

LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS 2000-2005

Alberto B. Bianchi

Universidad Austral. Universidad Católica Argentina

ab@bgcv.com.ar

Recibido: 29/10/2023

Aceptado: 04/03/2024

Resumen

En este artículo se analizan los casos más relevantes resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 2000 y 2005. Es el último quinquenio de la llamada “Rehnquist Court”, es decir, de la Corte Suprema bajo la presidencia de William Rehnquist, y es por ello que se destaca, en primer lugar, la influencia que tuvo este *Chief Justice* en el Tribunal. Se hace mención también al significativo rol que tuvieron los jueces Anthony Kennedy y Sandra Day O’Connor, dos conservadores moderados, quienes por medio del *swing vote* ejercieron una suerte de “arbitraje” entre los jueces conservadores y los liberales. Uno de los hechos más destacables de este período, fruto de ese arbitraje, es que la Corte Suprema estuvo ideológicamente en equilibrio. Todo ello impide ubicar a la Corte Suprema de este quinquenio bajo un marcado signo político, pues, en el balance general, los triunfos entre liberales y conservadores se repartieron proporcionalmente. Como método de trabajo, las sentencias analizadas se clasifican en función de los artículos y enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos que la Corte entendió eran aplicables especialmente en cada caso.

Palabras clave: Corte Suprema, Constitución, enmiendas, religión, debido proceso, orden de allanamiento, libertad de expresión, juicio por jurados, pena de muerte, federalismo, Cláusula de Comercio, Poder Ejecutivo

The U.S. Supreme Court – 2000-2005

Abstract

This article analyzes the most important cases decided by the Supreme Court of the United States between 2000 and 2005. These are the last five years of the so-called “Rehnquist Court,” that is, of the Supreme Court under Chief Justice William Rehnquist. This is the reason for

highlighting Rehnquist had on the Court. Mention is also made of the significant role played by Justices Anthony Kennedy and Sandra Day O'Connor. These two moderate conservatives have exercised a kind of “arbitration” between the conservative and the liberal justices with their swing votes. One of the most remarkable facts of this period, as a result of that arbitration, is that the Supreme Court was ideologically balanced. All this prevents placing the Supreme Court of this five-year period under a specific political sign, since, in the general balance, the victories between liberals and conservatives are distributed proportionally. As a working method, the decisions analyzed are classified based on the articles and amendments of the United States Constitution that the Court understood were especially applicable in each case.

Key words: Supreme Court, Constitution, amendments, religion, due process, search warrant, freedom of expression, trial by jury, death penalty, federalism, Commerce Clause, Executive Branch.

1. Un cuarto de siglo	11
2. Los periodos dentro del periodo. Plan de la exposición	14
3. ¿La Corte de Anthony Kennedy?	15
4. William H. Rehnquist	16
5. Un comienzo con alto voltaje: <i>Bush v. Gore</i>	17
6. La Corte ante la legislación antiterrorista	23
6.1 La Authorization for Use of Military Force (AUMF) y la Patriot Act	23
6.2 La jurisprudencia de la Corte	24
6.3 La Detainee Treatment Act y el caso <i>Hamdan v. Rumsfeld</i>	27
6.4 La Military Commissions Act de 2006 y el caso <i>Boumediene v. Bush</i>	31
7. El último quinquenio de la Rehnquist Court	32
7.1 La Primera Enmienda y la libertad de expresión	32
7.1.1 Internet y la protección de menores	32
7.1.2 Restricciones a la publicidad comercial	35
7.1.3 El llamado <i>cross burning</i>	36
7.2 La Primera Enmienda y las cláusulas sobre libertad religiosa	37
7.2.1 La Establishment Clause	37
7.2.2 Free Exercise Clause	40
7.3 La Cuarta Enmienda	41
7.3.1 Requisitos de la orden judicial (<i>warrant</i>) y su empleo	41
7.3.2 Los arrestos ilegales	43
7.3.3 Los registros y exámenes forzosos sin orden judicial	45
7.3.4 Los registros de vehículos	50
7.4 La Quinta Enmienda	57
7.4.1 La garantía en contra de la autoincriminación	57
7.4.2 La aplicación de las <i>Miranda warnings</i>	57
7.4.3 La Taking Clause	66
7.5 La Sexta Enmienda	71
7.5.1 El derecho a un jurado imparcial	71
7.5.2 Los testigos falsos	75
7.5.3 La Confrontation Clause	77
7.5.4 El derecho a contar con un abogado	78
7.6 La Octava Enmienda	82
7.6.1 La pena de muerte	82
7.6.2 Los castigos excesivos	85
7.7 La Décima Primera Enmienda	86

7.8 La Décima Cuarta Enmienda	89
7.8.1 La igualdad ante la ley	89
7.8.2 La <i>affirmative action</i>	91
7.8.3 El debido proceso	92
7.9 Homosexualidad y privacidad	93
7.10 El régimen federal	94
7.10.1 Los conflictos entre leyes federales locales y la jurisdicción competente para dirimirlos	94
7.10.2 La Cláusula de Comercio	98
7.11 Los poderes del Poder Ejecutivo	100
7.11.1 Inmigración y deportación	100
7.11.2 La limitación del privilegio ejecutivo	102
7.12 Las cuestiones electorales	104
7.12.1 La redistribución de los distritos electorales y los límites en el control judicial del <i>gerrymandering</i>	104
7.12.2 Los aportes a las campañas electorales	105
7.12.3 Las elecciones de jueces	108
7.13 Otros casos	109
7.13.1 La legitimación procesal	109
7.13.2 Irretroactividad de la ley	109
7.13.3 Protección del <i>copyright</i>	110
7.13.4 La doctrina de la deferencia	112
8. Conclusiones	113

1. Un cuarto de siglo

Este trabajo —una vez que haya sido completado— pretende reseñar la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde octubre de 2000 hasta octubre de 2025.¹ Es un cuarto de siglo y ello permite hacer algunas reflexiones y balances sobre los casos relevantes y los hechos que los han influenciado. Interesa, en particular, la tendencia conservadora que se ha ido insinuando progresivamente en el Tribunal a lo largo de estos años, fruto de una —por el momento— consolidada mayoría de jueces republicanos.²

Por cierto, esto no es una simple cuestión de pertenencia o preferencia de los jueces por uno u otro partido político. Se trata, más bien, de la adhesión ideológica de cada uno a posiciones o tendencias muy definidas, y en algunos

1 Según establece la sección 2 del Título 28 del USC, la Corte debe comenzar sus sesiones anuales el primer lunes del mes de octubre (“28 USC §2. Terms of court. The Supreme Court shall hold at the seat of government a term of court commencing on the first Monday in October of each year and may hold such adjourned or special terms as may be necessary”). Por tal motivo, los períodos calendarios de la Corte se cuentan de octubre a octubre de cada año. En consecuencia, este trabajo abarcará desde el October Term 2000, comenzado el 2 de octubre de 2000, hasta el October Term 2024, que finalizará en octubre de 2025. En otras palabras, abarcaré aquí 24 *terms* de la historia del Tribunal. Según el United States Reports (U.S.), la publicación oficial de los fallos de la Corte, esto comprende desde el volumen 531, hasta los que se hayan publicado en octubre de 2025.

2 En el momento en que terminé de escribir las páginas de esta primera parte, los republicanos tienen una mayoría de 6-3 sobre los demócratas.

casos radicalizadas, entre conservadores y liberales, que ahora obliga al *Chief Justice* Roberts, un conservador más moderado que sus otros colegas, a mediar entre ambos extremos. Como siempre, la historia se repite y la Corte de hoy día se parece a la de la década de 1930, cuando Charles Evans Hughes, su entonces presidente, tuvo que arbitrar entre los *horsemen* conservadores³ y los liberales⁴ para evitar que el New Deal de F. D. Roosevelt naufragara en la tormenta cortesana.⁵

Haciendo una breve síntesis, a comienzos del October Term 2000, la Corte estaba integrada, siguiendo el orden cronológico de sus designaciones, por: William H. Rehnquist, su entonces *Chief Justice*,⁶ y por los *Associate Justices* John Paul Stevens,⁷ Sandra Day O'Connor,⁸ Antonin G. Scalia,⁹ Anthony McLeod Kennedy,¹⁰ David H. Souter,¹¹ Clarence Thomas,¹² Ruth Bader Ginsburg¹³ y Stephen G. Breyer.¹⁴ Con excepción de Rehnquist, todos tenían experiencia judicial previa,¹⁵ aunque, en algunos casos, muy breve.¹⁶

3 Su representante más conspicuo era James McReynolds, y militaban en esa tendencia Willis Van Devanter, George Sutherland y Pierce Butler. También integraba el sector de los conservadores Owen Josephus Roberts, pero su ideología era mucho más moderada.

4 El ala liberal la integraban Louis Brandeis, Harlan Fisk Stone y Benjamin Cardozo.

5 Veinte años antes de ello, en febrero de 1913, en una alocución ante la Harvard Law School Association de New York, Oliver W. Holmes ya había dicho que estaban muy tranquilos allá en la Corte Suprema, pero que era la calma del centro de una tormenta, como era bien sabido. "We are very quiet there [at the Supreme Court] but is the quiet of a storm center as we all know" (Holmes, 1920, p. 292).

6 Había sido designado como *Associate Justice* en 1972 por Richard Nixon para reemplazar a John Marshall Harlan II y luego fue nombrado *Chief Justice* por Ronald Reagan en 1986, cuando se retiró Warren E. Burger.

7 Designado en 1975 por Gerald Ford en reemplazo de William O. Douglas.

8 Designada en 1981 por Ronald Reagan, sucedió a Potter Stewart.

9 Designado en 1986 por Ronald Reagan, ocupó el sillón de Rehnquist, que fue nombrado *Chief Justice* ese mismo año.

10 Designado en 1988 por Ronald Reagan, sucedió a Lewis F. Powell.

11 Designado en 1990 por George W.H. Bush para suceder a William Brennan.

12 Designado en 1991 por George W. H. Bush. Reemplazó a Thurgood Marshall.

13 Designada en 1993 por Bill Clinton en reemplazo de Byron White.

14 Designado en 1994 por Bill Clinton, sucedió a Harry Blackmun.

15 O'Connor había sido jueza de la Corte de Apelaciones de Arizona y Stevens, Scalia, Kennedy, Souter, Thomas, Ginsburg y Breyer habían sido jueces de alguna de las Cortes de Apelaciones de Circuito.

16 Souter no había cumplido un año de servicios en la Corte de Apelaciones del primer Circuito cuando fue designado juez de la Corte Suprema, bien que había sido juez de la Suprema Corte de New Hampshire desde 1983. Thomas había sido designado poco más de un año antes en la Corte

De todos ellos, el único que continúa en actividad hasta el momento es Clarence Thomas, el más antiguo de los actuales integrantes de la Corte. Rehnquist fue sucedido por John G. Roberts en 2005; O'Connor fue sucedida por Samuel A. Alito en 2006; a Souter lo reemplazó Sonia M. Sotomayor en 2009; Stevens se retiró en 2010 y fue sucedido por Elena Kagan ese mismo año; Scalia falleció a comienzos de 2016 y, luego de un largo compás de espera,¹⁷ Trump designó a Neil McGill Gorsuch en 2017; el retiro de Kennedy, en 2018, dio lugar al nombramiento de Brett M. Kavanaugh; en 2020 falleció Ginsburg, cuya vacante fue cubierta por Amy V. Coney Barrett y, finalmente, en 2022 se retiró Breyer, dándole a Joseph Biden la oportunidad de designar a Ketanji Brown Jackson, primera jueza demócrata luego de más de una década de nominaciones republicanas.¹⁸ Si bien este nombramiento en el ala liberal no ha alterado la mayoría conservadora, pues la nueva jueza reemplazó a Breyer, lo cierto es que su inclinación política parece ser más radicalizada que la de su predecesor.

Si examinamos el perfil ideológico de los jueces en 2000, veremos que en el ala derecha se ubicaban Rehnquist, Scalia y Thomas; más hacia el centro había dos conservadores moderados: O'Connor y Kennedy. Stevens y Souter, nombrados por presidentes republicanos, votaban con los liberales y finalmente, en el ala puramente liberal, militaban Breyer y Ginsburg, aunque veremos que el primero vota a veces con los conservadores.

Esto significaba que si bien había formalmente una mayoría conservadora, sobre un total de 9 jueces, 4 de ellos representaban los ideales del partido demócrata. Este delicado equilibrio se alteró cuando Alito sucedió a O'Connor y se quebró en 2018, cuando Kennedy fue sucedido por Kavanaugh. A su vez, el predominio conservador se acentuó dos años después cuando Coney Barrett ocupó el lugar de Ginsburg.

En síntesis, actualmente, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh y Coney Barrett son claramente conservadores; en el ala liberal están en minoría Sotomayor, Kagan y Brown Jackson; no hay *swing voters* típicos como fueron Kennedy y O'Connor en el período aquí considerado, capaces de repartir a discreción ganancias y pérdidas por ambos lados y el *Chief Justice* Roberts, un conservador moderado, no llega a evitar que los 5 primeros se impongan cuando lo deseen.

de Apelaciones de Circuito para el Distrito de Columbia.

17 Esta espera, como veremos luego con más detalle, fue forzada por los senadores republicanos que, obedeciendo las órdenes del poderoso senador Mitch McConnell, se negaron a designar a Merrick Garland, el candidato propuesto por Barack Obama.

18 Ketanji Brown es, además, la primera jueza afroamericana de la Corte Suprema.

2. Los períodos dentro del período. Plan de la exposición

Dado que el período que intento analizar aquí es extenso y se han producido en él numerosos cambios en la composición de la Corte, al punto que sólo uno de los jueces existentes en el inicio continúa en actividad, creo que, cronológicamente, pueden distinguirse —muy provisionalmente— 5 subperíodos a lo largo de estos 25 *terms*, marcados por el ingreso de los nuevos jueces.

Ellos son:

- i. El último quinquenio de la presidencia de Rehnquist, que se extiende desde octubre de 2000 hasta octubre de 2005, lapso en el que no hubo cambios en el Tribunal.
- ii. El primer quinquenio de la presidencia de Roberts, que se inicia en octubre de 2005 y concluye en octubre de 2010. A lo largo de estos 5 años, fueron nombrados 4 jueces: Roberts, Alito, Sotomayor y Kagan. Pese a todos estos cambios, ni conservadores ni liberales tuvieron altas o bajas.¹⁹
- iii. El septenio que corre desde octubre de 2010 hasta octubre de 2017, en el cual la Corte prácticamente no tuvo cambio alguno, salvo por la designación de Neil Gorsuch ya hacia finales del período, en abril de 2017.
- iv. El quinquenio octubre 2017-octubre 2022, en el cual se consolidó la mayoría conservadora con las designaciones de Kavanaugh²⁰ y, particularmente, de Coney Barrett, que, al suceder a Ginsburg, agregó un sillón a la mayoría conservadora, poniendo la Corte 6-3.
- v. Desde el October Term 2022 (octubre 2022-octubre 2023) hasta el October Term 2024 (octubre 2024-octubre 2025), que todavía no ha empezado.

A partir de esta división, examinaré la jurisprudencia de la Corte en cada subperíodo, mencionando también las referencias biográficas de los jueces que fueron designados en cada uno. Sin perjuicio de ello, sin alterar sustancialmente el orden cronológico propuesto, analizaré por separado y con más detalle algunos fallos o grupos de fallos que me parecen especialmente relevantes.

19 Roberts sucedió a Rehnquist, Alito a O'Connor, Sotomayor a Souter y Kagan a Stevens, es decir, dos conservadores por dos conservadores y dos liberales por dos liberales. Si bien Rehnquist era un conservador más duro que Roberts, ello se compensa con el reemplazo de Alito por O'Connor.

20 Si bien Kavanaugh sucedió a Kennedy, lo que en apariencia sería el cambio de un conservador por otro, lo cierto es que, como veremos en el punto siguiente, Kennedy prácticamente había dejado de militar en el ala conservadora, optando por convertirse en un *swing voter*, lo que no permitía ubicarlo en ninguna tendencia específica, al menos en forma general.

3. ¿La Corte de Anthony Kennedy?

Una observación preliminar es la que suscita esta pregunta, centrada en la influencia ejercida por Anthony Kennedy, uno de los campeones del *swing vote*.²¹

Es usual que los autores en los Estados Unidos dividan los períodos de la historia de la Corte tomando como referencia los mandatos de los *Chief Justices*.²² Se habla entonces de la Corte Marshall, de Taney, de Fuller, de Taft, de Hughes, de Warren, de Burger, etc.²³ Sin poner en discusión si esta metodología es correcta o no, lo cierto es que no siempre el *Chief Justice*, pese a ser un *primus inter pares*, es el más influyente o el más notable de los jueces del Tribunal. Ha habido figuras como las de John Marshall, Charles Evans Hughes o Earl Warren que claramente marcaron toda una época y le dieron un perfil definido al Tribunal, pero otros presidentes como Harlan Fiske Stone, Frederick Vinson o Warren Burger estuvieron lejos del liderazgo.²⁴

Obviamente, las razones de todo ello son múltiples y no es el caso aquí hacer un análisis sociológico de la Corte Suprema. Lo que quiero destacar es que el período considerado en este trabajo tiene dos *Chief Justices*: Rehnquist y Roberts, de modo tal que no es susceptible de ser encasillado como la Corte de uno o de otro. No obstante, la personalidad del primero fue muy fuerte y su período en el sillón central, expandido a lo largo de casi dos décadas (1986-2005), bien puede llamarse con justicia la “Rehnquist Court”.²⁵ Veremos luego, cuando formule mis reflexiones finales, si desde 2005 en adelante puede decirse que esta es la “Roberts Court”, más allá de que lo sea formalmente.

Ahora bien, si medimos la influencia de un juez por las veces que sus votos hicieron mayoría, esta mención también podría corresponderle a Anthony Kennedy. Así lo destaca Lucas A. Powe (2021, cap. XII), profesor en la Universidad de Texas, en una historia de la Corte estructurada de manera muy diferente al estilo usual, sin parar mientes en quien presidió el Tribunal en cada época y con predominio de la narración de los hechos sobre el análisis en particular

21 *Swing vote*, como su nombre lo indica, es el voto de un juez que no forma regularmente parte de una mayoría o minoría y que puede cambiar de un lado a otro del arco ideológico del tribunal.

22 Entre otros, véanse Bates (1936), Currie (1985) y Schwartz (1983).

23 Incluso, la editorial ABC-CLIO, en sus *Supreme Court Handbooks*, publica regularmente un volumen dedicado a la historia de la Corte según el período de cada *Chief Justice*.

24 Paralelamente, ha habido *Associate Justices* que dejaron en el Tribunal una fuerte impronta. Basta mencionar, entre otros, a Joseph Story, Stephen Field, Oliver W. Holmes, Louis Brandeis, Benjamin Cardozo, Hugo Black, Robert Jackson, William Brennan y Antonin Scalia.

25 Ver, entre otros, Yarbrough (2000), Hudson (2007) y Schwartz (2002). Dentro de la colección citada en la nota anterior, Hensley (2006).

de la jurisprudencia. Este autor sostiene, en definitiva, que Kennedy fue el juez con más poder de decisión durante buena parte de sus tres décadas en la Corte (1988-2018), ya que, al ubicarse en el centro de un tribunal dividido 4-4 entre conservadores y liberales, pudo ejercer el *swing vote* en numerosas ocasiones, colocándose de un lado u otro según su propio parecer en cada caso.²⁶

Ciertamente esto no lo convertía en el líder de la Corte, muy lejos estaba de serlo, pero esta condición de *swing voter* —más pasiva que activa— le daba, sin embargo, la oportunidad de otorgar el triunfo a un sector u otro. Era el menos ideológico de todos sus pares y votaba tanto con los conservadores como con liberales, sin que ello pudiera ser estrictamente predecible. Exagerando un poco, a mi modesto entender, Powe (2021) llega a decir que los votos de los otros 8 jueces eran irrelevantes y afirma que “Kennedy era la Corte” (“Kennedy was the Court”) (p. 351).

Muchos de los casos que ilustran este ir y venir de Kennedy —los posteriores a octubre de 2000— serán analizados en el curso de este trabajo. Por ahora, como resumen muy provisional, cabe decir —siguiendo al autor ya mencionado— que Kennedy votó con los conservadores para limitar el criterio de la raza en la asignación de los cupos escolares, en la protección del derecho a portar armas bajo la Segunda Enmienda, en la invalidación de las leyes que limitaban el financiamiento de las campañas electorales, en la limitación de las Voting Rights Act, en permitir una mayor influencia de la religión en la vida pública y en darle preferencia al arbitraje sobre el litigio judicial. Por el contrario, apoyó a los liberales en casos de *affirmative action*, en los de aborto y en los de derechos de los gays. Salvo en los casos relativos al Affordable Care Act (el “Obamacare”), Kennedy siempre estuvo en la mayoría (Powe, 2021, p. 351).

4. William H. Rehnquist

Sin perjuicio de la opinión de Lucas Powe (2021) mencionada en el punto anterior, creo, como ya dije, que el período en el cual William Rehnquist presidió la Corte puede ser considerado como la Rehnquist Court, no sólo en lo formal,

26 Este empate 4-4 se quebró recién en 2018 cuando Kavanaugh reemplazó a Kennedy, porque si bien las nuevas designaciones habían intensificado las posturas en ambos lados, no habían alterado sustancialmente la mayoría. En efecto, Rehnquist fue reemplazado por Roberts, otro conservador; O'Connor, una conservadora bien que moderada, fue reemplazada por Alito, conservador también; y Souter y Stevens, que votaban en el ala liberal, fueron reemplazados por Sotomayor y Kagan, respectivamente, de modo tal que en el centro siempre quedaba Kennedy para conceder la victoria a unos u otros.

sino también en lo real. Podemos compartir o no la forma en la que condujo el Tribunal y la jurisprudencia que lo tipifica, pero lo que está fuera de dudas es la influencia que ejerció en ella y los cambios que produjo. Me referiré entonces a su personalidad, aunque sea brevemente, dado que su presidencia abarca los cinco primeros años del período aquí analizado y en ellos está centrada esta primera parte.

Nacido en Milwaukee, Wisconsin, en 1924 y egresado de las universidades de Stanford²⁷ y Harvard, su primer contacto con la Corte Suprema ocurrió temprano en su vida profesional cuando fue *law clerk* de Robert H. Jackson entre 1952 y 1953.²⁸ En tal carácter, mientras se discutía el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*,²⁹ escribió un memorándum titulado “A Random Thought on the Segregation Cases”, donde se pronunciaba en contra de la desegregación escolar, un anticipo del conservadorismo que luego defendería como juez y presidente de la Corte.³⁰ Entre 1953 y 1969, ejerció con éxito la profesión en Arizona y también participó activamente en las filas republicanas.³¹ En 1969 fue asesor del *Attorney General* John N. Mitchell.³²

Cuando se retiró de la Corte John Marshall Harlan II³³ en 1971, Richard Nixon eligió a Rehnquist para reemplazarlo, como medio para inclinar la balanza de la Corte hacia la derecha.³⁴ Sus antecedentes políticos no le auguraban

27 En Stanford conoció a Sandra Day O'Connor, de quien fue compañero de estudios.

28 Su experiencia como *law clerk* está narrada en su libro *The Supreme Court. How It Was, How It Is* (1987).

29 347 U.S. 483 (1954).

30 Desde su designación en 1972 hasta que fue nombrado *Chief Justice* en 1986, escribió 54 disidencias en una Corte dominada por aquel entonces por jueces liberales. Tal, por ejemplo, en casos de segregación estudiantil, *Keyes v. School District N° 1*, Denver, Colorado, 413 U.S. 189 (1973), *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983); de integración de jurados con mujeres, *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522 (1975); de discriminación en razón del sexo, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975); de protección del lenguaje comercial, *Virginia State Board of Pharmacy v. Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976); de pena de muerte, *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978); de libertad matrimonial, *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); de libertad de expresión, *Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 U.S. 620 (1980), *Richmond News Papers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); de libertad religiosa, *Thomas v. Review Board of Indiana, Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981); de separación entre Iglesia y Estado, *Larkin v. Grendel's Den*, 459 U.S. 116 (1982); etcétera.

31 Fue también asesor legal del House of Representatives de ese estado en varios juicios políticos.

32 Fue director de la Office of Legal Counsel en el Departamento de Justicia.

33 Se lo denomina así para distinguirlo de su abuelo, John Marshall a Harlan, que también fue juez de la Corte desde 1877 hasta 1911.

34 Nixon tuvo en poco tiempo la oportunidad de hacer dos designaciones en la Corte que favorecían esta inclinación. Ese mismo año se retiró Hugo Black, cuya vacante fue cubierta con Lewis F. Powell

una recepción pacífica en un Senado con mayoría demócrata. Una de las principales objeciones que se le opusieron fue el memorándum de 1952 sobre la desegregación racial.³⁵ No obstante, con el apoyo de los demócratas sureños fue confirmado por una holgada mayoría de 68-26.

Su nominación como *Chief Justice* en 1986 por el presidente Ronald Reagan,³⁶ para reemplazar a Warren Burger, le permitió dejar su posición de disidente solitario para pasar a liderar un tribunal que, desde entonces, se ha inclinado progresivamente en su dirección ideológica. Obviamente lo ayudaron en esta cruzada las designaciones de Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy y Clarence Thomas.³⁷ Numerosos votos y opiniones ilustran esta línea —casi unidireccional— y entre ellos pueden mencionarse: su disidencia en la legalización del aborto,³⁸ su desconfianza hacia el empleo judicial de la cláusula de igualdad ante la ley,³⁹ su apoyo a la legislación restrictiva de la homosexualidad,⁴⁰ su opinión restrictiva sobre la libertad de expresión cuando

Jr., otro conservador, bien que más moderado, expresidente de la American Bar Association (1964-1965), que en agosto de 1971 había escrito un influyente memorándum, dirigido al presidente de la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, titulado "Attack on the American Free Enterprise System", alertando sobre la influencia negativa que las ideas de izquierda estaban ejerciendo en la libre empresa. Rehnquist y Powell juraron el mismo día, el 7 de enero de 1972.

- 35 Rehnquist se defendió alegando que esas no eran sus ideas propias, sino las de Jackson, quien le había solicitado ese memorándum para contar con argumentos en contra de la desegregación racial. Dado que Jackson había muerto en 1954, esta versión nunca pudo ser corroborada.
- 36 También en este caso tuvo que sortear la oposición de los senadores liberales, pero superó el trance con un voto favorable de 65-33. Además del memorándum de 1952 sobre la desegregación racial, en esta oportunidad fue acusado de haber manejado irregularmente los fondos de un *trust* familiar. Rehnquist había establecido un *trust* a pedido de su suegro para ayudar a Harold Dickerson Cornell, un hijo de éste y cuñado de Rehnquist afectado de esclerosis múltiple. Sin embargo, parece ser que cuando Cornell quedó completamente inhabilitado por su enfermedad, Rehnquist no le proveyó los fondos del *trust*, dando lugar con ello a una denuncia del propio Cornell que, muy oportunamente, fue planteada en medio del proceso de confirmación. Ver Yarbrough (2000, p. 9).
- 37 Fueron importantes en este sentido las de O'Connor, que sucedió a Potter Stewart, un centrista pragmático, y la de Thomas, que sucedió en 1991 a Thurgood Marshall, un icono de la lucha por los derechos civiles.
- 38 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- 39 En *Tribble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977) la Corte dijo: "Unfortunately, more than a century of decisions under this Clause of the Fourteenth Amendment have produced [...] a syndrome wherein this Court seems to regard the Equal Protection Clause as a cat-o'-nine-tails to be kept in the judicial closet as a threat to legislatures which may, in the view of the judiciary, get out of hand and pass "arbitrary," "illogical," or "unreasonable" laws. Except in the area of the law in which the Framers obviously meant it to apply — classifications based on race or on national origin, the first cousin of race — the Court's decisions can fairly be described as an endless tinkering with legislative judgments, a series of conclusions unsupported by any central guiding principle" (430 U.S., en p. 777).
- 40 Votó en disidencia en *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), caso en el cual fue derogada la doctri-

se afectan los símbolos patrios —en el caso la quema de la bandera—,⁴¹ y, por supuesto, su apoyo al Partido Republicano cuando la Corte decidió una de las elecciones presidenciales más conflictivas de la historia norteamericana,⁴² caso que mencionaré en el punto siguiente.

Rehnquist falleció a los 80 años el 3 de septiembre de 2005, casi sobre el final del October Term 2004. Pese a estar ya muy enfermo,⁴³ no dejó su puesto en el Tribunal⁴⁴ y continuó trabajando hasta sus últimos días.

5. Un comienzo con alto voltaje: *Bush v. Gore*

Como primer caso relevante del inicio del período aquí considerado, es inevitable mencionar *Bush v. Gore*,⁴⁵ resuelto el 12 de diciembre de 2000, una sentencia de alto contenido institucional y vastos alcances políticos, que muestra, con singular evidencia, la partición 5-4 de la Corte entre republicanos y demócratas, que luego se repetirá en muchas otras ocasiones. Como todos recordamos, el caso surgió al calor de una formidable disputa electoral y judicial suscitada a raíz del recuento de votos en Florida en la elección presidencial del 7 de noviembre de 2000 entre Albert Gore, el candidato demócrata, y George Bush, el de los republicanos.⁴⁶

Poco después de cerrados los comicios en ese estado, las encuestas de boca de urna le daban el triunfo a Gore, un resultado que rápidamente fue difundido en todos los medios. Se sumó a ello que Gore ganaba también en otros estados.⁴⁷ Sin embargo, a medida que avanzaba el conteo, la diferencia entre ambos candidatos se fue achicando y la elección tomó un giro inesperado. Terminados de contar los votos, Bush ganaba por un margen mínimo que, bajo la legisla-

na de *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

41 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

42 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

43 En julio de 2004 le habían diagnosticado que padecía cáncer de tiroides.

44 Estuvo ausente en numerosos *oral arguments* desde finales de 2004 hasta marzo del 2005, cuando se reincorporó a sus tareas. Aun así, le tomó juramento a George W. Bush para su segundo mandato como presidente en enero de 2004, oportunidad en la que se advirtió su frágil salud.

45 531 U.S. 98 (2000).

46 Recordemos que Florida era un estado crucial, pues llevaba en ese momento 25 electores al colegio electoral.

47 La diferencia de votos, que por entonces se estimaba en unos 400.000 en el orden nacional, le aseguraba a Gore los 270 votos que necesitaba en el colegio electoral.

ción electoral de Florida, exigía llevar a cabo un recuento automático.⁴⁸ Terminado este recuento, Bush continuaba ganando la elección, aunque su ventaja se había reducido a 537 votos.⁴⁹ Gore impugnó entonces este procedimiento sosteniendo que, en cuatro condados de alta densidad poblacional, donde se empleaban máquinas perforadoras de las boletas electorales, el recuento por medios automáticos no registraba las boletas débilmente perforadas.⁵⁰

Inmediatamente tomaron cartas en el asunto los abogados de ambas partes y la cuestión se judicializó, dando lugar a un ir y venir de sentencias, nudo gordiano que la Corte Suprema cortó, finalmente, con la sentencia del 12 de diciembre de 2000.⁵¹ Veamos, en síntesis, el desarrollo de este complejo proceso que duró exactamente cinco semanas.

Conocido el resultado de la elección, los asesores legales de Gore plantearon el caso ante los tribunales estatales, solicitando que se llevara a cabo el recuento manual, petición que la Suprema Corte de Florida otorgó.⁵² Los letrados de Bush, por su lado, acudieron a los tribunales federales pidiendo la suspensión del recuento manual. Tanto la Corte de Distrito como la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito se declararon incompetentes alegando que se trataba de un asunto electoral local.

Habiendo fracasado en los tribunales federales, Bush planteó entonces un *writ of certiorari* contra la sentencia de la Suprema Corte de Florida y la Corte Suprema decidió tramitar la apelación. Luego de producidos los alegatos orales, el 4 de diciembre la Corte —*per curiam*—⁵³ resolvió devolver el caso a la Suprema Corte de Florida, ordenándole que estableciera los estándares para llevar a cabo

48 Bush había obtenido 2.909.135 votos contra 2.907.351 de Gore, es decir, una diferencia de 1784 votos. Bajo la legislación de Florida —Florida Statutes § 102.141(4) (2000)— si la diferencia es menor a la mitad del 1% (“less than one half of one percent”) debe llevarse a cabo el recuento manual de votos.

49 Así lo certificó el 26 de noviembre de 2000 la Florida Election Canvassing Commission. Bush tenía 2.912.790 votos; y Gore, 2.912.253.

50 Se trataba de los condados de Volusia, Palm Beach, Broward y Miami Dade, que integran el llamado *retirement belt* de Florida, fuertemente poblado por jubilados que, probablemente, no habían aplicado mucha energía para perforar la boleta. Se estimó en ese momento que el total de esos votos era de aproximadamente 50.000.

51 A lo largo de este caso se produjeron, en total, tres decisiones en los tribunales federales y cinco en los tribunales locales. Estas sentencias, junto con los numerosos comentarios en diarios y revistas que fueron publicados, algunos de ellos mientras el caso estaba todavía en marcha, están recopiladas en Dionne y Krisol (2001).

52 *Palm Beach County Canvassing Board, v. Harris*, sentencia del 21 de noviembre de 2000.

53 Los fallos *per curiam* son los que se dictan sin especificar quien lo redacta.

un adecuado recuento.⁵⁴ Sobre esta base, el 8 de diciembre la Suprema Corte de Florida dispuso que continuara el recuento manual.⁵⁵ Al día siguiente, Bush interpuso una *emergency appeal* ante la Corte Suprema, alegando que las bases establecidas por la Suprema Corte de Florida para llevar a cabo el recuento manual eran muy vagas y solicitó la suspensión del procedimiento. Ese mismo día, por mayoría de 5-4,⁵⁶ la Corte ordenó suspender provisionalmente recuento.⁵⁷ La decisión era controvertida pues, en casos anteriores recientes, bien que no se trataba de elecciones nacionales, la mayoría republicana había hecho valer el poder de los estados ante regulaciones federales.⁵⁸ Los *oral arguments* tuvieron lugar el 11 de diciembre y, al día siguiente, la Corte —nuevamente *per curiam*— revocó la sentencia del 8 de diciembre de la Suprema Corte de Florida y dispuso que no se continuara con el recuento manual de votos, dándole con ello el triunfo a Bush en la elección.

Si bien la sentencia fue dictada formalmente *per curiam*, la cantidad de votos individuales que la componen la convierte, en los hechos, en una sentencia regular, donde cada juez emite en definitiva su propia opinión a la que otros adhieren, ya sea total o parcialmente.⁵⁹ Se trata, en suma, de un decisorio complejo, que trataré de resumir en sus aspectos más esenciales.

