gran número de peticiones presentadas cada año está asistida por el trabajo de un grupo de más de treinta secretarios letrados (*clerks*), que en la mayoría de los casos, conducen una evaluación preliminar de los casos para determinar si son valiosos para revisión.

En este sentido, la inicialmente desalentadora lista de peticiones pendientes se reduce a una fracción. Debe advertirse que hasta hace cinco períodos, la agenda de casos de la Corte aceptados para revisión era mayor a cien, llegando en algunos puntos a 150-80. Más recientemente, la Corte, por razones abiertas a la especulación, ha hecho un esfuerzo concertado para mantener el registro de expedientes próximo a los noventa casos.

II. JUGADORES REPETIDOS

Pero quiero volver a los factores *externos* al proceso de la Corte que afectan significativamente sus decisiones con respecto a la aceptación o rechazo de los casos para revisión. Como mencioné antes, la Corte Suprema es una institución reactiva. Debe esperar la presentación de peticiones, antes de poder dedicarse al proceso de selección. Su trabajo, en este aspecto, avanza o se retrasa dependiendo de si esas solicitudes tienen suficientemente *internalizado* su criterio de revisión y se presentan a la Corte con casos que planteen cuestiones constitucionales o legales verdaderamente importantes y que ofrecen “razones imperiosas” por las cuales la Corte debería aceptarlos para revisión. Por supuesto, los Estados Unidos tienen un gran *pool* de abogados talentosos, quienes aún sin experiencia previa de práctica ante la Corte Suprema, podrían estar capacitados para llevar con distinción casos ante ella.

Sin embargo, como se ha dicho, todavía es un hecho que un grupo pequeño de abogados y organizaciones legales constituyen un grupo de “jugadores repetidos” ante la Corte, presentando numerosas memorias cada período y debatiendo mucho más que su justa cuota de casos. Este resultado no es casual, sino más bien una consecuencia de varios factores. Primero, estos litigantes han dominado, a través del tiempo, el criterio de selección de la Corte y han desarrollado una sofisticada interpretación de la actitud de la Corte y de sus procedimientos internos. Segundo, tienen la habilidad de seleccionar, como organización, entre una gama de casos, aquéllos provenientes de tribunales inferiores o cortes estatales que es posible que sean de interés de la Corte. Y

tercero, estos abogados y organizaciones se han convertido en “*KNOWN QUANTITIES*” para la Corte, competentes para alegar y debatir los méritos de los casos en un modo que permitirá entender, exactamente, qué cuestiones están antes y qué alternativas están disponibles para resolverlas.

En orden a dar más fundamento a las observaciones generalizadas que he hecho en este punto, quiero enfocar la atención sobre cinco organizaciones que, a pesar de no formar una lista exhaustiva, ejemplifican la dinámica de “jugador repetido” que tengo en mente. Una, es una agencia gubernamental, la Oficina del *Solicitor General*⁴ de los Estados Unidos, que encabezé por tres años en la Primera Administración Clinton. Otras dos son lo que podría llamarse “la vieja línea” de litigantes venerables ante la Corte: la *NAACP Legal Defense and Educational Fund*⁵ y la *American Civil Liberties Union (ACLU)*⁶, ambas con sede en Nueva York. Las dos últimas son organizaciones relativamente nuevas, *Public Citizen*⁷ y *Washington Legal Foundation*⁸, con sede en Washington D.C.

III. LA OFICINA DEL *SOLICITOR GENERAL*

La Oficina del *Solicitor General* de los Estados Unidos es una agencia dentro del Departamento de Justicia. Fue creada en 1870 por el Congreso para proveer asistencia a un sobrecargado Procurador General con respecto a la representación de los Estados Unidos ante la Corte Suprema. Sin embargo, hoy en día, el *Solicitor General* es, virtualmente, el que toma la decisión (*decision maker*) final respecto de cuestiones de la Corte Suprema, no sólo sobre si el gobierno federal aparecerá ante la Corte, sino también con respecto a qué argumentos serán propuestos en esas frecuentes ocasiones en que participa en el litigio. A pesar de que el *Solicitor General* es elegido por el Presidente, con el consejo y consenso del Senado, y depende del jefe del Departamento de Justicia -el Procurador General-, una tradición -una convención, si les parece- de independencia ha crecido alrededor del ejercicio de autoridad del *Solicitor General* en las cuestiones de la Corte Suprema. Este funcionario es el más importante litigante ante la Corte Suprema, período tras período, participando en casi dos tercios de todos los casos que llegan a audiencia. Durante el período recientemente completado, la Oficina del *Solicitor General* participó en cincuenta y ocho de los noventa casos que la Corte resolvió en audiencia oral.

