

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas*

Robert A. Dahl*

Considerar a la Corte Suprema de los Estados Unidos como una institución estrictamente jurídica, es desestimar su significado en el sistema político norteamericano, ya que, sin dudas, se trata de una institución política, o sea, que decide sobre cuestiones controvertidas de política nacional. Aun así, no es nada habitual considerar a la Corte de esa manera, sobre todo porque los norteamericanos no están del todo dispuestos a aceptar este hecho, pero tampoco son capaces de negarlo; por lo tanto, lo que generalmente sucede es que tomamos ambas posiciones a la vez. Esto es confuso para los extranjeros, entretenido para los lógicos y gratificante para los norteamericanos comunes quienes, por lo tanto, se las arreglan para retener lo mejor de ambos mundos.

I.

Una decisión sobre políticas públicas, puede ser definida como una elección efectiva entre distintas alternativas sobre las cuales existe, al menos inicialmente, cierta incertidumbre. Esta incertidumbre puede surgir por falta de información adecuada sobre (a) las alternativas consideradas “abiertas”; (b) las consecuencias que probablemente se produzcan a partir de la elección de una de las alternativas dadas; (c) el grado de probabilidad de que estas consecuencias, de hecho, se produzcan; y (d) el valor relativo de las diferentes alternativas, esto es, cómo establecer un orden de las alternativas que vaya desde la más preferible hasta la menos preferible, que tenga en cuenta tanto las posibles consecuencias como la probabilidad esperada de que estas consecuencias, de hecho, sucedan. Una elección efectiva es la selección de la mejor alternativa acompañada de las medidas para asegurar que la alternativa elegida, sea cumplida.

Nadie, me imagino, discutirá la proposición de que la Corte Suprema, o, en efecto cualquier tribunal, debe tomar, y de hecho toma, decisiones de políticas públicas en este sentido. De todas formas, esta proposición no es realmente útil para la pregunta que tenemos delante. Sí es crucial el margen en el que un tribunal puede decidir y, de hecho, decide, sobre políticas públicas, sin tener en cuenta los criterios “jurídicos” establecidos por los precedentes, por la ley y la Constitución. En este sentido, la Corte Suprema ocupa una posición muy particular, ya que una de sus características esenciales es que, de tanto

* Publicado originalmente en 6 J. Pub. L. 279 (1957). Re-impresión honoraria como Robert A. Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, 50 EMORY L.J. 563 (2001). En el año 2000, el artículo fue elegido el primer ganador del premio Harcourt Brace College Publishers, que reconoce a algún artículo con más de diez años de antigüedad y que haya dejado una huella duradera en el campo del derecho y de la jurisprudencia. Publicado en la Revista de Palermo bajo permiso del autor y del Emory Law Journal. Traducido por María Luisa Piqué y María Victoria Ricciardi.

* Sterling Professor de Ciencia Política, Universidad de Yale.

en tanto, sus miembros deciden casos en los que los criterios jurídicos no se adecuan, por lo menos en un sentido realista, a su tarea. Un distinguido miembro de la Corte actual, ha descripto recientemente la tarea de la Corte Suprema en estas palabras:

“Es esencialmente acertado afirmar que la preocupación actual de la Corte consiste en aplicar aspiraciones fundamentales y lo que el Juez Learned Hand llama “humores”, encarnados en principios como la regla del debido proceso, los cuales no fueron diseñados ni para ser precisos ni constituir directrices claras sobre cursos de acción. Aplicar esos principios en un proceso judicial implica hacer un juicio... sobre la posición de los representantes directos del pueblo en relación con la satisfacción de las necesidades de la sociedad, sobre la posición de los presidentes y gobernadores, y a través de la construcción de la voluntad de las legislaturas, la Corte débil o fuerte, revive las páginas inertes de la Constitución y de los Códigos”.¹

Frecuentemente, entonces, los casos que llegan a la Corte incluyen alternativas sobre las cuales existe un serio desacuerdo en la sociedad, como la segregación o la regulación económica; o sea, la configuración del caso es “política”. Además, en general, se trata de casos en los que reconocidos especialistas en derecho constitucional, incluyendo hasta a los eruditos miembros de la Corte Suprema, disienten; en los que las palabras de la Constitución son genéricas, vagas, ambiguas o no se aplican claramente; en los que es posible encontrar precedentes que favorezcan la postura de ambas partes; y en los que los expertos difieren en la predicción de las consecuencias de las alternativas o en el grado de probabilidad de que esas consecuencias se produzcan. Típicamente, en otras palabras, aunque pueda haber un consenso considerable respecto de las alternativas posibles [(a)], existe un serio desacuerdo sobre cuestiones fácticas, relativas a las consecuencias y probabilidades [(b)y(c)], sobre cuestiones de valor, o sobre cómo deben ser ordenadas las diferentes alternativas, en función de los criterios escogidos para establecer la prioridad de las alternativas[(d)].

Si se asumiera que la Corte es una institución “política”, no habría problemas: se daría por sentado que los miembros de la Corte resuelven las cuestiones fácticas y valorativas en función de ciertas suposiciones subjetivas, propias o de los clientes o electorado influyente. Sin embargo, como la legitimidad de las decisiones de la Corte se funda en la ficción de que no es una institución política sino exclusivamente jurídica, asumir el carácter político de la Corte significaría resolver una serie de problemas al precio de crear otros. Sin perjuicio de ello, y si es cierto que los casos que llegan a la Corte son como los he descripto, entonces la Corte no puede actuar como una institución estrictamente jurídica. Necesariamente debe elegir entre alternativas controvertidas sobre políticas públicas apelando, al menos, a ciertos criterios sobre cuestiones de hecho y valorativas, que no pueden hallarse ni deducirse, ni de precedentes, ni de la ley, ni de la Constitución. Es en este sentido que la Corte crea políticas públicas a nivel nacional, y es este rol el que hace surgir el problema del papel de la Corte en un sistema político que se jacta de ser considerado democrático.