Vale la pena señalar como primera cuestión que, con excepción de Stevens y Ginsburg, los siete jueces restantes admitieron que los estándares para el recuento de los votos establecidos por la Suprema Corte de Florida eran inconstitucionales bajo las cláusulas de igualdad ante la ley y debido proceso, ya que el recuento se hacía aplicando reglas diferentes en cada condado.⁶⁰ Admitida

54 *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board*, 531 U.S. 70 (2000).

55 *Gore v. Harris*, No. SC00-2431.

56 Los jueces que votaron en disidencia fueron, obviamente, Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer.

57 *Bush v. Gore*, No. 00-949 (00A504), sentencia del 9 de diciembre de 2000. Si bien el fallo fue dictado *per curiam*, hay un fuerte contrapunto entre la disidencia de Stevens y la respuesta que le da Scalia, donde, sin muchos tapujos, dice: “Though it is not customary for the Court to issue an opinion in connection with its grant of a stay, I believe a brief response is necessary to Justice Stevens’ dissent. I will not address the merits of the case, since they will shortly be before us in the petition for certiorari that we have granted. It suffices to say that the issuance of the stay suggests that a majority of the Court, while not deciding the issues presented, believe that the petitioner has a substantial probability of success”.

58 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

59 La decisión mayoritaria tuvo un voto concurrente suscripto por Rehnquist, al que adhirió Scalia y Thomas. A su vez, cada juez disidente emitió su propio voto, al que los restantes adhirieron parcialmente.

60 Conforme el voto *per curiam* “The right to vote is protected in more than the initial allocation of the franchise. Equal protection applies as well to the manner of its exercise. Having once granted the

esta falla, la minoría se dividió. Mientras Stevens y Ginsburg sostenían que el proceso debía continuar tal como se estaba llevando a cabo, Breyer and Souter entendían que debía ser enmendado. La mayoría, en cambio, entendía que ya no podía continuar, pues el tiempo para llevarlo a cabo había expirado ese mismo 12 de diciembre de 2000. Invocaron para ello la sección 5 del Título 3 del USC, donde se establece el plazo límite para que en cada estado se elijan los electores.⁶¹ Sostenían, en definitiva, que no existiendo un sistema de recuento de votos que satisfaga los requisitos constitucionales y habiendo expirado ese mismo día el plazo para elegir a los electores, el recuento manual debía concluir.⁶² Al día siguiente, Gore admitió el triunfo de Bush.

Demás está decir que esta sentencia, además de controvertida, no tenía precedente alguno en la historia de los Estados Unidos. Era la primera vez que la Corte Suprema, en un caso judicial, decidía una elección presidencial.⁶³ No han faltado en consecuencia fuertes críticas a lo decidido en este caso (Dershowitz, 2001) o análisis más desapasionados que encuentran fallas en ambos lados de la contienda y ofrecen una solución para que una situación similar no vuelva a repetirse (Posner, 2001).

right to vote on equal terms, the State may not, by later arbitrary and disparate treatment, value one person's vote over that of another" (531 U.S., en pp. 104-105).

- 61 "§5. Determination of controversy as to appointment of electors. If any State shall have provided, by laws enacted prior to the day fixed for the appointment of the electors, for its final determination of any controversy or contest concerning the appointment of all or any of the electors of such State, by judicial or other methods or procedures, and such determination shall have been made at least six days before the time fixed for the meeting of the electors, such determination made pursuant to such law so existing on said day, and made at least six days prior to said time of meeting of the electors, shall be conclusive, and shall govern in the counting of the electoral votes as provided in the Constitution, and as hereinafter regulated, so far as the ascertainment of the electors appointed by such State is concerned".
- 62 "The Supreme Court of Florida has said that the legislature intended the State's electors to 'participat[e] fully in the federal electoral process,' as provided in 3 U.S. C. § 5. 772 So. 2d, at 1289; see also *Palm Beach County Canvassing Bd. v. Harris*, 772 So. 2d 1220, 1237 (Fla. 2000). That statute, in turn, requires that any controversy or contest that is designed to lead to a conclusive selection of electors be completed by December 12. That date is upon us, and there is no recount procedure in place under the State Supreme Court's order that comports with minimal constitutional standards. Because it is evident that any recount seeking to meet the December 12 date will be unconstitutional for the reasons we have discussed, we reverse the judgment of the Supreme Court of Florida ordering a recount to proceed" (531 U.S., en pp. 110).
- 63 Para encontrar un antecedente similar, pero no igual, hay que remontarse a la elección presidencial de 1876, disputada entre Rutherford B. Hayes, por el Partido Republicano, y Samuel J. Tilden, por el Demócrata, que fue decidida por una "Comisión Electoral" integrada por quince miembros, de la que formaron parte cinco jueces de la Corte Suprema.

6. La Corte ante la legislación antiterrorista

Un segundo grupo de casos que por su importancia merece ser mencionado separadamente es el que resulta de la aplicación de la legislación antiterrorista dictada a raíz de los atentados de septiembre de 2001.

6.1 La Authorization for Use of Military Force (AUMF) y la Patriot Act

No había transcurrido aún el primer año de George W. Bush en la Casa Blanca cuando en la mañana del martes 11 de septiembre de 2001, los Estados Unidos fueron objeto de tres ataques terroristas sin precedentes en su historia. El primero —y de más graves consecuencias— tuvo lugar cuando dos aviones de pasajeros, que habían sido capturados por militantes del grupo Al-Qaeda, se estrellaron contra las torres del World Trade Center (WTC), en New York, que fueron completamente destruidas por el incendio. El segundo tuvo como objetivo el Pentágono, en Arlington, Virginia. Un avión se estrelló contra el sector oeste del edificio, provocando el derrumbe parcial de su pared exterior. El tercero estaba dirigido a otros objetivos en Washington, D.C. —posiblemente el Capitolio o la Casa Blanca—, pero la acción de los pasajeros permitió que el vuelo fuera desviado y, finalmente, cayó en un campo ubicado en Stonycreek Township, Pennsylvania. Como resultado de estos ataques, especialmente el del WTC, murieron unas 3000 personas.⁶⁴

Luego de los ataques, el Congreso emitió —el 13 de septiembre— una resolución conjunta autorizando al presidente a “usar toda la fuerza necesaria y apropiada” para combatir el terrorismo. Esta resolución, llamada Authorization for Use of Military Force (AUMF),⁶⁵ habilitó a George W. Bush a dictar una Orden Militar.⁶⁶

64 Los hechos, sus antecedentes y conclusiones están detalladamente expuestos en National Commission on Terrorist Attacks. (2004). Esta comisión fue creada por ley en noviembre de 2002.

65 Public Law 107-40; 115 Statutes at Large 224. La Sección 2(a) establecía: “[...] the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons”.

66 Ese mismo día, Bush emitió dicha Orden en la cual esencialmente: (a) impuso la ley marcial para aquellos que: (i) no fueran ciudadanos de los Estados Unidos y (ii) fueran acusados de participar o dar auxilio a los terroristas; (b) estableció comisiones militares especiales que no se regirían por las reglas procesales aplicables en los tribunales federales; y (c) prohibió que los condenados por tales comisiones apelaran sus condenas ante los tribunales civiles, nacionales o internacionales (66 Federal Register 57.833).

Posteriormente, el 24 de octubre, el Congreso sancionó la llamada USA Patriot Act.⁶⁷ Por medio de esta ley se reformaron una serie de normas anteriores, se restringieron ciertas libertades en aras de la seguridad nacional otorgando para ello mayores facultades al Departamento de Justicia y, entre otras previsiones, se creó la figura del delito de “terrorismo doméstico” (sección 802).⁶⁸ Asimismo, al día siguiente —14 de septiembre—, el presidente emitió la Proclamación 7463, que ya estaba mencionada en la Orden Militar, por medio de la cual declaró la emergencia nacional.

6.2 La jurisprudencia de la Corte

Tres casos resueltos por la Corte ilustran cómo reaccionó el Tribunal ante esta legislación. Ellos son *Hamdi v. Rumsfeld*,⁶⁹ *Rumsfeld v. Padilla*⁷⁰ y *Rasul v. Bush*.⁷¹ *Hamdi* se originó con motivo de la invasión a Afganistán, donde el ejército norteamericano capturó en el teatro de las operaciones a Yaser Esam Hamdi, un ciudadano norteamericano de 20 años acusado de prestar auxilio al régimen talibán. Una vez en los Estados Unidos, Hamdi fue alojado primero en Guantánamo y luego trasladado a unidades navales en Virginia y South Carolina, dada su condición de ciudadano norteamericano. Allí permaneció detenido e incomunicado sin juicio ni acceso a un abogado defensor desde abril de 2002. Su padre planteó un *habeas corpus* sosteniendo la ausencia de base legal para la detención y la violación del debido proceso (Enmiendas V y XIV).

Comenzó entonces una batalla legal que, además de desarrollarse entre el Gobierno y los Hamdi, tuvo como partícipes al tribunal de distrito y a la Corte de Apelaciones del 4° Circuito. El primero sostuvo, en repetidos pronunciamientos, que la detención de Hamdi era inconstitucional, mientras que la

67 Su nombre completo es: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot) Act of 2001. Public Law 107-56; 115 Statutes at Large 272. Ver en: <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/usa-patriot-act>.

68 Según dijo Bush al momento de promulgarla, “The law allows our intelligence and law enforcement officials to continue to share information. It allows them to continue to use tools against terrorists that they used against drug dealers and other criminals. It will improve our nation’s security while we safeguard the civil liberties of our people. The legislation strengthens the Justice Department so it can better detect and disrupt terrorist threats. And the bill gives law enforcement new tools to combat threats to our citizens from international terrorists to local drug dealers”.

69 542 U.S. 507 (2004).

70 542 U.S. 426 (2004).

71 542 U.S. 466 (2004).

alzada revocó todos estos pronunciamientos. Finalmente, un plenario de la Cámara confirmó estos pronunciamientos y Hamdi planteó un *certiorari*.⁷²

La Corte, por medio de un largo pronunciamiento con mayoría de 6-3,⁷³ revocó la decisión del 4º Circuito. En síntesis, el voto mayoritario redactado por la jueza O'Connor sostuvo que el estado de guerra no constituye un cheque en blanco para el presidente cuando se trata de los derechos de los ciudadanos de los Estados Unidos.⁷⁴

Dadas sus circunstancias fácticas y jurídicas, el segundo caso, *Rumsfeld v. Padilla*, podría haber tenido una trascendencia constitucional mucho mayor que el anterior, pero la forma en la que fue decidido por la Corte le restó tal impacto.

José Padilla, también ciudadano de los Estados Unidos, se hallaba vinculado a una investigación relativa a los ataques terroristas del 11 de septiembre. A diferencia de Hamdi, su detención se produjo en territorio de los Estados Unidos y posteriormente fue clasificado por el secretario de Defensa —de acuerdo con la Orden Militar del 13 de septiembre— como un “combatiente del enemigo” y alojado en una unidad militar en South Carolina. Desde allí planteó un *habeas corpus*.

Se debatía en este caso: (i) si el *habeas corpus* dirigido contra el secretario de Defensa, estaba bien plantado o si debía dirigirse al comandante de la unidad militar en la cual Padilla estaba alojado; y (ii) si debía hacerse lugar al fondo del planteo. En el tribunal de distrito, la primera cuestión fue resuelta a favor del

72 El análisis de este caso y del caso *Padilla* en las instancias preliminares a la de la Corte Suprema puede verse en Sagüés (2003-2004).

73 En la mayoría votaron el *Chief Justice* Rehnquist y los jueces O'Connor, Kennedy, Breyer, Souter y Ginsburg. En minoría votaron los jueces Stevens, Scalia y Thomas. En este caso, como en los siguientes, la composición de la mayoría y minoría es un poco más compleja de lo que parece, pues a la decisión del juez preopinante se suman los demás, coincidiendo en parte y disintiendo en parte, sin llegar con ello a comprometer la unidad de la decisión final.

74 “We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation’s citizens [...] The war power is a power to wage war successfully, and thus it permits the harnessing of the entire energies of the people in a supreme cooperative effort to preserve the nation. But even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties [...] Because we conclude that due process demands some system for a citizen detainee to refute his classification, the proposed “some evidence” standard is inadequate. Any process in which the Executive’s factual assertions go wholly unchallenged or are simply presumed correct without any opportunity for the alleged combatant to demonstrate otherwise falls constitutionally short [...] There remains the possibility that the standards we have articulated could be met by an appropriately authorized and properly constituted military tribunal. Indeed, it is notable that military regulations already provide for such process in related instances, dictating that tribunals be made available to determine the status of enemy detainees who assert prisoner-of-war status under the Geneva Convention [citas omitidas] In the absence of such process, however, a court that receives a petition for a writ of *habeas corpus* from an alleged enemy combatant must itself ensure that the minimum requirements of due process are achieved” (542 U.S., en p. 536-538).

accionante, pero la segunda en su contra. Sostuvo esta decisión que el Poder Ejecutivo tenía autoridad para disponer su detención. La Corte de Apelaciones del 2º Circuito revocó esta decisión y dijo que aquel carecía de competencia para la detención de Padilla, pues ni la AUMF ni los poderes de guerra del presidente autorizan la detención militar de un ciudadano de los Estados Unidos capturado en suelo norteamericano.

Como puede verse, el caso llegó ante la Corte Suprema con un fuerte desafío que el Tribunal esquivó amparándose en aspectos procesales. Con mayoría muy ajustada,⁷⁵ dijo que el *habeas corpus* debía dirigirse al comandante de la unidad militar en la cual el peticionante estaba detenido y no contra el secretario de Defensa. Dicho esto, evitó entrar en el fondo del asunto.

A diferencia de los anteriores, el caso *Rasul* no involucraba a un ciudadano de los Estados Unidos, sino a dos australianos y a doce kuwaitíes capturados en Afganistán y detenidos en Guantánamo, Cuba. Asimismo, no se cuestionaba aquí el derecho al debido proceso de los detenidos, sino algo más elemental todavía. Se debatía si, por vía del *habeas corpus*, tenían derecho a una revisión judicial de su detención. Habían fracasado en su intento en las dos instancias anteriores, las cuales se habían declarado incompetentes para tramitar esos *writs* y la Corte concedió el *certiorari*.

Por medio de un fallo dividido 6-3 —numéricamente igual a *Hamdi*, pero con una composición diferente—,⁷⁶ el Tribunal revocó la decisión anterior y, tratando de limitar lo más posible el alcance de su pronunciamiento, le ordenó a la corte de distrito que considerara el fondo de la petición.⁷⁷

75 En la mayoría votaron el *Chief Justice* Rehnquist (autor del voto) y los jueces O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas. En la minoría lo hicieron Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer.

76 En la mayoría votaron los jueces Stevens (autor del fallo), O'Connor, Souter, Ginsburg, Breyer y Kennedy. En la minoría los hicieron el *Chief Justice* Rehnquist y los jueces Scalia y Thomas.

77 “[...] What is presently at stake is only whether the federal courts have jurisdiction to determine the legality of the Executive’s potentially indefinite detention of individuals who claim to be wholly innocent of wrongdoing. Answering that question in the affirmative, we reverse the judgment of the Court of Appeals and remand for the District Court to consider in the first instance the merits of petitioners’ claims” (542 U.S., en p. 485).

6.3 La Detainee Treatment Act y el caso *Hamdan v. Rumsfeld*

Tres años después, en diciembre de 2005, el Congreso sancionó la llamada Detainee Treatment Act (DTA),⁷⁸ una auténtica ley marcial, que fue la respuesta legislativa a las muy moderadas sentencias producidas por la Corte Suprema a raíz de los casos suscitados por la legislación anterior, pues dispone, en forma terminante, que los tribunales carecen de jurisdicción para intervenir en *habeas corpus* interpuestos por extranjeros detenidos en la base de Guantánamo.⁷⁹

La aplicación de esta ley dio lugar al caso *Hamdan v. Rumsfeld*,⁸⁰ en el cual estaba en juego la aplicación de la ley marcial. Recordemos, al menos brevemente, que la aplicación de la ley marcial en los Estados Unidos había producido ya algunos casos durante la Guerra Civil y la Segunda Guerra Mundial, con resultados diversos según los casos.⁸¹

En 2001, Salim Ahmed Hamdam, un individuo de nacionalidad yemení, fue capturado en Afganistán y trasladado a Guantánamo. Un año después, el presidente Bush dispuso que fuera juzgado por una comisión militar, por delitos no especificados, de acuerdo con la Orden Militar del 13 de noviembre de 2001. Al cabo de otro año, fue acusado de conspiración para cometer crímenes bajo la competencia de tribunales militares.

Contra esta decisión, Hamdam planteó un *habeas corpus* ante el tribunal de distrito del Distrito de Columbia con estos fundamentos: (i) ni las leyes de los Estados Unidos ni el *common law* de la guerra otorgan jurisdicción a la comisión militar intervenir en un caso de conspiración, pues este delito no viola el derecho de la guerra; y (ii) el procedimiento aplicable en el juicio viola principios básicos del derecho militar y del derecho internacional, incluyendo el derecho a consultar la prueba de cargo.

El tribunal hizo lugar al *habeas corpus*. Dijo, en síntesis, que Hamdam tiene derecho a la aplicación de la Convención de Ginebra. Apelada esta decisión, la Corte de Apelaciones del Circuito de Columbia revocó la decisión sosteniendo que Hamdam no tenía derecho a invocar la Convención de Ginebra.

78 Originada en un proyecto del senador republicano John McCain, de Arizona, forma parte de la llamada Department of Defense Appropriations Act de 2006 (Public Law 109-289; 120 Statutes at Large 1257).

79 "Section 1005 [...] (e) Except as provided in section 1005 of the Detainee Treatment Act of 2005, no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider (1) an application for a writ of *habeas corpus* filed by or on behalf of an alien detained by the Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba [...]"

80 548 U.S. 557 (2006).

81 Véase Fisher (2005).

Contra esta decisión, Hamdam planteó un *certiorari* que fue admitido por la Corte en septiembre de 2005. Poco después, en febrero de 2006, el Gobierno pidió que el caso fuera rechazado por aplicación de la DTA. La Corte Suprema, por mayoría de 5-3,⁸² en sustancia, revoca la decisión de la Corte de Apelaciones diciendo que: (i) posee jurisdicción para resolver la cuestión planteada; y (ii) que los procedimientos llevados a cabo por la comisión militar son violatorios del Código Uniforme de Justicia Militar y de la Convención de Ginebra.

Según la mayoría, con voto de Stevens, lo primero que debía decidir el Tribunal era su competencia de acuerdo con el planteo formulado por el Gobierno bajo la DTA. Este argumento fue rechazado por la Corte. Apoyándose en lo dicho en el caso *Lindh v. Murphy*,⁸³ el Tribunal concluyó que la DTA no era aplicable a casos planteados antes de su vigencia (*pending cases*). En otras palabras, la DTA no tiene efectos retroactivos.

El segundo obstáculo que la Corte debía analizar para resolver el caso era el argumento de la prejudicialidad, opuesto por el Gobierno de acuerdo con el precedente *Schlesinger v. Councilman*.⁸⁴ Según lo decidido en ese caso, los tribunales civiles sólo pueden intervenir en procesos llevados ante tribunales militares una vez que éstos hayan dictado sentencia. La Corte rechaza este argumento porque: (i) Hamdam no es militar; (ii) la comisión creada por la Orden Militar del 13 de noviembre no integra el sistema formal de la justicia militar; y (iii) debe aplicarse el precedente *ex parte Quirin*, relativo al espionaje nazi en la Segunda Guerra.⁸⁵

82 Votaron en la mayoría los jueces Stevens (autor del voto principal), Kennedy, Souter, Breyer y Ginsburg; y en la minoría, los jueces Scalia, Thomas y Alito. Roberts no votó en este caso. Sin perjuicio de esta distribución de los votos para formar la mayoría y la minoría, la estructura de la decisión es un poco más complicada, pues la mayoría no tiene un voto, sino tres. Ello se debe a que el voto de Stevens, si bien es seguido en casi todas sus partes, no lo es en los puntos V y VI-D-iv. Por ello, hay dos votos separados: el de Breyer (al que adhieren Kennedy, Souter y Ginsburg) y el de Kennedy (al que concurren en parte Souter, Ginsburg y Breyer). A su vez, en la minoría hay tres votos separados, uno por cada juez disidente, al cual adhieren parcial y recíprocamente cada uno de los dos restantes.

83 521 U.S. 320 (1997). En este caso se decidió que las limitaciones impuestas al *habeas corpus* en una ley antiterrorista sancionada en 1996 (Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA) (110 Statutes at Large 1214) no eran aplicables a los procesos pendientes al momento de la sanción de dicha ley.

84 420 U.S. 738 (1975).

85 En el caso *ex parte Quirin*—317 U.S. 1 (1942)—, originado en una tentativa de sabotaje perpetrada por un comando nazi en 1942, se juzgó la conducta de ocho espías alemanes—otrora residentes en los Estados Unidos— que habían desembarcado en las playas de Long Island y Florida con el objeto de practicar actos de sabotaje en puentes y plantas industriales. No llegaron a consumar sus intentos pues fueron sorprendidos y arrestados. Inmediatamente después de haber sido capturados, el presidente Roosevelt emitió la Proclamación 2561 (7 Federal Register 5101), ordenando someterlos a

En este estado, el voto de Stevens ingresa en el punto V, donde los restantes jueces de la mayoría no lo siguen. Dice aquí que una comisión militar como la creada por la Orden Militar del 13 de noviembre debe: (i) juzgar crímenes cometidos en el campo de batalla; (ii) los crímenes deben haber sido cometidos durante el período de guerra, ni antes ni después y (iii) los crímenes debe ser violaciones del derecho de la guerra. Ninguno de estos extremos, señala el voto, concurren en Hamdam.

La sentencia pasa luego al punto VI, el más extenso de todos, donde desarrolla la argumentación de fondo para revocar la decisión de la Corte de Apelaciones. Según entiende el Tribunal, los procedimientos ante la comisión militar son violatorios del Código Uniforme de Justicia Militar y del derecho norteamericano de la guerra (*american common law of war*). Esta violación se funda en: (i) la limitación para conocer la prueba de cargo y (ii) la amplitud inadmisibles de la prueba de cargo, entre otros.

Dice también la sentencia que tales procedimientos violan la Convención de Ginebra. El Gobierno había sostenido que esta Convención no era aplicable al caso en tanto: (i) Al Qaeda no era signataria de esta y (ii) el conflicto con Afganistán no era de carácter internacional. La Corte rechaza estos argumentos. Sostiene que, en cualquier caso, es aplicable el artículo 3, que se repite en las cuatro Convenciones de Ginebra, según el cual quienes como parte de la población no hayan tomado parte en el conflicto o bien, siendo combatientes, hayan depuesto las armas, deben ser sometidos a un tribunal regularmente constituido que respete las garantías constitucionales indispensables reconocidas por los pueblos civilizados.

El voto mayoritario finaliza con una declaración un tanto inusual, que hasta podría ser tomada como un prejuizgamiento. Asume la Corte, en forma prácticamente dogmática, que los cargos imputados a Hamdam son ciertos y que éste

un tribunal militar y denegándoles el *habeas corpus*. La defensa de los acusados planteó entonces un *habeas corpus* requiriendo que el proceso fuera tramitado en sede civil con el objeto de evitar la aplicación de la pena capital. Fundaron su petición en regla del tribunal abierto establecida durante la Guerra Civil en el caso en *ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wallace) 2 (1866), según la cual no deben intervenir los tribunales militares si los tribunales civiles están en funcionamiento. En un maratónico proceso que duró apenas tres días, la Corte dictó sentencia *per curiam* rechazando el *habeas corpus* y declarando la admisibilidad constitucional de la ley marcial. Luego, con más tiempo, Stone elaboró una sentencia fundada en la cual sostuvo que no era aplicable el precedente *Milligan*, en tanto los acusados eran *unlawful combatants* (combatientes ilegales) que habían violado las leyes de la guerra, no portaban uniformes y habían entrado subrepticamente en el territorio de los Estados Unidos. En la justicia militar, todos ellos fueron condenados severamente. Seis de ellos fueron ejecutados. Los dos restantes fueron condenados a 30 años de prisión y reclusión perpetua. Una explicación de este caso puede verse en Cushman (1942, p. 1082).

es un individuo peligroso, el cual, de tener la oportunidad de actuar de acuerdo con sus creencias, podría causar daños y aun la muerte de civiles inocentes. Agrega, asimismo, que no está en juego en este caso el derecho del Gobierno de mantener detenido a Hamdam hasta la finalización del conflicto, no obstante, dice la Corte, ello no autoriza al Gobierno a prescindir de las reglas propias del Estado de derecho.

Más enérgico contra el Gobierno es el voto de Kennedy. Dice que la comisión militar creada por la Orden Militar del 13 de noviembre no satisface los requisitos de las cortes marciales en orden: (i) a su organización funcional y (ii) a los procedimientos que aplica. Agrega, asimismo, que: (i) los tribunales militares en los Estados Unidos son los creados por el Congreso como un sistema de justicia militar regular; (ii) las comisiones militares creadas por el presidente se apartan de ese sistema; y, por ende, (iii) el presidente no estaba autorizado para crearlas.

Por su lado, los argumentos de la minoría esencialmente son tres: (i) la falta de jurisdicción de la Corte para resolver el caso de acuerdo con la DTA y el precedente *Schlesinger v. Councilman*;⁸⁶ (ii) la inaplicabilidad de la Convención de Ginebra, dado que Al Qaeda no es signataria de esta; y (iii) la ausencia de violación del Código Uniforme de Justicia Militar.

El primer argumento está expresado con vehemencia en el voto del juez Scalia, el cual llega a sostener que la Corte ha incurrido en una confusión (*mess*) al interpretar la DTA. Según su punto de vista, este error provocará una gran carga de trabajo para los tribunales en los próximos años. Dice también que es aplicable el caso *Schlesinger v. Councilman* por tratarse del precedente análogo más próximo. Clarence Thomas, por su lado, advierte que la decisión presidencial de enjuiciar a Hamdam por medio de una comisión militar merece ser tratada por los tribunales con deferencia, esto es, debe presumirse su constitucionalidad salvo evidente prueba en contra. Admite que la comisión militar está creada de acuerdo con la tradición jurídica norteamericana y señala también que, aun siendo aplicable la Convención de Ginebra, la petición de Hamdam es prematura, pues aquella sólo se aplica a las sentencias y a su ejecución, pero no al procedimiento ante las comisiones militares. Finalmente, y para no dejar dudas de su disidencia con la mayoría, se hace eco del argumento del Gobierno sobre la inaplicabilidad de la Convención a partes no signatarias de esta. Por último, el juez Alito no encuentra que la comisión militar creada

86 420 U.S. 738 (1975). Se trataba de un militar que había sido juzgado por tribunales militares.

por el presidente sea violatoria del Código Uniforme de Justicia Militar. En su opinión, la comisión está regularmente constituida, debe ser calificada como un tribunal y sus procedimientos son constitucionales.

6.4 La Military Commissions Act de 2006 y el caso *Boumediene v. Bush*

Un tercer intento legislativo por combatir el terrorismo tuvo lugar con la sanción de la llamada Military Commissions Act of 2006.⁸⁷ Si bien esta ley y el caso suscitado a raíz de ella no pertenecen al período aquí considerado, los menciono a fin de considerar integralmente esta sección. Esta ley dividía a quienes combatieran contra los Estados Unidos en combatientes legales (*lawful enemy combatants*) y combatientes ilegales (*unlawful enemy combatants*). Los primeros eran los que pertenecían a ejércitos o fuerzas regulares;⁸⁸ los segundos, a fuerzas o ejércitos irregulares.⁸⁹ Estos últimos quedaban sujetos a la jurisdicción de comisiones militares. La ley establecía la conformación y el procedimiento de las comisiones militares.

Como era inevitable, la ley no pudo evadir los cuestionamientos judiciales y fue declarada inconstitucional, por ajustada mayoría de 5-4,⁹⁰ en *Boumediene v. Bush*.⁹¹ Lakhdar Boumediene y otros cinco argelinos fueron detenidos en Bosnia, en 2002, por fuerzas policiales ante la sospecha de que planeaban atacar la embajada de los Estados Unidos. Clasificados como combatientes del enemigo bajo lo dispuesto en la Detainee Treatment Act, fueron trasladados a Guantánamo y plantearon un *habeas corpus*. Su petición fue denegada en primera ins-

87 Public law 109-366; 120 Statutes at Large 2600; 10 USC §§ 948-949.

88 Según la sección 948.a(2): “The term ‘lawful enemy combatant’ means a person who is (A) a member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States; (B) a member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or (C) a member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States”.

89 Según la Sección 948.a(1): “The term ‘unlawful enemy combatant’ means (i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or (ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense”.

90 En este caso, el voto de Kennedy le dio el triunfo al ala liberal.

91 553 U.S. 723 (2008).

tancia y en la Corte de Apelaciones del DC Circuit antes de que se sancionara la Military Commissions Act. Cuando ésta entró en vigencia, los detenidos argumentaron nuevamente su caso y el DC Circuit rechazó por segunda vez el *habeas corpus*. Apelada la decisión ante la Corte Suprema, ésta les hizo lugar con voto del ala liberal. El voto de Kennedy que conforma la mayoría sostiene —luego de hacer un extenso *racconto* histórico, legislativo y jurisprudencial— que la Military Commissions Act constituye una suspensión inconstitucional del *habeas corpus*.⁹²

7. El último quinquenio de la Rehnquist Court

La jurisprudencia que examinaré en este punto abarca los últimos 5 años de la Corte bajo la presidencia de Rehnquist, que corren desde el October Term 2000 hasta finales del October Term 2004, es decir, desde octubre de 2000, hasta octubre de 2005.

7.1 La Primera Enmienda y la libertad de expresión

7.1.1 Internet y la protección de menores

Una de las cuestiones que más conflictos produjo cuando se masificó el uso de internet fue el de los alcances de la libertad para incorporar contenidos pornográficos en la web y el modo en que ello podía afectar a los niños. Veremos en esta sección que, hacia fines de la década de 1990, el Congreso sancionó varias leyes que intentaban prohibir o limitar el acceso de los menores a la pornografía por medio de internet, pero, en general, la Corte decidió en contra de estas leyes, alegando que el lenguaje empleado por ellas era muy amplio y que, por lo tanto, prohibía una gran cantidad de actividades protegidas por la libertad de expresión.

Antes de mencionar los casos resueltos dentro de este período, quiero recordar, como antecedente inmediato de todos ellos, lo decidido en *Reno v. American Civil Liberties Union*,⁹³ donde se cuestionó la constitucionalidad de la

92 “Our decision today holds only that the petitioners before us are entitled to seek the writ; that the DTA review procedures are an inadequate substitute for habeas corpus; and that the petitioners in these cases need not exhaust the review procedures in the Court of Appeals before proceeding with their habeas actions in the District Court” (553 U.S., en p. 795).

93 521 U.S. 844 (1997).

Communications Decency Act of 1996 (CDA),⁹⁴ que ponía restricciones a dichos materiales y penalizaba a quienes los transmitieran. En un fallo unánime, la Corte sostuvo que la ley era inconstitucional no por las prohibiciones en sí mismas, sino porque estaban previstas en un lenguaje muy vago e impreciso, de vastos alcances, que afectaba la libertad de expresión de los adultos.⁹⁵ Los casos siguientes se basan en el mismo razonamiento.

Ya dentro de este período, el primer caso resuelto por la Corte fue *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.⁹⁶ La actora en este caso (Free Speech Coalition)⁹⁷ era una compañía situada en California dedicada al entretenimiento de adultos, es decir, a la industria pornográfica, que impugnó la Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA),⁹⁸ en tanto prohibía las escenas de sexo explícito con actores adultos que simularan o dieran la impresión de ser menores.⁹⁹ En primera instancia, la demanda fue rechazada, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito le hizo lugar. La Corte Suprema, esta vez por mayoría de 6-3,¹⁰⁰ confirmó esta decisión sosteniendo que el texto de la ley era muy amplio (*overbroad*) en tanto prohibía materiales que no eran obscenos¹⁰¹ ni permitían la explotación de menores.¹⁰²

Un nuevo *round* en esta contienda tuvo lugar cuando el Congreso sancionó,

94 Public Law 104-104, 110 Statutes at Large 133.

95 “We are persuaded that the CDA lacks the precision that the First Amendment requires when a statute regulates the content of speech. In order to deny minors access to potentially harmful speech, the CDA effectively suppresses a large amount of speech that adults have a constitutional right to receive and to address to one another. That burden on adult speech is unacceptable if less restrictive alternatives would be at least as effective in achieving the legitimate purpose that the statute was enacted to serve” (521 U.S., en p. 874).

96 535 U.S. 234 (2002).

97 Recordemos que, a diferencia de la Argentina —donde la carátula del expediente queda fija a lo largo de todo el proceso—, en los Estados Unidos, en primera instancia, se pone en primer lugar el nombre del actor, pero luego, en las instancias posteriores, el primer nombre que aparece es el del apelante.

98 Public Law 104-208; 18 USC §2252A.

99 La ley prohibía “[...] any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture [that] is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct”. Prohibía también todo material “advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression [of a] a minor engaging in sexually explicit conduct”.

100 Votaron en disidencia Rehnquist, O’Connor y Scalia.

101 Se apoyó para ello en lo decidido en *Miller v. California*, 413 U.S. 15.

102 En este punto, toma como precedente el caso *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747.

en 1998, la Child Online Protection Act (COPA),¹⁰³ que prohibía la difusión comercial por medio de la web de cualquier material que fuera dañoso para los menores (*any material that is harmful to minors*) conforme los estándares actuales de la comunidad (*contemporary community standards*). Apenas sancionada la ley, la American Civil Liberties Union (ACLU) planteó una *preliminary injunction* (una especie de medida de no innovar) con fundamento en la amplitud del texto de la ley para impedir que ésta fuera aplicada. La ACLU sostenía que la expresión *contemporary community standards* era vaga y podía afectar la libertad de expresión. En primera instancia, el tribunal otorgó la medida cautelar solicitada, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito. Apelada esta decisión, la Corte Suprema devolvió el expediente a la Corte de Apelaciones sosteniendo que la expresión *community standards* no era de suyo inconstitucional y solicitó que se argumentara nuevamente la decisión.¹⁰⁴ El Tercer circuito confirmó su decisión anterior y, finalmente, la Corte Suprema, por mayoría de 5-4,¹⁰⁵ confirmó la medida cautelar sosteniendo que la ley prohibía la libertad de expresión (en este caso, el lenguaje comercial) por un método que no era el menos restrictivo de todos los disponibles para ello, tales como los filtros que pueden emplearse para navegar.¹⁰⁶

También dio lugar a un caso judicial la sanción, en 2000, de la Children's

103 Public law 105-277; 112 Statutes at Large 2681-2736; 47 USC § 231.

104 *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564 (2002). "The scope of our decision today is quite limited. We hold only that COPA's reliance on community standards to identify 'material that is harmful to minors' does not by itself render the statute substantially overbroad for purposes of the First Amendment. We do not express any view as to whether COPA suffers from substantial overbreadth for other reasons, whether the statute is unconstitutionally vague, or whether the District Court correctly concluded that the statute likely will not survive strict scrutiny analysis once adjudication of the case is completed below [...] For the foregoing reasons, we vacate the judgment of the Court of Appeals and remand the case for further proceedings" (535 U.S., en pp. 585-586).