Para entender la importancia del *Solicitor General* en el proceso de selección de la Corte Suprema, es necesario cierto conocimiento de su función de “guardián de entrada” y tamiz. Cada año, el gobierno de los Estados Unidos, o uno de sus departamentos o agencias, se encuentra involucrado en pleitos en

4. N. de T. Tal como podrá apreciarse durante el desarrollo del capítulo III, no existe en las instituciones argentinas un organismo que tenga las mismas atribuciones que la Oficina del *Solicitor General*, ya que algunas de sus funciones se corresponden con las del Procurador General de la Nación –su actuación ante la Corte Suprema en general- y otras son semejantes a las del Procurador del Tesoro –la representación del Estado Nacional en juicio -. Por tal motivo, habré de mantener la denominación original en inglés.

5. N. de T. *National Association for Advancement of Colour People*. Fondo de Defensa Legal y Educacional de la Asociación Nacional para el Avance de las Personas de Color.

6. N. de T. Unión Americana de Libertades Civiles.

7. N. de T. Grupo de Litigio del Ciudadano Público.

8. N. de T. Fundación Legal de Washington.

cortes federales. Esos casos, en los niveles de juicio y apelación, alcanzan varias decenas de miles. Imaginen el impacto sobre la agenda de casos de la Corte Suprema si cada caso que el gobierno federal perdiera en juicio fuera apelado al próximo nivel, el circuito de cortes de apelación y si, luego de ello, cada pérdida en apelación resultara sujeta a una petición de *certiorari* (o revisión) en la Corte Suprema. El número de casos presentados cada período sería varias veces el número corriente de 7000 y, francamente, la Corte no podría, como se encuentra actualmente organizada, tener los recursos humanos para manejar tal volumen.

De hecho esto no sucede porque el *Solicitor General* sirve como “guardián de entrada” con respecto a las apelaciones del gobierno, tanto de las elevadas de los tribunales de juicio a las cortes de apelación del circuito, como de esas cortes intermedias a la Corte Suprema. Haciendo esto, tanto en el nivel de corte de circuito y más seguramente a nivel de la Corte Suprema, el *Solicitor General*, con escasas excepciones, ha tomado los criterios de la Corte Suprema como propios - *internalizándolos*- en la evaluación de si los casos debiesen ser admitidos para subir la escalera judicial para mayor revisión. Hay varias razones para que el *Solicitor General* tome este enfoque. Dos son simplemente pragmáticas. Primero, la Corte acepta muy pocos casos para revisión cada período y el gobierno tiene poco por ganar al presentar peticiones de revisión que seguramente serán rechazadas. Segundo, el *Solicitor General* mejora su reputación con la Corte al declinar buscar revisión en casos débiles para el gobierno, incrementando, eso se espera, las chances de que la Corte concederá la revisión cuando él determina que un caso lo merece.

Pero igualmente significativo y especialmente digno de atención, dada la doctrina de separación de poderes que guía las acciones de los tres poderes del gobierno federal, es que el *Solicitor General* sirve como un riguroso guardián desinteresado, para la Corte como institución y por su capacidad para cumplir sus funciones judiciales con efectividad. A este respecto, las responsabilidades del *Solicitor General* están, al menos teóricamente, en cierta tensión: por un lado, es un funcionario de la Corte; por el otro, es un abogado del Poder Ejecutivo.