Voy a hacer de cuenta que, salvo por una cuestión de grado y de presentación, lo que he dicho hasta ahora es ampliamente aceptado entre los politólogos y abogados

1. Felix Frankfurter, "The Supreme Court in the Mirror of Justices", 105 U. Pa. L. Rev. 781, 793 (1957).

norteamericanos. Para quien sostenga que la Corte no diseña políticas públicas, ni siquiera en alguna de sus actividades, la discusión que sigue puede parecer irrelevante. Pero para quien sostiene que al menos uno de los roles de la Corte es trazar políticas públicas cuando los criterios estrictamente jurídicos son inadecuados, surge una cuestión seria y muy debatida: ¿Quién obtiene qué y por qué? O, en un lenguaje menos elegante: ¿Qué grupos resultan favorecidos o desfavorecidos por la Corte? ¿Cómo compatibilizar la distribución que hace la Corte de estos premios y castigos con nuestro sistema político supuestamente democrático?

II.

Es posible utilizar dos criterios diferentes y contradictorios en la determinación y evaluación del rol de la Corte: la regla de mayoría y el criterio de “lo Correcto” o de “Justicia”. Cada disputa sobre políticas públicas puede ser evaluada, al menos en principio, según la regla de mayoría, porque (otra vez: en principio) la disputa puede ser analizada según la cantidad de gente a favor y en contra de las diferentes alternativas en juego, y, por lo tanto, según las proporciones de ciudadanos o miembros en posición de ser electos, que están a favor o en contra de las distintas alternativas. Lógicamente, salvo en un caso trivial, cada conflicto en una sociedad suele ser una disputa entre la mayoría de aquellos en condiciones de participar y una minoría o minorías; o bien podrá ser una disputa entre distintos grupos minoritarios o dentro de una misma minoría². Dentro de ciertos límites, ambas posibilidades son independientes del número de alternativas en disputa, y, como el argumento no se ve afectado significativamente por el número de alternativas en juego, conviene asumir que, en cada desacuerdo sobre políticas públicas, sólo hay dos alternativas³.

Si todos prefieren una de las dos alternativas, no habrá ningún problema significativo. Pero es extremadamente difícil que un caso llegue a la Corte Suprema, a no ser que al menos una persona prefiera una alternativa a la que otra se oponga. Estrictamente hablando, entonces, más allá de cómo actúe la Corte al establecer la legalidad o constitucionalidad de una u otra alternativa, el resultado de la decisión de la Corte debe, o bien (1) estar de acuerdo con preferencias de una minoría de ciudadanos y contradecir las de la mayoría; o bien (2) coincidir con preferencias de una mayoría y oponerse a las preferencias de una

2. Si en una sociedad el número total de miembros fuera par, técnicamente puede ocurrir que una disputa divida a la sociedad en dos partes iguales, con lo cual no podría hablarse de mayoría o minoría de la totalidad de miembros. Pero aun en el caso de que el número fuera par, las probabilidades de una división exacta, en cualquier grupo de más de algunos miles de personas, es tan remota, que puede ser ignorada.

3. Supongamos que el número de ciudadanos, o miembros en condición de ser elegidos para participar de decisiones colectivas, es n . Permitamos que cada miembro indique su “alternativa preferida”. De ello se sigue, obviamente, que el máximo número posible de alternativas preferidas es n . Es igual de obvio que si el número de alternativas preferidas es mayor o igual a $n/2$, entonces ninguna mayoría será posible. Por razones prácticas, estas limitaciones formales pueden ser ignoradas, ya que estamos lidiando con una gran sociedad, en la que la cantidad de alternativas posibles para la Corte Suprema es invariablemente pequeña. Si el número de alternativas es mayor a dos, es teóricamente posible que las preferencias se distribuyan de tal forma que ningún resultado sea coherente con el criterio de mayoría, aun si todos los miembros pudieran priorizar todas las alternativas y tuvieran información perfecta sobre sus preferencias; pero esta dificultad no repara en una discusión posterior y por lo tanto es descartada. Para un examen de este problema, se puede consultar Joseph K. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951).

minoría; o (3) coincidir con preferencias de una minoría y oponerse a preferencias de otra minoría, que le son indiferentes al resto de los ciudadanos.

En un sistema democrático, con una legislatura más o menos representativa, es innecesario mantener una Corte especial para asegurar la segunda clase de resultados. Podría presentarse un caso en el que la Corte protegiera los derechos de minorías nacionales en contra de intereses locales en materia federal. Sin embargo, hasta donde yo sé, el rol de la Corte como institución que diseña políticas públicas no suele ser defendido de esta manera; a continuación, por lo tanto, propongo dejar de lado la delicada cuestión del federalismo y dedicarme solamente a minorías y mayorías “nacionales”. El tercer tipo de resultado, aunque relevante según otros criterios, es apenas relevante con respecto al criterio de mayoría, y también puede ser dejado de lado por el momento.

Una de las posturas sobre el rol de la Corte Suprema, muy influyente, es que ésta es, especialmente, una herramienta para proteger a minorías en contra de la tiranía de la mayoría. En el curso de sus 167 años, en 78 casos, la Corte revocó 86 diferentes disposiciones de derecho federal por inconstitucionales⁴ y, por vía de interpretación, ha modificado otro tanto. Podría sostenerse, por lo tanto, que en todos o en una buena parte de estos casos, la Corte de hecho estaba defendiendo derechos de alguna minoría en contra de una mayoría “tiránica”. Sin embargo, esta interpretación sobre la actividad de la Corte padece de dificultades muy serias.

III.

Un problema, esencialmente ideológico, consiste en lo difícil que es reconciliar esa interpretación, con la existencia de un sistema de gobierno democrático, dado que no es para nada difícil mostrar, apelando a autoridades tan variadas e imponentes como Aristóteles, Locke, Rousseau, Jefferson y Lincoln, que el término “democracia” significa, entre otras cosas, que el poder de gobernar reside en las mayorías populares y sus representantes. Más aun, partiendo de definiciones totalmente razonables y tradicionales de soberanía popular e igualdad política, puede demostrarse que la regla de mayoría como principio se deduce por necesidad lógica.⁵ Por lo tanto, afirmar que la Corte apoya preferencias de la minoría en contra de las de la mayoría, es negar la existencia de la soberanía popular y la

4. En efecto, el asunto es de cierta forma, ambiguo. Aparentemente, hubo 78 casos en los que la Corte declaró inconstitucionales disposiciones de derecho federal. 64 leyes diferentes han sido interpretadas en sentido técnico y 86 disposiciones jurídicas han sido, en ciertos aspectos, invalidadas. Aquí, me baso en los gráficos y cuadros de la Biblioteca del Congreso, el Servicio de Referencia Legislativa, y las Disposiciones de Derecho Federal Declaradas Inconstitucionales por la Corte Suprema de los Estados Unidos 95, 141-47 (1936), a las cuales he agregado United States ex rel. Toth v. Quarles, 350 U.S. 11 (1955), y United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946). Hay algunas discrepancias menores en los totales (que no son atribuibles a las diferencias en las fechas de publicación) entre este volumen y la Biblioteca del Congreso, el Servicio de Referencia Legislativa, y las Disposiciones de Derecho Federal Declaradas Inconstitucionales por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation (Corwin ed. 1953). La diferencia es producto de la clasificación. El último de los documentos enumera 73 leyes declaradas inconstitucionales (lista a la que habría que agregar Toth v. Quarles, supra) pero, a veces, se cuentan por separado diferentes secciones de la misma ley.