105 El fallo es curioso porque Thomas vota con la mayoría liberal y Breyer vota con los conservadores.

106 *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004). "Filters are less restrictive than COPA. They impose selective restrictions on speech at the receiving end, not universal restrictions at the source. Under a filtering regime, adults without children may gain access to speech they have a right to see without having to identify themselves or provide their credit card information. Even adults with children may obtain access to the same speech on the same terms simply by turning off the filter on their home computers. Above all, promoting the use of filters does not condemn as criminal any category of speech, and so the potential chilling effect is eliminated, or at least much diminished" (542 U.S., en p. 667). "On this record, the Government has not shown that the less restrictive alternatives proposed by respondents should be disregarded. Those alternatives, indeed, may be more effective than the provisions of COPA. The District Court did not abuse its discretion when it entered the preliminary injunction. The judgment of the Court of Appeals is affirmed, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion" (542 U.S., en p. 673).

Internet Protection Act (CIPA),¹⁰⁷ que impedía otorgar subsidios federales a las bibliotecas públicas que no contaran con un *software* que bloqueara el acceso a materiales pornográficos u obscenos como medio de evitar el acceso de los menores a estos contenidos. Se discutía, entonces, si el Congreso podía limitar el otorgamiento de subsidios a las bibliotecas públicas que no instalaran estos filtros. Esta vez, la cuestión fue resuelta a favor de la constitucionalidad de la ley en *United States v. American Library Association*,¹⁰⁸ donde, por mayoría de 6-3,¹⁰⁹ la Corte sostuvo que esta limitación no violaba la libertad de expresión y era un ejercicio válido del *spending power* del Congreso.¹¹⁰

7.1.2 Restricciones a la publicidad comercial

Dentro del amplio espectro de la libertad de expresión entran las restricciones —siempre habituales— a la publicidad comercial. Este conflicto se hizo presente en *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*,¹¹¹ suscitado a raíz de que en Massachusetts la legislación local había prohibido la publicidad de cigarrillos dentro de un radio de 300 metros de los lugares donde hubiera escuelas, parques y lugares de entretenimiento. Las empresas tabacaleras cuestionaron esta legislación desde dos puntos de vista. Sostuvieron, en primer lugar, que en virtud de la Cláusula de Supremacía, las normas locales estaban subordinadas (*pre-empted*) a la legislación federal, en este caso, la Federal Cigarette Labeling and Advertising Act (FCLAA),¹¹² que regulaba la publicidad para la venta de cigarrillos y tabaco. Alegaron también, en segundo lugar, que la prohibición violaba la Primera Enmienda al restringir la publicidad comercial. Por medio de una sentencia muy dividida, donde por 5-4 triunfó el ala conservadora acompañada en este caso por Kennedy, la Corte hizo lugar a los dos planteos de las demandantes.¹¹³ En síntesis el fallo —por medio del voto de la jueza O'Connor— dice que las regula-

107 Public law 106-554; 114 Statutes at Large 2763.

108 539 U.S. 194 (2003).

109 Votaron en disidencia Stevens, Souter y Ginsburg.

110 “Because public libraries’ use of Internet filtering software does not violate their patrons’ First Amendment rights, CIPA does not induce libraries to violate the Constitution, and is a valid exercise of Congress’ spending power. Nor does CIPA impose an unconstitutional condition on public libraries” (539 U.S., en p. 214).

111 533 U.S. 525 (2001).

112 79 Statutes at Large 282; 15 USC § 1331 *et seq.*

113 Vale la pena mencionar que la decisión en las dos instancias anteriores había sido desfavorable a las compañías tabacaleras.

ciones locales deben ceder a las normas federales y que la prohibición sobre la publicidad es violatoria de la libertad de expresión, sin que ello impida que los estados regulen también la cuestión.¹¹⁴

7.1.3 El llamado *cross burning*

Una cuestión que siempre reaparece en los Estados Unidos, particularmente en el sur, son las reuniones del Ku Klux Klan. En ellas, además de los ritos medievales y las expresiones de odio racial, tiene lugar el llamado *cross burning*, la quema de una cruz, empleada muchas veces como elemento intimidatorio. En Virginia, la legislación penal vigente castigaba como un delito la quema de la cruz, calificándola, además, como elemento necesariamente intimidatorio.¹¹⁵ La cuestión sobre la constitucionalidad de esta legislación dio lugar al caso *Virginia v. Black*,¹¹⁶ cuyos hechos son los siguientes.

En agosto de 1998, en el condado de Carroll, Virginia, miembros del Klan se reunieron en una propiedad privada con el consentimiento de su dueño y, al cabo del encuentro, luego de haber expresado ruidosamente todos sus sentimientos típicos, quemaron una cruz de unos 10 metros de altura, visible desde la ruta que pasa por dicha propiedad. El acto fue observado por el *sheriff* local, que arrestó a Barry Black, líder del encuentro. Poco antes de este hecho, en mayo de ese año, había tenido lugar otro más grave aún, ya que dos individuos, Richard Elliott y Jonathan O'Mara, también en Virginia, plantaron una cruz ardiente enfrente de la casa de su vecino, James Jubilee, un afroamericano. Elliot y O'Mara fueron detenidos y se les aplicó una multa y una pena de arresto breve. La Suprema Corte de Virginia consolidó los tres casos y declaró inconstitucional la ley que prohibía la quema de cruces. Apelada la decisión

114 “Congress enacted a comprehensive scheme to address cigarette smoking and health in advertising and pre-empted state regulation of cigarette advertising that attempts to address that same concern, even with respect to youth. The First Amendment also constrains state efforts to limit advertising of tobacco products, because so long as the sale and use of tobacco is lawful for adults, the tobacco industry has a protected interest in communicating information about its products and adult customers have an interest in receiving that information. To the extent that federal law and the First Amendment do not prohibit state action, States and localities remain free to combat the problem of underage tobacco use by appropriate means” (533 U.S., en p. 571).

115 La norma en particular establecía: “It shall be unlawful for any person or persons, with the intent of intimidating any person or group of persons, to burn, or cause to be burned, a cross on the property of another, a highway or other public place. Any person who shall violate any provision of this section shall be guilty of a Class 6 felony. Any such burning of a cross shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group of persons”

116 538 U.S. 343 (2003).

ante la Corte Suprema, una mayoría de 7-2¹¹⁷ —por medio del voto de la jueza O’Connor— sostuvo la constitucionalidad de la ley, salvo en el punto sobre la calificación de la quema de la cruz como acto necesariamente intimidatorio.¹¹⁸ Por tal motivo, se confirmó la sentencia de la Suprema Corte de Virginia en lo que a Black se refería y, en relación con Elliot y O’Mara, el caso fue devuelto a la instancia local para que se dictara un nuevo pronunciamiento.

7.2 La Primera Enmienda y las cláusulas sobre libertad religiosa

7.2.1 La Establishment Clause

Como siempre, la llamada Establishment Clause¹¹⁹ dio lugar a numerosos casos tendientes a verificar si se hizo o dijo algo que estuviera en colisión con el principio de laicidad estatal.¹²⁰ El primer caso relevante de este período fue *Good News Club v. Milford Central School*,¹²¹ donde esta Cláusula se enfrentó con la de la libertad de expresión. Milford Central School autorizaba a los residentes de su distrito a reunirse en sus instalaciones con fines educativos y sociales luego de terminado el horario de clases. Aprovechando esta oportunidad, el Good News Club, una organización cristiana privada para niños entre 6 y 12 años, solicitó permiso para llevar a cabo reuniones con fines religiosos, entre ellas, la lectura de la Biblia. Milford rechazó el pedido alegando que ello se oponía a su política fundada en la Establishment Clause. Ante esta negativa, el Goods New Club demandó a la escuela sosteniendo que la denegatoria violaba su libertad de expresión. En primera y segunda instancia, Milford resultó victorioso, pero

117 Votaron en disidencia Scalia y Thomas.

118 “We conclude that while a State, consistent with the First Amendment, may ban cross burning carried out with the intent to intimidate, the provision in the Virginia statute treating any cross burning as prima facie evidence of intent to intimidate renders the statute unconstitutional in its current form” (538 U.S., en p. 347-348).

119 Aunque sea bien conocida, vale la pena recordar que esta Cláusula prohíbe el “establecimiento” y sostén por parte del Estado de religión alguna (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*).

120 Tal vez convenga recordar que en *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971), la Corte había establecido un test en tres pasos para determinar si una ley era violatoria de la Establishment Clause. Ellos son: (a) que la ley tuviera un propósito secular y no religioso; (b) que su principal efecto no fuera promover ni inhibir la religión; y (c) que no promoviera o alentara al Gobierno a involucrarse excesivamente en materia religiosa (“First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion [...] ; finally the statute must not foster ‘an excessive government entanglement with religion’” (403 U.S., en pp. 612-613).

121 533 U.S. 98 (2001).

la Corte Suprema —por mayoría de 6-3—¹²² revocó la decisión del Segundo Circuito sosteniendo que la denegatoria había violado la libertad del Good News Club para expresarse en el ámbito de un foro público limitado y que era discriminatoria en tanto se fundaba en la naturaleza religiosa del peticionante.

Tampoco fue objetado bajo la Establishment Clause un programa de subsidios estatales a escuelas pobres, pese a que —en la práctica— la mayoría de las que se beneficiaban con este aporte estatal eran escuelas religiosas. La cuestión dio lugar al caso *Zelman v. Simmons-Harris*,¹²³ planteado con motivo de que, en Cleveland, Ohio, se instituyó un programa de asistencia económica a los escolares de bajos ingresos. Si bien esta asistencia no estaba orientada a las escuelas religiosas, la realidad indicó que la mayoría de los que resultaron beneficiarios asistían a escuelas religiosas y, por ello, el programa fue objetado. En una apretada decisión de 5-4, con toda el ala liberal en contra, la Corte —por medio del voto de Rehnquist— sostuvo que el programa no era inconstitucional, haciendo fuerte hincapié en su neutralidad de origen, que no estaba alterada por el modo en el que los fondos resultaron destinados en la práctica.¹²⁴

Otro tema muy recurrente en relación con la Establishment Clause, es la de los frontispicios, monumento o lugares públicos donde figuran las tablas de los Diez Mandamientos, consideradas como una manifestación religiosa contraria a la laicidad estatal. Esta cuestión volvió a ser analizada en dos casos bastante similares, resueltos en 2005, donde una Corte muy dividida produjo sentencias diferentes, debido a que Breyer, en uno de los casos, votó con los conservadores; y en el otro, con los liberales.

Menciono en primer lugar *Van Orden v. Perry*,¹²⁵ suscitado con motivo de que los Diez Mandamientos estaban esculpidos en un monolito de unos 3 metros

122 Votaron en disidencia Stevens, Souter y Ginsburg.

123 536 U.S. 639 (2002).

124 “We believe that the program challenged here is a program of true private choice, consistent with Mueller, Witters, and Zobrest, and thus constitutional. As was true in those cases, the Ohio program is neutral in all respects toward religion. It is part of a general and multifaceted undertaking by the State of Ohio to provide educational opportunities to the children of a failed school district. It confers educational assistance directly to a broad class of individuals defined without reference to religion, i. e., any parent of a school-age child who resides in the Cleveland City School District. The program permits the participation of all schools within the district, religious or nonreligious. Adjacent public schools also may participate and have a financial incentive to do so. Program benefits are available to participating families on neutral terms, with no reference to religion. The only preference stated anywhere in the program is a preference for low-income families, who receive greater assistance and are given priority for admission at participating schools” (536 U.S., en p. 653).

125 545 U.S. 677 (2005).

de alto, ubicado en las proximidades del edificio de la legislatura de Texas. Thomas Van Orden, un residente de Austin, la capital del estado, que alegaba pasar habitualmente por allí, pidió que fuera removido en tanto lo consideraba violatorio de la mencionada Cláusula. La petición fue denegada por el tribunal de distrito, por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito y por la Corte Suprema. El fallo de esta última se produjo con un ajustado 5-4¹²⁶ y la elaboración de la sentencia estuvo a cargo Rehnquist, en cuya opinión, si bien los Diez Mandamientos tienen un contenido religioso, tienen también un contenido histórico y son la expresión de Moisés como legislador.¹²⁷

Diferente fue la decisión en *McCreary County v. ACLU*.¹²⁸ Aquí, la ACLU cuestionaba que en algunos tribunales de Kentucky se exhibían cuadros con los Diez Mandamientos. A diferencia del anterior, en este caso el tribunal de distrito y la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito habían fallado a favor de la ACLU. La Corte, en una decisión 5-4 —donde esta vez Breyer votó con los liberales— confirmó las sentencias anteriores por medio del voto de Souter. La sentencia se remitió a lo dicho años antes en *Stone v. Graham*,¹²⁹ donde se había establecido que colocar cuadros con los Diez Mandamientos en las escuelas públicas tenía un propósito eminentemente religioso, contrario a la Establishment Clause.¹³⁰

126 La mayoría conservadora contó con el voto de Breyer y con la minoría liberal votó O'Connor.

127 “Of course, the Ten Commandments are religious—they were so viewed at their inception and so remain. The monument, therefore, has religious significance. According to Judeo-Christian belief, the Ten Commandments were given to Moses by God on Mt. Sinai. But Moses was a lawgiver as well as a religious leader. And the Ten Commandments have an undeniable historical meaning, as the foregoing examples demonstrate. Simply having religious content or promoting a message consistent with a religious doctrine does not run afoul of the Establishment Clause” (545 U.S., en p. 690).

128 545 U.S. 844 (2005).

129 449 U.S. 39 (1980).

130 “The pre-eminent purpose for posting the Ten Commandments on schoolroom walls is plainly religious in nature. The Ten Commandments are undeniably a sacred text in the Jewish and Christian faiths, and no legislative recitation of a supposed secular purpose can blind us to that fact. The Commandments do not confine themselves to arguably secular matters, such as honoring one’s parents, killing or murder, adultery, stealing, false witness, and covetousness” (449 U.S., en pp. 41-42).

7.2.2 Free Exercise Clause

Sobre la libertad de culto, merecen ser mencionados dos casos. El primero de ellos es *Watchtower Bible & Tract Society v. Village of Stratton*,¹³¹ suscitado a raíz de que en el municipio (*village*) de Stratton, Ohio, se dictó una ordenanza que exigía la obtención previa de un permiso del intendente a todos los que quisieran predicar o hacer proselitismo (*canvassing*) “puerta a puerta”, por cualquier causa, ya fuera política, religiosa o de otro tipo. Se argumentaba que ello protegía la seguridad y privacidad de los habitantes de la ciudad. Esta ordenanza fue cuestionada por la congregación de los Testigos de Jehová alegando que violaba el libre ejercicio de su culto, que se basa en predicar casa por casa. El tribunal de distrito rechazó sustancialmente la demanda¹³² y este fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito. La Corte Suprema, en cambio, en un fallo casi unánime¹³³ conducido por el voto de Stevens, sostuvo que la ordenanza, dada su amplitud, era no solo contraria a la Primera Enmienda, sino a la esencia misma de una sociedad libre.¹³⁴

También fue cuestionada como contraria a la *Free Exercise Clause* una norma del estado de Washington que otorgaba becas destinadas a alumnos con altas calificaciones, que solamente podían ser empleadas para estudios seculares, prohibiendo aplicarlas para estudios religiosos.¹³⁵ La constitucionalidad de esta limitación fue planteada en *Locke v. Davey*,¹³⁶ un caso planteado por Joshua Davey, quien pretendía usar la beca para estudiar administración de empresas y también para obtener un título en *pastoral ministries*. Ante la negativa para emplear los fondos para este segundo propósito, Davey sostuvo que la ley contrariaba la *Free Exercise Clause*. En primera instancia, la demanda fue rechazada, pero la Corte del Noveno Circuito revocó esta decisión sosteniendo que el estado de Washington no había demostrado un *compelling interest* en tratar

131 536 U.S. 150 (2002).

132 Prácticamente toda la ordenanza fue declarada constitucional, salvo en algunas partes en las que se le exigió al municipio que las interpretara en forma restrictiva.

133 Solamente el *Chief Justice* Rehnquist votó por la validez de la ordenanza.

134 “The mere fact that the ordinance covers so much speech raises constitutional concerns. It is offensive—not only to the values protected by the First Amendment, but to the very notion of a free society—that in the context of everyday public discourse a citizen must first inform the government of her desire to speak to her neighbors and then obtain a permit to do so. Even if the issuance of permits by the mayor’s office is a ministerial task that is performed promptly and at no cost to the applicant, a law requiring a permit to engage in such speech constitutes a dramatic departure from our national heritage and constitutional tradition” (536 U.S., en pp. 165-166).

135 Concretamente, el *Promise Scholarship Program* no podía ser empleado en estudios de “*devotional theology*”.

136 540 U.S. 712 (2004).

desfavorablemente los estudios religiosos. A su turno, la Corte Suprema revocó esta decisión afirmando la constitucionalidad del programa de becas. Por medio de una mayoría de 7-2,¹³⁷ conducida por el voto de Rehnquist, el Tribunal entendió que el programa de becas no tenía animosidad alguna en contra de la religión y era compatible con el principio de laicidad del estado.¹³⁸

7.3 La Cuarta Enmienda

Conforme la Cuarta Enmienda, todo registro de personas, documentos privados o allanamiento de domicilios debe hacerse por medio de una orden judicial (*warrant*), en la cual se establezca la “causa probable” y se detallen, además, el lugar, los elementos y las personas que serán objeto de la medida.¹³⁹ Veamos los casos en los cuales se han aplicado estos requisitos.

7.3.1 Requisitos de la orden judicial (*warrant*) y su empleo

Cronológicamente, el primero de estos casos es *Illinois v. McArthur*,¹⁴⁰ donde se discutía si la policía, al haberle impedido —por un breve lapso de tiempo— a un individuo que entrara a su domicilio para evitar la supresión de prueba, mientras se obtenía la orden judicial de allanamiento, había violado sus derechos.¹⁴¹ En los tribunales de Illinois, la moción para suprimir la prueba obtenida tuvo

137 En disidencia votaron Scalia y Thomas.

138 “[...] we find neither in the history or text of Article I, § 11, of the Washington Constitution, nor in the operation of the Promise Scholarship Program, anything that suggests animus toward religion. Given the historic and substantial state interest at issue, we therefore cannot conclude that the denial of funding for vocational religious instruction alone is inherently constitutionally suspect” (540 U.S., en p. 725).

139 “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

140 531 U.S. 326 (2001).

141 Los hechos del caso son los siguientes: Tera McArthur y su marido, Charles McArthur, estaban separándose. Para evitar incidentes al dejar el tráiler donde vivían, la esposa pidió que fuera la policía y aprovechó en ese momento para decirles a los oficiales que su esposo tenía marihuana escondida debajo del sillón. Los policías le pidieron a Charles McArthur que les permitiera registrar el tráiler y, ante la negativa, uno de ellos fue en procura de una orden de allanamiento y el otro quedó custodiando el tráiler durante dos horas para evitar que McArthur se deshiciera de la marihuana. Obtenido el *warrant*, se descubrió la existencia no solo de marihuana, sino de otras drogas. McArthur fue detenido y en el proceso penal alegó que haberle impedido reingresar a su domicilio sin orden judicial violaba los derechos de la Cuarta Enmienda.

éxito, pero la Corte Suprema, con disidencia de Stevens,¹⁴² entendió que ello no había violado los derechos del individuo en cuestión.¹⁴³

Más complejo fue el planteo en *Groh v. Ramírez*,¹⁴⁴ de allí que el fallo de la Corte se haya producido con una escasa mayoría de 5-4, donde O'Connor votó con los liberales; y Kennedy, con los conservadores. Jeff Groh, un oficial del Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms (ATF), enterado de que en el rancho de propiedad de Joseph Ramírez, en Montana, había armas automáticas, granadas y hasta un lanza-cohetes, le solicitó un *warrant* al magistrado local describiendo con precisión el material que debía ser incautado. Al emitir la orden de allanamiento, el juez omitió hacer esta descripción. No obstante, el procedimiento se llevó a cabo sin que fueran halladas las armas en cuestión. Posteriormente, Ramírez demandó a Groh por haber violado los derechos protegidos por la Cuarta Enmienda. Debía resolverse, entonces, si la orden de allanamiento emitida en tales condiciones era válida y si Groh era responsable por haberla usado. La Corte, por medio del voto de Stevens, entendió que: (a) la orden de allanamiento no era válida, pues si bien el pedido detallaba los elementos que debían ser secuestrados, el *warrant* había omitido esta descripción;¹⁴⁵ y (b) que Groh era responsable por haberla empleado en tales condiciones.

Se ha cuestionado también cuánto tiempo debe esperar la policía, munida debidamente de un *warrant*, para allanar un domicilio luego de intimar a su propietario u ocupante a que permita el ingreso. El problema fue planteado en *United States v. Banks*,¹⁴⁶ donde desde la orden de abrir paso hasta que la policía

142 Según Stevens, la Corte no debería haber otorgado el *certiorari* planteado por el estado.

143 El voto de Breyer que conduce la opinión de la Corte dice que el impedimento temporario de re-ingresar al domicilio tenía causa probable y estaba destinado a evitar la supresión de prueba (“We have found no case in which this Court has held unlawful a temporary seizure that was supported by probable cause and was designed to prevent the loss of evidence while the police diligently obtained a warrant in a reasonable period of time”) (531 U.S., en p. 334).

144 540 U.S. 551 (2004).

145 “The warrant was plainly invalid. The Fourth Amendment states unambiguously that “no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” (Emphasis added.) The warrant in this case complied with the first three of these requirements: It was based on probable cause and supported by a sworn affidavit, and it described particularly the place of the search. On the fourth requirement, however, the warrant failed altogether. Indeed, petitioner concedes that “the warrant [...] was deficient in particularity because it provided no description of the type of evidence sought” (Brief for Petitioner 10). The fact that the application adequately described the “things to be seized” does not save the warrant from its facial invalidity. The Fourth Amendment by its terms requires particularity in the warrant, not in the supporting documents” (540 U.S., en p. 557).

146 540 U.S. 31 (2003).

ingresó por la fuerza en el domicilio de Lashawn Banks, un narcotraficante, habían transcurrido entre 15 y 20 segundos sin respuesta alguna. Por medio del voto de Souter, una Corte unánime sostuvo que si bien 15 o 20 segundos es un lapso corto, el *warrant* había sido bien ejecutado, pues se había evitado que Banks destruyera u ocultara la prueba.¹⁴⁷

También fue unánime la Corte al resolver *Muehler v. Mena*.¹⁴⁸ Se discutía en este caso si la policía había violado los derechos de Iris Mena al esposarla y preguntarle sobre su estatus migratorio mientras ejecutaba un *warrant* por presunta posesión ilegítima de armas y pertenencia de Mena a una banda delictiva. El Tribunal sostuvo que haber esposado a Mena y preguntarle por su estado migratorio no había violado sus derechos. Sostuvo que, en casos como este, de alta peligrosidad de los detenidos, esposarlos es una medida de seguridad razonable para la protección de los policías y los detenidos.¹⁴⁹

7.3.2 Los arrestos ilegales

Un típico caso de arresto y obtención ilegal de una confesión en un caso de homicidio tuvo lugar en *Kaupp v. Texas*.¹⁵⁰ Luego de la desaparición de una niña de 14 años, cuyo cadáver fue hallado luego, su medio hermano —con quien la menor tenía relaciones sexuales— implicó a Kaupp, por entonces de 17 años, como coautor del homicidio. La policía de Texas obtuvo la confesión del medio hermano como coautor y arrestó a Kaupp en su casa en horas de la madrugada y lo llevó descalzo, en ropa interior y esposado hasta la estación de policía, donde le fueron leídos sus derechos bajo lo establecido en *Miranda v. Arizona*.¹⁵¹ Bajo fuerte presión, Kaupp admitió vagamente haber tomado parte en el hecho, pero nunca confesó haber matado a la menor. Su defensa alegó que el arresto había sido ilegal y pidió que la confesión fuera suprimida, pero Kaupp resultó condenado en los tribunales locales. La Corte Suprema, en un fallo *per curiam*, revocó

147 “Though we agree... that this call is a close one, we think that after 15 to 20 seconds without a response, police could fairly suspect that cocaine would be gone if they were reticent any longer” (540 U.S., en p. 38).

148 544 U.S. 93 (2005).

149 “[...] this was no ordinary search. The governmental interests in not only detaining, but using handcuffs, are at their maximum when, as here, a warrant authorizes a search for weapons and a wanted gang member resides on the premises. In such inherently dangerous situations, the use of handcuffs minimizes the risk of harm to both officers and occupants” (544 U.S., en p. 100).

150 538 U.S. 626 (2003).

151 384 U.S. 436 (1966).

la condena y ordenó emitir un nuevo pronunciamiento. La sentencia relata detalladamente los hechos del caso y pone de manifiesto lo intimidante que fue para Kaupp su detención y la forma en que fue conducido el interrogatorio policial.¹⁵²

Más controvertido es lo decidido en *Atwater v. City of Lago Vista*,¹⁵³ donde la cuestión constitucional a resolver era si una mera infracción de tránsito (la falta de uso del cinturón de seguridad) permitía el arresto del infractor cuando la legislación aplicable no prevé esta consecuencia. Bajo la legislación de Texas, el no uso del cinturón de seguridad, ya sea por parte del conductor o por los menores que viajan en el asiento delantero, es una falta solo punible por multa. Gail Atwater fue detenida por Bart Turek, un policía de Lago Vista, quien comprobó que los menores que viajan con ella en el asiento delantero no tenían puesto el cinturón de seguridad. Atwater no solo fue multada, sino que Turek la esposó y la arrestó. Como resultado de ello, Atwater demandó a la ciudad de Lago Vista por haber sido detenida ilegalmente en violación a la Cuarta Enmienda. Su petición fue denegada en todas las instancias. En una decisión 5-4, donde nuevamente aparecen liberales y conservadores en ambos lados de la sentencia, la Corte Suprema confirmó lo decidido por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito. La mayoría, integrada por Rehnquist, Scalia, Kennedy, Souter y Thomas, sostuvo —muy linealmente— que el arresto de Atwater no violaba el requisito de la *probable cause* de la Cuarta Enmienda.¹⁵⁴ Más correcta

152 “[...] removal from one’s house in handcuffs on a January night with nothing on but underwear for a trip to a crime scene on the way to an interview room at law enforcement headquarters [...] can be transformed into a seizure or detention within the meaning of the Fourth Amendment. *INS v. Delgado*, 466 U.S. 210, 215 (1984); [cita omitida] (“[A]t some point in the investigative process, police procedures can qualitatively and quantitatively be so intrusive with respect to a suspect’s freedom of movement and privacy interests as to trigger the full protection of the Fourth and Fourteenth Amendments”). It cannot seriously be suggested that when the detectives began to question Kaupp, a reasonable person in his situation would have thought he was sitting in the interview room as a matter of choice, free to change his mind and go home to bed. Nor is it significant, as the state court thought, that the sheriff’s department “routinely” transported individuals, including Kaupp on one prior occasion, while handcuffed for safety of the officers, or that Kaupp “did not resist the use of handcuffs or act in a manner consistent with anything other than full cooperation” [...] The test is an objective one, see, e. g., *Chesternut*, 486 U.S., at 574, and stressing the officers’ motivation of self protection does not speak to how their actions would reasonably be understood. As for the lack of resistance, failure to struggle with a cohort of deputy sheriffs is not a waiver of Fourth Amendment protection, which does not require the perversity of resisting arrest or assaulting a police officer. Since Kaupp was arrested before he was questioned, and because the State does not even claim that the sheriff’s department had probable cause to detain him at that point, well-established precedent requires suppression of the confession unless that confession was “an act of free will [sufficient] to purge the primary taint of the unlawful invasion” (538 U.S., en p. 632).

153 532 U.S. 318 (2001)

154 “If an officer has probable cause to believe that an individual has committed even a very minor crim-

—a mi juicio—, la disidencia¹⁵⁵ entendió que el arresto carecía de *probable cause* y era violatorio de la Cuarta Enmienda.¹⁵⁶

7.3.3 Los registros y exámenes forzosos sin orden judicial

Son numerosos los casos en los cuales se ha planteado la constitucionalidad de los registros y de los exámenes físicos forzosos llevados a cabo sin orden judicial.

El primero que vale la pena mencionar es *United States v. Knights*,¹⁵⁷ cuyos antecedentes son los siguientes. En un caso vinculado con narcóticos, Mark James Knights fue condenado por un tribunal de California y sometido a *probation*. Como condición para obtener la *probation*, Knights aceptó que su persona, domicilio, vehículo y demás efectos personales podían ser objeto de registro sin necesidad de orden judicial. En uno de esos registros, la policía encontró en su departamento pruebas de que habría sido el autor intencional de un incendio producido en una planta transformadora de electricidad (Pacific Gas and Electric). Como resultado de ello, Knights fue imputado por un gran jurado federal por el delito de incendio (*arson*). El tribunal de distrito sostuvo que la prueba obtenida no era válida, pues el registro solo tenía como finalidad la *probation*, pero no la investigación de otros delitos. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. La Corte Suprema, sin embargo, en un fallo unánime conducido por el voto de Rehnquist, revocó la sentencia sosteniendo que la obtención de la prueba era razonable y no violaba la Cuarta Enmienda, en tanto quien está sometido a *probation* no goza de las mismas garantías de privacidad que las de un ciudadano regular.¹⁵⁸

inal offense in his presence, he may, without violating the Fourth Amendment, arrest the offender” (532 U.S., en p. 354).

155 El voto disidente corresponde a O’Connor, seguida por Stevens, Ginsburg y Breyer.

156 “A full custodial arrest, such as the one to which Ms. Atwater was subjected, is the quintessential seizure. See *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 585 (1980). When a full custodial arrest is effected without a warrant, the plain language of the Fourth Amendment requires that the arrest be reasonable” (532 U.S., en p. 360). “Because a full custodial arrest is such a severe intrusion on an individual’s liberty, its reasonableness hinges on “the degree to which it is needed for the promotion of legitimate governmental interests”” (532 U.S., en p. 365). “The [Circuit] Court neglects the Fourth Amendment’s express command in the name of administrative ease. In so doing, it cloaks the pointless indignity that Gail Atwater suffered with the mantle of reasonableness” (532 U.S., en p. 373).

157 534 U.S. 112 (2001).

158 “The touchstone of the Fourth Amendment is reasonableness, and the reasonableness of a search is determined “by assessing, on the one hand, the degree to which it intrudes upon an individual’s privacy and, on the other, the degree to which it is needed for the promotion of legitimate governmen-

Un caso interesante que muestra una Corte dividida 5-4, donde en cada lado se alinean liberales y conservadores, es *Kyllo v. United States*.¹⁵⁹ La cuestión central a resolver aquí era si la vigilancia remota de un domicilio, por medio de un aparato que medía la intensidad térmica del consumo de electricidad para verificar si se estaba cultivando marihuana, es violatoria de la Cuarta Enmienda.¹⁶⁰ La mayoría del Tribunal, integrada por Scalia (autor de la sentencia), Souter, Thomas, Ginsburg y Breyer, entendió que el empleo de tal sistema, que está fuera del uso común, había violado la privacidad de Kyllo.¹⁶¹ En disidencia, Stevens, Rehnquist, O'Connor y Kennedy entendieron, en coincidencia con la Corte del Noveno Circuito,¹⁶² que el registro térmico no permitía observar ninguna imagen íntima o privada, sino tan solo las ondas de calor que emanaban del departamento de Kyllo.¹⁶³ No puedo menos que coincidir con la minoría.

También fue puesta a prueba la extensión de la protección otorgada por la Cuarta Enmienda en *Ferguson v. City of Charleston*.¹⁶⁴ Se discutía aquí si un hos-

tal interests.” *Wyoming v. Houghton*, 526 U.S. 295, 300 (1999). Knights’ status as a probationer subject to a search condition informs both sides of that balance. “Probation, like incarceration, is ‘a form of criminal sanction imposed by a court upon an offender after verdict, finding, or plea of guilty.’” Griffin, *supra*, at 874 (quoting G. Killinger, H. Kerper, & P. Cromwell, *Probation and Parole in the Criminal Justice System* 14 (1976)). Probation is “one point... on a continuum of possible punishments ranging from solitary confinement in a maximum-security facility to a few hours of mandatory community service.” 483 U.S., at 874. Inherent in the very nature of probation is that probationers “do not enjoy ‘the absolute liberty to which every citizen is entitled.’” Ibid. (quoting *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 480 (1972)). Just as other punishments for criminal convictions curtail an offender’s freedoms, a court granting probation may impose reasonable conditions that deprive the offender of some freedoms enjoyed by law-abiding citizens” (534 U.S., en pp. 118-119).

159 533 U.S. 27 (2001).

160 Sospechando que Danny Kyllo cultivaba marihuana en su departamento, funcionarios del Departamento del Interior emplearon un detector térmico para medir la intensidad del calor producido por el consumo de electricidad y comprobaron que, en algunos sectores del inmueble, las emanaciones de calor eran inusuales. Con esta evidencia, obtuvieron una orden a allanamiento y comprobaron que Kyllo tenía efectivamente un cultivo de marihuana en su domicilio. Si bien Kyllo alegó que el empleo de este sistema había violado su privacidad, fue condenado en las instancias federales inferiores (intervino la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito) sobre la base de que solo se medían las emanaciones de calor, sin observación de detalle alguno de la vida privada. La Corte Suprema revocó la condena.

161 “Where, as here, the Government uses a device that is not in general public use, to explore details of the home that would previously have been unknowable without physical intrusion, the surveillance is a “search” and is presumptively unreasonable without a warrant” (533 U.S., en p. 40).

162 190 F. 3d 1041 (1999).

163 “Those observations were made with a fairly primitive thermal imager that gathered data exposed on the outside of petitioner’s home but did not invade any constitutionally protected interest in privacy” (533 U.S., en p. 41).