En la búsqueda de revisión de los casos del gobierno, la posibilidad del *Solicitor General* para adherir al criterio de la Corte es superior a la de la mayoría de los otros litigantes, porque el pleito del gobierno frecuentemente presenta “razones imperiosas” para resolución de la Corte Suprema. Primero están esos casos en los que una ley del Congreso ha sido declarada inconstitucional. La Corte considera la revisión de esas decisiones como una de sus más solemnes responsabilidades. Segundo, el gobierno tiende a litigar casos a través del país en diferentes tribunales de juicio y apelación. De ese grupo de potenciales casos para revisión de la Corte Suprema, el *Solicitor General* está en posición de seleccionar sólo aquéllos que presenten cuestiones legales en los términos más claros, en informes bien desarrollados. Tercero, las demandas que cuestionan la constitucionalidad de programas de gobierno tienden a tener un potencial impacto nacional. Y, finalmente, los programas, frecuentemente, involucran sumas extremadamente grandes de dinero. Todas las consideraciones precedentes incrementan las posibilidades de que la Corte Suprema concederá la revisión, si se hubiera solicitado. Las estadísticas confirman esta expectativa. A pesar de que el gobierno presenta sólo varias docenas de peticiones cada período (un porcentaje minúsculo del total), entre el sesenta y el ochenta por ciento de sus peticiones son aceptadas para revisión, un récord no igualado por ningún otro litigante.

Es difícil elegir un ejemplo de cómo la oficina del *Solicitor General* ha utilizado su función de guardián para elevar una cuestión legal desde los tribunales inferiores hasta la Corte Suprema. Pero, quizá, fue instructivo el triunfo del gobierno en el período 1995/6 al persuadir a la Corte de que tanto los procesos civiles de confiscación y la persecución criminal contra el mismo acusado, originados en la misma conducta (una aproximación usada frecuentemente en casos de narcóticos) no violaban la Cláusula de Doble Riesgo de la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Fue la culminación de años de litigar la cuestión en tribunales inferiores y de cuestiones relacionadas ante la Corte en sí.

La Corte Suprema ha sido muy explícita en admitir que reposa sobre el ejercicio de las funciones de guardián del *Solicitor General*, tal como las acabo de describir. Pero el *Solicitor General* también juega un rol asesor *vis a vis* de la Corte en varios otros aspectos. Como mencioné antes, la vasta mayoría de las peticiones presentadas cada año, son de acusados criminales que objetan sus condenas. Muchos han sido condenados por delitos federales. El *Solicitor General* colabora con la Corte en la determinación, entre este gran volumen de peticiones (así como en muchas peticiones en casos civiles), de cuáles erigen cuestiones que merecen revisión. A diferencia de casi todos los otros litigantes, el *Solicitor General* regularmente aconseja a la Corte que los casos que ganó en los tribunales inferiores, no obstante, merecen revisión por la importancia de las cuestiones presentadas, aún cuando hacer eso pueda poner en riesgo la victoria del gobierno.

El *Solicitor General* también tradicionalmente “reconoce su error” cuando concluye que la decisión de un tribunal inferior a favor del gobierno fue “manifiestamente injusta” o un “desvío de justicia”. Quizás más notablemente, de vez en cuando, la propia Corte pide al *Solicitor General* que aconseje si una petición pendiente que involucra a otras partes, debería ser aceptada para revisión. Ningún otro litigante es invitado a representar este papel. Y, finalmente, la oficina del *Solicitor General*, por su parte, presenta memoriales como *amicus* (amigo de la Corte), para proveer consejo sobre cómo y en qué sentido deberían ser decididos los casos.

Dada esta muy acomodada y matizada relación que el *Solicitor General* goza con la Corte, algunas veces se lo considera como “El Décimo Juez”. Esto no es sugerir que la Corte ha abdicado su responsabilidad de tomar la decisión crítica de si un caso debe ser aceptado para revisión. Más bien, simplemente subraya cómo las acciones del *Solicitor General* contribuyen a delinear el ejercicio de la Corte en su jurisdicción discrecional.

IV. NAACP LEGAL DEFENSE AND EDUCATIONAL FUND INC.

La primera organización no gubernamental en mi lista es la *NAACP Legal Defense and Educational Fund*. Fundada en 1940, estuvo encabezada por varios años por Thurgood Marshall, quien más tarde se convirtió en Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El Fondo de Defensa Legal ha debatido más casos ante la Corte que cualquiera otra organización, salvo la Oficina del *Solicitor General*. El Fondo es bien conocido alrededor del mundo por su exitosa embestida sobre la doctrina “Separados pero Iguales” que, por casi un siglo, autorizó la segregación racial impuesta desde el gobierno en muchos sectores de la vida americana. La Corte Suprema declaró inconstitucional esa doctrina

en su decisión de 1954 en “Brown”,⁹ al proscribir la segregación racial en la educación pública. Las subsiguientes campañas de litigio dirigidas por el Fondo lograron el fin de la segregación racial en el voto, vivienda y transporte público.