5. Robert A. Dahl, “A Preface to Democratic Theory” cap. 2 (1956).

igualdad política, al menos en sentido tradicional, en los Estados Unidos; y afirmar que la Corte debe actuar de esta manera es negar que la soberanía popular y la igualdad política deben prevalecer en este país. Este estado de cosas no es muy deseable para los defensores de la Corte; sobre todo en un país orgulloso de su tradición democrática, no debe sorprender, pues, que se haya dedicado tanto esfuerzo a la empresa de justificar por qué la Corte, aun defendiendo sistemáticamente a minorías en contra de la mayoría, es una institución verdaderamente “democrática”. Pero por más manipulación que se haga de la teoría democrática, no puede disimularse el hecho de que un sistema donde prevalezcan las preferencias de las minorías en materia de políticas públicas, por sobre los de la mayoría, es un sistema que no permite distinguir una democracia de otros sistemas políticos⁶.

Sin embargo, por suerte es innecesario abordar este tema tan agotado; la visión de la Corte como protectora de las libertades de las minorías en contra de la tiranía de las mayorías, está desafiada por otras dificultades –no ideológicas, sino empíricas y lógicas-. Obviamente, si uno desea ser absolutamente riguroso, probablemente sea imposible demostrar si una decisión de la Corte es o no contraria a las preferencias de una “mayoría nacional”. Es claro que, salvo que se eche mano a ciertas presunciones en materia de prueba, específicamente en relación con prueba útil para descubrir preferencias de las minorías y de las mayorías en la población en general, la visión bajo estudio es totalmente indemostrable. En sentido estricto, no existe ninguna evidencia adecuada, dado que las encuestas de opinión tienen un origen relativamente reciente y las elecciones nacionales no son más que un indicador de preferencias primarias de un número de ciudadanos –en los Estados Unidos este número comprende entre el 40 y el 60 por ciento de la población adulta– respecto de ciertos candidatos que ejercen la función pública. No quiero decir con esto que no exista ninguna relación entre preferencias por candidatos y preferencias por políticas públicas alternativas. Sin embargo, la conexión es muy tenue y, a partir de una elección, es casi imposible establecer si una mayoría apoya o no una de dos, o más, políticas alternativas, sobre las cuales los miembros de las elites políticas se encuentran divididos. Por lo tanto, de gran parte de la historia de la Corte simplemente no hay forma de establecer con cierto grado de certeza, si una alternativa tenía el apoyo, o no, de una mayoría o de una minoría de adultos, o aun de votantes. Ante la ausencia de información directa, debemos valernos de exámenes indirectos. Las 86 disposiciones de derecho federal que han sido declaradas inconstitucionales, inicialmente habían sido aprobadas, por supuesto, por mayoría de votos tanto en la Cámara de Senadores, como en la de Diputados. También tenían la aprobación formal del Presidente. Por lo tanto, podríamos pensar que la mayoría compuesta por aquellos que votan en ambas cámaras, junto con el Presidente, forman una “mayoría legislativa”. No es nada fácil determinar si semejante constelación de fuerzas dentro de las elites políticas coincide de hecho con las preferencias de alguna mayoría de norteamericanos adultos o, al menos, con preferencias de una mayoría compuesta por la mitad de la población adulta que asiste, en promedio, a votar en las elecciones legislativas. La evidencia que tenemos, proveniente de encuestas de opinión, sugiere que el Congreso nunca se aleja demasiado de la opinión pública, o al menos de la opinión pública que queda

6. Cf., en general, Henry S. Commager, “Majority Rule and Minority Rights” (1943).

luego de descartar las respuestas de las varias personas que caen en la categoría “no sabe/no contesta”. Pues bien, si podemos considerar, aun sobre estas bases algo inciertas, a la “mayoría legislativa” como equivalente a la “mayoría nacional”, podemos someter a examen la hipótesis de que la Corte Suprema es un escudo y un medio de protección de las minorías en contra de las mayorías nacionales.

Cualquiera sea la posición que tengamos sobre la naturaleza del proceso político, todas parecerían asumir, al menos en cierta medida, que la Corte Suprema tiene, o podría tener, el rol de Galahad*. A lo largo de la historia de la Corte, en promedio se designó un juez cada 22 meses. Esto significa que un presidente puede tener la expectativa de designar, en su primer mandato, alrededor de 2 nuevos jueces; si, ante una Corte dividida, estas designaciones no fueran suficientes como para inclinar la balanza a su favor, puede estar seguro de que lo logrará, si se mantiene por dos mandatos. De esta forma, Hoover realizó 3 designaciones; Roosevelt, 9; Truman, 4; y Eisenhower, por el momento, lleva 4 designaciones. Claramente, los presidentes no se destacan por designar jueces hostiles a sus propias concepciones sobre políticas públicas, ni tampoco pueden pretender que la Cámara de Senadores convalide la designación de una persona cuya opinión en cuestiones clave sea flagrantemente irreconciliable con la mayoría dominante en dicha cámara. Generalmente, los jueces de la Corte son personas que, antes de ser designadas, se dedicaron a la vida pública y comprometieron públicamente con las grandes cuestiones del momento. Tal como recientemente nos recordó el juez Frankfurter, es sorprendente la cantidad de jueces de la Corte, sobre todo de aquellos que dejaron una huella, que tenían poca o ninguna experiencia judicial previa⁷. Los jueces de la Corte –y sobre todo los grandes jueces- nunca fueron personas tímidas con una pasión por el anonimato. De hecho, no es ninguna novedad afirmar que si los ministros de la Corte fueran designados por sus cualidades “judiciales”, sin considerar sus actitudes básicas hacia cuestiones fundamentales de políticas públicas, la Corte no podría tener el influyente rol que, de hecho, tiene en el sistema político norteamericano.