164 532 U.S. 67 (2001).

pital público podía obligar a sus pacientes a someterse, involuntariamente, a un examen de orina para comprobar si consumían cocaína. En 1988 el personal del Hospital de Charleston, operado por la Medical University of South Carolina, comprobó un incremento en el uso de cocaína en mujeres que habían recibido tratamientos prenatales, lo que implicaba que algunos niños daban, al nacer, un test positivo. A raíz de ello, las autoridades del hospital ofrecieron colaborar con las de la ciudad en la persecución penal de aquellas madres cuyos hijos dieran un test positivo, obligándolas a someterse a un examen de orina. Aquellas que dieron positivo fueron procesadas y, en el juicio, el jurado fue instruido especialmente para fallar a favor de las madres que no hubieran dado su consentimiento. El jurado, sin embargo, falló en contra de todas, tanto las que habían consentido como las que no, y la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito confirmó esta decisión.¹⁶⁵ En la Corte Suprema este fallo fue revocado por una mayoría de 6-3,¹⁶⁶ resolviéndose que no podía condenarse penalmente a quienes no habían consentido someterse al examen de orina. Para ello, la Corte tuvo que hacer una distinción entre este caso y otros anteriores,¹⁶⁷ en los cuales se había admitido el examen de orina sin consentimiento, pero en circunstancias muy diferentes, ya que el resultado de esos test no estaba destinado a ser compartido con terceros, lo que aseguraba la privacidad de quien se sometía al test.¹⁶⁸ Consecuentemente, en opinión de la Corte, el sometimiento al examen de orina, sin el debido consentimiento, aun cuando estuviera inspirado en buenos fines, fue violatorio de la Cuarta Enmienda.¹⁶⁹ En cambio, siguiendo los precedentes mencionados

165 186 F. 3d 469 (1999). El argumento principal del Cuarto Circuito estuvo basado en las necesidades especiales (*special needs*) del caso, sin analizar la cuestión del consentimiento.

166 En la mayoría votaron Stevens, O'Connor, Kennedy, Ginsburg y Breyer.

167 *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602 (1989); *Treasury Employees v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989), *Vernonia School District 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).

168 "As an initial matter, we note that the invasion of privacy in this case is far more substantial than in those cases. In the previous four cases, there was no misunderstanding about the purpose of the test or the potential use of the test results, and there were protections against the dissemination of the results to third parties. The use of an adverse test result to disqualify one from eligibility for a particular benefit, such as a promotion or an opportunity to participate in an extracurricular activity, involves a less serious intrusion on privacy than the unauthorized dissemination of such results to third parties. The reasonable expectation of privacy enjoyed by the typical patient undergoing diagnostic tests in a hospital is that the results of those tests will not be shared with nonmedical personnel without her consent" (532 U.S. 67, en p. 78).

169 "The fact that positive test results were turned over to the police does not merely provide a basis for distinguishing our prior cases applying the "special needs" balancing approach to the determination of drug use. It also provides an affirmative reason for enforcing the strictures of the Fourth Amendment. While state hospital employees, like other citizens, may have a duty to provide the police with evidence of criminal conduct that they inadvertently acquire in the course of routine treatment,

en la nota 164,¹⁷⁰ la Corte por mayoría de 5-4¹⁷¹ en *Board of Education v. Earls*¹⁷² entendió que el Student Activities Drug Testing Policy, impuesto por el distrito escolar de Tecumseh, Oklahoma,¹⁷³ no violaba la Cuarta enmienda.¹⁷⁴

Menos complejo fue lo resuelto en *United States v. Drayton*,¹⁷⁵ donde la Corte decidió que, cuando los oficiales de policía registran a los pasajeros de un autobús en busca de droga, no están obligados a informarles sobre sus derechos a no cooperar. Es suficiente que los pasajeros hayan prestado consentimiento para el registro. Christopher Drayton y Clifton Brown viajaban en un autobús por Florida cuando la policía detuvo el vehículo y comenzó a registrar el equipaje y a los pasajeros en forma personal. Ambos consintieron ser revisados, tanto en su equipaje como en forma personal, y se comprobó que llevaban consigo paquetes de cocaína escondidos en la ropa. En el juicio alegaron que el consentimiento había sido coercitivo. En primera instancia, fueron condenados, pero la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito revocó esta decisión sosteniendo que el consentimiento prestado en esas circunstancias es inválido.¹⁷⁶ A su turno, la Corte Suprema revocó la sentencia de cámara por mayoría de 6-3.¹⁷⁷ Si bien la Corte admitió que los oficiales de policía no habían informado a los imputados de su derecho a no cooperar con el procedimiento, sostuvo, sin embargo, que ello no era relevante y que el consentimiento prestado por éstos había sido válido.¹⁷⁸

when they undertake to obtain such evidence from their patients for the specific purpose of incriminating those patients, they have a special obligation to make sure that the patients are fully informed about their constitutional rights, as standards of knowing waiver require. Cf. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). As respondents have repeatedly insisted, their motive was benign rather than punitive. Such a motive, however, cannot justify a departure from Fourth Amendment protections, given the pervasive involvement of law enforcement with the development and application of the [Medical University of South Carolina] policy” (532 U.S. 67, en pp. 84-85).

170 En particular, *Vernonia School Dist. 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).

171 Votaron en la mayoría Rehnquist, Scalia, Kennedy, Thomas y Breyer.

172 536 U.S. 822 (2002).

173 El test era aplicable para los estudiantes que participaban en actividades extracurriculares.

174 Según dice el voto de Thomas que forma la mayoría: “Within the limits of the Fourth Amendment, local school boards must assess the desirability of drug testing schoolchildren. In upholding the constitutionality of the Policy, we express no opinion as to its wisdom. Rather, we hold only that Tecumseh’s Policy is a reasonable means of furthering the School District’s important interest in preventing and deterring drug use among its schoolchildren” (536 U.S., en p. 838).

175 536 U.S. 194 (2002).

176 231 F. 3d 787 (2000).

177 En la mayoría votaron Rehnquist, O’Connor, Scalia, Kennedy, Thomas y Breyer.

178 “The Court has rejected in specific terms the suggestion that police officers must always inform citizens of their right to refuse when seeking permission to conduct a warrantless consent search.

Tampoco ofreció mayores dificultades *Kirk v. Louisiana*,¹⁷⁹ resuelto *per curiam*. La policía de Louisiana había ingresado sin orden de allanamiento ni de arresto en el domicilio de Kirk y encontró droga. Kirk fue arrestado y condenado en los tribunales locales. La Corte revocó esta condena fundándose en lo establecido en *Payton v. New York*,¹⁸⁰ donde sostuvo que, en ausencia de circunstancias apremiantes, un allanamiento y el posterior arresto violan la Cuarta Enmienda.¹⁸¹

Un poco más sutil fue la distinción establecida en *Illinois v. Lidster*,¹⁸² en la que se discutió si Robert Lidster, que había sido detenido en un puesto de control policial (*check point*) establecido en una autopista para recabar información sobre un *hit and run accident*,¹⁸³ podía ser arrestado y condenado por manejar en estado de ebriedad. En los tribunales locales, Lidster alegó que el *check point* en el cual se verificó su estado de ebriedad era violatorio de la Cuarta Enmienda y fue absuelto con fundamento en lo resuelto por la Corte Suprema en *Indianapolis v. Edmond*,¹⁸⁴ donde fue establecido que en un *check point*, cuyo único objeto era detener a los conductores sospechosos de haber incurrido en un delito, solo puede detenerse a éstos. La Corte, por mayoría de 6-3,¹⁸⁵ revocó la decisión de la justicia local diferenciando el *check point* del caso *Edmond* del impuesto en este caso. El voto de Breyer, al que sigue la mayoría conservadora, sostuvo que en *Edmond* el control policial tenía como objeto específico el control del tráfico de drogas y, por ende, solo podían ser detenidos aquellos que resultaran sospechosos, mientras que en este caso su propósito era tan solo recabar información, de cualquiera de los conductores, sobre el *hit and run*, de modo que el *check point* no violaba la Cuarta Enmienda.¹⁸⁶

See, e. g., *Ohio v. Robinette*, 519 U.S. 33, 39-40 (1996); *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 227 (1973). “While knowledge of the right to refuse consent is one factor to be taken into account, the government need not establish such knowledge as the sine qua non of an effective consent” *Ibid*. Nor do this Court’s decisions suggest that even though there are no per se rules, a presumption of invalidity attaches if a citizen consented without explicit notification that he or she was free to refuse to cooperate. Instead, the Court has repeated that the totality of the circumstances must control, without giving extra weight to the absence of this type of warning” (536 U.S., en pp. 206-207).

179 536 U.S. 635 (2002).

180 445 U.S. 573 (1980).

181 “[a]bsent exigent circumstances, the firm line at the entrance to the house (...) may not reasonably be crossed without a warrant” (536 U.S. 635, en p. 636).

182 540 U.S. 419 (2004).

183 Un accidente seguido de muerte, en el cual el conductor había huido.

184 531 U.S. 32 (2000).

185 Votaron en la mayoría Rehnquist, O’Connor, Scalia, Kennedy, Thomas y Breyer.

186 “The checkpoint stop here differs significantly from that in *Edmond*. The stop’s primary law en-

Nada sutil, en cambio, fue lo resuelto en *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*,¹⁸⁷ pese a que la Corte quedó dividida 5-4 con los conservadores y liberales muy alineados en cada lado.¹⁸⁸ Lo que debía resolverse aquí es si cuando la policía le pregunta al sospechoso de un delito su nombre, viola la Cuarta Enmienda. Larry Hiibel fue arrestado y condenado en Nevada por haberse negado a dar su nombre a un oficial de policía cuando éste lo encontró cerca del lugar en el cual se había cometido un crimen. Bajo la legislación de Nevada, es obligatorio identificarse ante la policía en tales circunstancias. Hiibel se negó a hacerlo invocando que ello violaba la Cuarta Enmienda y su derecho a la no incriminación contenido en la Quinta Enmienda. La Corte Suprema, con voto de la mayoría conservadora, confirmó la condena sosteniendo que preguntarle el nombre a una persona no es más que una actividad rutinaria de la policía que en modo alguno puede ser inconstitucional.¹⁸⁹ Por el contrario, el voto de la minoría, elaborado por Stevens, enfoca la cuestión en la Quinta Enmienda y sostiene que la mera información del nombre puede llegar a ser autoincriminatoria y, por ende, violatoria de la Quinta Enmienda.¹⁹⁰

7.3.4 Los registros de vehículos

También ha dado lugar a una abundante jurisprudencia llena de sutilezas el registro de los automóviles y sus ocupantes. En esta serie debe ser menciona-

forcement purpose was not to determine whether a vehicle's occupants were committing a crime, but to ask vehicle occupants, as members of the public, for their help in providing information about a crime in all likelihood committed by others. The police expected the information elicited to help them apprehend, not the vehicle's occupants, but other individuals [...] information-seeking highway stops are less likely to provoke anxiety or to prove intrusive. The stops are likely brief. The police are not likely to ask questions designed to elicit self-incriminating information. And citizens will often react positively when police simply ask for their help as "responsible citizen[s]" to "give whatever information they may have to aid in law enforcement" (540 U.S., en pp. 423 y 425).

187 542 U.S. 177 (2004).

188 En la mayoría votaron Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas.

189 "Petitioner argues that the Nevada statute circumvents the probable-cause requirement, in effect allowing an officer to arrest a person for being suspicious [...] [t]he officer's request was a common-sense inquiry, not an effort to obtain an arrest for failure to identify after a Terry stop yielded insufficient evidence. The stop, the request, and the State's requirement of a response did not contravene the guarantees of the Fourth Amendment" (542 U.S., en pp. 188-189).

190 "A name can provide the key to a broad array of information about the person, particularly in the hands of a police officer with access to a range of law enforcement databases. And that information, in turn, can be tremendously useful in a criminal prosecution. It is therefore quite wrong to suggest that a person's identity provides a link in the chain to incriminating evidence "only" in unusual circumstances" (542 U.S., en p. 196).

do el caso *Thornton v. United States*,¹⁹¹ pero, para entenderlo mejor, es preciso recordar lo que se había decidido previamente en *Chimel v. California*¹⁹² y en *New York v. Belton*.¹⁹³ En el primer caso, la policía había entrado al domicilio de Chimel con una orden de arresto. Sin que esta orden les permitiera llevar a cabo un registro completo de la casa y con la oposición de Chimel, los policías secuestraron varios objetos que fueron empleados en el juicio por robo. La Corte, por mayoría de 6-2,¹⁹⁴ sostuvo que el secuestro había sido ilegal, pues dichos objetos no estaban bajo el control inmediato (*within the immediate control*) de Chimel. Esta doctrina fue luego aplicada en el segundo caso, donde la policía de New York detuvo el automóvil de Belton por exceso de velocidad y descubrió en su interior la existencia de marihuana. Fue revisado luego el saco de Belton, que se encontraba dentro del vehículo, y se encontró cocaína dentro de un bolsillo. En el juicio, la defensa sostuvo que el secuestro de la cocaína había sido ilegal, pero la Corte,¹⁹⁵ aplicando la doctrina establecida en *Chimel*, sostuvo que el procedimiento no violaba la Cuarta Enmienda en tanto el saco estaba dentro del vehículo y, por ende, al momento de ser secuestrada la cocaína, se hallaba bajo el inmediato control de Belton. Con estos antecedentes, fue decidido el caso *Thornton*, mencionado al comienzo. Los hechos en este caso difieren sutilmente de los de *Belton*, pero la Corte aplicó la misma doctrina. Marcus Thornton fue detenido por la policía luego de que había salido de su automóvil.¹⁹⁶ Al ser registrado personalmente, se encontró droga en sus bolsillos. Luego fue registrado su vehículo y fue hallada allí un arma. En el juicio, la defensa de Thornton sostuvo que el secuestro del arma era ilegal pues, por entonces, Thornton ya estaba fuera del automóvil. La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito confirmó la condena de Thornton,¹⁹⁷ de modo que la Corte Suprema debía decidir si el principio establecido en *Belton* era aplicable, pese a que el secuestro del arma se había producido cuando Thornton ya no estaba

191 541 U.S. 615 (2004).

192 395 U.S. 752 (1969).

193 453 U.S. 454 (1981).

194 Votaron en la mayoría Warren, Douglas, Brennan, Stewart y T. Marshall.

195 Votaron en la mayoría Burger, Stewart, Blackmun, Powell, Rehnquist y Stevens. En disidencia votaron Brennan, White y T. Marshall.

196 La detención se había producido porque la patente del vehículo no coincidía con la que estaba registrada oficialmente.

197 325 F. 3d 189 (2003).

dentro del automóvil. La respuesta fue afirmativa. Por mayoría de 7-2,¹⁹⁸ se decidió que la doctrina de *Belton* era aplicable al caso y que el secuestro del arma no violaba la Cuarta Enmienda.¹⁹⁹

*Arkansas v. Sullivan*²⁰⁰ es un caso similar a *Belton* en el cual un vehículo detenido por una infracción de tránsito derivó en una condena por tenencia de droga. Joe Taylor, un oficial de policía de Arkansas, detuvo el auto de Kenneth Andrew Sullivan por exceso de velocidad. Al chequear la licencia de conducir de Sullivan, Taylor advirtió que aquel estaba siendo investigado por narcotráfico y, al registrar el vehículo, fue hallada en él una abundante cantidad de estupefacientes. En su defensa, Sullivan alegó que la prueba había sido obtenida ilegalmente, pues se había utilizado la violación de una norma de tránsito como pretexto para conseguirla. Los tribunales de Arkansas admitieron la defensa de Sullivan sosteniendo que la incautación de los narcóticos carecía de *probable-cause* en tanto estaba motivada por un hecho subjetivo. Esta decisión fue luego revocada por la Corte Suprema en un fallo unánime,²⁰¹ donde se sostuvo que las motivaciones subjetivas de la policía para registrar un vehículo no son contrarias a la Cuarta Enmienda.²⁰²

198 Votaron en la mayoría Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas, Ginsburg y Breyer.

199 "In *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981), we held that when a police officer has made a lawful custodial arrest of an occupant of an automobile, the Fourth Amendment allows the officer to search the passenger compartment of that vehicle as a contemporaneous incident of arrest. We have granted certiorari twice before to determine whether *Belton's* rule is limited to situations where the officer makes contact with the occupant while the occupant is inside the vehicle, or whether it applies as well when the officer first makes contact with the arrestee after the latter has stepped out of his vehicle. We did not reach the merits in either of those two cases [...] [w]e now reach that question and conclude that *Belton* governs even when an officer does not make contact until the person arrested has left the vehicle" (541 U.S., en p. 617).

200 532 U.S. 769 (2001).

201 La sentencia fue dictada *per curiam*, pero tiene un voto concurrente de Ginsburg, al cual adhirieron Stevens, O'Connor y Breyer.

202 "Because the Arkansas Supreme Court's decision on rehearing is flatly contrary to this Court's controlling precedent, we grant the State's petition for a writ of certiorari and reverse. As an initial matter, we note that the Arkansas Supreme Court never questioned Officer Taylor's authority to arrest Sullivan for a fine-only traffic violation (speeding), and rightly so. See *Atwater v. Lago Vista*, ante, p. 318. Rather, the court affirmed the trial judge's suppression of the drug-related evidence on the theory that Officer Taylor's arrest of Sullivan, although supported by probable cause, nonetheless violated the Fourth Amendment because Taylor had an improper subjective motivation for making the stop. The Arkansas Supreme Court's holding to that effect cannot be squared with our decision in *Whren*, in which we noted our "unwilling[ness] to entertain Fourth Amendment challenges based on the actual motivations of individual officers," and held unanimously that "[s]ubjective intentions play no role in ordinary, probable-cause Fourth Amendment analysis" 517 U.S., at 813" (532 U.S., en pp. 771-772).

Otro caso en el cual una infracción de tránsito derivó en una condena por posesión de drogas es *Maryland v. Pringle*.²⁰³ La policía de Baltimore, Maryland, detuvo un automóvil porque sus ocupantes no tenían puesto el cinturón de seguridad. El vehículo estaba conducido por su propietario, Donte Partlow; en el asiento delantero viajaba Joseph Pringle; y en el trasero, Otis Smith. Al revisar el vehículo, la policía encontró en la guantera una suma de dinero. En ese momento se apersonó otro oficial de policía que les preguntó si llevaban armas o drogas, a lo que Partlow respondió que no, dándole permiso al oficial para que revisara el automóvil. Como resultado de ello, se encontró cocaína en el apoyabrazos trasero. Preguntados a quién pertenecía la droga, los tres respondieron que no sabían y fueron arrestados. Ya en la comisaría, y habiendo desistido de ejercer sus derechos bajo lo establecido en *Miranda v. Arizona*,²⁰⁴ Pringle reconoció que la droga era de su propiedad. Partlow y Otis fueron liberados y Pringle quedó arrestado. En primera instancia de los tribunales de Maryland, Pringle fue condenado a 10 años de prisión, pero la Corte local lo absolvió sosteniendo que estando Pringle en el asiento delantero y no siendo el propietario del vehículo, no existía causa probable para un arresto por posesión de droga encontrada en el asiento trasero. La Corte Suprema revocó esta decisión sosteniendo la existencia de causa probable para arrestar a Pringle.²⁰⁵

Pueden verse también las idas y vueltas del registro de los vehículos en *Illinois v. Caballes*.²⁰⁶ El imputado en este caso fue detenido en una carretera de Illinois por exceso de velocidad. Mientras el oficial de policía lo multaba, acudió al lugar del hecho, casi inmediatamente, otro policía con un perro detector de drogas que indicó la existencia de marihuana en el baúl. En los tribunales de Illinois se resolvió que la detección de la droga había sido ilegal, pues un procedimiento que se inicia por exceso de velocidad no puede convertirse en

203 540 U.S. 366 (2003).

204 384 U.S. 436 (1966).

205 “In this case, Pringle was one of three men riding in a Nissan Maxima at 3:16 a.m. There was \$763 of rolled-up cash in the glove compartment directly in front of Pringle. Five plastic glassine baggies of cocaine were behind the back-seat armrest and accessible to all three men. Upon questioning, the three men failed to offer any information with respect to the ownership of the cocaine or the money. We think it an entirely reasonable inference from these facts that any or all three of the occupants had knowledge of, and exercised dominion and control over, the cocaine. Thus, a reasonable officer could conclude that there was probable cause to believe Pringle committed the crime of possession of cocaine, either solely or jointly [...] We hold that the officer had probable cause to believe that Pringle had committed the crime of possession of a controlled substance. Pringle’s arrest therefore did not contravene the Fourth and Fourteenth Amendments” (540 U.S., en pp. 371-372 y 374).

206 543 U.S. 405 (2005).

una investigación sobre posesión de drogas. La Corte, en cambio, por mayoría de 6-2²⁰⁷ —mediante el voto de Stevens—, entendió que el uso de un perro para detectar la droga no había violado la privacidad de Caballes.²⁰⁸

Interesa comparar este caso con *Kyllo v. United States*, mencionado anteriormente, en el cual fue declarado por mayoría de 5-4 que el uso de un sistema para medir las ondas de calor emanadas de un departamento en orden a determinar si allí se cultivaba marihuana era violatorio de la privacidad. Destaco esta cuestión pues Scalia, Thomas y Breyer, que votaron en la mayoría en dicho caso, en este, en cambio, sostienen que el uso de un perro detector de drogas no lo era. Todo ello muestra la delgada línea de análisis de los hechos que estos casos acarrearán, pues aun cuando ambos sistemas son externos, uno de ellos (el de las ondas de calor), a juicio de los jueces mencionados, es invasivo de la privacidad mientras que el otro (el del perro detector), para esos mismos jueces, no lo es.

También ha sido materia de decisión por parte de la Corte si la detención y registro de un vehículo puede estar determinada por un cúmulo de circunstancias sospechosas por parte de sus ocupantes, que, consideradas individualmente, no son estrictamente relevantes, o si, por el contrario, dicho registro debe estar fundado al menos en una circunstancia precisa y relevante. La cuestión fue resuelta en favor de la primera alternativa en *United States v. Arvizu*.²⁰⁹ Ralph Arvizu manejaba su minivan en una carretera del sur de Arizona, en una zona de habitual tráfico de drogas, cuando su vehículo fue detectado por la policía. Numerosas circunstancias sospechosas hicieron que le ordenara detenerse, entre ellas, la actitud nerviosa de Arvizu y que los niños que viajaban en la parte trasera tenían levantadas sus rodillas, dando la impresión de que ocultaban algo debajo de sus piernas. Obtenido el permiso para revisar la minivan, fue hallado un cargamento de 100 libras de marihuana. Arvizu fue detenido por posesión con intención de distribución y en el tribunal de distrito resultó condenado. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revocó esta decisión sosteniendo

207 En la mayoría votaron Stevens, O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas.

208 “[...] the use of a well-trained narcotics-detection dog [...] during a lawful traffic stop generally does not implicate legitimate privacy interests. In this case, the dog sniff was performed on the exterior of respondent’s car while he was lawfully seized for a traffic violation. Any intrusion on respondent’s privacy expectations does not rise to the level of a constitutionally cognizable infringement [...] A dog sniff conducted during a concededly lawful traffic stop that reveals no information other than the location of a substance that no individual has any right to possess does not violate the Fourth Amendment” (543 U.S., en pp. 409 y 410).

209 534 U.S. 266 (2002).

que ninguna de las razones por las cuales el vehículo había sido detenido eran razonables.²¹⁰ Por el contrario, la Corte Suprema, en forma unánime, entendió que estas circunstancias no deben ser analizadas individualmente, sino en conjunto.²¹¹

No menos importante es la distinción entre los registros efectuados en zonas de frontera y los llevados a cabo fuera de ellas. La cuestión fue dirimida en *United States v. Flores Montano*.²¹² Manuel Flores Montano intentaba cruzar la frontera entre México y Estados Unidos cuando un oficial de la Aduana le pidió que se bajara del automóvil. Éste fue llevado a otro sector de control y, al golpear el tanque de nafta con un destornillador, se advirtió que en su interior había algo sólido. Removido el tanque de nafta, fueron halladas en su interior 80 libras de marihuana. Flores Montano fue procesado, pero resultó absuelto por el tribunal de distrito, el cual, fundándose en lo decidido en *United States v. Molina-Tarazon*²¹³ por la Corte del Noveno Circuito —un fallo dividido—, entendió que el registro del vehículo había sido irrazonable.²¹⁴ En apelación, esta decisión fue confirmada por el Noveno Circuito. La Corte Suprema, en forma unánime, revocó esta decisión sosteniendo que la distinción entre registros rutinarios e intrusivos no corresponde en zona de frontera, donde el contrabando es habitual. Aun cuando estos registros puedan ser intrusivos, en la frontera deben ser considerados rutinarios, pues ello previene el ingreso ilegal al país de personas y efectos.²¹⁵

210 232 F. 3d 1241 (2000).

211 “When discussing how reviewing courts should make reasonable-suspicion determinations, we have said repeatedly that they must look at the “totality of the circumstances” of each case to see whether the detaining officer has a “particularized and objective basis” for suspecting legal wrongdoing [...] This process allows officers to draw on their own experience and specialized training to make inferences from and deductions about the cumulative information available to them that “might well elude an untrained person.” *Id.*, at 418. See also *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 690, 699 (1996) (reviewing court must give “due weight” to factual inferences drawn by resident judges and local law enforcement officers). Although an officer’s reliance on a mere ‘hunch’ is insufficient to justify a stop, *Terry*, *supra*, at 27, the likelihood of criminal activity need not rise to the level required for probable cause, and it falls considerably short of satisfying a preponderance of the evidence standard [...] We think that the approach taken by the Court of Appeals here departs sharply from the teachings of these cases. The court’s evaluation and rejection of seven of the listed factors in isolation from each other does not take into account the “totality of the circumstances,” as our cases have understood that phrase” (534 U.S., en pp. 273-274).

212 541 U.S. 149 (2004).

213 279 F. 3d 709 (2002).

214 En este caso se había decidido que la remoción del tanque de nafta es un procedimiento intrusivo, no rutinario, que para ser llevado a cabo requiere una sospecha razonable.

215 “Complex balancing tests to determine what is a ‘routine’ search of a vehicle, as opposed to a more

Por último, en *Devenpeck v. Alford*,²¹⁶ se discutió si, bajo la Cuarta Enmienda, era válido un arresto pese a que la causa originaria de este no estaba directamente relacionada (*closely related*) con la invocada por el oficial de policía al momento del arresto. Simplificando los hechos del caso, que son un poco más complejos, lo importante es que la policía del estado de Washington detuvo el automóvil de Tony Alford creyendo que estaba actuando como si fuera un oficial de la policía. Al registrar el vehículo, se descubrió que Alford estaba grabando la conversación con los policías. Fue arrestado, entonces, acusado de haber violado la Ley de Privacidad local. En los tribunales locales, los cargos fueron desestimados y, como consecuencia de ello, Alford demandó a los policías ante un tribunal federal, alegando que la causa de su arresto no estaba directamente vinculada con el motivo original por el cual había sido detenido. En primera instancia, el caso fue rechazado, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito hizo lugar a Alford.²¹⁷ Concedido el *certiorari*, la Corte Suprema en forma unánime —por el voto de Scalia— revocó el fallo del Noveno Circuito, sosteniendo que la falta de relación ente la causa original de la detención y la del posterior arresto no lo invalidaba bajo la Enmienda Cuarta. Como suele ocurrir en los votos de Scalia, la redacción no es muy lineal, pero el mensaje finalmente es claro.²¹⁸

‘intrusive’ search of a person, have no place in border searches of vehicles. The Government’s interest in preventing the entry of unwanted persons and effects is at its zenith at the international border. Time and again, we have stated that “searches made at the border, pursuant to the longstanding right of the sovereign to protect itself by stopping and examining persons and property crossing into this country, are reasonable simply by virtue of the fact that they occur at the border.” *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606, 616 (1977) [...] we conclude that the Government’s authority to conduct suspicionless inspections at the border includes the authority to remove, disassemble, and reassemble a vehicle’s fuel tank. While it may be true that some searches of property are so destructive as to require a different result, this was not one of them” (541 U.S., en pp. 152-153 y 155-156).

216 543 U.S. 146 (2004).

217 333 F. 3d 972.

218 “[...] a warrantless arrest by a law officer is reasonable under the Fourth Amendment where there is probable cause to believe that a criminal offense has been or is being committed [...] Whether probable cause exists depends upon the reasonable conclusion to be drawn from the facts known to the arresting officer at the time of the arrest [...] In this case, the Court of Appeals held that the probable-cause inquiry is further confined to the known facts bearing upon the offense actually invoked at the time of arrest, and that (in addition) the offense supported by these known facts must be “closely related” to the offense that the officer invoked [...] We find no basis in precedent or reason for this limitation. Our cases make clear that an arresting officer’s state of mind (except for the facts that he knows) is irrelevant to the existence of probable cause [...] Subjective intent of the arresting officer, however it is determined [...] is simply no basis for invalidating an arrest [...] Hence, the predictable consequence of a rule limiting the probable-cause inquiry to offenses closely related to [...] those identified by the arresting officer is not [...] that officers will cease making sham arrests

7.4 La Quinta Enmienda

7.4.1 La garantía en contra de la autoincriminación

En relación con la garantía en contra de la autoincriminación, recordemos que la Quinta Enmienda dice que “nadie estará obligado [...] a declarar como testigo contra sí mismo en ningún juicio criminal”.²¹⁹

El caso más destacado de este periodo en esta materia es *Ohio v. Reiner*,²²⁰ resuelto *per curiam*, en el cual la cuestión a decidir era si una persona que no se ha declarado culpable puede igualmente invocar esa garantía. Matthew Reiner fue acusado de haber provocado la muerte involuntaria de su hijo de dos años. La defensa sostuvo que la culpable de la muerte era Susan Batt, la niñera. En el juicio —llevado a cabo en los tribunales de Ohio— Batt se acogió a la Quinta Enmienda y se le otorgó inmunidad, pero luego testificó ante el jurado y negó haber sido la autora de la muerte. Reiner fue condenado, pero la cámara revocó la sentencia y esta decisión fue confirmada por la Suprema Corte de Ohio, en cuya opinión, Batt no podía invocar la garantía contra la autoincriminación, pues había negado ser la autora de la muerte, de modo tal que no debería habersele otorgado inmunidad, pues ello, en definitiva, había perjudicado a Reiner. La Corte Suprema, por el contrario, sostuvo que la Quinta Enmienda puede ser invocada incluso por quienes se declaran inocentes, pues de lo contrario éstos podrían quedar atrapados (*ensnared*) por circunstancias ambiguas.²²¹

on the hope that such arrests will later be validated, but rather that officers will cease providing reasons for arrest” (543 U.S., en pp. 152-155).

219 “No person shall be [...] compelled in any criminal case to be a witness against himself”. A diferencia del proceso criminal en nuestro país, donde el imputado en la indagatoria puede negarse a declarar y no está sometido a juramento (artículo 296 del Código Procesal Penal), en los Estados Unidos al imputado se lo considera como un testigo, se le toma juramento y puede negarse a declarar invocando la garantía de la Quinta Enmienda.

220 532 U.S. 17 (2001).

221 “We have held that the privilege’s protection extends only to witnesses who have “reasonable cause to apprehend danger from a direct answer” [citas omitidas] That inquiry is for the court; the witness’ assertion does not by itself establish the risk of incrimination [citas omitidas] A danger of “imaginary and unsubstantial character” will not suffice [citas omitidas]. But we have never held, as the Supreme Court of Ohio did, that the privilege is unavailable to those who claim innocence. To the contrary, we have emphasized that one of the Fifth Amendments “basic functions [...] is to protect innocent men who otherwise might be ensnared by ambiguous circumstances”. *Grunewald v. United States*, 353 U.S. 391, 421 (1957) [citas omitidas]. In *Grunewald*, we recognized that truthful responses of an innocent witness, as well as those of a wrongdoer, may provide the government with incriminating evidence from the speaker’s own mouth” (532 U.S., en p. 21).

7.4.2 La aplicación de las *Miranda warnings*

Aunque es bien conocido, cabe recordar que, en *Miranda v. Arizona*,²²² —uno de los casos emblemáticos de la Warren Court,²²³ se resolvió —por mayoría de 5-4— que, bajo la Quinta Enmienda, al momento de ser interrogada por la policía con motivo de un arresto, una persona debe ser informada o advertida de que tiene el derecho a permanecer callada y que puede solicitar un abogado. Si bien ese derecho puede ser renunciado, la renuncia debe ser voluntaria y el derecho puede volver a ser ejercido en cualquier momento del procedimiento.²²⁴ Desde entonces, numerosos fallos han dado lugar a la aplicación de las llamadas “advertencias Miranda” (*Miranda warnings*).

Antes de mencionar los fallos específicos de este período, vale la pena recordar que, durante el October Term 1999, la Corte resolvió *Dickerson v. United States*.²²⁵ La cuestión planteada era si una ley del Congreso podía derogar la garantía establecida en *Miranda*. Por mayoría de 7-2, la respuesta fue negativa.²²⁶ Charles Dickerson fue detenido como sospechoso de haber participado en varios robos de bancos. Al ser interrogado, según la policía, habría confesado su participación como chofer en tales casos, luego de haber renunciado a ejercer sus *Miranda rights*. Sin embargo, en el juicio, Dickerson sostuvo que, antes de ser interrogado, no se le formularon las *Miranda warnings* y la defensa solicitó que su declaración fuera excluida. Por su lado, el Gobierno argumentó que una ley dictada con posterioridad al caso *Miranda* tenía por válida una confesión hecha voluntariamente, aunque al arrestado no se le hubieran informado sus derechos.²²⁷ El tribunal de distrito admitió esta defensa, pero la Corte de Ape-

222 384 U.S. 436 (1966).

223 En la mayoría votaron Warren, Black, Douglas, Brennan y Fortas. En disidencia votaron Clark (disidencia parcial) Stewart, White y Harlan,

224 “Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The defendant may waive effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently. If, however, he indicates in any manner and at any stage of the process he wishes to consult with an attorney before speaking there can be no questioning. Likewise, if the individual, is alone and indicates in any manner that he does not wish to be interrogated, the police may not question him. The mere fact that he may have answered some questions or volunteered some statements on his own does not deprive him of the right to refrain from answering any further inquiries until he has consulted with an attorney and thereafter consents to be questioned” (384 U.S., en pp. 444-445).

225 530 U.S. 428 (2000).