Lo que es más significativo para nuestros propósitos, sobre los históricos y presentes enfoques para litigar, tienen que ver con su uso del “caso de prueba”. Como hizo en la serie de casos encaminados a la decisión de “Brown”, el Fondo opera, generalmente, identificando una ley, política o práctica que se vea como racialmente discriminatoria y CRAFTING un desafío legal que busque aplicar o extender un precedente de la Corte Suprema ya existente. Las demandas son desarrolladas y litigadas en los tribunales inferiores con el ojo puesto en llevarlos ante la Corte Suprema y obtener una decisión que altere el *statu quo* en dirección de una mayor equidad racial.

El Fondo es capaz de orquestar sus actividades de litigio en más de una manera, aunque en una escala menor que el *Solicitor General*. Ello reposa en una red de abogados, alrededor del país, que trabaja muy cerca del equipo *full time* del Fondo y lleva a su atención casos que pueden servir como vehículos efectivos para, finalmente, presentar cuestiones legales a la Corte Suprema. Más aún, su larga historia de abogar por la justicia racial causa, naturalmente, que grandes números de individuos busquen representación del Fondo. De este grupo de casos, el Fondo selecciona cuidadosamente sólo aquellos que aparentan presentar hechos y temas de imperioso tratamiento. Finalmente, en la medida en que no represente a una parte en juicio en tribunales federales inferiores o la Corte Suprema, lleva adelante una activa práctica de presentar memoriales como “amigo de la corte”, en favor de los argumentos legales propuestos por las partes, con los que está de acuerdo.

En los períodos recientes, el Fondo ha estado involucrado en un número de casos debatidos ante la Corte sobre cuestiones de acción afirmativa, discriminación en el empleo y desagregación escolar. Pero recientemente, sus esfuerzos más sostenidos se han enfocado en cuestiones que tienen que ver con el uso de un criterio racial en la rediagramación de los distritos congresionales. Sin ir a detalles innecesarios, es suficiente decir que años atrás, varias legislaturas de estados sureños rediagramaron los límites de los distritos de tal modo que se acrecentó la posibilidad de los votantes negros de elegir candidatos de su preferencia. Los defensores de esos distritos sostenían que estaban diagramados de conformidad con las leyes federales de derecho electoral. Sin embargo, los tribunales inferiores de Georgia, Louisiana y Texas declararon inconstitucionales a los distritos. Sólo el esquema de distritos de Carolina del Norte sobrevivió al ataque.

Al revisar esas decisiones, la Corte Suprema sostuvo que todas eran inconstitucionales porque encontró que estaban basadas predominantemente en una cuestión racial más que de conformidad con los principios tradicionales de rediagramación de distritos. El Fondo representó partes en los casos de Georgia, Texas y Carolina del Norte en los tribunales inferiores y en la Corte Suprema. Por supuesto, una de las moralejas de esta historia es que ser un “jugador repetido” no asegura que uno prevalecerá, pero sí que es más probable que se reciba una audiencia respetuosa durante el juicio. Pero también debe notarse que a pesar de que esos casos fueron perdidos por el Fondo, la Corte, en el período recientemente concluido, sostuvo por primera vez los méritos de un plan de rediagramación de distritos

9. N. de T. “Brown v. Board of Education”.

congresionales que estaba, en parte, basado en consideraciones raciales. Esto sugiere que el contacto regular entre ciertas instituciones litigantes y la Corte puede, a través del tiempo, producir algún cambio en el pensamiento de los jueces sobre cuestiones legales recurrentes. Al menos, los argumentos hechos en casos perdidos, donde la votación está estrechamente dividida, proveen “municiones” para los jueces disidentes que, un día, pueden estar en posición de forjar una mayoría favorable.

V. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION

La siguiente organización es sinónimo, en los Estados Unidos, de defensa de los derechos de libertad de religión, expresión, prensa, de reunión y asociación, protegidos por la Primera Enmienda de nuestra Constitución. Por casi ochenta años, la *American Civil Liberties Union*, con sede en Nueva York, ha librado batallas en la Corte Suprema contra la censura gubernamental, aquella que resulta previa a la expresión, la dirigida contra la prensa, las restricciones arbitrarias a reuniones públicas, las cargas impuestas sobre el ejercicio libre de grupos religiosos minoritarios y la interferencia en la privacidad de los individuos y asociaciones. También ha destinado recursos para enfrentar denegatorias sobre igual protección en el área de discriminación de género, por ejemplo.

A través de los años, ACLU ha desarrollado una reputación envidiable en la Corte Suprema, no sólo por la calidad de sus informes preliminares y argumentos orales, sino porque, particularmente en el debate de la Primera Enmienda, no ha huido de tomar casos impopulares o clientes desagradables a favor del mayor interés de proteger las libertades individuales de todos. Dos períodos atrás, por ejemplo, ACLU representó ante la Corte al Ku Klux Klan, una organización supremacista blanca, en la derogación exitosa de un edicto sobre la colocación de una cruz de madera sobre los jardines del Capitolio del Estado de Ohio. A pesar de que la filosofía organizacional de ACLU es enteramente antitética a la de KKK, vio en este caso -como lo hace a menudo- un principio de libertad de expresión que merecía ser reivindicado.

Como *NAACP Legal Defense Fund*, ACLU es capaz de trabajar mediante una red de afiliados a través del país para generar un grupo de casos de prueba sobre asuntos de libertades civiles. Sin embargo, su trabajo de red es vastamente más amplio, ya que ACLU es una organización de 275.000 miembros, con representaciones en los cincuenta estados y en trescientas ciudades y pueblos. Reposa sobre un cuadro de dos mil abogados voluntarios que manejan, anualmente, alrededor de 6.000 casos en varias cortes. ACLU actúa ante la Corte Suprema de los Estados Unidos más que ninguna otra organización, excepto la Oficina del *Solicitor General*.

Para darles algún sentido del nivel de actividad de ACLU ante la Corte Suprema, durante el período pasado, presentó informes en veinticinco casos, casi un tercio del total de los atendidos por la Corte. En cuatro de esos casos, representó a una parte. El rol que ACLU jugó en un importante caso que involucra a la libertad de expresión es emblemático de sus continuos esfuerzos en la causa de las libertades civiles. Uno de los más grandes desafíos que enfrenta la Corte en este fin de siglo y comienzo del próximo es cómo sus venerables precedentes con respecto a la libertad de expresión y prensa pueden ser adaptados para responder a las nuevas cuestiones, que inevitablemente están surgiendo con respecto al “ciberespacio”.

Justo en el período pasado, la Corte Suprema fue llamada a decidir la constitucionalidad de una ley del Congreso que imponía ciertas restricciones, con sanciones criminales, sobre el uso de Internet. Poco tiempo después de que la ley fue sancionada, ACLU impugnó con éxito su constitucionalidad en un tribunal federal inferior. Específicamente, la ley hacía un delito de “desplegar” cualquier material “indecente” en Internet si estaba “disponible” a menores. Consistente con la postura de ACLU, la Corte Suprema confirmó la decisión de inconstitucionalidad del tribunal inferior, encontrando que fracasaba en satisfacer el criterio de “escrutinio estricto”, tradicionalmente aplicado para las restricciones gubernamentales sobre libre expresión.¹⁰ En atención a sus antecedentes de varias décadas, uno tiene toda razón para esperar que ACLU será un participante activo en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte sobre la Primera Enmienda en el siglo XXI.

VI. LITIGATION PUBLIC CITIZEN GROUP

En los últimos veinticinco años, otras organizaciones se han unido a las más viejas y establecidas, como la NAACP y ACLU, en litigar regularmente ante la Corte. Sin embargo, a diferencia de esas dos, estas entidades más nuevas tienden a tener su sede en Washington y no operan como parte de una red de abogados que cooperan alrededor del país. Tampoco son organizaciones con membrecía, como ACLU. A pesar de ello, han tenido un importante y creciente impacto sobre la lista de casos por juzgar y decisiones de la Corte Suprema.