El hecho es, entonces, que las opiniones sobre políticas públicas dominantes en la Corte, nunca son por demasiado tiempo contrarias a las de la mayoría legislativa de los Estados Unidos. En consecuencia, es irrealista suponer que la Corte se opondrá (al menos durante más de unos pocos años, como mucho) a alguna alternativa fundamental propiciada por la mayoría legislativa. Rápidamente, por supuesto, vienen a la mente las agonías judiciales del New Deal; pero las dificultades del Sr. Roosevelt con la Corte fueron verdaderamente excepcionales. Si se tiene en cuenta toda la historia de la Corte, las probabilidades de que un presidente designe a un miembro de la Corte son: una sobre cinco de que lo hará en menos de un año; una de dos de que lo logrará en un período de dos años y tres de cuatro de que hará alguna designación en un período de tres años. Roosevelt tuvo una mala suerte inusual: tuvo que esperar cuatro años para su primera designación; la probabilidad en contra de que esto ocurra es de cuatro a una.

* Nota de las T.: Un joven caballero en los cuentos del Rey Arturo. La pureza y virtud excepcionales de Galahad, le permitían ver el Santo Grial en todo su esplendor, mientras que muchos otros caballeros que lo miraban, no podían reconocerlo.

7. Frankfurter, supra nota 1, en 782-84.

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

Cuadro 1:

Intervalo entre designaciones en la Suprema Corte:

Intervalo en años	Porcentaje total de designaciones	Porcentaje acumulado
Menos de 1 año	21 %	21%
1	34	55
2	18	73
3	9	82
4	8	90
5	7	97
6	2	99
—	-	-
12	1	100
Total	100	100

Nota: El cuadro excluye las seis designaciones hechas en 1789. Con excepción de las 4 designaciones más recientes, está basado en datos de la Encyclopedia of American History 461-62 (Morris ed., 1953). Puede ser ligeramente inexacto porque la fuente sólo muestra el año de designación, no el mes. El intervalo de 12 años fue desde 1811 hasta 1823.

Si hubiese contado con una suerte promedio, la batalla con la Corte nunca habría ocurrido; aun así, y aunque el “court-packing”^{*} formalmente fracasó, hacia fines de su segundo período Roosevelt había designado cinco ministros de la Corte y, para 1941, el juez Roberts era el único vestigio de la era Hoover.

Es esperable, pues, que la Corte no pueda bloquear una mayoría legislativa determinada y persistente en materia de políticas públicas, pero sí pueda triunfar sobre una mayoría débil; por ejemplo, una que ya esté muerta, en transición, o sea frágil o que sólo verse sobre una política de poca importancia.

IV.

Un examen de los casos en los cuales la Corte declaró la inconstitucionalidad de legislación federal, confirmará nuestras expectativas. En la historia de la Corte, casi la mitad de la legislación invalidada, lo fue más de cuatro años después de ser sancionada.

^{*} Nota de las T: Así se denomina a una propuesta del Presidente Roosevelt para reorganizar la Suprema Corte. El Presidente Roosevelt, frustrado ya por una serie de decisiones de la Corte que habían declarado inconstitucional cierta legislación necesaria para implementar el “New Deal”, consideró que los jueces eran “nueve hombre viejos que trabajan demasiado y necesitan ayuda”. Por lo tanto, propuso nominar hasta 6 nuevos jueces, o bien un juez por cada miembro mayor a los setenta años que no se retirase. El plan fue fuertemente criticado por los opositores de Roosevelt, que lo acusaron de pretender alterar el sistema de frenos y contrapesos. Finalmente, el plan fue desaprobado en el Congreso.

Cuadro 2:

Porcentaje de casos en los que se declaró alguna inconstitucionalidad, ordenados según el intervalo de tiempo entre el momento de la sanción de la legislación y la decisión de la Corte Suprema.

Número de años	% de legislación relativa al New Deal	% de otra legislación	% de toda la legislación
2 o menos	92	19	30
3-4	8	19	18
5-8	0	28	24
9-12	0	13	11
3-16	0	8	6
7-20	0	1	1
21 o más	0	12	10
Total	100	100	100

De las 24 leyes declaradas inconstitucionales en un período de 2 años, 11 fueron medidas dispuestas en los primeros años del “New Deal”. De hecho, las medidas relativas a la implementación del New Deal constituyen casi un tercio de toda la legislación declarada inconstitucional dentro de los cuatro años después de que entraran en vigencia.

Cuadro3:

Casos en los que se declaró la inconstitucionalidad de legislación dentro de los cuatro años posteriores a su sanción

Intervalo en años	New Deal		Otras		Total	
	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje
2 o menos	11	29	13	34	24	63
3 a 4	1	3	13	34	14	37
Total	12	32	26	68	38	100

Es clave examinar aquellos casos en los que la Corte se pronunció sobre leyes dentro de los cuatro años a partir de su sanción –donde se presume que la mayoría legislativa no necesariamente es una mayoría muerta. De los 12 casos relativos al “New Deal”, 2 eran, desde una perspectiva política, triviales; y otros 2, aunque tal vez no fueran triviales, eran

de menor importancia para el programa del “New Deal”⁸. Un quinto⁹ de los casos, se relacionaba con el “National Industrial Recovery Act” (“NIRA”) que, de cualquier manera, iba a expirar dentro de las tres semanas en que la Corte dictó su fallo. Al margen, cabe agregar que las normas que fueron declaradas inconstitucionales permitían que los grupos industriales dictaran “códigos de competencia leal”, y es justo decir que el Presidente Roosevelt y sus asesores se sintieron aliviados ante la decisión de la Corte, ya que era una política que les resultaba cada vez más embarazosa. Teniendo en cuenta la tenacidad con la que Roosevelt sostuvo todo su programa, es obvio que, si él hubiera querido alcanzar el objetivo que se buscaba con los “Códigos NIRA”, como cuando su objetivo fueron, por ejemplo, las regulaciones en materia laboral, no habría sido frenado por la particular teoría de la Corte acerca de la Constitución. En relación con los otros 7 casos¹⁰, creo totalmente correcto decir, mas allá de lo que algunas eminencias de la Corte hayan pensado durante sus fugaces momentos de gloria, que no tuvieron éxito a la hora de interponer una barrera al alcance de los objetivos de la legislación; es más, en unos pocos años casi toda la interpretación constitucional sobre la cual descansaban las decisiones, había sido disimuladamente barrida bajo la alfombra.