226 En disidencia votaron Scalia y Thomas.

227 Según esta ley, “a confession shall be admissible in evidence if it is voluntarily given” (18 USC Section 3501).

laciones del Cuarto Circuito, aun reconociendo que Dickerson no había sido informado de sus derechos, revocó la sentencia sosteniendo que una ley podía derogar lo decidido en *Miranda*.²²⁸ La Corte Suprema sostuvo lo contrario. En su opinión, el Congreso no puede modificar lo que la Corte ha resuelto al interpretar la Constitución.²²⁹

Ya en este período, fue decidido *Yarborough v. Alvarado*,²³⁰ donde la cuestión constitucional a resolver era si las condiciones personales de un individuo, tales como su edad y antecedentes penales, deben ser consideradas para determinar si aquel se encuentra o no “en custodia” (*in custody*) policial para que se le formulen las *Miranda warnings*. Si se llega a la conclusión de que está en custodia, la lectura de sus derechos es obligatoria, de lo contrario, no lo es.²³¹ Michael Alvarado, de 17 años, fue citado por la policía para ser interrogado sobre un robo y homicidio en el cual se hallaba presuntamente involucrado. Concurrió a la comisaría acompañado por sus padres, que no estuvieron presentes en el interrogatorio. Al cabo de dos horas, Alvarado, sin que se le hubieran formulado las *Miranda warnings*, terminó confesando su coautoría en el hecho. Durante el juicio, la defensa solicitó que la confesión fuera suprimida, en tanto, habiendo estado “en custodia”, no se la habían leído sus derechos. En los tribunales de California no se hizo lugar a la defensa, entendiendo que, en las circunstancias descritas, Alvarado no había estado en custodia y fue condenado por homicidio y tentativa de robo. Interpuesto un *habeas corpus* ante la justicia federal,²³² el tribunal de distrito confirmó lo decidido en la justicia local, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito²³³ revocó esta decisión sosteniendo que Alvarado había estado efectivamente en custodia y que para evaluar esta situación deberían haberse tenido en consideración su edad y antecedentes personales. La Corte Suprema, a su vez, por mayoría de 5-4, revocó esta sentencia.

Claramente dividida entre conservadores y liberales,²³⁴ la Corte sostuvo que

228 166 F. 3d 667 (1999).

229 “Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution” (530 U.S., en p. 437).

230 541 U.S. 652 (2004).

231 Uno de los elementos para establecer si una persona está “en custodia” consiste en determinar si se siente libre para interrumpir el interrogatorio en cualquier momento y retirarse por su propia voluntad.

232 Recordemos que, en los Estados Unidos, el *habeas corpus* también puede ser planteado ante la justicia federal contra condenas impuestas en los tribunales locales (Bianchi, 2020, pp. 91-168).

233 *Alvarado v. Hickman*, 316 F. 3d 841 (2002).

234 En la mayoría votaron Kennedy (autor del voto) y Rehnquist, O’Connor, Scalia y Thomas. En la

aspectos subjetivos como la edad y antecedentes no deben ser considerados para evaluar si una persona está o no está en custodia policial.²³⁵ Más convincente, en mi opinión, es el voto de la minoría, ya que es muy improbable que una persona de 17 años, citada e interrogada por la policía durante dos horas sobre la posible comisión de un delito grave sin la presencia de sus padres ni de un abogado, sienta que está en libertad de interrumpir el interrogatorio y retirarse cuando lo desee.²³⁶ Por lo demás —agrego también como reflexión personal—, determinar si una persona “se siente libre” en tales circunstancias es mucho más subjetivo que el análisis de su edad y sus antecedentes personales.

Otro aspecto de las *Miranda warnings* consiste en determinar si es válida, como técnica de interrogación, obtener una confesión sin estas advertencias para generar inmediatamente una segunda confesión luego de haberlas hecho. La cuestión fue analizada en *Missouri v. Siebert*,²³⁷ pero antes de mencionar este caso es preciso recordar que en *Oregon v. Elstad*,²³⁸ con mayoría de 6-3,²³⁹ la Corte había decidido que la confesión por escrito, hecha en la comisaría luego de formuladas las *Miranda warnings*, era válida y no debía ser suprimida como prueba, aun cuando, al ser arrestado, el individuo había admitido ser autor del delito (en este caso, un robo) sin que le fueran leídos sus derechos. La cuestión a resolver, entonces, era si lo decidido en *Elstad* era aplicable en *Siebert*.

minoría lo hicieron Breyer (autor del voto), Stevens, Souter y Ginsburg,

235 Según el voto mayoritario: “In most cases, police officers will not know a suspect’s interrogation history [citas omitadas] Even if they do, the relationship between a suspect’s past experiences and the likelihood a reasonable person with that experience would feel free to leave often will be speculative. True, suspects with prior law enforcement experience may understand police procedures and reasonably feel free to leave unless told otherwise. On the other hand, they may view past as prologue and expect another in a string of arrests. We do not ask police officers to consider these contingent psychological factors when deciding when suspects should be advised of their Miranda rights. The inquiry turns too much on the suspect’s subjective state of mind and not enough on the objective circumstances of the interrogation” (541 U.S., en pp. 668-669).

236 Según el voto de Breyer: “What reasonable person in the circumstances-brought to a police station by his parents at police request, put in a small interrogation room, questioned for a solid two hours, and confronted with claims that there is strong evidence that he participated in a serious crime, could have thought to himself, “Well, anytime I want to leave I can just get up and walk out”? If the person harbored any doubts, would he still think he might be free to leave once he recalls that the police officer has just refused to let his parents remain with him during questioning? Would he still think that he, rather than the officer, controls the situation? There is only one possible answer to these questions. A reasonable person would not have thought he was free simply to pick up and leave in the middle of the interrogation” (541 U.S., en pp. 670-671).

237 542 U.S. 600 (2004).

238 470 U.S. 298 (1985).

239 En la mayoría votaron Burger, White, Blackmun, Powell, Rehnquist y O’Connor. En minoría lo hicieron Brennan, T. Marshall y Stevens.

Patrice Siebert vivía en una casa rodante con sus hijos menores y otros niños. Jonathan, uno de sus hijos de 12 años, afectado de parálisis cerebral, murió mientras dormía. Temerosa de ser acusada de abandono,²⁴⁰ Siebert planeó, junto con los otros menores, prender fuego a la casa rodante para simular que Jonathan había muerto en el incendio. Darian, otro hijo menor de Siebert, junto con un amigo quemaron la casa rodante, pero dejaron en ella a Donald Spector, un discapacitado mental de 18 años que murió a raíz del hecho. Siebert fue detenida y, sin recibir las *Miranda warnings*, confesó estar al tanto de que parte del plan era que Donald quedara en la casa rodante. Luego de ello, la policía le concedió unos 20 minutos de descanso. Al reanudar el interrogatorio, le leyeron sus derechos, Siebert firmó una declaración escrita renunciando a ellos y confesó nuevamente estar en conocimiento de que Donald, adormilado bajo los efectos del Prozac, sería dejado en la casa rodante.

Durante el juicio, el oficial de policía admitió que, como técnica para obtener la confesión, primero había interrogado a Siebert sin las *Miranda warnings* y, luego de admitido el delito, le había leído sus derechos, produciendo una nueva confesión. En primera y segunda instancia de los tribunales de Missouri, Siebert fue condenada por homicidio en segundo grado aplicando el precedente *Elstad*.²⁴¹ El tribunal superior del estado entendió, en cambio, que ambos casos eran diferentes, pues en *Siebert* la primera confesión se había hecho sin las *Miranda warnings* con la deliberada intención de obtener la segunda.²⁴² Por una ajustada mayoría de 5-4 entre liberales y conservadores, en la cual Kennedy votó con los primeros, la Corte —por el voto de Souter— sostuvo que entre *Olmstead* y *Siebert* había una diferencia sustancial. En el primer caso, la “confesión” del acusado no había sido más que una afirmación hecha en el curso de un arresto, no inducida por la policía con la intención de obtener una segunda confesión. En *Siebert*, por el contrario, entre la primera y la segunda existía una conexión inmediata de tiempo y lugar, ya que ambas se habían producido en la comisaría, con un breve intervalo, utilizándose una técnica de interrogación en dos pasos con un solo propósito.²⁴³

240 Jonathan tenía escaras en su cuerpo producto de estar mucho tiempo en cama.

241 Si bien el concepto de homicidio en segundo grado varía según cada estado, en Missouri se considera tal al que es cometido a sabiendas, pero sin intención premeditada. Missouri Code §565.021.

242 93 S. W. 3d 700 (2002).

243 “The admissibility of postwarning statements should continue to be governed by the principles of *Elstad* unless the deliberate two-step strategy was employed. If the deliberate two-step strategy has been used, postwarning statements that are related to the substance of prewarning statements must be excluded unless curative measures are taken before the postwarning statement is made. Curative

También quedó muy dividida la Corte en *United States v. Patane*,²⁴⁴ cuyos antecedentes son los siguientes. Como consecuencia de acosar a Linda O'Donnell, Samuel Patane fue arrestado y liberado bajo la condición de no contactarla nuevamente. Enterada la policía de que Patane había intentado hablar por teléfono con O'Donnell y de que estaba en posesión de una pistola Glock, dos oficiales concurren a su domicilio para arrestarlo por violar la orden restrictiva. Mientras recibía las *Miranda warnings*, Patane los interrumpió diciendo que conocía sus derechos. Luego se le preguntó si estaba en posesión de la pistola y, con cierta reticencia, admitió tenerla y permitió que su dormitorio fuera registrado. El arma fue incautada y Patane fue procesado por tenencia de armas, lo que tenía prohibido estando condenado. El tribunal de distrito sostuvo que el arresto por violación de la orden de no contactar a O'Donnell carecía de *probable cause* bajo la Cuarta Enmienda, de modo que no trató la cuestión de la supresión, como prueba, del arma incautada. Esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito,²⁴⁵ donde se dispuso que si bien existía causa probable para el arresto por violación de la orden de no contactar a O'Donnell, el secuestro del arma no era válido, pues había sido efectuado a raíz de una confesión voluntaria (la posesión del arma), pero realizada sin las *Miranda warnings*. La fiscalía apeló ante la Corte Suprema argumentando que si bien la confesión sobre la posesión de la pistola no había estado precedida de la lectura de sus derechos, el arma, como tal, debía ser admitida como prueba de cargo, en tanto Patane había consentido el registro de su domicilio. La cuestión a resolver, entonces, radicaba en si una prueba física (la pistola Glock) obtenida en tales condiciones era admisible.

Por medio de una sentencia dividida 5-3, la Corte resolvió, sin mayoría en la argumentación, que la sentencia de Décimo Circuito debía ser revocada y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento. El fallo se compone, en primer lugar, del voto de Thomas, al que adhirieron Rehnquist y Scalia, que empieza reconociendo que la Corte, si bien ha tratado la cuestión planteada, no ha llegado todavía a una decisión definitiva.²⁴⁶ No obstante, anticipa que, bajo lo decidido

measures should be designed to ensure that a reasonable person in the suspect's situation would understand the import and effect of the *Miranda* warning and of the *Miranda* waiver" (542 U.S., en p. 622).

244 542 U.S. 630 (2004).

245 304 F. 3d 1013 (2002).

246 "The Court has previously addressed this question but has not reached a definitive conclusion" (542 U.S., en p. 634).

en *Miranda*, lo que se protege son las violaciones contra la autoincriminación, lo que no comprende la introducción de una prueba física resultante de una declaración voluntaria.²⁴⁷ Así, limitando muy estrictamente esta garantía, sostiene que el núcleo de la cláusula antidiscriminación es la prohibición de declarar contra sí mismo, pero no incluye la introducción de una prueba física obtenida luego de una declaración voluntaria,²⁴⁸ por ende, este derecho queda satisfecho con la exclusión de testimonios obtenidos sin *unwarned statements*, es decir, sin las *Miranda warnings*.²⁴⁹ El voto concluye con esta argumentación circular, según la cual, la Quinta Enmienda solo permite la exclusión de prueba física cuando ésta ha sido obtenida como resultado de una declaración involuntaria.²⁵⁰ El breve voto concurrente de Kennedy y O'Connor no agrega mucho más. En todo caso, repite —con palabras similares— el mismo concepto.²⁵¹

También es breve, aunque más colorida, la disidencia de Stevens, Souter y Ginsburg, pues comienza diciendo que la cuestión a decidir es si se debe aplicar la doctrina del fruto del árbol venenoso creando un incentivo para que la policía no cumpla con las *Miranda warnings*.²⁵² Fundada en que no debe darse tal incentivo, la minoría entiende que la omisión de tales advertencias crea una presunción de coerción y, por ende, la garantía contra la autoincriminación incluye también la prueba derivada de ella.²⁵³

247 “Because the Miranda rule protects against violations of the Self-Incrimination Clause, which, in turn, is not implicated by the introduction at trial of physical evidence resulting from voluntary statements, we answer the question presented in the negative” (542 U.S., en p. 634).

248 “[...] the core protection afforded by the Self-Incrimination Clause is a prohibition on compelling a criminal defendant to testify against himself at trial [...] The Clause cannot be violated by the introduction of nontestimonial evidence obtained as a result of voluntary statements” (542 U.S., en p. 637).

249 “It follows that police do not violate a suspect’s constitutional rights (or the Miranda rule) by negligent or even deliberate failures to provide the suspect with the full panoply of warnings prescribed by Miranda. Potential violations occur, if at all, only upon the admission of unwarned statements into evidence at trial. And, at that point, “[t]he exclusion of unwarned statements [...] is a complete and sufficient remedy” for any perceived Miranda violation” (542 U.S., en pp. 641-642).

250 “[...] although it is true that the Court requires the exclusion of the physical fruit of actually coerced statements, it must be remembered that statements taken without sufficient Miranda warnings are presumed to have been coerced only for certain purposes and then only when necessary to protect the privilege against self-incrimination” (542 U.S., en p. 644).

251 “Admission of nontestimonial physical fruits (the Glock in this case) [...] does not run the risk of admitting into trial an accused’s coerced incriminating statements against himself” (542 U.S., en p. 645).

252 “The issue actually presented today is whether courts should apply the fruit of the poisonous tree doctrine lest we create an incentive for the police to omit Miranda warnings” (542 U.S., en p. 645).

253 “Miranda rested on insight into the inherently coercive character of custodial interrogation and the inherently difficult exercise of assessing the voluntariness of any confession resulting from it. Unless the police give the prescribed warnings meant to counter the coercive atmosphere, a custodial con-

Otra división —bien que no tan clara— entre los jueces conservadores y liberales tuvo lugar en *Chavez v. Martinez*,²⁵⁴ donde el punto central consistía en determinar si la ausencia de las *Miranda warnings* podía ser invocada por el demandante en un proceso civil por daños y perjuicios contra la policía. En el curso de un procedimiento por narcóticos, Oliverio Martínez fue detenido por la policía y, al resistirse, resultó herido por un disparo y sufrió severas lesiones. En la causa civil no pudo llegar a determinarse con certeza quién ni cómo se había producido el disparo. Martínez nunca fue enjuiciado penalmente, pero luego demandó a los policías por los daños experimentados. La policía alegó en su defensa que, siendo interrogado en el hospital, Martínez había admitido que el disparo se había producido cuando intentó arrebatarle el arma a la policía. Cabe aclarar que este interrogatorio fue muy breve y Martínez en ese momento estaba severamente herido. El tribunal de Distrito y la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito²⁵⁵ rechazaron la defensa de los demandados, alegando que Martínez había sido interrogado sin que le fueran leídos sus derechos. La Corte debía decidir si, en ese interrogatorio, deberían haber formulado las *Miranda warnings* para excluir la responsabilidad de los policías.

Como veremos seguidamente, el fallo es complejo, pues contiene adhesiones y disensos parciales y cruzados y solo alcanza la mayoría de 6-2²⁵⁶ en que el caso debe ser devuelto al Noveno Circuito para un nuevo pronunciamiento. Esta decisión, no obstante, tiene fundamentos muy diferentes entre los jueces conservadores y los liberales. El voto mayoritario es de Thomas, al que adhirió plenamente Rehnquist. Básicamente, sostienen sin ambages que Martínez no podía invocar la garantía en contra de la autoincriminación en un proceso civil, donde no había sido testigo en contra de sí mismo.²⁵⁷ Scalia adhiere a esta cues-

fession is inadmissible, there being no need for the previous time-consuming and difficult enquiry into voluntariness. That inducement to forestall involuntary statements and troublesome issues of fact can only atrophy if we turn around and recognize an evidentiary benefit when an unwarned statement leads investigators to tangible evidence. There is, of course, a price for excluding evidence, but the Fifth Amendment is worth a price, and in the absence of a very good reason, the logic of *Miranda* should be followed: a *Miranda* violation raises a presumption of coercion [citas omitidas] and the Fifth Amendment privilege against compelled selfincrimination extends to the exclusion of derivative evidence” (542 U.S., en p. 646).

254 538 U.S. 760 (2003).

255 *Martinez v. Oxnard*, 270 F. 3d 852 (2001).

256 Sandra Day O'Connor no intervino en el caso.

257 “We fail to see how, based on the text of the Fifth Amendment, Martinez can allege a violation of this right, since Martinez was never prosecuted for a crime, let alone compelled to be a witness against himself in a criminal case” (538 U.S., en p. 766).

tión, pero, a diferencia de los anteriores jueces, sostiene que el caso no debe ser devuelto al Noveno Circuito, pues la cuestión constitucional ya ha sido decidida por la Corte y no puede ser resuelta nuevamente.²⁵⁸ Souter, con la adhesión de Breyer, advierte sobre los peligros o inconvenientes de extender la exigencia de las *Miranda warnings* a todo proceso de daños,²⁵⁹ pero —a diferencia de Scalia— entiende que el caso debe ser devuelto al Noveno Circuito para que se dicte una nueva sentencia, en la cual se juzgue el accionar de la policía con independencia de la aplicación de la Quinta Enmienda.²⁶⁰ En opinión de Stevens, que transcribe el interrogatorio policial, éste fue lisa y llanamente un acto de tortura y propone confirmar la sentencia del Noveno Circuito.²⁶¹ Kennedy coincide con esta visión,²⁶² pero entiende, no obstante, que el caso debe ser devuelto al Noveno Circuito para que se analicen otras cuestiones vinculadas con el debido proceso.²⁶³ Ginsburg adhiere en la cuestión de fondo con Stevens y Kennedy,²⁶⁴ pero, por razones similares a las de Souter, Breyer y Kennedy, entiende que el caso debe ser devuelto al Noveno Circuito.

258 “I [...] see no basis for a remand to determine “[w]hether Martinez may pursue a claim of liability for a substantive due process violation” [...] That question has already been decided by the Ninth Circuit, and we today reverse its decision” (538 U.S., en p. 783).

259 “I do not, however, believe that Martinez can make the “powerful showing,” subject to a realistic assessment of costs and risks, necessary to expand protection of the privilege against compelled self-incrimination to the point of the civil liability he asks us to recognize here. The most obvious drawback inherent in Martinez’s purely Fifth Amendment claim to damages is its risk of global application in every instance of interrogation producing a statement inadmissible under Fifth and Fourteenth Amendment principles, or violating one of the complementary rules we have accepted in aid of the privilege against evidentiary use” (538 U.S., en p. 778).

260 “[...] any argument for a damages remedy in this case must depend not on its Fifth Amendment feature but upon the particular charge of outrageous conduct by the police, extending from their initial encounter with Martinez through the questioning by Chavez” (538 U.S., en p. 779).

261 “[...] the interrogation of respondent was the functional equivalent of an attempt to obtain an involuntary confession from a prisoner by torturous methods. As a matter of law, that type of brutal police conduct constitutes an immediate deprivation of the prisoner’s constitutionally protected interest in liberty. Because these propositions are so clear, the District Court and the Court of Appeals correctly held that petitioner is not entitled to qualified immunity” (538 U.S., en pp. 783-784).

262 “A constitutional right is traduced the moment torture or its close equivalents are brought to bear. Constitutional protection for a tortured suspect is not held in abeyance until some later criminal proceeding takes place [...] In my view the Self-Incrimination Clause is applicable at the time and place police use compulsion to extract a statement from a suspect. The Clause forbids that conduct” (538 U.S., en pp. 789-790 y 795).

263 538 U.S., en p. 799.

264 “I would hold that the Self Incrimination Clause applies at the time and place police use severe compulsion to extract a statement from a suspect [...] the interrogation in this case would remain a clear instance of the kind of compulsion no reasonable officer would have thought constitutionally permissible” (538 U.S., en p. 799).

7.4.3 La Taking Clause

Dentro de la Quinta Enmienda se encuentra también la llamada Taking Clause, que garantiza el derecho a no ser privado de la propiedad sin el debido proceso legal.²⁶⁵ La toma (*taking*) de la propiedad tiene dos formas: (a) la *possesory taking*, llamada también *physical taking*,²⁶⁶ que se refiere a la expropiación y a la confiscación; y (b) la *regulatory taking*, que protege de las regulaciones estatales cuando éstas, sin quitar la propiedad en sí, la limitan de tal manera que la privan de un valor económico razonable, dando lugar a una indemnización.²⁶⁷ Ciertamente, la más frecuente y, por ende, la que da lugar a la mayor cantidad de casos es la *regulatory taking*, que no está expresamente prevista en la Constitución, sino que nace del voto de Oliver W. Holmes en *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*.²⁶⁸

Analizaré, en primer lugar, lo resuelto en *Tahoe Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*.²⁶⁹ Con motivo del desarrollo de la cuenca del lago Tahoe, la Agencia Regional de Planificación de Tahoe (Tahoe Regional Planning Agency) impuso dos prórrogas que limitaron el desarrollo de las propiedades ribereñas durante un período de 32 meses. Afectados por esta decisión, los propietarios y una asociación demandaron a la Agencia, entendiendo que ello les imponía una *taking* sin compensación. El tribunal de distrito falló a favor de los demandantes,²⁷⁰ pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revocó la decisión sosteniendo que el carácter temporario de las limitaciones no constituía una *taking*.²⁷¹

Con mayoría de 6-3,²⁷² la Corte Suprema, por medio del voto de Stevens, confirmó la sentencia del Noveno Circuito. El fallo explica, con bastante detalle, la cuestión de las *regulatory takings* y comienza señalando las diferencias que éstas tienen con las *possesory takings*, a las que llama *physical takings*. Éstas —dice— están contempladas en la Quinta Enmienda y siempre requieren ser compensadas, mientras que las *regulatory takings* no poseen una cláusula consti-

265 “No person shall be [...] deprived of [...] property, without due process of law”.

266 El nombre se debe a que consiste en una ocupación física del bien.

267 Vid. Chemerinsky (2023, p. 709).

268 260 U.S. 393 (1922).

269 535 U.S. 302 (2002).

270 34 F.Supp.2d 1226 (1999).

271 216 F. 3d 764 (2000).

272 Votaron en disidencia Rehnquist, Scalia y Thomas.

tucional específica,²⁷³ pues nacen de una construcción jurisprudencial originada en el voto de Holmes en *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, ya mencionado.²⁷⁴ Por tal motivo, esta antigua distinción impide aplicar los precedentes de las *physical takings* a las *regulatory takings*, en lo que se refiere a la indemnización. Las segundas son frecuentes y afectan la propiedad de muchas maneras impredecibles, de modo tal que indemnizarlas, como regla, es un lujo que no todo Gobierno podría afrontar; las primeras, en cambio, son menos comunes, fácilmente identificables y constituyen una gran afrenta al derecho de propiedad.²⁷⁵ Tampoco existe —continúa el fallo— una fórmula matemática para calcular la indemnización en las *regulatory takings*. En *Mahon*, Holmes sostuvo que debían ser indemnizadas cuando iban “demasiado lejos” (*too far*) en la afectación de la propiedad y, desde entonces, se ha evitado establecer una regla general. Este principio se ha aplicado examinando los factores particulares de cada caso.²⁷⁶

En lo que se refiere a la demora y la indemnización reclamada en este caso específico, señala que 32 meses no constituye un *regulatory taking* y dice —no sé si con ingenuidad o malicia— que constituiría un “incentivo perverso” que una dilación en el desarrollo de una planificación, que permite la toma de una mejor decisión por parte de los planificadores, deba ser compensada por éstos.²⁷⁷

273 “The text of the Fifth Amendment itself provides a basis for drawing a distinction between physical takings and regulatory takings. Its plain language requires the payment of compensation whenever the government acquires private property for a public purpose, whether the acquisition is the result of a condemnation proceeding or a physical appropriation. But the Constitution contains no comparable reference to regulations that prohibit a property owner from making certain uses of her private property” (535 U.S., en pp. 321-322).

274 Ver nota 265.

275 “Land-use regulations are ubiquitous and most of them impact property values in some tangential way—often in completely unanticipated ways. Treating them all as per se takings would transform government regulation into a luxury few governments could afford. By contrast, physical appropriations are relatively rare, easily identified, and usually represent a greater affront to individual property rights” (535 U.S., en p. 324).

276 “In subsequent opinions we have repeatedly and consistently endorsed Holmes’ observation that “if regulation goes too far it will be recognized as a taking” [...] Justice Holmes did not provide a standard for determining when a regulation goes “too far,” but he did reject the view expressed in Justice Brandeis’ dissent that there could not be a taking because the property remained in the possession of the owner and had not been appropriated or used by the public. After *Mahon*, neither a physical appropriation nor a public use has ever been a necessary component of a “regulatory taking.” In the decades following that decision, we have “generally eschewed” any set formula for determining how far is too far, choosing instead to engage in “essentially ad hoc, factual inquiries” [...]. Indeed, we still resist the temptation to adopt per se rules in our cases involving partial regulatory takings, preferring to examine “a number of factors” rather than a simple “mathematically precise” formula” (535 U.S., en p. 326).

277 “We would create a perverse system of incentives were we to hold that landowners must wait for a

Agrega, finalmente, una distinción entre las *takings* que afectan específicamente una propiedad, de las que afectan un amplio número, como ocurría en este caso y entiende que el interés en compensar las primeras debe ser mayor que en las segundas y desarrolla una serie de razones para justificarlo. Dice que, en éstas, los propietarios tiene mayores beneficios, en tanto los planificadores reciben comentarios y observaciones al proyecto; señala también que una indemnización sujeta a la dilación en el proyecto presionará a los planificadores para urgir una decisión que no beneficiará a los propietarios menos organizados, evitando daños específicos en determinados propietarios y porque, finalmente, todos se benefician con las restricciones impuestas en los otros.²⁷⁸

También fue rechazada la demanda planteada por Chevron en *Lingle v. Chevron*,²⁷⁹ motivada por la limitación en las ganancias que percibían las empresas en el precio de venta de los combustibles a los propietarios de estaciones de servicio. Preocupada por la concentración del mercado,²⁸⁰ la legislatura de Hawaii impuso esta restricción. Chevron demandó una compensación por ello y obtuvo una decisión favorable en el tribunal de distrito, que luego fue confirmada por la Corte del Noveno Circuito.²⁸¹ El fundamento de estos fallos fue lo decidido anteriormente por la Corte Suprema en *Agins v. City of Tiburon*,²⁸² donde se estableció que una regulación sobre zonificaciones que no implica un “avance” en los legítimos intereses estatales constituye una *taking*.²⁸³ Por

takings claim to ripen so that planners can make well-reasoned decisions while, at the same time, holding that those planners must compensate landowners for the delay” (535 U.S., en p. 340).

278 “Indeed, the interest in protecting the decisional process is even stronger when an agency is developing a regional plan than when it is considering a permit for a single parcel. In the proceedings involving the Lake Tahoe Basin, for example, the moratoria enabled TRPA to obtain the benefit of comments and criticisms from interested parties, such as the petitioners, during its deliberations. Since a categorical rule tied to the length of deliberations would likely create added pressure on decisionmakers to reach a quick resolution of land-use questions, it would only serve to disadvantage those landowners and interest groups who are not as organized or familiar with the planning process. Moreover, with a temporary ban on development there is a lesser risk that individual landowners will be “singled out” to bear a special burden that should be shared by the public as a whole [cita omitida] At least with a moratorium there is a clear “reciprocity of advantage” [cita omitida] because it protects the interests of all affected landowners against immediate construction that might be inconsistent with the provisions of the plan that is ultimately adopted. “While each of us is burdened somewhat by such restrictions, we, in turn, benefit greatly from the restrictions that are placed on others” [cita omitida]” (535 U.S., en pp. 340-341).

279 544 U.S. 528 (2005).

280 Por aquel entonces, Chevron tenía el 60% del mercado en Hawaii (544 U.S. 528, en p. 532).

281 363 F. 3d 846 (2000).

282 447 U.S. 255 (1980).

283 “[t]he application of a general zoning law to particular property effects a taking if the ordinance does

medio de una decisión unánime —con voto elaborado por O’Connor—, la Corte distinguió este caso de *Agin*s y revocó la sentencia del Noveno Circuito. En su opinión, el test del avance sustancial en los intereses del estado es aplicable para determinar si se ha cumplido con el debido proceso, pero no juega para establecer si una regulación constituye una *taking* en los términos de la Quinta Enmienda.²⁸⁴

Otro rechazo de la demanda se produjo en *San Remo Hotel v. City and County of San Francisco*, aunque, como veremos, la cuestión en discusión aquí era más procesal que de fondo.²⁸⁵ La ciudad de San Francisco les impuso a los propietarios de hoteles el pago de 567000 dólares por la conversión de cuartos residenciales en habitaciones para el turismo. En los tribunales de California, la demanda fue rechazada. Los hoteleros, entonces, demandaron ante la justicia federal —basados en los mismos hechos— que hiciera una excepción a la cláusula establecida en la sección 1738 del Título 28 del USC, según la cual las leyes estatales debidamente publicadas son aplicables y tienen plena fe y crédito (*full faith and credit*) en todos los tribunales de los Estados Unidos.²⁸⁶ Esta norma regula lo dispuesto en el Artículo IV, sección 1 de la Constitución.²⁸⁷ El

not substantially advance legitimate state interests” (447 U.S., en p. 260).

284 “This case requires us to decide whether the "substantially advances" formula announced in *Agin*s is an appropriate test for determining whether a regulation effects a Fifth Amendment taking. We conclude that it is not [...] this formula prescribes an inquiry in the nature of a due process, not a takings, test, and that it has no proper place in our takings jurisprudence [...] The "substantially advances" formula suggests a means-ends test: It asks, in essence, whether a regulation of private property is effective in achieving some legitimate public purpose. An inquiry of this nature has some logic in the context of a due process challenge, for a regulation that fails to serve any legitimate governmental objective may be so arbitrary or irrational that it runs afoul of the Due Process Clause. [...] But such a test is not a valid method of discerning whether private property has been "taken" for purposes of the Fifth Amendment” (447 U.S., en pp. 532, 540 y 542).

285 545 U.S. 323 (2005).

286 28 U.S. Code § 1738. “The Acts of the legislature of any State, Territory, or Possession of the United States, or copies thereof, shall be authenticated by affixing the seal of such State, Territory or Possession thereto.

The records and judicial proceedings of any court of any such State, Territory or Possession, or copies thereof, shall be proved or admitted in other courts within the United States and its Territories and Possessions by the attestation of the clerk and seal of the court annexed, if a seal exists, together with a certificate of a judge of the court that the said attestation is in proper form.

Such Acts, records and judicial proceedings or copies thereof, so authenticated, shall have the same full faith and credit in every court within the United States and its Territories and Possessions as they have by law or usage in the courts of such State, Territory or Possession from which they are taken”.

287 “Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof”.

propósito de esta petición era evitar que una decisión de los tribunales locales fuera limitante o precluyera una demanda ante los tribunales federales con fundamento en la Quinta Enmienda. Tanto en el tribunal de distrito como en la Corte del Noveno Circuito,²⁸⁸ la demanda fue rechazada. Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema en un fallo unánime conducido por el voto de Stevens. La sentencia comienza explicando que la revisión del caso se limita a establecer si puede hacerse una excepción a la cláusula del *full faith and credit* para determinar si los actores sufrieron una *taking* bajo la Quinta Enmienda, que les permita replantear el caso en la justicia federal.²⁸⁹ Luego de explicar la cuestión con detalle, se resuelve que la excepción debe ser denegada.²⁹⁰

Por último, en *Kelo v. City of New London*,²⁹¹ relacionado con una *physical taking*, se discutía si la ciudad demandada podía expropiar ciertas propiedades para luego entregarlas a particulares por medio de un plan de desarrollo urbanístico en lugar de destinarlas al uso público. En los tribunales de Connecticut, la demanda fue rechazada y la Corte Suprema confirmó esta decisión por mayoría de 5-4. Como era de esperar, el tribunal quedó claramente dividido entre liberales y conservadores, con Kennedy votando a favor de los primeros. El voto de Stevens, que conduce la opinión de la mayoría, sostiene que la expresión “uso público” debe interpretarse en un sentido amplio, comprensivo del “propósito público” del emprendimiento.²⁹² En su voto disidente, al que adhieren Rehnquist, Scalia y Thomas, O’Connor sostiene que esta interpretación, bajo la bandera (*banner*) del desarrollo económico, borra toda distinción entre propiedad privada y propiedad pública y elimina las palabras “para uso público” de la Quinta Enmienda.²⁹³

288 364 F. 3d 1088 (2004).

289 “[...] under our limited grant of certiorari, we have only one narrow question to decide: whether we should create an exception to the full faith and credit statute, and the ancient rule on which it is based, in order to provide a federal forum for litigants who seek to advance federal takings claims that are not ripe until the entry of a final state judgment denying just compensation” (545 U.S., en p. 337).

290 “At base, petitioners’ claim amounts to little more than the concern that it is unfair to give preclusive effect to state court proceedings that are not chosen, but are instead required in order to ripen federal takings claims. Whatever the merits of that concern may be, we are not free to disregard the full faith and credit statute solely to preserve the availability of a federal forum. The Court of Appeals was correct to decline petitioners’ invitation to ignore the requirements of 28 U.S. C. § 1738” (545 U.S., en pp. 347-348).

291 545 U.S. 469 (2005).

292 “[...] when this Court began applying the Fifth Amendment to the States at the close of the 19th century, it embraced the broader and more natural interpretation of public use as “public purpose”” (545 U.S., en pp. 479-480).

293 “Under the banner of economic development, all private property is now vulnerable to being taken

7.5 La Sexta Enmienda

Según la Sexta Enmienda,

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley. Tendrá derecho de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; de que ser confrontado con los testigos que declaren en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que declaren a su favor y de contar con la asistencia de un abogado para su defensa.²⁹⁴

Veamos los casos que se han suscitado durante este período, con motivo de la aplicación de esta Enmienda, en el orden que están allí enumerados.

7.5.1 El derecho a un jurado imparcial

Uno de los problemas más frecuentes que plantea el derecho a un jurado imparcial es el del agravamiento de las penas impuestas por los jueces, sin intervención del jurado, luego de que éste ha determinado los hechos que dan lugar a la pena que debe ser aplicada. Como veremos, algunas leyes estatales permiten que los jueces obren de esta manera, pero la Corte ha sostenido que el agravamiento de las penas, sin intervención del jurado, viola la Sexta Enmienda.