Public Citizen Litigation Group merece la primera mención en este respecto. Esta organización, fundada en 1972 como parte de un grupo de iniciativas de un abogado de consumidores, Ralph Nader, concentra su trabajo en cinco áreas principales: contabilidad del gobierno y las corporaciones, transparencia, regulación de las profesiones, separación de poderes y derechos de los trabajadores. Como uno puede esperar, en vista del rol de Ralph Nader en su creación, el Grupo destina recursos significativos, como establece una de sus publicaciones, a “combatir el poder que es usado de un modo que pone en riesgo los derechos o bienestar de los consumidores americanos”. En sus veinticinco años de operación, los abogados de *Public Citizen* han participado en más de treinta y ocho casos importantes en la Corte Suprema. Pero estos números no cuentan toda la historia. *Public Citizen* ha estado involucrada en una amplia gama de cuestiones ante la Corte. Sin embargo, ha sido en el área de la separación constitucional de poderes -que es la relación apropiada entre las tres ramas del gobierno federal- en la que *Public Citizen* ha hecho su marca en la jurisprudencia de la Corte. Desde el comienzo de los '80, la Corte Suprema ha decidido siete casos significativos de separación de poderes. *Public Citizen* representó a una parte en seis de esos casos y presentó un memorial como amigo de la Corte en el séptimo. Estos casos presentaban cuestiones que tenían que ver, entre otras con la constitucionalidad del veto de una Cámara del Parlamento, con la Ley del Consejo Independiente y la Comisión de Sentencia de Estados Unidos.

Justo en el período pasado, *Public Citizen* representó impugnaciones a la constitucionalidad de la recientemente sancionada ley de “*line item veto*”. Esta ley otorga poder al Presidente para vetar selectivamente ciertas asignaciones

10. Ver nota 2.

presupuestarias aprobadas por el Congreso. *Public Citizen* argumentó que la nueva ley violaba la separación de poderes al delegar en el Presidente una facultad que la Constitución no le concede. La Corte no encontró fundamentos a la petición, manifestando, en cambio, que los miembros individuales del Congreso que entablaron el juicio no podían impugnar la ley apropiadamente. Sin embargo, advirtió que estaría dispuesta a recibir tal impugnación si fuera llevada por un litigante efectivamente dañado por el ejercicio del “*line item veto*” por el Presidente. No tengo duda que *Public Citizen* está dispuesta a ofrecer sus servicios legales a la primera persona o entidad que satisfaga ese criterio.

VII. WASHINGTON LEGAL FOUNDATION

La última organización de la que quiero hablar es la *Washington Legal Foundation*, fundada en 1986. Por propio derecho, ésta es digna de consideración en el contexto de cualquier discusión sobre los “jugadores repetidos” ante la Corte Suprema. La Fundación presentó informes en diecisiete casos atendidos por la Corte Suprema durante el período recientemente terminado. Pero también es representativa de más de media docena de organizaciones hermanas a través del país -Pacific Legal Foundation, Mountain States Legal Foundation, etc.- que, colectivamente, están teniendo impacto sobre la jurisprudencia constitucional. En menos de una generación, estas organizaciones han dado un nuevo significado a la expresión “derecho de interés público”. Hasta hace relativamente poco el “derecho de interés público” era comúnmente entendido como abarcativo del tipo de representación legal provista por la NAACP *Legal Defense Fund* y la ACLU para reivindicar los derechos de la Enmienda Catorce, de igual protección ante la ley, o de la Primera Enmienda, de libertad de religión, expresión, prensa, reunión y asociación.

Sin embargo, *Washington Legal Foundation* y sus organizaciones complementarias, existen para, y cito su literatura, “defender y promover los principios de la libre empresa y los derechos individuales”. Estos abogados han sido rápidos para señalar, cuando son desafiados a defender su adopción del rótulo de “interés público”, que la Constitución no sólo prohíbe la negativa de igual protección, la privación de la vida o la libertad sin el debido proceso legal o las intromisiones en la expresión. También garantiza que el gobierno no efectuará privaciones a la *propiedad* sin el debido proceso legal o “la toma de la propiedad privada para uso público sin justa compensación”.