Los restantes 38 casos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de legislación dentro de los cuatro años a partir de su sanción, tienden a caer en dos grupos bastantes diferenciados: aquel que involucraba legislación que, razonablemente, podría ser considerada como importante desde la óptica de la mayoría y, por otro, aquel que involucraba legislación menos importante. Si bien ambas categorías pueden superponerse, con lo cual ciertas leyes deben ser clasificadas bastante arbitrariamente, seguramente haya bastante consenso en clasificar las leyes involucradas en 11 de los casos como esencialmente menores para la mayoría legislativa (por más importante que pueda haber sido su interpretación constitucional)¹¹. Las disposiciones legislativas involucradas en los otros 15 casos, no tienen una importancia uniforme, pero, salvo por dos posibles excepciones, parece razonable clasificarlas como políticas públicas esenciales para la

8. *Booth v. United States*, 291 U.S. 339 (1934), involucraba la reducción en el pago a los jueces jubilados. *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571 (1934), repelía leyes que aseguraban a los veteranos un derecho a un seguro renovable anualmente; hubo sólo 29 políticas destacables en 1932. *Hopkins Federal Savings & Loan Ass’n v. Cleary*, 296 U.S. 315 (1935), aseguraba a ciertas asociaciones locales convertirse a federales, mediante mayoría simple de los votos de sus directorios. *Ashton v. Cameron County Water Improvement District*, 298 U.S. 513 (1936), permitía a las municipalidades litigar en los tribunales federales en los procesos de quiebras.

9. *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

10. *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936); *Rickert Rice Mills v. Fontenot*, 297 U.S. 110 (1936); *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, 295 U.S. 555 (1935); *Railroad Retirement Board v. Alton R.R. Co.*, 295 U.S. 330 (1935); *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935); *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).

11. *United States v. Lovett*, 328 U.S. 303 (1946); *Untermeyer v. Anderson*, 276 U.S. 440 (1928); *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 (1920); *Choate v. Trapp*, 224 U.S. 665 (1912); *Muskraat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Rasmussen v. United States*, 197 U.S. 516 (1905); *Fairbank v. United States*, 181 U.S. 283 (1901); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896); *Monongahela Navigation Co. v. United States*, 148 U.S. 312 (1893); *United States v. Dewitt*, 76 U.S. (9 Wall.) 41 (1870); *Gordon v. United States*, 69 U.S. (2 Wall.) 561 (1865). Nótese que, aunque las disposiciones legislativas específicas declaradas inconstitucionales pueden haber sido menores, la legislación básica puede haber sido de suma importancia en la política pública establecida.

mayoría legislativa¹². Es razonable pensar que la Corte decidirá con mayor rapidez aquellos casos que involucran cuestiones esenciales de política legislativa que los que tratan cuestiones menores, y, como muestra el cuadro que sigue, esto es lo que, de hecho, sucede.¹³

Cuadro 4:

Número de casos que involucraban legislación sobre políticas públicas, pero que no se relacionaban con el “New Deal” y en los que el resultado fue la declaración de inconstitucionalidad de la legislación, pasados cuatro años de su sanción.

Intervalo en años	Política importante	Política secundaria	Total
2 o menos	11	2	13
3 a 4	4	9	13
Total	15	11	26

Por lo tanto, una mayoría legislativa cuyo objetivo sea implementar alguna cuestión central de una política pública, va a poder hallar la manera de superar el veto de la Corte. Es interesante y muy significativo el hecho de que el Congreso y el presidente generalmente triunfen en las batallas contra una Corte hostil en cuestiones centrales de políticas públicas.

12. *Trusler v. Crooks*, 269 U.S. 475 (1926); *Washington v. Dawson & Co.*, 264 U.S. 219 (1924); *Hill v. Wallace* 259 U.S. 44 (1922); *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922); *Weeds, Inc. v. United States*, 255 U.S. 109 (1921); *United States v. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81 (1921); *Knickerbocker Ice Co. v. Stewart*, 253 U.S. 149 (1920); *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918); *Keller v. United States*, 213 U.S. 138 (1909); *The Employers' Liability Cases*, 207 U.S. 463 (1908); *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895), 158 U.S. 601 (1895); *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872); *Ex parte Garland*, 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1867).

13. a: *Trusler v. Crooks*, 269 U.S. 475 (1926); *Washington v. Dawson & Co.*, 264 U.S. 219 (1924); *Hill v. Wallace*, 259 U.S. 44 (1922); *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922); *Knickerbocker Ice Co. v. Stewart*, 253 U.S. 149 (1920); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918); *Keller v. United States*, 213 U.S. 138 (1909); *Employers' Liability Cases*, 207 U.S. 463 (1908); *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895).

b: *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872); *Ex parte Garland*, 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1867). c: *Weeds, Inc. v. United States*, 255 U.S. 109 (1921); *United States v. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81 (1921); *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920).

d: *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 (1920); *Gordon v. United States*, 69 U.S. (2 Wall.) 561 (1865). e: *United States v. Lovett*, 328 U.S. 303 (1946); *Choate v. Trapp*, 224 U.S. 665 (1912); *Muskat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Rasmussen v. United States*, 197 U.S. 516 (1905); *Fairbank v. United States*, 181 U.S. 283 (1901); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896); *Monongahela Navigation Co. v. United States*, 148 U.S. 312 (1893); *United States v. Dewitt*, 76 U.S. (9 Wall.) 41 (1870).

f: *Untermeyer v. Anderson*, 276 U.S. 440 (1928).

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

Cuadro 5:

Clases de acción del Congreso después de que la Corte Suprema declarara inconstitucional legislación dentro de los cuatro años de su sanción (sin incluir la legislación del “New Deal”).

Acción del Congreso	Políticas importantes	Políticas secundarias	Total
Revierde la política de la Corte	10a	2d	12
Cambia su propia política	2b	0	2
Nada	0	8e	8
Poco claro	3c	1f	4
Total	15	11	26

Nota: Para los casos de cada categoría, ver la nota 13.