En *Ring v. Arizona*,²⁹⁵ se discutió si la legislación de Arizona, que le permitía al juez por sí solo, sin intervención del jurado, determinar si una persona acusada de homicidio había obrado con premeditación, era violatoria de la Sexta Enmienda. Anthony Ring fue condenado por un jurado por haber cometido un *felony murder*,²⁹⁶ pero la decisión quedó empatada en determinar si había in-

and transferred to another private owner, so long as it might be upgraded—i. e., given to an owner who will use it in a way that the legislature deems more beneficial to the public—in the process. To reason, as the Court does, that the incidental public benefits resulting from the subsequent ordinary use of private property render economic development takings "for public use" is to wash out any distinction between private and public use of property—and thereby effectively to delete the words "for public use" from the Takings Clause of the Fifth Amendment" (545 U.S., en p. 494).

294 "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence".

295 536 U.S. 584 (2002).

296 El *felony murder* es el homicidio no premeditado cometido con ocasión de otro delito, por ejemplo,

currido en *premeditated murder*, es decir, homicidio intencional o en primer grado, que podía acarrear la pena de muerte. Bajo lo establecido por la legislación de Arizona, le correspondía al juez, en audiencia separada sin intervención del jurado, establecer si existían motivos agravantes del delito que permitieran calificarlo como premeditado y aplicar la pena capital. El juez entendió que existían circunstancias agravantes,²⁹⁷ que no había razón suficiente para mitigarlo²⁹⁸ y aplicó la pena máxima. La Corte Suprema debía decidir, entonces, si la ausencia de jurado para decidir esta cuestión era violatoria de la Sexta Enmienda. Para ello se encontró con dos precedentes en cierto modo opuestos. En *Walton v. Arizona*²⁹⁹ había resuelto, por escasa mayoría conservadora,³⁰⁰ que la legislación de Arizona era constitucional, pero diez años más tarde, en *Apprendi v. New Jersey*,³⁰¹ donde no se trataba de un homicidio, sino de disparos de un arma de fuego contra la casa de una familia inspirados por odio racial, la Corte, con mayoría de 5-4, sostuvo que la legislación de New Jersey que le permitía al juez elevar la pena debido a la motivación del delito violaba la cláusula del debido proceso establecida en la Cuarta Enmienda.³⁰²

Frente a esta disyuntiva, por mayoría de 7-2,³⁰³ mediante el voto de Ginsburg, la Corte optó por apartarse de *Walton*. Dice Ginsburg que si bien la regla del *stare decisis* es de fundamental importancia para el *rule of law*, los precedentes de la Corte no son “sacrosantos” y el caso bajo análisis merece derogar el citado precedente.³⁰⁴ Sostiene que *Walton* y *Apprendi* son irreconciliables y, por ende, la Corte no puede cobijar ambos precedentes. *Walton* debe ser derogado, pues, bajo la Sexta Enmienda, la determinación de las circunstancias agravan-

un robo, una violación o un secuestro.

297 El homicidio había tenido lugar con ocasión de un robo.

298 Ring no tenía antecedentes penales relevantes.

299 497 U.S. 639 (1990).

300 En la mayoría votaron Rehnquist, White, O'Connor, Scalia y Kennedy. En la minoría lo hicieron Brennan, T. Marshall, Blackmun y Stevens.

301 530 U.S. 466 (2000).

302 En este caso, la división del Tribunal no se da exactamente entre conservadores y liberales. En la mayoría votaron Stevens, Souter, Scalia, Thomas y Ginsburg. En la minoría lo hicieron Rehnquist, O'Connor, Kennedy y Breyer.

303 En la minoría votaron Rehnquist y O'Connor.

304 “Although “the doctrine of *stare decisis* is of fundamental importance to the rule of law[,] [...] [o]ur precedents are not sacrosanct.” *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172 (1989) (quoting *Welch v. Texas Dept. of Highways and Public Transp.*, 483 U.S. 468, 494 (1987)). “[W]e have overruled prior decisions where the necessity and propriety of doing so has been established.” 491 U.S., at 172. We are satisfied that this is such a case” (536 U.S., en p. 608).

tes de un delito debe ser decidida por un jurado.³⁰⁵ Agrega que el derecho al juicio por jurados se vería sensiblemente disminuido si se aplicara para incrementar la pena de prisión, pero no para determinar si corresponde la pena de muerte.³⁰⁶

Una decisión similar, pero esta vez con mayoría formal de 5-4 formada por votos parciales, coincidentes y disidentes,³⁰⁷ fue adoptada en *Blakely v. Washington*,³⁰⁸ donde el juez, con fundamento en lo permitido por la legislación del estado de Washington, incrementó la condena de un individuo de 53 a 90 años de prisión por el secuestro de su exmujer, alegando la “crueldad deliberada” del hecho. Con fundamento en el caso *Apprendi*, la Corte sostuvo que los hechos que habían dado lugar al incremento de la pena no habían sido analizados por un jurado, lo que era violatorio de la Sexta Enmienda. El mismo criterio fue repetido en *United States v. Booker*.³⁰⁹

También se aseguró el derecho a un jurado imparcial en *Miller-El v. Cockrell*,³¹⁰ donde se discutía qué debe probarse al plantear un *habeas corpus* ante la justicia federal contra una condena en los tribunales locales,³¹¹ cuando se alega que la selección del jurado ha violado tal derecho. Thomas Joe Miller-El, un afroamericano fue condenado a la pena de muerte en los tribunales de Texas por un homicidio cometido durante un robo. Al seleccionar el jurado, la fiscalía ejerció el llamado *peremptory challenge*³¹² y excluyó a 10 de los 11 potenciales jurados afroamericanos. La defensa alegó entonces que la exclusión de estos jurados tenía motivos raciales y planteó un *habeas corpus* ante la justicia federal. Esta

305 “[...] we hold that Walton and Apprendi are irreconcilable; our Sixth Amendment jurisprudence cannot be home to both. Accordingly, we overrule Walton to the extent that it allows a sentencing judge, sitting without a jury, to find an aggravating circumstance necessary for imposition of the death penalty [citas omitidas] Because Arizona’s enumerated aggravating factors operate as ‘the functional equivalent of an element of a greater offense [citas omitidas] the Sixth Amendment requires that they be found by a jury’” (536 U.S., en p. 609).

306 “The right to trial by jury guaranteed by the Sixth Amendment would be senselessly diminished if it encompassed the factfinding necessary to increase a defendant’s sentence by two years, but not the factfinding necessary to put him to death. We hold that the Sixth Amendment applies to both” (536 U.S., en p. 609).

307 En la minoría, además de Rehnquist y O’Connor, votaron Kennedy y Breyer.

308 542 U.S. 296 (2004).

309 543 U.S. 220 (2005).

310 537 U.S. 322 (2003).

311 Recuerdo nuevamente que, en los Estados Unidos, el *habeas corpus* también puede ser planteado ante la justicia federal contra condenas impuestas en los tribunales locales. Ver nota 232.

312 El *peremptory challenge* consiste en el derecho de las partes de excluir discrecionalmente a un cierto número de jurados.

suerte de “apelación federal” no es automática, sino que está regulada por la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA),³¹³ la cual, para declarar formalmente admisible el *habeas corpus*, le exige al tribunal federal la emisión de un *certificate of appealability* (COA). Lo que estaba en juego entonces era qué debía demostrar la defensa para obtener formalmente el COA. En el tribunal de distrito, por medio de una resolución luego confirmada por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito,³¹⁴ la COA fue denegada sobre la base de que no se había demostrado, por medio de una “prueba clara y convincente”, que la decisión del tribunal local había sido irrazonable.³¹⁵ La Corte revocó esta decisión. Con una mayoría de 8-1 donde —vale destacarlo— el único que vota en contra del afroamericano es Thomas, se entendió que el ejercicio del *peremptory challenge* había tenido fundamentos raciales.³¹⁶ Cabe recordar que la discrecionalidad en la selección de los jurados ya había sido limitada por la Corte en *Batson v. Kentucky*,³¹⁷ por medio de un test de tres partes, cuando se probó que tal selección estaba fundada en la raza.³¹⁸ Agrega la sentencia que la decisión so-

313 28 USC, Chapter 153.

314 *Miller-El v. Johnson*, 261 F. 3d 445 (2001).

315 Esta exigencia surge del 28 USC 2254(e)(1), que dice: “In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence”.

316 El voto de Kennedy que lidera la sentencia dice: “A comparative analysis of the venire members demonstrates that African-Americans were excluded from petitioner’s jury in a ratio significantly higher than Caucasians were. Of the 108 possible jurors reviewed by the prosecution and defense, 20 were African-American. Nine of them were excused for cause or by agreement of the parties. Of the 11 African-American jurors remaining, however, all but 1 were excluded by peremptory strikes exercised by the prosecutors. On this basis 91% of the eligible black jurors were removed by peremptory strikes. In contrast the prosecutors used their peremptory strikes against just 13% (4 out of 31) of the eligible nonblack prospective jurors qualified to serve on petitioner’s jury [...] In this case, the statistical evidence alone raises some debate as to whether the prosecution acted with a race-based reason when striking prospective jurors. The prosecutors used their peremptory strikes to exclude 91% of the eligible African-American venire members, and only one served on petitioner’s jury. In total, 10 of the prosecutors’ 14 peremptory strikes were used against African-Americans. Happenstance is unlikely to produce this disparity” (537 U.S., en pp. 331 y 342).

317 476 U.S. 79 (1986).

318 “[...] the Court decided *Batson v. Kentucky* and established its three part process for evaluating claims that a prosecutor used peremptory challenges in violation of the Equal Protection Clause. First, a defendant must make a prima facie showing that a peremptory challenge has been exercised on the basis of race [citas omitidas] Second, if that showing has been made, the prosecution must offer a race-neutral basis for striking the juror in question [citas omitidas] Third, in light of the parties’ submissions, the trial court must determine whether the defendant has shown purposeful discrimination” (537 U.S., en pp. 328-329).

bre el otorgamiento del COA no debe fundarse en la regla de la “prueba clara y convincente”, establecida en 28 USC 2254(e)(1), pues esta norma se aplica para la determinación de los hechos del caso, lo que implica juzgar sobre el fondo del asunto. Debe aplicarse, en cambio, la regla establecida en 28 USC 2253(c)(2),³¹⁹ según la cual, la COA debe otorgarse si el apelante ofrece un *substantial showing* (una prueba evidente) de que se ha violado un derecho constitucional.³²⁰

7.5.2 Los testigos falsos

En *Brady v. Maryland*,³²¹ la Corte había decidido —por mayoría— que la supresión u ocultamiento de pruebas, que pueden absolver o limitar la condena de un imputado, afecta el debido proceso.³²² Sobre esta base fue decidido, durante el período aquí considerado, *Banks v. Dretke*.³²³ En 1980, Delma Banks, Jr. fue condenado a la pena de muerte en los tribunales de Texas por homicidio. Varios años después, Banks supo que Robert Farr, uno de los testigos que declararon en su contra, era un informante pagado por la policía, hecho que no había sido revelado durante el juicio. Se enteró, asimismo, de que Charles Cook, otro testigo de la fiscalía, reconoció haber alterado su confesión como parte de un acuerdo para que se le retiraran ciertos cargos.

Banks planteó entonces su llamada *Brady Claim* en un *habeas corpus* ante un tribunal federal para que su condena fuera revocada y se llevara a cabo un nuevo juicio. Debido a circunstancias procesales del caso, la petición de excluir el testimonio de Cook no fue hecha al momento de plantear el *habeas corpus*, de modo tal que Banks solicitó que fuera considerada temporánea bajo lo establecido en la Rule 15(b) de las Federal Rules of Civil Procedure, que permite

319 28 USC 2253(c)(2) “A certificate of appealability may issue under paragraph (1) only if the applicant has made a substantial showing of the denial of a constitutional right”.

320 “[...] a COA does not require a showing that the appeal will succeed. Accordingly, a court of appeals should not decline the application for a COA merely because it believes the applicant will not demonstrate an entitlement to relief” (537 U.S., en p. 337).

321 373 U.S. 83 (1963).

322 Un Jurado de Maryland encontró culpables a John Brady y Charles Boblit de homicidio en primer grado y ambos fueron condenados a la pena capital. Brady sostuvo durante el juicio que había participado en el robo, pero no en el asesinato. Luego del juicio, Brady se enteró de que Boblit había confesado ser el autor de la muerte y que la fiscalía había ocultado este hecho. Apelada la sentencia, el tribunal de alzada estatal entendió que la supresión de la confesión de Boblit había violado el debido proceso de Brady y devolvió el caso al tribunal inferior para que dictara una nueva sentencia. La Corte Suprema confirmó esta decisión.

323 540 U.S. 668 (2004).

tener por presentadas ciertas peticiones posteriores como si hubieran sido hechas en el escrito original.³²⁴ En el tribunal de distrito, el *habeas corpus* le fue concedido en relación con la condena a la pena de muerte debido a la omisión de la fiscalía de revelar que Farr era informante de la policía. En cambio, le fue denegada la petición de revocar la sentencia que lo había hallado culpable del delito; además, fue rechazada la petición de excluir el testimonio de Cook entendiéndolo inaplicable en el caso la Rule 15(b). La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito fue más dura aún con Banks, pues sostuvo que la exclusión del testimonio de Farr debería haber sido pedida en los tribunales estatales y, en relación con el de Cook, sostuvo que la Rule 15(b) no es aplicable en procedimiento de *habeas corpus*.³²⁵

Veamos ahora cómo resolvió la Corte estas dos cuestiones, adelantando que la sentencia del Quinto Circuito fue revocada en ambas.³²⁶ En relación con el testimonio de Farr, sostuvo —con mayoría de 7-2—,³²⁷ invocando como precedente el caso *Strickler v. Greene*,³²⁸ que Banks no debía plantear su *Brady Claim* en los tribunales estatales en tanto la fiscalía había dicho allí que no tenía nada que ocultar, de modo tal que Banks no tenía por qué cuestionar esa afirmación en tales tribunales.³²⁹ En cuanto al testimonio de Cook, la Corte en forma unánime recordó que, en *Harris v. Nelson*³³⁰ y en *Withrow v. Williams*,³³¹ había admitido la aplicación de la Rule 15(b) en procesos de *habeas corpus*.³³²

324 En la actualidad, el texto de la Rule 15(b) ha cambiado gramáticamente, pero al momento de dictarse la sentencia de la Corte, era el siguiente, tal como está transcrito en la nota 8: “When issues not raised by the pleadings are tried by express or implied consent of the parties, they shall be treated in all respects as if they had been raised in the pleadings. Such amendment of the pleadings as may be necessary to cause them to conform to the evidence and to raise these issues may be made upon motion of any party at any time [...]”.

325 Conforme dice la Corte, la sentencia del Quinto Circuito se dictó *per curiam* y no está publicada (540 U.S., en p. 687).

326 El voto principal fue elaborado por Ginsbrug,

327 Votaron en disidencia Scalia y Thomas.

328 527 U.S. 263 (1999).

329 “Banks’s prosecutors represented at trial and in state postconviction proceedings that the State had held nothing back. Moreover, in state postconviction court, the State’s pleading denied that Farr was an informant [...] It was not incumbent on Banks to prove these representations false; rather, Banks was entitled to treat the prosecutor’s submissions as truthful. Accordingly, Banks has shown cause for failing to present evidence in state court capable of substantiating his Farr Brady claim” (540 U.S., en p. 698).

330 394 U.S. 286 (1969).

331 507 U.S. 680 (1993).

332 Ver 540 U.S., en p. 704.

7.5.3 La Confrontation Clause

Durante este período se produjo un cambio en la interpretación de la Confrontation Clause favorable para los acusados. En *Ohio v. Roberts*,³³³ se había admitido como válida la declaración de un testigo que no puede ser confrontado con el acusado si dicho testimonio tiene un “adecuado indicio de confiabilidad” (*adequate indicia of reliability*). Este criterio fue modificado en *Crawford v. Washington*,³³⁴ donde la Corte, por el voto de Scalia, interpretó más estrictamente el derecho del acusado a ser confrontado con los testigos y sostuvo que si por alguna razón la confrontación no puede tener lugar, el testimonio debe ser descartado.³³⁵

Michael Crawford hirió con un puñal a Kenneth Lee, quien, según Crawford, había intentado violar a Sylvia, su mujer. La defensa del imputado fue cuestionada por la grabación de la declaración de Sylvia efectuada ante la policía, de la cual surgía que Lee no había intentado violarla. Sylvia no pudo ser llamada a confrontar su testimonio con el de su marido por aplicación del privilegio marital y los tribunales del estado de Washington admitieron la declaración de la mujer aplicando el criterio de *Ohio v. Roberts* y condenaron a Crawford.

Esta decisión fue revocada por la Corte Suprema. Luego de hacer un largo *racconto* histórico de este derecho, el voto de Scalia entiende que el principio sentado en *Ohio v. Roberts* debe ser modificado, pues no asegura debidamente el derecho en cuestión tutelado por la Sexta Enmienda y afirma que si el testigo no está disponible para poder ser confrontado con el acusado, su testimonio no puede ser empleado en el juicio.³³⁶

333 448 U.S. 56 (1980).

334 541 U.S. 36 (2004).

335 Rehnquist, seguido por O'Connor, concurre con la decisión, pero entiende que el principio establecido en *Ohio v. Roberts* no debe ser derogado, pues los argumentos del Tribunal no son lo suficientemente persuasivos para ello y porque esta derogación implicaría tender un manto de incertidumbre sobre los procesos criminales. “I dissent from the Court’s decision to overrule *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980). I believe that the Court’s adoption of a new interpretation of the Confrontation Clause is not backed by sufficiently persuasive reasoning to overrule long-established precedent. Its decision casts a mantle of uncertainty over future criminal trials in both federal and state courts, and is by no means necessary to decide the present case” (541 U.S., en p. 69).

336 “Where testimonial evidence is at issue, however, the Sixth Amendment demands what the common law required: unavailability and a prior opportunity for cross-examination [...] Whatever else the term covers, it applies at a minimum to prior testimony at a preliminary hearing, before a grand jury, or at a former trial; and to police interrogations. These are the modern practices with closest kinship to the abuses at which the Confrontation Clause was directed. In this case, the State admitted Sylvia’s testimonial statement against petitioner, despite the fact that he had no opportunity to cross-examine her. That alone is sufficient to make out a violation of the Sixth Amendment. Roberts notwithstanding, we decline to mine the record in search of indicia of reliability. Where testimonial statements are at issue, the only indicium of reliability sufficient to satisfy constitutional

7.5.4 El derecho a contar con un abogado

Uno de los interrogantes complejos que plantea este derecho consiste en determinar si el haber ejercido el derecho a contar con un abogado en la declaración de un delito permite tener por válida la confesión de otro delito diferente, aunque relacionado con el anterior, cuando esta declaración se produce sin asistencia letrada, pero luego de que el detenido renunciara a los *Miranda rights*.

Esta cuestión se planteó en *Texas v. Cobb*,³³⁷ donde la respuesta de la mayoría conservadora de la Corte fue afirmativa, esto es, que tal declaración debe ser admitida. Los hechos del caso son los siguientes. Raymond Levi Cobb confesó, en presencia de su abogado, haber cometido un robo en la vivienda de Lindsey Owings, pero negó tener conocimiento ni participación en la desaparición de la esposa y la hija de éste, ocurrida luego del robo. Tiempo después, estando Cobb excarcelado por el robo, confesó haber asesinado a la esposa (Margaret) y a la hija de Owings (Kori Rae) para cubrir el robo.³³⁸ Esta confesión ante la policía se produjo luego de haber renunciado a sus *Miranda rights*, pero sin estar presente su abogado.

Condenado a muerte por estos homicidios, la defensa de Cobb sostuvo que la confesión de estos debía ser suprimida pues había tenido lugar sin la asistencia letrada que exige la Sexta Enmienda. Este planteo fue admitido por la Court of Criminal Appeals of Texas sobre la base de que, estando íntimamente relacionados estos delitos (el robo y los homicidios), si Cobb había ejercido su derecho a contar con un abogado para la confesión del robo, debería haberlo tenido también al confesar los homicidios.

Con mayoría de 5-4,³³⁹ la Corte Suprema revocó este fallo, sosteniendo que ambos delitos son distintos y, por lo tanto, el haber contado con un abogado al confesar el robo no exigía necesariamente haberlo tenido durante la confesión de los homicidios.³⁴⁰ En otras palabras, siendo dos delitos diferentes, los derechos ejercidos en uno de ellos no se extienden automáticamente al otro.

demands is the one the Constitution actually prescribes: confrontation" (541 U.S., en pp. 68-69).

337 532 U.S. 162 (2001).

338 Cobb se lo contó a su padre, éste acudió a la policía, Cobb fue detenido y, luego de serle leídos sus derechos, confesó los homicidios.

339 Votaron Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas. Kennedy hizo un voto concurrente al cual adhirieron Scalia y Thomas.

340 "At the time [Cobb] confessed to Odessa police, [Cobb] had been indicted for burglary of the Owings residence, but he had not been charged in the murders of Margaret and Kori Rae. As defined by Texas law, burglary and capital murder are not the same offense [...] Accordingly, the Sixth Amendment right to counsel did not bar police from interrogating respondent regarding the murders, and respondent's confession was therefore admissible" (532 U.S., en p. 174).

La minoría, por el contrario, sostuvo que, en tanto los homicidios se habían cometido con ocasión del robo, ambos delitos estaban directamente relacionados (*closely related*), de modo tal que la presencia del abogado era exigible también para la confesión de los homicidios, ya que Cobb, al momento de confesarlos, no había renunciado a ese derecho.³⁴¹

Se ha planteado también si es admisible la ausencia de un abogado en el caso de una condena menor (30 días de prisión), luego suspendida por una *probation* de dos años. En *Alabama v. Shelton*,³⁴² la mayoría de la Corte³⁴³ sostuvo que no lo es, pues, aun en los casos de delitos menores que puedan acarrear la privación de la libertad por un breve período, la presencia de un abogado es necesaria. En el caso se trataba de un indigente que, en el juicio, había decidido ejercer su propia defensa, pese a que el tribunal le había advertido sobre los peligros que ello podía acarrearle, pero sin ofrecerle específicamente la asistencia de un defensor oficial. La mayoría entendió que ello no era un atenuante.³⁴⁴ Aplicó para eso lo resuelto en *Argersinger v. Hamlin*³⁴⁵ y en *Scott v. Illinois*,³⁴⁶ donde se sostuvo que cualquier condena, por pequeña que esta sea, debe producirse con asistencia letrada.³⁴⁷

Además de la falta efectiva de abogado, se ha planteado si la Sexta Enmienda

341 “The Texas Court of Criminal Appeals [...] found that the charged burglary and the uncharged murders were “closely related.” All occurred during a short period of time on the same day in the same basic location. The victims of the murders were also victims of the burglary. Cobb committed one of the murders in furtherance of the robbery, the other to cover up the crimes. The police, when questioning Cobb, knew that he already had a lawyer representing him on the burglary charges and had demonstrated their belief that this lawyer also represented Cobb in respect to the murders by asking his permission to question Cobb about the murders on previous occasions. The relatedness of the crimes is well illustrated by the impossibility of questioning Cobb about the murders without eliciting admissions about the burglary [...] Nor, in my view, did Cobb waive his right to counsel. [...] These considerations are sufficient. The police officers ought to have spoken to Cobb’s counsel before questioning Cobb” (532 U.S., en p. 188).

342 535 U.S. 654 (2002).

343 El voto mayoritario fue redactado por Ginsburg y adhirieron Stevens, O’Connor, Souter y Breyer.

344 En los tribunales de Alabama, Shelton había sido condenado en primera instancia y absuelto luego por la Suprema Corte estatal. La Corte Suprema confirmó esta última decisión.

345 407 U.S. 25 (1972).

346 440 U.S. 367 (1979).

347 “Defendant-respondent LeReed Shelton, convicted of third-degree assault, was sentenced to a jail term of 30 days, which the trial court immediately suspended, placing Shelton on probation for two years. The question presented is whether the Sixth Amendment right to appointed counsel, as delineated in *Argersinger* and *Scott*, applies to a defendant in Shelton’s situation. We hold that a suspended sentence that may “end up in the actual deprivation of a person’s liberty” may not be imposed unless the defendant was accorded “the guiding hand of counsel” in the prosecution for the crime charged” (535 U.S., en p. 658).

protege también las defensas erróneas o negligentes. La respuesta ha sido afirmativa. En *Wiggins v. Smith*,³⁴⁸ un caso de pena capital por homicidio, la defensa, por su propia negligencia, omitió probar —pese a que lo había anticipado— que Kevin Wiggins había tenido una infancia muy problemática, hecho que podría haber atenuado su condena. Condenado en primera instancia, los nuevos defensores plantearon en la apelación que esta omisión había afectado los derechos de Wiggins bajo la Sexta Enmienda. Luego de varias sentencias en los tribunales inferiores, en las cuales se otorgó la razón a una y otra parte, la Corte Suprema, por mayoría de 7-2,³⁴⁹ entendió que la citada omisión probatoria era relevante a dichos efectos.³⁵⁰ Un caso bastante similar fue *Rompilla v. Beard*,³⁵¹ donde la mayoría fue más ajustada. Triunfaron los jueces liberales con la adhesión de O'Connor al voto de Souter. Básicamente, se sostuvo que aun cuando los familiares y el propio convicto habían admitido que no existían pruebas que mitigaran la condena, la defensa había omitido probar la difícil infancia de Rompilla, su capacidad mental y su propensión al alcoholismo como elementos atenuantes.³⁵²

Es interesante también y bastante sutil en cuanto a la relación entre el abogado y su cliente lo decidido en *Florida v. Nixon*.³⁵³ Joe Elton Nixon fue llevado a juicio por secuestro y homicidio. Las pruebas en su contra eran tan abrumadoras que el defensor oficial, luego de consultarlo con su defendido, que no le dio respuesta alguna sobre el punto ni prestó colaboración de ningún tipo con su propia defensa, decidió admitir la comisión del delito y concentró el caso en la obtención de una pena de prisión y no de muerte. Pidió para ello que se tuviera en cuenta la inestabilidad mental de Nixon y su escasa inteligencia. A pesar de ello, Nixon fue condenado a muerte, pero la Corte Suprema de Florida revocó la condena sobre la base de que la admisión de culpabilidad como estrategia profesional nunca había sido expresamente aprobada por Nixon.

Estaba en juego, entonces, si la Sexta Enmienda, en casos como este, requie-

348 539 U.S. 510 (2003).

349 En disidencia votaron Scalia y Thomas.

350 Según el voto de O'Connor, que forma la mayoría, "Had the jury been able to place [Wiggins] excruciating life history on the mitigating side of the scale, there is a reasonable probability that at least one juror would have struck a different balance" (539 U.S., en p. 537).

351 545 U.S. 374 (2005).

352 "We hold that even when a capital defendant's family members and the defendant himself have suggested that no mitigating evidence is available, his lawyer is bound to make reasonable efforts to obtain and review material that counsel knows the prosecution will probably rely on as evidence of aggravation at the sentencing phase of trial" (545 U.S., en p. 377).

353 543 U.S. 175 (2004).

re del acusado una aprobación expresa sobre la estrategia de su abogado o si es suficiente que aquel haya sido debidamente informado y no haya formulado oposición. Por mayoría de 8-0,³⁵⁴ mediante el voto de Ginsbrug, la Corte Suprema sostuvo esto último. Entendió que el derecho a contar con un abogado no se ve afectado si se informa al cliente de la estrategia a seguir y éste no contesta, no siendo necesario para ello una aprobación expresa.³⁵⁵

Más simple fue el caso *Fellers v. United States*.³⁵⁶ Después de ser acusado por un Gran Jurado de distribuir drogas, la policía obtuvo una orden de arresto contra John J. Fellers. Al momento de ser detenido, éste hizo algunas declaraciones autoincriminatorias, que fueron reproducidas estando ya en la comisaría del condado y luego de haber renunciado por escrito a sus *Miranda rights*. En el juicio, Fellers pidió que sus dichos al momento de ser detenido fueran excluidos. Pidió también que su declaración en la comisaría no fuera tenida como prueba por ser el “fruto de un árbol venenoso”. El tribunal de distrito le hizo lugar en cuanto a sus manifestaciones iniciales, pero mantuvo su declaración policial, pues Fellers, para entonces, ya había renunciado a ejercer sus *Miranda rights*. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito sobre la base de que, al momento de la detención, la policía en realidad no lo había interrogado.³⁵⁷ Por unanimidad,³⁵⁸ la Corte Suprema revocó esta decisión entendiendo que era errónea porque: (a) la primera declaración había sido inducida o provocada por la policía sin la presencia de un abogado; y (b) como consecuencia de ello, no correspondía analizar la cuestión desde el punto de vista de la regla de exclusión bajo la Quinta Enmienda.³⁵⁹ Ordenó entonces dictar una nueva sentencia, disponiendo que se analizara si, bajo la Sexta Enmienda, era válida la segunda declaración como fruto de la primera, que había sido inducida por la policía sin la asistencia letrada del detenido.

354 Rehnquist no votó en este caso.

355 “When counsel informs the defendant of the strategy counsel believes to be in the defendant’s best interest and the defendant is unresponsive, counsel’s strategic choice is not impeded by any blanket rule demanding the defendant’s explicit consent” (543 U.S., en p. 192).

356 540 U.S. 519 (2004).

357 285 F. 3d 721 (2002).

358 La sentencia está conducida por el voto de O’Connor.

359 “The Court of Appeals erred in holding that the absence of an “interrogation” foreclosed petitioner’s claim that the jailhouse statements should have been suppressed as fruits of the statements taken from petitioner at his home. First, there is no question that the officers in this case “deliberately elicited” information from petitioner [...] Second, because of its erroneous determination that petitioner was not questioned in violation of Sixth Amendment standards, the Court of Appeals improperly conducted its “fruits” analysis under the Fifth Amendment” (540 U.S., en p. 525).

7.6 La Octava Enmienda

Conforme la Enmienda Octava, está prohibido: (a) exigir fianzas excesivas; (b) aplicar multas exageradas; y (c) imponer castigos crueles e inusuales.³⁶⁰

7.6.1 La pena de muerte

Empecemos con los casos de pena de muerte que, aun cuando en algunos estados está legalmente admitida, puede implicar, según las circunstancias, un castigo cruel o inusual.

Analizaré en primer lugar *Shafer v. South Carolina*,³⁶¹ un proceso llevado a cabo en los tribunales de South Carolina, donde la cuestión a resolver era si las instrucciones dadas al jurado en la audiencia para dictar sentencia cumplían con lo resuelto por la Corte en *Simmons v. South Carolina*.³⁶² Allí, la Corte había establecido que, en los casos de pena capital, en los cuales se discute la peligrosidad del condenado y la única alternativa a la pena de muerte es la prisión perpetua sin posibilidad alguna de conceder la libertad condicional, el debido proceso exige que el jurado sea informado de que el sujeto es inelegible para obtener tal beneficio. Ello permite, tal vez, que, en lugar de la pena de muerte, se condene a prisión perpetua. Wesley Aaron Shafer fue condenado por homicidio y robo y, al momento de establecer la pena que debía ser aplicada, la defensa y la fiscalía discutieron si el jurado debía ser informado acerca de si Shafer podía beneficiarse en algún momento con la libertad condicional. Según la acusación, esto no era necesario porque no tenía pensado presentar argumentos agravantes del delito, pero, sin embargo, se alegó sobre su peligrosidad y mala conducta. La defensa sostuvo entonces que, frente a estos argumentos, era necesario darle al jurado las *Simmons instructions*. El tribunal, finalmente, solo instruyó al jurado acerca de que la pena a prisión perpetua implicaba que el condenado no obtendría libertad condicional. Shafer fue condenado a la pena capital y la Suprema Corte de South Carolina confirmó esta decisión argumentando que no era necesario impartir las *Simmons instructions*, ya que Shafer, conforme la legislación del estado, no podía obtener la libertad condicional. Por mayoría de 7-2,³⁶³ con voto de Ginsburg, la Corte entendió que, bajo el

360 “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”.

361 532 U.S. 36 (2001).

362 512 U.S. 154 (1994).

363 Votaron en disidencia Scalia y Thomas.

criterio establecido en *Simmons*, la información recibida por el jurado había sido insuficiente, en tanto éste siempre debe tener presente claramente que, en el caso en particular, el condenado no puede obtener la libertad condicional. La sentencia de la Suprema Corte de South Carolina fue revocada y se ordenó dictar un nuevo pronunciamiento.

Veamos ahora el caso *Penry v. Johnson*,³⁶⁴ donde también estaban en juego las instrucciones dadas al jurado en la etapa de fijación de la pena. En 1980, John Paul Henry fue condenado a muerte en los tribunales de Texas por la violación y muerte de Pamela Carpenter, en 1978. Al momento de fijarse la pena en este primer juicio, las instrucciones dadas al jurado no permitían tener en cuenta, como elementos atenuantes, que Penry era mentalmente retardado y que había sido abusado en su niñez. A raíz de ello, la Corte, en 1989, anuló la sentencia y ordenó llevar a cabo un nuevo juicio.³⁶⁵

En el segundo juicio, Penry fue nuevamente hallado culpable y condenado a muerte también. En este segundo proceso, las instrucciones dadas al jurado tampoco permitían al jurado evaluar las condiciones mentales de Penry y, además, uno de los peritos psiquiatras que testificó en la audiencia de fijación de la pena empleó como documento de apoyo ciertas afirmaciones autoincriminatorias que Penry había formulado a otro psiquiatra durante una evaluación producida en el primer juicio. Contra esta segunda sentencia de condena, Penry planteó un *habeas corpus* en los tribunales federales, pero éste fue rechazado por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito.³⁶⁶ Concedido el *certiorari* contra esta decisión, la Corte debía decidir dos cuestiones: si las instrucciones dadas al jurado eran constitucionalmente adecuadas y si el empleo de la evaluación psiquiátrica en la cual Penry se había autoincriminado era violatorio de la Quinta Enmienda. Ambas cuestiones fueron respondidas negativamente; la primera por una mayoría de 6-3³⁶⁷ y la segunda de forma unánime. La Corte se pronuncia por medio del voto de O'Connor, el cual sostiene, respecto de la primera cuestión, que las instrucciones dadas al jurado en el segundo juicio eran las mismas que se habían dado en el primero y éstas ya habían sido consideradas inadecuadas por el Tribunal.³⁶⁸ En punto a la segunda, sostiene que lo

364 532 U.S. 782 (2001).

365 *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989) (Penry I).

366 215 F. 3d 504 (2000).