En la mayor parte del pasado medio siglo, la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha dispensado una gran atención a las provisiones de las Quinta y Decimocuarta Enmiendas relacionadas con los derechos de propiedad. Sin embargo, hasta hace poco tiempo, en general, sus decisiones tendían a ensanchar los límites del gobierno para ejercer sus poderes de regulación de dominio eminente y uso de la tierra sin encontrar ninguna valla constitucional. El programa de litigios de *Washington Legal Foundation* y las entidades comparables ha sido para revertir las orientaciones de esta jurisprudencia de la Corte Suprema -llamada “*takings*” law-, animado por la convicción de que la sobrerregulación del gobierno, por ejemplo, con respecto a la zonificación, ha resultado una erosión inconstitucional a los derechos de propiedad de los individuos.

Pienso que es justo decir que, en este aspecto, sus esfuerzos están compensados. Estas fundaciones han participado en siete de los mayores casos

de “*takings*” atendidos por la Corte desde 1986. Durante ese período, la actitud de la Corte para con la regulación gubernamental ha experimentado un cambio significativo, reflejando más predisposición que en el pasado para encontrar que un “*taking*” ha ocurrido. La consecuencia de esta tendencia puede ser, finalmente, un dramático retroceso en las regulaciones del gobierno, desde que, a diferencia del pasado, en que la Corte no encontraba obligación de pagar “justa compensación” a los propietarios afectados, esa alternativa podría imponer pesadas cargas fiscales sobre los ya limitados presupuestos del sector público.

El próximo período, que comienza en octubre de este año, la Corte atenderá un caso traído por *Washington Legal Foundation* (como actor) impugnando por inconstitucional un “*taking*” adoptado por Texas (así como por otros varios estados), para fundar organizaciones sin fines de lucro dedicadas a proveer servicios legales a gente de bajos ingresos. En resumen, se requiere a los abogados de Texas que cedan a una agencia establecida por el estado los intereses bancarios ganados sobre las cuentas colectivas de ciertos clientes. La teoría de esta propuesta es que como esas cuentas son pequeñas o tomadas por períodos muy cortos, los bancos no tienen obligación de pagar intereses a ningún cliente individual. Sin embargo, colectivamente, los intereses pueden ser pagados y, entonces, cedidos por los abogados a un programa estatal como parte de su responsabilidad profesional para asegurar la representación legal de los pobres.

Washington Legal Foundation tiene la postura, sostenida por una corte federal de apelaciones, que ese pago de intereses sobre las cuentas de los clientes, sin que importe cuán pequeña sea, produce un “*taking*” de su propiedad sin un debido proceso. Este caso presenta a la Corte, por primera vez, con la descorazonante tarea de resolver el conflicto entre el loable objetivo de proveer representación legal a los pobres (la forma de derecho de interés público al viejo estilo) y los reclamos de los derechos constitucionalmente protegidos contra la privación de propiedad por el gobierno (el nuevo estilo de derecho de interés público). También proveerá indicación futura de la dirección probable que seguirá la jurisprudencia de “*takings*” de la Corte Suprema.

VIII. CONCLUSIÓN

La Corte Suprema es una de las instituciones más apreciadas de los Estados Unidos. A pesar de que sus decisiones raramente alcanzan aprobación universal, cada año las encuestas de opinión reflejan un consistentemente alto nivel de confianza y de respeto del público para con la Corte, que aventaja por lejos los *ratings* del Congreso y la Presidencia. Los académicos continúan esforzándose para encontrar explicaciones para este hecho. Pero una razón podría ser que la Corte es percibida, correctamente, como abierta a la búsqueda de la resolución definitiva de las importantes disputas que involucran a la Constitución o al derecho federal. Confiadas en esa expectativa, las organizaciones como las que he mencionado hoy, se dedican a presentar y litigar casos en los tribunales federales inferiores y en las cortes estatales, que ellos creen que podrán proporcionar a la Corte una oportunidad para ejercitar lo que el Presidente del Tribunal, John Marshall, describió como “enfáticamente la providencia y el deber ... de decir lo que la ley es.” Es la dinámica lo que forma la “infraestructura de la decisión constitucional de los Estados Unidos.”