Es particularmente ilustrativo examinar los casos que involucran cuestiones centrales de políticas públicas. En dos casos que involucraban leyes penales sancionadas por legisladores republicanos radicales en contra de los adherentes a la Confederación durante la Guerra Civil, la Corte enfrentó a una mayoría que se derrumbaba y cuyo certificado de defunción como mayoría poderosa se terminó de firmar con las elecciones de 1876¹⁴. Tres casos, que denominé “casos confusos”, son difíciles de clasificar. Dos de estos casos fueron decisiones tomadas en 1921 que involucraban una enmienda realizada al “Lover Act” de 1919 para controlar precios¹⁵. La legislación era importante, y la disposición en cuestión fue claramente revocada, pero el “Lover Act” quedó sin efecto tres días después del fallo de la Corte y el Congreso no se volvió a interesar por el control de precios hasta la II Guerra Mundial. Esta vez, la decisión fue implementada y no halló obstáculos constitucionales. El tercer caso de esta categoría excluyó del alcance de la Enmienda XVI a los dividendos producidos por acciones*. Sin embargo, un año después el Congreso aprobó legislación que gravaba el producido de esas acciones¹⁶.

Los 10 casos restantes, consistieron en claros reveses de aquellos resultados derivados de las políticas establecidas por las decisiones de la Corte, aunque no necesariamente de la interpretación constitucional que el tribunal había hecho. En 4 de esos casos,¹⁷ las consecuencias de la política surgida a partir de la decisión de la Corte, fueron superadas en menos de un año. En los restantes 6 casos se requirió una lucha un poco más larga. Las indemnizaciones laborales por accidentes para los

14. United States v. Klein, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872); Ex parte Garland, 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1867).

15. Weeds, Inc. v. United States, 255 U.S. 109 (1921); United States v. Cohen Grocery Co., 255 U.S. 81 (1921)

* Nota de las T: Enmienda XVI: “El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratearlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento”.

16. Eisner v. Macomber, 252 U.S. 189 (1920).

17. Trusler v. Crooks, 269 U.S. 475 (1926); Hill v. Wallace, 259 U.S. 44 (1922); Keller v. United States, 213 U.S. 138 (1909); The Employers’ Liability Cases, 207 U.S. 463 (1908).

estibadores y trabajadores del puerto fueron invalidadas por la Corte en 1920¹⁸; en 1922, el Congreso aprobó una nueva ley que fue a su turno invalidada por la Corte en 1924¹⁹; en 1927, el Congreso aprobó una tercera ley, la cual fue finalmente avalada en 1932²⁰. Los conocidos casos sobre impuestos²¹ de 1895 fueron en un principio desestimados por la Corte misma²²; la Enmienda XVI fue recomendada por el presidente Taft in 1909 y fue ratificada en 1913, casi 18 años después de la decisión de la Corte. Los dos casos sobre el trabajo infantil representan la batalla más efectiva que haya llevado la Corte contra la política de los legisladores. La legislación original que prohibía el trabajo infantil, basada en la “Commerce Clause”*, fue aprobada en 1916 como parte del “Wilson’s New Freedom”. Como Roosevelt años más tarde, podría decirse que Wilson fue bastante desafortunado en sus designaciones en la Corte Suprema; hizo sólo 3 designaciones durante sus 8 años, y una de estas fue desperdiciada, desde un punto de vista del trazado de políticas, con McReynolds. Si McReynolds hubiera votado de manera “correcta”, la subsiguiente lucha por el problema del trabajo infantil no habría tenido que ocurrir, dado que la decisión en 1918 tuvo lugar con una Corte dividida cuatro a cinco, con McReynolds votando con la mayoría²³. Inmediatamente, el Congreso se movió para burlar la decisión por medio de presiones impositivas, pero en 1922 la Corte bloqueó ese intento²⁴. En 1924, el Congreso volvió a la carga, esta vez con una Enmienda constitucional que rápidamente recibió el apoyo de un número de legislaturas locales pero comenzó a ser resistida en los restantes estados y terminó en el fracaso del emprendimiento. En 1938, con otro presidente reformista, una nueva legislación fue aprobada, 22 años después de la primera; y esta vez una Corte que había aprendido la lección, aceptaría en 1941²⁵ poniendo fin a una batalla que había durado un cuarto de siglo entero.

El record completo de la lucha entre la Corte y la mayoría legislativa, en casos en los cuales las Corte declaró inconstitucional leyes dentro de los cuatro años a partir de su aprobación, es resumido en el cuadro 6.

18. Knickerbocker Ice Co. v. Stewart, 253 U.S. 149 (1920).

19. Washington v. Dawson & Co., 264 U.S. 219 (1924).

20. Crowell v. Benson, 285 U.S. 22 (1932).

21. Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Co., 157 U.S. 429 (1895).

22. Flint v. Stone Tracy Co., 220 U.S. 107 (1911); Patton v. Brady, 184 U.S. 608 (1902); Knowlton v. Moore, 178 U.S. 41 (1900); Nicol v. Ames, 173 U.S. 509 (1899).

* Nota de las T: Artículo 1, Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: El Congreso tendrá facultad: Para establecer y recaudar contribuciones, impuestos, derechos y consumos; para pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos.

23. Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918).

24. Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922).

25. United States v. Darby, 312 U.S. 100 (1941).

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

Cuadro 6:

Clases de acción del Congreso después de que la Corte Suprema declarara inconstitucional legislación dentro de los cuatro años de su sanción (incluyendo legislación del “New Deal”).

Acción del congreso	Política importante	Política secundaria	Total
Revierde la política de la Corte	17	2	19
Nada	0	12	12
Poco claro	6 *	1	7
Total	23	15	38

* Esta cifra incluye la legislación NIRA afectada por el caso *Schechter Poultry*

La aplicación del criterio de mayoría parece demostrar lo siguiente: en primer lugar, si la Corte, en efecto, defendiera a las minorías en contra de las mayorías nacionales, como tanto sus adherentes y críticos parecieran creer, se trataría de una institución extremadamente anómala desde un punto de vista democrático. En segundo lugar, las elaboradas racionalizaciones “democráticas” de los defensores de la Corte y la hostilidad de sus críticos “democráticos” son en buena medida irrelevantes, ya que las mayorías legislativas se han salido con la suya. En tercer lugar, aunque pareciera que la Corte nunca ha tenido éxito en mantener su oposición indefinidamente, en un número muy pequeño de casos importantes demoró la aplicación de una política pública como máximo por 25 años.