367 Votaron en disidencia Rehnquist, Scalia y Thomas.

368 "The three special issues submitted to the jury were identical to the ones we found constitutionally inadequate as applied in *Penry L*. Although the supplemental instruction made mention of

registrado en la evaluación psiquiátrica de Penry no fue un elemento decisivo para su condena, ya que existían otros testimonios acerca de su peligrosidad.³⁶⁹

Con menos sofisticaciones que en los casos anteriores, en *Atkins v. Virginia*³⁷⁰ la Corte sostuvo que la ejecución de una persona mentalmente retardada constituía un castigo cruel e inusual (*cruel and unusual punishment*). Si bien el caso tiene alguna complejidad procesal, lo cierto es que lo importante en él es la mencionada conclusión que emite el voto de Stevens, con disidencia de Rehnquist, Scalia y Thomas. Se hace allí la salvedad de que si bien una persona mentalmente retrasada debe ser castigada penalmente cuando comete un delito, no puede dejarse de reconocer que su capacidad para comprender la gravedad de su conducta criminal es diferente a las de las personas normales y, por ende, no merecen iguales penas.³⁷¹

Atkins v. Virginia sirvió de plataforma argumental para que, en *Roper v. Simmons*,³⁷² se fijaran los 18 años como edad mínima para la aplicación de la pena de muerte. Con ello fue revocado lo decidido en *Thompson v. Oklahoma*,³⁷³ que la había fijado en 16 años.³⁷⁴ Apelando a los *evolving standards of decency that*

mitigating evidence, the mechanism it purported to create for the jurors to give effect to that evidence was ineffective and illogical. The comments of the court and counsel accomplished little by way of clarification. Any realistic assessment of the manner in which the supplemental instruction operated would therefore lead to the same conclusion we reached in *Penry I*" (532 U.S., en p. 804).

369 "While the Peebles report was an effective rhetorical tool, it was by no means the key to the State's case on the question whether Penry was likely to commit future acts of violence. We therefore have considerable doubt that the admission of the Peebles report, even if erroneous, had a "substantial and injurious effect" on the verdict" (532 U.S., en p. 796).

370 536 U.S. 304 (2002).

371 "Those mentally retarded persons who meet the law's requirements for criminal responsibility should be tried and punished when they commit crimes. Because of their disabilities in areas of reasoning, judgment, and control of their impulses, however, they do not act with the level of moral culpability that characterizes the most serious adult criminal conduct. Moreover, their impairments can jeopardize the reliability and fairness of capital proceedings against mentally retarded defendants [...] the American public, legislators, scholars, and judges have deliberated over the question whether the death penalty should ever be imposed on a mentally retarded criminal. The consensus reflected in those deliberations informs our answer [...] that death is not a suitable punishment for a mentally retarded criminal. We are not persuaded that the execution of mentally retarded criminals will measurably advance the deterrent or the retributive purpose of the death penalty. Construing and applying the Eighth Amendment in the light of our "evolving standards of decency," we therefore conclude that such punishment is excessive and that the Constitution "places a substantive restriction on the State's power to take the life" of a mentally retarded offender" (536 U.S., en pp. 306-307 y 321).

372 543 U.S. 551 (2005).

373 487 U.S. 815 (1988).

374 Recordemos que un año después, en *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989), la Corte había

mark the progress of a maturing society,³⁷⁵ invocados inicialmente en *Trop v. Dulles*³⁷⁶ y repetidos en *Atkins*, la Corte, con mayoría de 5-4,³⁷⁷ entendió que la evolución de los estudios psiquiátricos y el consenso general de la sociedad indican que la edad mínima para la pena de muerte debe ser establecida en 18 años.³⁷⁸

7.6.2 Los castigos excesivos

Además de la pena de muerte, un castigo excesivo puede estar determinado por la duración de la pena. Esta cuestión fue analizada en *Ewing v. California*,³⁷⁹ donde el acusado fue condenado a 25 años de prisión por robar tres palos de golf. Veamos, sin embargo, las circunstancias del caso y por qué la mayoría conservadora de la Corte confirmó por 5-4 la condena impuesta en los tribunales de California sin atenuar el rigor de la ley aplicable. Conforme la legislación de California, quien comete un tercer delito, aunque leve, luego de dos condenas por delitos graves anteriores, puede ser sentenciado a una pena entre 25 años y prisión perpetua.³⁸⁰ Este fue el caso de Gary Ewing. Estando en libertad condicional por robo, habiendo sido condenado a 9 años de prisión,³⁸¹ Ewing entró a un negocio y hurtó tres palos de golf. Aplicando la *three strikes law*, en

sostenido que la pena de muertes aplicada a personas entre 15 y 18 años no era inconstitucional.

375 Podría traducirse como “los estándares de decencia en evolución (o desarrollo), que marcan el progreso de una sociedad en maduración”.

376 356 U.S. 86, 100,101 (1958).

377 En la mayoría votaron Stevens, Souter, Kennedy, Ginsburg y Breyer.

378 “The evidence of national consensus against the death penalty for juveniles is similar, and in some respects parallel, to the evidence *Atkins* held sufficient to demonstrate a national consensus against the death penalty for the mentally retarded [...] It is difficult even for expert psychologists to differentiate between the juvenile offender whose crime reflects unfortunate yet transient immaturity, and the rare juvenile offender whose crime reflects irreparable corruption [...] Drawing the line at 18 years of age is subject, of course, to the objections always raised against categorical rules. The qualities that distinguish juveniles from adults do not disappear when an individual turns 18. By the same token, some under 18 have already attained a level of maturity some adults will never reach. For the reasons we have discussed, however, a line must be drawn. The plurality opinion in *Thompson* drew the line at 16. In the intervening years the *Thompson* plurality’s conclusion that offenders under 16 may not be executed has not been challenged. The logic of *Thompson* extends to those who are under 18. The age of 18 is the point where society draws the line for many purposes between childhood and adulthood. It is, we conclude, the age at which the line for death eligibility ought to rest” (543 U.S., en pp. 564, 573 y 574).

379 538 U.S. 11 (2003).

380 Es la llamada *three strikes law*, existente en California y otros estados.

381 Ewing ya tenía, por entonces, un largo historial, pues había sido condenado varias veces por hurtos menores. Ver 538 U.S., en p. 18.

los tribunales de California Ewing fue condenado a 25 años de prisión. La Corte —por medio del voto de O’Connor— confirmó la condena sosteniendo que esta política criminal de los estados, tendiente a prevenir la comisión de nuevos delitos por quienes ya han sido condenados varias veces, no es contraria a la Octava Enmienda.³⁸²

7.7 La Décima Primera Enmienda

A diferencia de lo que ocurre en la Argentina, en los Estados Unidos la Décima Primera Enmienda establece que los estados no están sometidos a la jurisdicción federal.³⁸³ Si bien la Enmienda es clara, ello no impide que ciertos casos sean dudosos o bien que el Congreso y la jurisprudencia hayan establecido algunas excepciones a la regla general.

Así, en *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*³⁸⁴ se discutió si dos empleados públicos de Alabama³⁸⁵ podían demandar al estado por daños y perjuicios, ante los tribunales federales, bajo lo dispuesto en la *Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA)*,³⁸⁶ que prohíbe discriminar en razón de una discapacidad.³⁸⁷ Debe recordarse que esta cuestión ya había sido resuelta anteriormente en el sentido de aplicar la Enmienda Décima Primera.³⁸⁸ En este

382 “When the California Legislature enacted the three strikes law, it made a judgment that protecting the public safety requires incapacitating criminals who have already been convicted of at least one serious or violent crime. Nothing in the Eighth Amendment prohibits California from making that choice. To the contrary, our cases establish that “States have a valid interest in deterring and segregating habitual criminals”. *Parke v.aley*, 506 U.S. 20, 27 (1992); *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 451 (1962)” (538 U.S., en p. 25).

383 “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State”.

384 531-U.S. 356 (2001).

385 Se trataba de Patricia Garrett, directora de Enfermería (*Director of Nursing*) de la University of Alabama, y Milton Ash, guardia de seguridad del Departamento de Servicios Juveniles (Alabama Department of Youth Services).

386 42 USC § 12112(a).

387 A Garret no se le permitió volver a su cargo como *Director of Nursing* luego de haber estado sometida a un tratamiento por cáncer de pecho, en tanto que Ash, que padecía asma crónica y apnea, solicitó cambios en su puesto de trabajo más acordes con su condición, los que le fueron negados.

388 *Kimel v. Florida Bd. of Regents*, 528 U.S. 62, 72-73 (2000); *College Savings Bank v. Florida Prepaid Post-secondary Ed. Expense Bd.*, 527 U.S. 666, 669-670 (1999); *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44, 54 (1996); *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1, 15 (1890).

En *Kimel*, el primero de los fallos citados, resuelto en el October Term 1999, la ley que invocaban los actores era la Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA). Se sostuvo en este caso

caso, el tribunal de distrito había rechazado su competencia, pero la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito revocó esta decisión.³⁸⁹ A su vez, la Corte Suprema, dividida 5-4 entre conservadores y liberales, resolvió que la jurisdicción federal no era competente. Los primeros, en la mayoría, entendieron que la Décima Primera Enmienda debía aplicarse y los segundos, en minoría, sostuvieron lo contrario. La mayoría, conducida por el voto de Rehnquist, dijo que la jurisdicción federal en estos casos solo puede extenderse a los estados cuando éstos incurren en un patrón de discriminación violatorio de la Enmienda Catorce, lo que no ocurría en el caso.³⁹⁰ El voto de Breyer, en cambio, sostuvo que Alabama incurría reiteradamente en discriminación contra los discapacitados y acompañó su voto con un apéndice indicando las numerosas situaciones que daban prueba de ello.

Por el contrario, en *Tennessee v. Lane*,³⁹¹ donde el estado fue demandado por carecer de medios que les facilitaran a las personas discapacitadas el acceso a los pisos superiores de los tribunales, la decisión fue contraria a *Tennessee*, pues O'Connor —acompañando la opinión de Stevens— votó junto con los jueces liberales, entendiendo que no aplicaba lo decidido en *Garrett*, en tanto estaba probado que el estado había incurrido en un patrón discriminatorio contra los discapacitados.

resuelto con mayoría conservadora de 5-4, mediante el voto de O'Connor, que la ley en cuestión violaba la soberanía estatal otorgada por la Décima Primera Enmienda, pues las leyes estatales antidiscriminación en razón de la edad se mantenían vigentes y los empleados podían accionar ante los tribunales locales en virtud de esas leyes. “[...] in the ADEA, Congress did not validly abrogate the States’ sovereign immunity to suits by private individuals. State employees are protected by state age discrimination statutes, and may recover money damages from their state employers, in almost every State of the Union. Those avenues of relief remain available today, just as they were before this decision” (528 U.S., en p. 92).

Se entendió también que la ADEA era inconstitucional bajo la Enmienda Catorce, pues el Congreso había intentado resolver por medio de una ley federal un problema que estaba debidamente previsto en las leyes estatales. “Our examination of the ADEA’s legislative record confirms that Congress’ 1974 extension of the Act to the States was an unwarranted response to a perhaps inconsequential problem. Congress never identified any pattern of age discrimination by the States, much less any discrimination whatsoever that rose to the level of constitutional violation. The evidence compiled by petitioners to demonstrate such attention by Congress to age discrimination by the States falls well short of the mark. That evidence consists almost entirely of isolated sentences clipped from floor debates and legislative reports” (528 U.S., en p. 89).

389 193 F. 3d 1214 (1999).

390 “[...] in order to authorize private individuals to recover money damages against the States, there must be a pattern of discrimination by the States which violates the Fourteenth Amendment, and the remedy imposed by Congress must be congruent and proportional to the targeted violation. Those requirements are not met here [...]” (531-U.S., en p. 374).

391 541 U.S. 509 (2004).

Tampoco fue aplicada la Décima Primera Enmienda en *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*.³⁹² William Hibbs, un empleado del Nevada Department of Human Resources, pidió licencia para poder atender la enfermedad de su esposa. Esta licencia fue pedida bajo lo dispuesto en la Family and Medical Leave Act of 1993 (FMLA).³⁹³ Al término de la licencia, Hibbs no se reincorporó y fue despedido, entonces demandó ante la justicia federal al Departamento de Recursos Humanos de Nevada reclamando daños y perjuicios bajo lo establecido en la FMLA. El tribunal de distrito sostuvo que era de aplicación la Enmienda Décima Primera, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revocó esta decisión.³⁹⁴ En coincidencia con esta sentencia, por mayoría de 6-3,³⁹⁵ la Corte Suprema entendió que Nevada podía ser demandado ante un tribunal federal por aplicación de la FMLA. Sostuvo para ello que la conducta de los estados en la administración de las licencias justificaba el dictado de la ley federal (profiláctica) bajo lo establecido en la sección 5 de la enmienda Catorce.³⁹⁶

Una afirmación de la inmunidad soberana (*sovereign immunity*) de los estados ante la jurisdicción federal tuvo lugar en *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Ports Authority*.³⁹⁷ En este supuesto, ya no se trataba de un tribunal judicial, sino de un tribunal administrativo. Los hechos del caso son los siguientes. La South Carolina Maritime Services, Inc. le pidió autorización a la autoridad portuaria de South Carolina (South Carolina State Ports Authority, SCSPA) para que en el puerto de Charleston atracara un buque turístico de crucero, en el cual estaban permitidos los juegos de azar. La SCSPA denegó la autorización sosteniendo que, en Charleston, no estaba permitido el atraque de buques cuyo propósito esencial fueran los juegos de azar. Frente a esta negativa, la compañía planteó el caso ante la Federal Maritime Commission (FMC), un tribunal administrativo, alegando que la negativa violaba la Shipping Act de 1984. Inicialmente, la FMC rechazó la pretensión invocando la inmunidad soberana de South Carolina, pero luego revocó su propia decisión, sosteniendo

392 538 U.S. 721 (2003).

393 29 USC § 2612(a)(1)(C).

394 273 F. 3d 844 (2001).

395 En minoría votaron Scalia, Kennedy y Thomas.

396 "In sum, the States' record of unconstitutional participation in, and fostering of, gender-based discrimination in the administration of leave benefits is weighty enough to justify the enactment of prophylactic [Fourteenth amendment's] § 5 legislation".

397 533 U.S. 743 (2002).

que tal inmunidad solo aplicaba para tribunales judiciales. Esta sentencia, a su vez, fue revocada por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito.³⁹⁸ Dividida nuevamente 5-4 entre conservadores y liberales, la Corte Suprema —por medio del voto de Thomas— confirmó esta decisión, extendiendo la inmunidad jurisdiccional de los estados a la FMC, en tanto sus procedimientos son muy similares a los de un tribunal judicial.³⁹⁹

7.8 La Décima Cuarta Enmienda

7.8.1 La igualdad ante la ley

Entre los muchos derechos que garantiza la Enmienda Catorce, el primero de ellos, contenido en la Sección 1, es la igualdad ante la ley.⁴⁰⁰ Veamos algunos casos en los cuales se ha planteado la protección de este derecho.

Conforme la American Disabilities Act of 1990 (ADA), se considera discriminatorio no hacer alteraciones o modificaciones razonables en las políticas, prácticas o procedimientos que sean necesarias para que las personas discapacitadas puedan acceder a las *public accommodations*, en tanto esas alteraciones no alteren, fundamentalmente, la naturaleza de los servicios prestados o de los bienes empleados.⁴⁰¹ Esta norma fue interpretada en *PGA Tour v. Martin*,⁴⁰² caso en el cual Casey Martin, un golfista impedido de caminar por una enfermedad circulatoria degenerativa, solicitó jugar un torneo movilizándose en un carrito en lugar de ir caminando. PGA Tour, la entidad que organizaba el torneo, denegó esta solicitud aplicando rígidamente la regla general según la cual los torneos se juegan caminando, pues ello incide en la fatiga propia de cada jugador en cada golpe. La demanda fue admitida en todas las instancias.

398 243 F. 3d 165 (2001).

399 “[...] the similarities between FMC proceedings and civil litigation are overwhelming. In fact, to the extent that situations arise in the course of FMC adjudications “which are not covered by a specific Commission rule,” the FMC’s own Rules of Practice and Procedure specifically provide that “the Federal Rules of Civil Procedure will be followed to the extent that they are consistent with sound administrative practice”” (533 U.S., en p. 759).

400 “No State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

401 42 USC § 12181(b)(2)(A)(ii): “For purposes of subsection (a), discrimination includes [...] a failure to make reasonable modifications in policies, practices, or procedures, when such modifications are necessary to afford such goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations to individuals with disabilities, unless the entity can demonstrate that making such modifications would fundamentally alter the nature of such goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations”.

402 532 U.S. 661 (2001).

Con mayoría de 7-2,⁴⁰³ la Corte Suprema sostuvo que el empleo del carrito en modo alguno alteraba las reglas del torneo, pues la prueba producida indicaba que su condición le producía a Martin, al menos, una fatiga igual a la de los otros jugadores.⁴⁰⁴

También estuvo en discusión si la American Disabilities Act of 1990 se aplica a las embarcaciones comerciales pese a que no tuvieran bandera de los Estados Unidos. Este problema fue analizado en *Spector v. Norwegian Cruise Line*,⁴⁰⁵ donde un grupo de pasajeros con discapacidades demandó a la Norwegian Cruise Line por no cumplir con las regulaciones de la citada ley. En su defensa, la compañía alegó que la ley no le era aplicable en el caso, pues el barco en cuestión, si bien partía y regresaba a puertos de los Estados Unidos,⁴⁰⁶ tenía bandera norteamericana. La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito rechazó la demanda, sosteniendo que el buque no tenía bandera de los Estados Unidos,⁴⁰⁷ pero la Corte Suprema, por mayoría de 6-3,⁴⁰⁸ mediante el voto de Kennedy, entendió que la ADA era aplicable al caso.⁴⁰⁹

Otro aspecto de la igualdad ante la ley fue analizado en *Jackson v. Birmingham Board of Education*.⁴¹⁰ Roderick Jackson, entrenador del equipo femenino de básquet de una escuela pública de Birmingham, Alabama, fue removido de su puesto luego de haberse quejado de que el equipo había sufrido una discriminación en razón del sexo en el programa de deportes.⁴¹¹ Con tal motivo, demandó al Board of Education, alegando que su remoción como entrenador

403 En disidencia votaron Scalia y Thomas.

404 “[...] the Court relies upon the District Court’s finding that even with a cart [Martin] will be at least as fatigued as everyone else” (532 U.S., en p. 702).

405 545 U.S. 119 (2005).

406 Cabe mencionar, además, que la sociedad estaba legalmente constituida bajo la legislación de Bermuda, pero tenía la sede principal de sus negocios en Miami y transportaba, principalmente, ciudadanos o residentes de los Estados Unidos.

407 215 F. 3d 1237 (2000).

408 En la minoría votaron Rehnquist, O’Connor y Scalia.

409 “The Court of Appeals for the Fifth Circuit held that general statutes do not apply to foreign-flag ships in United States waters. This Court’s cases, however, stand only for the proposition that general statutes are presumed not to impose requirements that would interfere with the internal affairs of foreign-flag vessels. Except insofar as Title III regulates a vessel’s internal affairs—a category that is not always well defined and that may require further judicial elaboration—the statute is applicable to foreign ships in United States waters to the same extent that it is applicable to American ships in those waters” (545 U.S., en pp. 141-142).

410 544 U.S. 167 (2005).

411 Jackson había denunciado que el equipo no recibía fondos suficientes y que ello le impedía llevar a cabo sus tareas.

había sido una represalia (*retaliation*) a su queja, en violación al Título IX de la Education Amendments of 1972,⁴¹² que les prohíbe a las escuelas subsidiadas por el Gobierno federal discriminar en razón del sexo.⁴¹³ Tanto el tribunal de distrito como la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito⁴¹⁴ rechazaron la demanda sosteniendo que la citada norma no prohíbe las represalias. Por mayoría de 5-4, con O'Connor como autora del voto mayoritario junto con los jueces liberales, la Corte revocó esta decisión y ordenó que se dictara un nuevo pronunciamiento.⁴¹⁵

7.8.2 La *affirmative action*

Muy vinculada, por cierto, con la igualdad ante la ley, está la *affirmative action*, mediante la cual —en igualdad de condiciones— se les da preferencia a personas integrantes de grupos minoritarios. Ello trae como consecuencia planteos por parte de los miembros de las mayorías, como el que tuvo lugar en *Grutter v. Bollinger*.⁴¹⁶ Barbara Grutter, una residente blanca de Michigan, aplicó para ser admitida en la University of Michigan Law School. Pese a que estaba debidamente calificada para ingresar, su admisión le fue denegada en tanto la Universidad, siguiendo lo establecido por la Corte Suprema en *Regents of University of California. v. Bakke*,⁴¹⁷ empleaba para establecer los cupos de su alumnado un criterio basado en la diversidad racial.

Grutter demandó a la Universidad ante los tribunales federales, sosteniendo haber sido discriminada bajo lo dispuesto en la Enmienda Catorce y la Civil Rights Act of 1964. Tuvo éxito en el tribunal de distrito, pero la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito rechazó la demanda sosteniendo que el programa

412 20 USC § 1681(a).

413 Según esta norma, “[n]o person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any education program or activity receiving Federal financial assistance [...]”.

414 309 F. 3d 1333 (2002).

415 “The regulations implementing Title IX clearly prohibit retaliation and have been on the books for nearly 30 years [...] More importantly, the Courts of Appeals that had considered the question at the time of the conduct at issue in this case all had already interpreted Title IX to cover retaliation [...] The Board could not have realistically supposed that, given this context, it remained free to retaliate against those who reported sex discrimination [...] A reasonable school board would realize that institutions covered by Title IX cannot cover up violations of that law by means of discriminatory retaliation” (544 U.S., en pp. 183-184).

416 539 U.S. 306 (2003).

417 438 U.S. 265 (1978).

de admisiones de Michigan en punto a la raza era *narrowly tailored*, es decir, que el factor racial era solo uno de los elementos a tener en cuenta para las admisiones y, por lo demás, era idéntico al empleado en Harvard University, el cual había sido tenido en cuenta en el caso *Bakke*.⁴¹⁸ La Corte Suprema confirmó esta decisión por 5-4, en la cual O'Connor, autora del voto principal, votó con los jueces liberales apoyándose en lo ya decidido en *Bakke*, más específicamente, en el voto de Powell que condujo la opinión del Tribunal.⁴¹⁹ En su opinión, los llamados *race-conscious admissions programs* (programas de admisión que tienen en cuenta la raza), cuando están *narrowly tailored*, no afectan los derechos de las mayorías.⁴²⁰

Distinta fue la solución en *Gratz v. Bollinger*,⁴²¹ donde dos estudiantes caucásicos cuestionaron el programa de admisiones para *undergraduates*⁴²² en la University of Michigan College of Literature, Science, and the Arts. En este caso, la Corte, por mayoría de 6-3, donde O'Connor y Breyer votaron con los jueces conservadores, entendió que el programa no era *narrowly tailored* y, como tal, permitía la discriminación.

7.8.3 El debido proceso

Conforme la legislación de Connecticut,⁴²³ los exconvictos por delitos sexuales deben registrarse en el Department of Public Safety (DPS) y sus datos de identidad, descripción y fotografía se publican en el *website* del Departamento y deben ser permanentemente actualizados. Esta legislación fue impugnada por un individuo por medio de una acción de clase en *Connecticut Department of Public Safety v. Doe*.⁴²⁴ Sostenía el actor que la registración obligatoria violaba su

418 288 F. 3d 732 (2002).

419 "Since this Court's splintered decision in *Bakke*, Justice Powell's opinion announcing the judgment of the Court has served as the touchstone for constitutional analysis of race-conscious admissions policies. Public and private universities across the Nation have modeled their own admissions programs on Justice Powell's views on permissible race-conscious policies" (539 U.S., en p. 323).

420 "[...] in the context of its individualized inquiry into the possible diversity contributions of all applicants, the Law School's race-conscious admissions program does not unduly harm nonminority applicants" (539 U.S., en p. 341).

421 539 U.S. 244 (2003).

422 Son los estudiantes que no tienen todavía un grado en la educación superior, usualmente el *bachelor's degree*.

423 Es la llamada *Megan's Law*.

424 538 U.S. 1 (2003).

debido proceso, en tanto se lo calificaba como una persona peligrosa para la comunidad sin haber tenido el derecho a ser oído. En el tribunal de distrito la demanda prosperó y esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito.⁴²⁵ La Corte Suprema, en cambio, unánimemente, mediante el voto de Rehnquist, entendió que no estaba afectado el debido proceso, en tanto el deber de registrarse pesaba igualmente sobre todos los ex-convictos no porque estuvieran calificados como peligrosos, sino por el hecho objetivo de haber sido condenados por delitos sexuales. Concederle entonces una audiencia para que el actor demostrara que no era peligroso sería un ejercicio inefectivo (*bootless*).⁴²⁶

7.9 Homosexualidad y privacidad

Un cambio radical en la jurisprudencia de la Corte sobre la penalización de la homosexualidad cuando ésta tiene lugar en un ámbito privado se produjo en *Lawrence v. Texas*,⁴²⁷ donde fue derogada la doctrina de *Bowers v. Hardwick*.⁴²⁸ Recordemos que en este último caso —por mayoría de 5-4—⁴²⁹ se convalidó una ley de Georgia que castigaba la homosexualidad.⁴³⁰ Los hechos de *Lawrence* eran similares a los de *Hardwick*,⁴³¹ pero la Corte modificó el criterio allí sostenido. Con mayoría de 6-3,⁴³² mediante el voto de Kennedy, la sentencia hace fuerte hincapié en que los actos privados no pueden ser interferidos por el Gobierno.⁴³³

425 271 F. 3d 38 (2001).

426 “[...] even if respondent could prove that he is not likely to be currently dangerous, Connecticut has decided that the registry information of all sex offenders—currently dangerous or not—must be publicly disclosed. Unless respondent can show that that substantive rule of law is defective (by conflicting with a provision of the Constitution), any hearing on current dangerousness is a bootless exercise” (538 U.S., en pp. 7-8).

427 539 U.S. 558 (2003).

428 478 U.S. 186 (1986).

429 En la mayoría votaron Burger, White, Powell, Rehnquist, O’Connor. En la minoría lo hicieron T. Marshall, Brennan, Blackmun y Stevens.

430 El caso ponía en juego también el derecho a la privacidad, pues al momento de su arresto Michael Hardwick estaba con otro varón adulto en su dormitorio manteniendo una relación sexual consentida.

431 A raíz de una denuncia por disturbios producidos por el empleo de armas, la policía ingresó a la vivienda de John Lawrence, en Houston, Texas, y comprobó que estaba teniendo relaciones sexuales consensuadas con Tyron Garner, otro varón adulto. Ambos fueron arrestados bajo lo establecido en la legislación de Texas, que prohibía la homosexualidad.

432 En minoría votaron Rehnquist, Scalia y Thomas.

433 Kennedy comienza su voto sosteniendo lo que luego desarrollará con amplitud “Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our

7.10 El régimen federal

7.10.1 Los conflictos entre leyes federales locales y la jurisdicción competente para dirimirlos

Bien es sabido que la Constitución de los Estados Unidos prevé, a diferencia de la Constitución argentina, que las llamadas “leyes de derecho común” son sancionadas por las legislaturas estatales y no por el Congreso federal. De todos modos, muchas veces el Congreso sanciona leyes que abarcan materias de derecho común y ello acarrea tres problemas: (a) si estas leyes permiten ser aplicadas contra los estados en jurisdicción federal, en contra de lo previsto en la Enmienda Décima Primera, cuestión que ya he analizado en el punto (vii) de este capítulo; (b) si Congreso puede o no sancionar estas leyes; y (c) si, en caso de que el Congreso sancione estas leyes y entren en colisión con las locales, cuál de ellas prevalecería. Como veremos, las soluciones distan mucho de ser uniformes, pues, en muchos casos, la cuestión roza la interpretación de la Cláusula de Comercio que habilita la regulación federal.

En *United States v. Morrison*⁴³⁴ fue abordado el segundo de los problemas mencionados. Allí se discutió si el Congreso podía sancionar la Ley de Violencia contra las Mujeres de 1994⁴³⁵ o si esta era una tarea de las legislaturas estatales.⁴³⁶ Siendo alumna del Virginia Polytechnic Institute (Virginia Tech), Christy Brzonkala denunció que Antonio Morrison y James Crawford, ambos estudiantes en el Virginia Tech y jugadores de fútbol americano, la habían violado. Sometidos a un tribunal del Virginia Tech, Morrison fue declarado culpable de asalto sexual y suspendido por dos semestres. Crawford, en cambio, fue absuelto de los cargos. Morrison apeló la decisión a través del proceso administrativo del Virginia Tech y la suspensión fue revocada por considerársela excesiva. Brzonkala abandonó la universidad y demandó a Morrison, a Crawford y al Virginia Tech en un tribunal federal de distrito con fundamento en la

tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and in its more transcendent dimensions” (539 U.S., en p. 562).

434 529 U.S. 598 (2000).

435 Violence Against Women Act of 1994 (VAWA).

436 Si bien este caso fue decidido en mayo de 2000 y, por ende, calendariamente corresponde al October Term 1999, lo incluyo en este trabajo por su proximidad con el inicio del October Term 2000, con el cual comienza el último quinquenio de la Rehnquist Court.

VAWA,⁴³⁷ que otorga una acción de daños a las víctimas de violencia de género. Morrison y Crawford plantearon que la ley era inconstitucional y el tribunal admitió esta defensa sosteniendo que el Congreso no podía haberla sancionado ni bajo la Cláusula de Comercio⁴³⁸ ni bajo la Enmienda Catorce. La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito confirmó esta sentencia.⁴³⁹

A su turno, La Corte Suprema, con la mayoría conservadora de 5-4, confirmó lo decidido por la Corte de Apelaciones y sostuvo que: (a) la VAWA no podía considerarse una reglamentación de la Cláusula de Comercio en tanto ésta solo regula actividades comerciales,⁴⁴⁰ y (b) que la acción establecida en la VAWA no correspondía ser legislada por el Congreso, sino por los estados.⁴⁴¹

El tercero de los problemas fue abordado en *Reno v. Condon*⁴⁴² con motivo de la Driver's Privacy Protection Act of 1994 (DPPA). Esta ley que prohibía a los estados la venta de los datos de identidad que se deben proveer para obtener una licencia para conducir. South Carolina impugnó la DPPA invocando las Enmiendas Décima y Décima Primera, pues en el estado regía una ley que permitía el acceso público de los datos de los conductores, bastando para ello llenar un formulario con los datos del solicitante y dar el compromiso de que el número de teléfono no sería utilizado para realizar ofertas comerciales por esa vía. El tribunal de distrito hizo lugar a la demanda y esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, entendiendo que la DPPA violaba los principios del federalismo al haber regulado una cuestión

437 42 USC § 13981. Actualmente está contenida en 34 USC §12361, cuyo texto establece: "(a) Purpose. Pursuant to the affirmative power of Congress to enact this part under section 5 of the Fourteenth Amendment to the Constitution, as well as under section 8 of Article I of the Constitution, it is the purpose of this part to protect the civil rights of victims of gender motivated violence and to promote public safety, health, and activities affecting interstate commerce by establishing a Federal civil rights cause of action for victims of crimes of violence motivated by gender".

438 Artículo I, sección 8, cláusula 3: "The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes".

439 169 F. 3d 820 (CA4 1999).

440 "Gender-motivated crimes of violence are not, in any sense of the phrase, economic activity. While we need not adopt a categorical rule against aggregating the effects of any noneconomic activity in order to decide these cases, thus far in our Nation's history our cases have upheld Commerce Clause regulation of intrastate activity only where that activity is economic in nature" (529 U.S., en p. 613).

441 "Petitioner Brzonkala's complaint alleges that she was the victim of a brutal assault. But Congress' effort in § 13981 to provide a federal civil remedy can be sustained neither under the Commerce Clause nor under § 5 of the Fourteenth Amendment. If the allegations here are true, no civilized system of justice could fail to provide her a remedy for the conduct of respondent Morrison. But under our federal system that remedy must be provided by the Commonwealth of Virginia, and not by the United States" (529 U.S., en p. 627).

442 528 U.S. 141 (2000).

que pertenece a los estados.⁴⁴³ La Corte Suprema, en forma unánime, revocó esta decisión en la convicción de que la DPPA constituía una reglamentación válida de la Cláusula de Comercio, en tanto los datos de los conductores pueden ser empleados en el comercio interestatal.⁴⁴⁴ Sostuvo también que la ley no imponía carga adicional alguna para los estados.⁴⁴⁵

La otra cara de este mismo principio fue aplicada en *Solid Waste Agency of Northern Cook County v. Army Corps of Engineers*,⁴⁴⁶ al decidirse que la Clean Water Act (CWA) no es aplicable en las aguas intraestatales. Un consorcio de municipios suburbanos de Chicago, denominado Solid Waste Agency of Northern Cook County (SWANCC), adquirió un sitio minero abandonado para emplearlo como lugar de depósito de residuos sólidos. Dado que existían allí excavaciones que formaban estanques permanentes y estacionales y algunos de ellos debían ser eliminados, el SWANCC contactó al U.S. Army Corps of Engineers (Corps) para que determinara si los trabajos requerían de un permiso otorgado bajo la CWA. Habida cuenta de que los estanques eran empleados por aves migratorias el Corps, denegó el permiso.⁴⁴⁷ Esta decisión fue impugnada por el SWANCC ante un tribunal federal de distrito que falló a favor del Corps, sentencia que luego fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito.⁴⁴⁸ Apelado el caso ante la Corte Suprema, por mayoría de 5-4, con un ajustado triunfo del ala conservadora, esta decisión fue revocada argumentándose que se trataba de aguas intraestatales no alcanzadas por la WCA y que el uso de esas aguas por aves migratorias no era suficiente para que se invocara la Cláusula de Comercio.⁴⁴⁹

443 155 F. 3d 453 (1998).

444 “The motor vehicle information which the States have historically sold is used by insurers, manufacturers, direct marketers, and others engaged in interstate commerce to contact drivers with customized solicitations. The information is also used in the stream of interstate commerce by various public and private entities for matters related to interstate motoring. Because drivers’ information is, in this context, an article of commerce, its sale or release into the interstate stream of business is sufficient to support congressional regulation” (528 U.S., en p. 148).

445 “[...] the DPPA does not require the States in their sovereign capacity to regulate their own citizens. The DPPA regulates the States as the owners of data bases. It does not require the South Carolina Legislature to enact any laws or regulations, and it does not require state officials to assist in the enforcement of federal statutes regulating private individuals” (528 U.S., en p. 151).

446 531 U.S. 159 (2001).

447 Aplicó para ello la Migratory Bird Rule, regla creada por el propio Corps para extender la aplicación de la CWA sobre aguas intraestatales cuando éstas son empleadas por aves migratorias.

448 191 F. 3d 845 (1999).