V.

¿Cómo podemos evaluar decisiones del tercer tipo recién mencionadas? Antes me referí al criterio de “lo Correcto” o “Justicia” como principio a veces invocado para describir el rol de la Corte. Si se parte de este principio puede sostenerse que la función política más importante de la Corte es la de proteger derechos que en algún sentido son considerados básicos o fundamentales. Se sigue de este argumento que en un país donde los derechos básicos son, en cierto sentido, respetados, uno no debería esperar más que un pequeño número de casos en los que la Corte se haya tenido que plantar firmemente en contra de una mayoría legislativa. Pero las mayorías pueden, en raras ocasiones, convertirse en “tiránicas”; y cuando lo hacen, la Corte interviene; y aunque la cuestión constitucional puede, estrictamente hablando, ser técnicamente abierta, la Constitución se convierte en un cuerpo de derechos y libertades fundamentales, que la Corte protege a través de sus decisiones.

Nuevamente, sin embargo, aun sin examinar los casos actuales, parece, desde un punto de vista político, algo irrealista suponer que una Corte cuyos miembros son designados de la forma en la que, de hecho, lo son, se inclinará por sostener principios de “Corrección” o de “Justicia” sustancialmente contrarios a los del resto de la elite política. Además, en otros tiempos era tal vez más fácil creer que ciertos derechos eran naturales, auto-evidentes, cuya validez fundamental se podía conocer claramente, al menos para

todas las criaturas razonables, como el color de una manzana. Afirmar que, actualmente, es difícil encontrar defensas articuladas de esa opinión, por supuesto, no es desaprobársela; es más bien sugerir que no necesitamos argumentar en contra de ella en este ensayo.

De cualquier manera, la mejor forma de refutar la visión de la Corte recién sugerida, puede hallarse en las mismas decisiones de la Corte. Sin duda alguna, ninguna mente contemporánea podrá decir que los 6 casos antes mencionados, en los que las consecuencias de ciertas políticas públicas que surgieron de decisiones de la Corte fueron superadas sólo después de largas batallas, constituyen evidencia a favor de la proposición bajo estudio. ¿Un derecho natural a la utilización de trabajo infantil en fábricas y minas? ¿Librarse de impuestos establecidos por el gobierno federal? ¿Emplear estibadores y trabajadores del puerto sin garantía en caso de accidentes laborales? En ninguno de estos casos la Corte recurrió a esta clase de argumentos; reconstruir sus decisiones en torno a ellos sería desacreditar sus opiniones.

Hasta ahora, sin embargo, nuestra evidencia ha sido extraída de casos en los cuales la Corte ha declarado inconstitucional legislación dentro de los 4 años a partir de su sanción ¿Qué sucede con los otros 40 casos? ¿Constituyen evidencia de que la Corte ha protegido derechos y libertades fundamentales o naturales en contra de la mano muerta de alguna tiranía legislativa del pasado? Ciertamente, la evidencia no es impresionante. En toda la historia de la Corte no hay un sólo caso en el cual el tribunal haya declarado inconstitucional legislación federal sobre la base de la Enmienda I. Si omitimos considerar los casos de libertades fundamentales de religión, expresión, prensa y reunión, encontramos un puñado de casos –algo menos de 10- que involucran a las Enmiendas IV a VII, en los cuales la Corte ha declarado leyes inconstitucionales que de alguna manera involucraban libertades básicas²⁶. Ahora bien, una inspección detallada de estos casos nos deja la sensación de que en realidad la mayoría y la Corte no estaban demasiado alejadas; además, claramente las condiciones fundamentales de la libertad en este país no han sido alteradas más que un centímetro como resultado de estas decisiones. De todas formas, otorguémosle a la Corte el mérito que se merece; es mínimo de todos modos.

Opuestos a estas decisiones debemos tomar en cuenta los aproximadamente 15 casos en los que la Corte empleó la protección de las Enmiendas V, XIII, XIV y XV para preservar los derechos y libertades de un grupo relativamente privilegiado en detrimento de los derechos y libertades de un grupo desaventajado: reconocidos propietarios de esclavos, en detrimento de los esclavos²⁷; blancos, en detrimento de la gente de color²⁸ y

26. En principio, los candidatos para esta categoría serían *United States ex rel. Toth v. Quarles*, 350 U.S. 11 (1955); *United States v. Moreland*, 258 U.S. 433 (1922); *Weeds, Inc. v. United States*, 255 U.S. 109 (1921); *United States v. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. 81 (1921); *Rasmussen v. United States*, 197 U.S. 516 (1905); *Kirby v. United States*, 174 U.S. 47 (1899); *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896); *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886); y *Justices of the Supreme Court v. Murray*, 76 U.S. (9 Wall.) 274 (1870).

27. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

28. *Butts v. Merchants & Miners Transportation Co.*, 230 U.S. 126 (1913); *Hodges v. United States*, 203 U.S. 1 (1906); *James v. Bowman*, 190 U.S. 127 (1903); *Baldwin v. Franks*, 120 U.S. 678 (1887); *United States v. Stanley (The Civil Rights Cases)*, 109 U.S. 3 (1883); *United States v. Harris*, 106 U.S. 629 (1883); *United States v. Reese*, 92 U.S. 214 (1876).

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

propietarios, en detrimento de asalariados y otros grupos²⁹. Todos estos casos, a diferencia de los relativamente inocuos de la serie precedente, involucraban libertades de una importancia fundamental, en los que haber establecido la política opuesta, habría significado giros drásticos en la distribución de los derechos, libertades y oportunidades en los Estados Unidos; más aun, las políticas, que como consecuencia de la decisiones de la Corte se mantuvieron, han sido desde entonces repudiadas en toda nación civilizada del mundo occidental, incluyendo la nuestra. De todos modos, si nuestro argumento anterior es correcto, es inútil –y más aún porque era la distribución de los privilegios lo que estaba en juego– suponer que la Corte podría haber actuado de una manera diferente a la que lo hizo.

VI.

Por lo tanto, el rol de la Corte como una institución que crea políticas públicas no es simple; y es un error suponer que sus funciones pueden ser tanto descriptas como evaluadas a través de conceptos simples elaborados desde la teoría democrática o moral. Aun así, es posible deducir al menos algunas conclusiones generales sobre el rol de la Corte como una institución que crea políticas.

La política a nivel nacional, en los Estados Unidos, como en otras democracias estables, está dominada por alianzas relativamente cohesionadas que perduran por largos períodos de tiempo. Uno recuerda la alianza de Jefferson, de Jackson, el extraordinariamente largo dominio republicano en los años posteriores a la Guerra Civil, y la alianza en tiempos del “New Deal” diseñada por Roosevelt. Cada una de ellas tuvo como característica esencial el quiebre con políticas pasadas, un período de intensa batalla, seguido por uno de consolidación y, finalmente, la decadencia y disolución de la alianza.

Excepto por breves períodos de transición, cuando la vieja alianza se está disolviendo y la nueva está luchando para tomar el control de las instituciones políticas, la Corte Suprema, inevitablemente, forma parte de la alianza nacional dominante. Como elemento esencial para el liderazgo político de la alianza dominante, la Corte obviamente apoya las políticas públicas más importantes para esa alianza. Por sí misma, la Corte no tiene poder como para afectar el curso de la política a nivel nacional. Tanto es así, que en ausencia de un acuerdo sustancial dentro de la alianza, cualquier intento de la Corte de hacer política a nivel nacional tiende a terminar en desastre, como lo demuestran la decisión “Dred Scott” y los primeros casos del “New Deal”. Seguramente, los casos de las últimas tres décadas que involucran la libertad de los negros, y que culminaron en la ahora famosa decisión acerca de la integración escolar, son excepciones a esta generalización; en un momento, tendré más para decir sobre ellos.

29. Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford, 295 U.S. 555 (1935); Heiner v. Donnan, 285 U.S. 312 (1932); Untermyer v. Anderson, 276 U.S. 440 (1928); Nichols v. Coolidge, 274 U.S. 531 (1927); Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923); Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Monongahela Navigation Co. v. United States, 148 U.S. 312 (1893)

Sin embargo, La Corte Suprema no es un simple agente de la alianza. Es una parte esencial del liderazgo político y posee algunas bases de poder propias, de las cuales la más importante es la legitimidad atribuida a sus interpretaciones de la Constitución. La Corte pone en peligro esta legitimidad si se opone flagrantemente a las políticas esenciales de la alianza dominante; tal curso de acción, como hemos visto, no es uno que, normalmente, tiende a la Corte.

Se sigue entonces que, dentro de los estrechos límites impuestos por los objetivos políticos básicos de la alianza dominante, la Corte puede hacer política a nivel nacional. Su discrecionalidad, entonces, no es diferente a aquella de un poderoso legislador en el Congreso que no puede, en general, anular las políticas básicas sobre las cuales existe un acuerdo sustancial entre el resto de los líderes dominantes, pero que frecuentemente puede, dentro de estos límites, determinar cuestiones importantes tales como el manejo de los tiempos, la efectividad y el cumplimiento de esa política. Por lo tanto, la Corte no es muy efectiva a la hora de enfrentarse a una mayoría legislativa actual –y, evidentemente, no se inclina a hacerlo-. Es más efectiva cuando fija los límites de las políticas públicas para funcionarios, agencias del Estado, gobiernos provinciales y hasta para ciertas regiones, tarea que ha llegado a ocupar una gran parte de la labor de la Corte³⁰.

Pocas de las decisiones de la Corte en materia de políticas públicas pueden ser interpretadas sensiblemente en términos de “mayoría” versus “minoría”. Al respecto, la Corte no difiere del resto de la cúpula política. En términos generales, la política a nivel nacional es el producto del conflicto, la negociación y el acuerdo entre minorías; el proceso no es ni regla de la minoría ni regla de la mayoría, sino es lo que podría llamarse “regla de las minorías” donde un grupo de minorías consigue políticas contra otro grupo de minorías agrupadas.

El principal objetivo del liderazgo presidencial es construir un acuerdo de minorías estable y dominante con alta probabilidad de ganar la presidencia y una o las dos cámaras del Congreso. La principal tarea de la Corte es legitimar las políticas públicas fundamentales de la coalición triunfante. Sucede a veces que la coalición se muestra inestable en relación con ciertas políticas públicas clave; poniendo en grave riesgo sus poderes legitimantes, la Corte puede intervenir en tales casos y hasta puede triunfar en establecer la política pública. Probablemente, en tales casos, pueda triunfar sólo si su acción es conforme o refuerza una extendida serie de normas explícitas o implícitas sostenidas por el liderazgo político; normas que no son lo suficientemente fuertes o bien que no están distribuidas de manera

30. El derecho constitucional y los casos con un trasfondo constitucional, por supuesto que aún son muy importantes; casi un cuarto de los casos en los que se dejaron asentadas opiniones por escrito (en los dos últimos períodos), involucraban tales cuestiones. Revisar los actos administrativos... constituye la categoría más importante entre el trabajo de la Corte; un tercio de los casos totales se resuelve sobre la base del mérito. Las restantes categorías de litigio... involucran cuestiones relativas al derecho público. Frankfurter, *supra* nota 1, en 793.

La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas

tal que aseguren la existencia de una mayoría legislativa efectiva pero que, sin embargo, sea lo suficientemente poderosa como para evitar ataques a los poderes legitimantes de la Corte. Probablemente, ésta sea la explicación del trabajo relativamente exitoso de la Corte en ampliar la libertad de los negros para que pudieran votar, durante las tres décadas pasadas y sus famosas decisiones acerca de la integración escolar.³¹

Aun así, la Corte es más que esto. Considerada como un sistema político, la democracia es un conjunto de procesos básicos para tomar decisiones. El funcionamiento de estos procesos presupone la existencia de ciertos derechos, obligaciones, libertades y restricciones; en síntesis, ciertos patrones de comportamiento. La existencia de estos patrones de comportamiento, a su vez, presupone un acuerdo extendido (particularmente entre los segmentos de la población políticamente activos e influyentes) respecto de la validez y la corrección del comportamiento. Aunque en su historia no faltan las imperfecciones, en su mejor luz la Corte opera para conferir legitimidad, no simplemente a las políticas específicas de la alianza política dominante, sino también a los patrones de comportamiento básicos requeridos para el funcionamiento de la democracia.

31. *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954); *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944); *United States v. Classic*, 313 U.S. 299 (1941); *Grove v. Townsend*, 295 U.S. 45 (1935); *Rice v. Elmore*, 165 F.2d 387 (4^o Cir. 1947).