449 “[...] we have reaffirmed the proposition that the grant of authority to Congress under the Commerce Clause, though broad, is not unlimited [...] Permitting respondents to claim federal jurisdic-

También se produjo un caso de colisión entre una ley federal y una ley local en *Rush Prudential HMO v. Moran*,⁴⁵⁰ pero esta vez, el sector liberal —acompañado por O'Connor— votó 5-4 por la aplicación de la ley local. Debra Moran, que debía someterse a una cirugía y tenía un seguro de salud cubierto por Rush Prudential HMO, Inc., bajo lo establecido en la Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA),⁴⁵¹ le solicitó a Rush Prudential la intervención de un cirujano no afiliado al sistema, alegando que ello estaba previsto en la Health Maintenance Organization Act de Illinois. Denegada esta petición, Moran demandó a la aseguradora en un tribunal local, pero, pendiente este proceso, se operó a su propio costo y modificó entonces su demanda reclamando el reembolso de ese gasto. A raíz de ello, Rush Prudential solicitó que el caso tramitara ante la justicia federal, en tanto se trataba de un reclamo bajo la ERISA. El tribunal de distrito se declaró competente y rechazó la demanda sosteniendo que la ley federal (ERISA) prevalecía sobre la ley de Illinois. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito revocó esta decisión sosteniendo que si bien el caso era de jurisdicción federal, la ley federal no prevalecía sobre la ley local.⁴⁵² Se fundó para ello en la Sección 1144(b)(2)(A) del Título 29 USC, que así lo dispone expresamente.⁴⁵³ La Corte Suprema, con la mayoría antes mencionada, confirmó este fallo entendiendo que la ley local era la que regulaba específicamente el asunto.⁴⁵⁴ La minoría, en cambio, por medio del voto de Thomas, sostuvo que en tanto el plan de salud de Rush Prudential había sido otorgado bajo la ERISA, ésta era la ley aplicable.⁴⁵⁵

Esta jurisprudencia, sin embargo, ofrece un mosaico de casos poco uniformes. Así, a diferencia de lo resuelto en *Rush*, en *Aetna Health, Inc. v. Davila*,⁴⁵⁶

tion over ponds and mudflats falling within the "Migratory Bird Rule" would result in a significant impingement of the States' traditional and primary power over land and water use" (531 U.S., en pp. 173-174).

450 536 U.S. 584 (2002).

451 29 USC § 1001 *et seq.*

452 230 F. 3d 959 (2000).

453 "Except as provided in subparagraph (B), nothing in this subchapter shall be construed to exempt or relieve any person from any law of any State which regulates insurance, banking, or securities".

454 "[...] the Illinois HMO Act is a law "directed toward" the insurance industry, and an "insurance regulation" under a "commonsense" view" (536 U.S., en p. 373).

455 "This Court has repeatedly recognized that ERISA's civil enforcement provision, § 502 of the Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA), 29 USC § 1132, provides the exclusive vehicle for actions asserting a claim for benefits under health plans governed by ERISA, and therefore that state laws that create additional remedies are preempted" (536 U.S., en p. 388).

456 542 U.S. 200 (2004).

donde la ERISA estaba en conflicto con una ley de Texas,⁴⁵⁷ la Corte decidió por unanimidad que la primera prevalecía sobre la segunda. Los hechos de este caso son similares a los del anterior. Un grupo de pacientes demandó en los tribunales de Texas a su aseguradora sosteniendo que el plan médico del estado cubría ciertas prestaciones que no les estaban siendo brindadas. La aseguradora sostuvo que tales prestaciones no estaban cubiertas por la ERISA y que el caso debía tramitarse ante los tribunales federales, pues ésta era la ley aplicable. En primera instancia, el tribunal federal falló a favor de la aseguradora, pero la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito revocó esta decisión.⁴⁵⁸ La Corte, en cambio, unánimemente, por medio del voto de Thomas, entendió que la ERISA prevalecía sobre la ley de Texas.⁴⁵⁹

7.10.2 La Cláusula de Comercio

Antes de analizar estos casos, tengamos presente que la Cláusula de Comercio, que le permite al Congreso regular el comercio interestatal⁴⁶⁰ y, en consecuencia, les prohíbe a los estados dictar leyes que lo regulen, tiene dos formas o versiones. La primera de ellas, que podría llamarse “activa”, tiene lugar cuando efectivamente se ha dictado una ley federal que regula un aspecto del comercio entre estados. La segunda, denominada *dormant* (latente), ocurre cuando no se ha dictado una ley federal, pero igualmente los estados están inhibidos de legislar en esa materia.

La versión activa fue analizada en *Gonzales v. Raich*.⁴⁶¹ En California, al igual que en otros estados, fue dictada una ley⁴⁶² que permitía el uso de la marihuana para fines medicinales. Esta ley colisionaba con la Controlled Substances Act (CSA),⁴⁶³ una ley federal que prohibía el consumo de marihuana. Como

457 Texas Health Care Liability Act (THCLA).

458 307 F. 3d 298 (2002).

459 “We hold that respondents’ causes of action, brought to remedy only the denial of benefits under ERISA-regulated benefit plans, fall within the scope of, and are completely pre-empted by, ERISA § 502(a)(1)(B), and thus removable to federal district court” (542 U.S., en p. 221).

460 Artículo I, sección 8, cláusula 3: “El Congreso tendrá facultad: [...] Para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias” (“The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”).

461 545 U.S. 1 (2005).

462 Compassionate Use Act (CUA).

463 Esta ley forma parte de la Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970, con-

resultado de ello, agentes de la Drug Enforcement Administration (DEA) destruyeron los cultivos de marihuana que tenían en su casa Angel Raich y Diane Monson. Éstos demandaron a la DEA pidiendo una compensación y alegaron que la CSA violaba la Cláusula de Comercio, en tanto el cultivo de la marihuana era meramente intraestatal. En primera instancia, el tribunal federal de distrito les denegó el pedido, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito⁴⁶⁴ revocó la decisión entendiendo que la actividad de los actores estaba fuera del alcance de la Cláusula de Comercio.⁴⁶⁵ La Corte Suprema, por mayoría de 6-3⁴⁶⁶ con voto de Stevens, sostuvo que si bien el cultivo de marihuana de los demandantes era intraestatal, su carácter expansivo —conclusión a la que llega Stevens haciendo proyecciones con su propio razonamiento— tenía finalmente efectos en el comercio interestatal.⁴⁶⁷

En *Granholm v. Heald*,⁴⁶⁸ fue analizada la *dormant Commerce Clause* con motivo de la aplicación de la Enmienda Vigésima Primera.⁴⁶⁹ El conflicto se suscitó con motivo de que Michigan y New York sancionaron leyes que regularon la producción y la venta mayorista y minorista de vino exigiendo la obtención de una licencia para cada una de estas tres actividades. Estas leyes, asimismo, para favorecer el comercio local, permitían la venta del vino en forma directa a los

tenida en el Título 21 del USC.

464 *Raich v. Ashcroft*, 352 F. 3d 1222 (2003).

465 Se apoyó para ello en lo decidido por la Corte Suprema en dos casos: *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) y *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). El segundo caso ya fue analizado en la sección anterior. El primero estaba relacionado con la aplicación de la Gun-Free School Zones Act en los estados. La Corte había dicho que esta ley federal violaba la Cláusula de Comercio.

466 En disidencia votaron Rehnquist, O'Connor y Thomas.

467 "The exemption for cultivation by patients and caregivers can only increase the supply of marijuana in the California market. The likelihood that all such production will promptly terminate when patients recover or will precisely match the patients' medical needs during their convalescence seems remote; whereas the danger that excesses will satisfy some of the admittedly enormous demand for recreational use seems obvious. Moreover, that the national and international narcotics trade has thrived in the face of vigorous criminal enforcement efforts suggests that no small number of unscrupulous people will make use of the California exemptions to serve their commercial ends whenever it is feasible to do so. Taking into account the fact that California is only one of at least nine States to have authorized the medical use of marijuana, a fact Justice O'Connor's dissent conveniently disregards in arguing that the demonstrated effect on commerce while admittedly "plausible" is ultimately "unsubstantiated" [...] Congress could have rationally concluded that the aggregate impact on the national market of all the transactions exempted from federal supervision is unquestionably substantial" (545 U.S., en pp. 31-32).

468 544 U.S. 167 (2005)

469 Esta Enmienda, ratificada en 1933, derogó la Enmienda Décima Octava (ratificada en 1919), habitualmente conocida como *Prohibition*, que había prohibido la fabricación, el transporte y la venta de bebidas alcohólicas.

consumidores dentro de los estados, pero la prohibían fuera de éstos. En los tribunales inferiores, estas leyes tuvieron suerte diversa. La de New York pasó el test constitucional en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito,⁴⁷⁰ pero la de Michigan lo reprobó en la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito.⁴⁷¹ La Corte Suprema consolidó estos casos y, con una mayoría de 5-4, donde conservadores y liberales se alinearon en ambos lados,⁴⁷² entendió que las leyes locales violaban la *dormant Commerce Clause*.⁴⁷³

7.11 Los poderes del Poder Ejecutivo

7.11.1 Inmigración y deportación

Además de los casos examinados previamente sobre la autoridad presidencial para repeler actos de terrorismo,⁴⁷⁴ la Corte ha resuelto algunos casos vinculados con la deportación de extranjeros.

Uno de ellos es *Zadvydas v. Davis*,⁴⁷⁵ en el cual fue analizado si era constitucional tener detenida a una persona en forma indefinida cuando no puede llevarse a cabo el proceso de deportación. Bajo la legislación aplicable,⁴⁷⁶ una vez ordenada la deportación, el Gobierno tiene 90 días para ponerla en práctica. Este periodo se llama *removal period*. Si pasado este tiempo la deportación no se puede llevar a cabo, el detenido queda bajo supervisión estatal. Este período se denomina *post-removal period*. La cuestión constitucional a resolver era si el Departamento de Justicia, durante el *post-removal period*, puede mantener detenida a una persona en forma indefinida o si debe otorgarle la libertad condicional. Para resolver esta cuestión, la Corte Suprema consolidó los casos de dos individuos: Kestutis Zadvydas, un lituano, y Kim Ho Ma, oriundo de Camboya, ambos con un largo historial penal, de modo tal que su puesta en libertad permitía sospechar que continuarían con su actividad criminal. Ante la negativa

470 358 F. 3d 223 (2004).

471 342 F. 3d 517 (2003).

472 En la mayoría votaron Kennedy (autor de la sentencia), Scalia, Souter, Ginsburg y Breyer.

473 Según dijo Kennedy: "It is evident that the object and design of the Michigan and New York statutes is to grant in-state wineries a competitive advantage over wineries located beyond the States' borders. We hold that the laws in both States discriminate against interstate commerce in violation of the Commerce Clause, Art. I, § 8, cl. 3, and that the discrimination is neither authorized nor permitted by the Twenty-first Amendment" (544 U.S., en p. 466).

474 Ver el punto 6.

475 533 U.S. 678 (2001).

476 8 USC § 1231.

del Gobierno de liberarlos, se plantearon sendos *habeas corpus*. En el caso de Zadvydas, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito rechazó la petición,⁴⁷⁷ mientras que la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito le hizo lugar a Kim Ho Ma.⁴⁷⁸ Como era de esperar, la Corte Suprema quedó claramente dividida entre liberales y conservadores, pero, en este caso, O'Connor hizo mayoría con los primeros acompañando el voto de Breyer, en cuya opinión la detención indefinida era inconstitucional y debía limitarse a un período razonable.⁴⁷⁹

Más complejo fue el caso *Demore v. Kim*,⁴⁸⁰ por ello en la sentencia de la Corte las dos cuestiones analizadas tienen diferente mayoría con distintos jueces. Bajo la Ley de Inmigración y Nacionalidad,⁴⁸¹ el Departamento de Justicia puede detener a los residentes que deben ser deportados por haber cometido ciertos delitos. Hyung Joon Kim, un residente legal en los Estados Unidos con antecedentes penales, fue condenado por delitos menores y el Immigration and Naturalization Service (INS) dispuso su detención y deportación. A raíz de ello, Kim planteó un *habeas corpus* alegando la inconstitucionalidad de dicha ley en tanto: (a) no permitía otorgarle libertad bajo fianza; y (b) el INS no había probado que presentara un peligro para la sociedad o que intentara escapar. En primera instancia, la petición fue acogida favorablemente, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito.⁴⁸² En la Corte se resolvieron dos cuestiones.⁴⁸³ La primera de ellas, con mayoría de 6-3,⁴⁸⁴ fue que la petición de Kim era justiciable.⁴⁸⁵ La segunda, en donde la mayoría

477 *Zadvydas v. Underdown*, 185 F. 3d 279 (1999).

478 *Kim Ho Ma v. Reno*, 208 F. 3d 815 (2000).

479 "Based on our conclusion that indefinite detention of aliens in the former category would raise serious constitutional concerns, we construe the statute to contain an implicit "reasonable time" limitation, the application of which is subject to federal-court review" (533 U.S., en p. 682).

480 538 U.S. 510 (2003).

481 *Immigration and Nationality Act*, 8 USC §1226.

482 *Kim v. Ziglar*, 276 F. 3d 523 (2002).

483 La sentencia fue emitida por medio del voto de Rehnquist.

484 En la minoría votaron O'Connor, Scalia y Thomas.

485 La disidencia estuvo motivada porque la sección 1226(2) dispone que la detención dispuesta por el *Attorney General* no es judicialmente revisable ("The Attorney General's discretionary judgment regarding the application of this section shall not be subject to review. No court may set aside any action or decision by the Attorney General under this section regarding the detention or release of any alien or the grant, revocation, or denial of bond or parole"). Sin embargo, según entendió la mayoría en este punto, el planteo de Kim no estaba dirigido a cuestionar la discrecionalidad de la decisión, sino a que la ley no le permitía obtener la libertad bajo fianza, lo que a juicio de la mayoría sí era justiciable.

fue de 5-4, con toda el ala liberal en contra, fue que, durante el proceso de deportación un residente, aun cuando tuviera derecho al debido proceso, puede permanecer temporalmente detenido.⁴⁸⁶

7.11.2 La limitación del privilegio ejecutivo

Se entiende por “privilegio ejecutivo” (*executive privilege*) la prerrogativa presidencial de no divulgar al público ciertos asesoramientos recibidos. Usualmente, en estos casos están en juego cuestiones de seguridad nacional. Esta prerrogativa no está expresamente prevista en la Constitución, pero los presidentes históricamente la han invocado.⁴⁸⁷ La Corte Suprema solo la ha analizado en dos ocasiones: en *United States v. Nixon*,⁴⁸⁸ nacido a raíz del caso *Watergate*, donde se reconoció que se trataba de un poder presidencial inherente, pero no absoluto, y en el caso que analizaré seguidamente.

Me refiero a *Cheney v. United States District Court for the District of Columbia*,⁴⁸⁹ donde volvió a ponerse en el tapete el privilegio ejecutivo. El caso se suscitó con motivo de que, al comienzo de su mandato, George W. Bush creó el National Energy Policy Development Group (NEPDG), una comisión destinada a asesorarlo en políticas energéticas, sin cumplir con los requisitos exigidos por la Federal Advisory Committee Act (FACA).⁴⁹⁰ Si bien el NEPDG —en lo formal— estaba integrado solamente por funcionarios públicos,⁴⁹¹ lo que lo eximía a de cumplir con la FACA en relación con la obligación de hacer públicas sus deliberaciones y documentos, en sus deliberaciones participaron grupos de lobistas allegados al sector.

Como resultado de ello, el Judicial Watch y el Sierra Club plantearon ante el U. S. District Court for the District of Columbia una acción sosteniendo que, en tanto los citados grupos habían integrado, de hecho, el NEPDG, éste estaba obligado a cumplir con las disposiciones de la FACA. Cheney contestó

486 “It is well established that the Fifth Amendment entitles aliens to due process of law in deportation proceedings [...] At the same time, however, this Court has recognized detention during deportation proceedings as a constitutionally valid aspect of the deportation process. As we said more than a century ago, deportation proceeding “would be vain if those accused could not be held in custody pending the inquiry into their true character” (538 U.S., en p. 523).

487 Chemerinsky, *Constitutional Law* (Chemerinsky (2023), p.406).

488 418 U.S. 683 (1974).

489 542 U.S. 367 (2004).

490 5 USC App. 1; Public Law 92-463.

491 Lo presidía el vicepresidente Dick Cheney.

la demanda sosteniendo que la pretensión violaba la separación de poderes en la medida en que exigía a los tribunales inmiscuirse en un asunto propio del Poder Ejecutivo. En primera instancia, el tribunal entendió que Cheney y otros funcionarios debían cumplir con lo dispuesto por la FACA, bajo lo previsto en la *Mandamus Act*,⁴⁹² en tanto que otros debían hacerlo conforme la Ley de Procedimientos Administrativos.⁴⁹³ Sin resolver la cuestión de fondo, esto es, la violación de la separación de poderes, el tribunal dispuso que se produjera prueba (*discovery*) para determinar la estructura del NEPDG. Cheney y los otros funcionarios solicitaron entonces ante la Corte de Apelaciones de Circuito del Distrito de Columbia⁴⁹⁴ la emisión de un *writ of mandamus* para impedir la producción del *discovery*. En lugar de resolver directamente el *mandamus*, la Corte de Apelaciones dijo que los peticionantes (Cheney y los otros funcionarios) debían invocar en el tribunal de distrito el privilegio ejecutivo. Si éste era denegado, el *mandamus* podía ser considerado, pero en tanto el conflicto relativo a la separación de poderes fuera aún hipotético, el *mandamus* no podía ser considerado en esa instancia.

Apelada esta decisión, la Corte Suprema, por mayoría de 7-2,⁴⁹⁵ la revocó. El voto de Kennedy que conduce la sentencia, en un intento por circunscribir y limitar la invocación de esta prerrogativa, diferencia el caso *Nixon* del caso *Cheney* y sostiene que, en este último, el privilegio ejecutivo no puede ser invocado. Dice que *Nixon* era un caso criminal, mientras que éste es civil y que tal distinción no es puramente formal, pues la necesidad de información en un supuesto y otro es diferente. Asimismo, en *Nixon* el requerimiento (*subpoena*) era preciso, en cambio, en *Cheney* era muy amplio. Dice también que Cheney y sus colegas tienen otros remedios para invocar frente a la amplitud (*overbreadth*) de la *subpoena* y que una vez que el privilegio se acepta, dos ramas del gobierno entran en colisión, lo que pone a los tribunales en la incómoda posición de resolverla.⁴⁹⁶

492 28 USC § 1361. Esta norma establece que “The district courts shall have original jurisdiction of any action in the nature of mandamus to compel an officer or employee of the United States or any agency thereof to perform a duty owed to the plaintiff”.

493 5 USC § 706. Esta norma establece “To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action”.

494 *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*.

495 En disidencia votaron Ginsburg y Souter.

496 “Once executive privilege is asserted, coequal branches of the Government are set on a collision course. The Judiciary is forced into the difficult task of balancing the need for information in a judi-

7.12 Las cuestiones electorales

7.12.1 La redistribución de los distritos electorales y los límites en el control judicial del *gerrymandering*

Dado que el diseño de los distritos electorales es predominante en la definición del resultado de una elección, las batallas judiciales por el *gerrymandering*⁴⁹⁷ son muy frecuentes desde que la Corte resolviera, en *Baker v. Carr*,⁴⁹⁸ que la cuestión es justiciable. Aun así, veremos en los dos casos aquí analizados que la Corte no encuentra inconstitucional una distribución distrital principalmente fundada en la raza o en un partido.⁴⁹⁹

El primer caso fue *Easley v. Cromartie*,⁵⁰⁰ relacionado con el 12° distrito de North Carolina, cuya delimitación suscitó nada menos que cuatro decisiones de la Corte.⁵⁰¹ Simplificando bastante este largo y complejo proceso, lo que se discutía en último término era si es constitucional que un distrito pueda ser diseñado teniendo en cuenta principalmente el factor racial.⁵⁰² Por mayoría de 5-4, donde O'Connor fue el *swing vote* a favor de los liberales, la Corte, mediante el voto de Breyer, sostuvo que tener en cuenta el factor racial para delinear un distrito electoral es constitucionalmente admisible y que quien impugna la delimitación del distrito debe probar que los objetivos políticos de tal diseño podrían haberse alcanzando por otros medios, sin tomar en cuenta el factor racial.⁵⁰³

cial proceeding and the Executive's Article II prerogatives. This inquiry places courts in the awkward position of evaluating the Executive's claims of confidentiality and autonomy, and pushes to the fore difficult questions of separation of powers and checks and balances" (542 U.S., en p. 389).

497 Aunque sea bien conocido, me permito recordar que el *gerrymandering* es la práctica de diseñar los distritos electorales con la finalidad de que gane un determinado partido o candidato. El nombre viene de que uno de los primeros en practicarlo fue Elbridge Gerry, gobernador de Massachusetts (1810-1814) y 5° vicepresidente de los Estados Unidos (1813-1814), que había delineado los distritos en Massachusetts con una forma que asemejaban una salamandra (*salamander*).

498 369 U.S. 186 (1962).

499 Recordemos que en *Baker v. Carr* lo que permitió la judicialización del problema era la gran disparidad de población de los distritos electorales, que afectaba notablemente la igualdad de los electores.

500 532 U.S. 234 (2001).

501 Antes de este caso, la Corte había dictado ya tres sentencias en *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993); *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996) y *Hunt v. Cromartie*, 526 U.S. 541 (1999).

502 En el caso del 12° distrito de North Carolina, su población era predominantemente afroamericana y votaba masivamente por los demócratas.

503 "In a case such as this one where majority-minority districts (or the approximate equivalent) are at issue and where racial identification correlates highly with political affiliation, the party attacking the legislatively drawn boundaries must show at the least that the legislature could have achieved its legitimate political objectives in alternative ways that are comparably consistent with traditional districting principles. That party must also show that those districting alternatives would have brought

Esta limitación de la judicialización del *gerrymandering*, favoreció a los republicanos en *Vieth v. Jubelirer*.⁵⁰⁴ Luego de que en el censo de 2000 se redujera a 19 la cantidad de diputados nacionales por Pennsylvania, la legislatura estatal, controlada en ambas cámaras por los republicanos, aprovechó la ocasión para elaborar un plan de redistribución de los distritos que favorecía a dicho partido. Esta planificación fue impugnada por un grupo de electores demócratas ante un tribunal de distrito de tres jueces,⁵⁰⁵ que desestimó la demanda sosteniendo que la redistribución distrital no afectaba su derecho a ser representados en el Congreso, sino que, en todo caso, serían representados por legisladores republicanos.⁵⁰⁶ Como era de esperar, la Corte quedó nuevamente dividida entre conservadores y liberales y la sentencia del tribunal de distrito fue confirmada porque no se llegó a establecer, por mayoría, un criterio para revisar judicialmente la cuestión. Los conservadores, por el voto de Scalia, entendieron que la cuestión planteada no era justiciable⁵⁰⁷ y los liberales, con votos de Stevens, Souter y Breyer, sostuvieron lo contrario, pero sin ponerse de acuerdo en cómo hacerlo. Kennedy, en el medio, si bien termina formando mayoría con los conservadores, sostuvo que la Corte no debía abandonar el intento de encontrar una solución.⁵⁰⁸

7.12.2 Los aportes a las campañas electorales

En los Estados Unidos, el llamado *political speech* forma parte sustancial de la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda, de allí que tenga enorme importancia el dinero que se recibe y se gasta en las campañas electo-

about significantly greater racial balance” (532 U.S., en p. 258).

504 541 U.S. 267 (2004).

505 Recordemos que, en algunos casos especiales, interviene en primera instancia un tribunal de distrito integrado por tres jueces, cuya decisión es apelable directamente ante la Corte Suprema. La cuestión está prevista en 28 USC § 2284(a), que dice “A district court of three judges shall be convened when otherwise required by Act of Congress, or when an action is filed challenging the constitutionality of the apportionment of congressional districts or the apportionment of any statewide legislative body”.

506 241 F. Supp. 2d 478 (2003).

507 “We conclude that neither Article I, § 2, nor the Equal Protection Clause, nor (what appellants only fleetingly invoke) Article I, § 4, provides a judicially enforceable limit on the political considerations that the States and Congress may take into account when districting” (541 U.S., en p. 305).

508 “While agreeing with the plurality that the complaint the appellants filed in the District Court must be dismissed, and while understanding that great caution is necessary when approaching this subject, I would not foreclose all possibility of judicial relief if some limited and precise rationale were found to correct an established violation of the Constitution in some redistricting cases” (541 U.S., en p. 306).

rales. Ello dio lugar a que, en 1971, luego de muchos intentos parciales,⁵⁰⁹ el Congreso sancionara la *Federal Election Campaign Act (FECA)*,⁵¹⁰ primera ley federal que reguló, de manera integral, las campañas electorales y los fondos recaudados para éstas.⁵¹¹ Fueron establecidas en ella disposiciones más estrictas sobre la información que debían publicar los partidos políticos y los llamados *political action committees (PACs)*⁵¹² sobre los fondos recibidos para financiar las campañas e impuso, asimismo, límites a los fondos que podían ser recibidos. En su versión original, la FECA no creó una autoridad central que controlara su cumplimiento. Ello fue corregido en 1974, cuando fue creada la *Federal Election Commission (FEC)*, mediante una enmienda a la FECA,⁵¹³ motivada por el caso *Watergate*. Así, en esta enmienda, se impusieron nuevos límites a los montos de financiamiento.⁵¹⁴

Estas modificaciones dieron lugar a que el senador republicano por New York, James L. Buckley, junto con otros demandantes, planteara la inconstitucionalidad de los límites impuestos al financiamiento de las campañas, así como el modo de designación de los integrantes del *board* de la FEC. Al resolver la cuestión en *Buckley V. Valeo*,⁵¹⁵ la Corte Suprema produjo una de las sentencias más complejas de su historia,⁵¹⁶ a la par que una de las más criticadas también. Básicamente, la Corte trazó una distinción entre los aportes en dinero (*contributions*) que pueden recibir los candidatos o los partidos y los gastos (*expenditures*) de la campaña y sostuvo que si bien se podían limitar los primeros, era inconstitucional limitar los segundos.⁵¹⁷

A partir de *Buckley*, la Corte ha mantenido la distinción entre *contributions*

509 Ver Bianchi (2023, pp. 256 y ss.).

510 Public Law 92-225; 86 Statutes at Large 3.

511 No parece necesario aclarar que los grandes defensores de estas limitaciones son los demócratas y sus opositores son los republicanos.

512 Los PACs (a veces llamados Super PACs) son organizaciones empleadas para nominar, promover y financiar las campañas de los candidatos para los cargos políticos. Están exentas del pago de impuestos bajo lo dispuesto en la sección 527 del *Internal Revenue Code* previsto en el Título 26 del USC y reciben por ello el nombre de *527 organizations*.

513 *Federal Election Campaign Act Amendments of 1974*. Public Law 93-443, 88 Statutes at Large 1263.

514 Los topes eran los siguientes (a) 1000 dólares para la campaña de un cargo federal; (b) 5000 dólares para un PAC; y (c) 25.000 dólares anuales en total.

515 424 U.S. 1 (1976).

516 Fue una *per curiam decision*, en la cual votaron por separado todos los jueces, salvo Stevens, que no intervino.

517 “A restriction on the amount of money a person or group can spend on political communication

y expenditures, y en *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. Federal Election Commission*⁵¹⁸ sostuvo que los gastos del partido no debían confundirse o sumarse a los gastos propios del candidato.⁵¹⁹ De todos modos, en *Federal Election Commission v. Colorado Republican Federal Campaign Committee*,⁵²⁰ por mayoría de 5-4 con voto de Souter, el ala liberal de la Corte, acompañada en esta ocasión por O'Connor, hizo una nueva distinción entre los gastos independientes y los gastos coordinados (*coordinated expenditures*) entre el candidato y su partido, sosteniendo que los segundos debían ser tratados como contribuciones y, por ende, su limitación por ley es constitucional.⁵²¹

También fue cuestionada la constitucionalidad de la FECA en *Federal Election Commission v. Beaumont*.⁵²² Según esta ley, las empresas no pueden hacer contribuciones directas a las campañas políticas, pero la cuestión aquí era si esta prohibición se aplicaba también a las organizaciones sin fines de lucro. Las demandantes en este caso fueron Christine Beaumont y la North Carolina Right to Life (NCRL), una organización antiabortista. El tribunal de distrito y la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito⁵²³ les dieron la razón, pero la Corte Suprema revocó esta decisión por mayoría de 7-2.⁵²⁴ En opinión del voto de Souter, la legislación sobre la materia siempre ha impedido las contribuciones

during a campaign necessarily reduces the quantity of expression by restricting the number of issues discussed, the depth of their exploration, and the size of the audience reached. This is because virtually every means of communicating ideas in today's mass society requires the expenditure of money [...] By contrast with a limitation upon expenditures for political expression, a limitation upon the amount that any one person or group may contribute to a candidate or political committee entails only a marginal restriction upon the contributor's ability to engage in free communication. [...] A limitation on the amount of money a person may give to a candidate or campaign organization thus involves little direct restraint on his political communication, for it permits the symbolic expression of support evidenced by a contribution but does not in any way infringe the contributor's freedom to discuss candidates and issues" (424 U.S., en pp. 19 y 21).

518 518 U.S. 604 (1996).

519 Esta distinción puede verse también en *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377 (2000).

520 533 U.S. 431 (2001).

521 El razonamiento de la Corte es que un gasto coordinado con el partido equivale a una contribución al candidato y puede ser una fuente de corrupción. Según el voto de Souter, "[t]he idea was that coordinated expenditures are as useful to the candidate as cash, and that such "disguised contributions" might be given "as a quid pro quo for improper commitments from the candidate" (in contrast to independent expenditures, which are poor sources of leverage for a spender because they might be duplicative or counterproductive from a candidate's point of view)" (533 U.S., en p. 446).

522 539 U.S. 146 (2003).

523 278 F. 3d 261 (2002).

524 Votaron en contra Scalia y Thomas.

corporativas a las campañas políticas, no hay motivo suficiente para eximir de la prohibición a las organizaciones sin fines de lucro y ello no afecta a la Primera Enmienda.⁵²⁵

Para concluir con este punto, señalo que, casi 30 años después de la FECA, el Congreso, en 2002, sancionó la Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA),⁵²⁶ cuyo objetivo específico era reducir el *soft money*⁵²⁷ y los *issue advocacy ads*.⁵²⁸ Como resultado, se produjo una contienda judicial que la Corte resolvió por mayoría de 5-4 —con O'Connor votando junto con los liberales— a favor de la constitucionalidad de la ley en *McConnell v. Federal Election Commission*.⁵²⁹

7.12.3 Las elecciones de jueces

En Minnesota, como en otros estados, los jueces son electos por el voto popular, pero allí la Suprema Corte del estado les prohibía a los candidatos hacer campaña anunciando sus opiniones en casos pendientes o en cuestiones políticas. Gregory Wersal, que se había postulado para juez de dicho tribunal, impugnó esta disposición sosteniendo que violaba la Primera Enmienda. La cuestión se discutió en *Republican Party of Minnesota v. White*.⁵³⁰ En primera instancia, la demanda fue rechazada y la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito confirmó la sentencia.⁵³¹ La Corte Suprema revocó esta decisión por mayoría conservadora de 5-4. El voto de Scalia remarcó la tensión existente entre la Constitución de Minnesota, que permite la elección popular de los jueces, y una prohibición que pone fuera del debate cuestiones de interés para los votantes.⁵³²

525 “Since 1907, federal law has barred corporations from contributing directly to candidates for federal office. We hold that applying the prohibition to nonprofit advocacy corporations is consistent with the First Amendment” (539 U.S., en p. 149).

526 Public Law 107-155; 116 Statutes at large 81.

527 Es el dinero aportado directamente a los partidos políticos. El *hard money*, por el contrario, es el que se aporta a los candidatos.

528 Son los anuncios publicitarios (*advertisements*) usualmente empleados por los grupos de presión o lobbies para llamar la atención sobre ciertos asuntos políticos e influir en la legislación que desean obtener.

529 540 U.S. 93 (2003).

530 536 U.S. 765 (2002).

531 247 F. 3d 854 (2001).

532 “There is an obvious tension between the article of Minnesota’s popularly approved Constitution which provides that judges shall be elected, and the Minnesota Supreme Court’s announce clause which places most subjects of interest to the voters off limits” (536 U.S., en p. 787).

7.13 Otros casos

7.13.1 La legitimación procesal

De acuerdo con lo establecido en el Título VI de la Civil Rights Act of 1964, está prohibido discriminar en razón de la raza, el color, o el origen nacional y las agencias del Gobierno federal están autorizadas por la Sección 602 de la ley a dictar resoluciones poniendo en práctica estas directivas. Ejerciendo esta facultad, el Ministerio (Departamento) de Justicia dispuso que quienes recibieran subsidios federales no podían incurrir en actos de discriminación basados en los criterios antes mencionados. El Department of Public Safety de Alabama, que recibía estos subsidios, dictó una reglamentación estableciendo que los exámenes para obtener la licencia de conducir solo se rendirían en inglés, pues conforme la constitución estatal, éste era el idioma oficial de Alabama. Gloria Sandoval impugnó esta reglamentación por considerarla discriminatoria y promovió una acción de clase, dando lugar al caso *Alexander v. Sandoval*,⁵³³ en el cual se discutió si Sandoval tenía legitimación para promover dicha acción. En el tribunal de distrito obtuvo una decisión favorable a su legitimación, que fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito.⁵³⁴ Otorgado el *certiorari*, la Corte Suprema revocó esta sentencia por mayoría de 5-4⁵³⁵ con voto de Scalia. Sostuvo la Corte que el Título VI de la Civil Rights Act of 1964 no otorgaba legitimación individual para hacer cumplir (*enforce*) las regulaciones dictadas en su consecuencia.⁵³⁶

7.13.2 Irretroactividad de la ley

Si bien la aplicación de la ley en relación con el tiempo es, por lo general, una materia compleja y muy casuística, *Inmigraton and Naturalization Service v. St. Cyr*⁵³⁷ es uno de esos casos en los cuales se decidió por la irretroactividad de la ley.

En marzo de 1996, Enrico St. Cyr, un haitiano residente legal y permanente en los Estados Unidos, se declaró culpable de vender drogas, un delito por el cual podía ser deportado. Al momento en que se declaró culpable, regía la sec-

533 532 U.S. 275 (2001).

534 197 F. 3d 484 (1999).

535 Una vez más, la Corte quedó marcadamente dividida entre conservadores y liberales.

536 “Neither as originally enacted nor as later amended does Title VI display an intent to create a free-standing private right of action to enforce regulations promulgated under § 602. We therefore hold that no such right of action exists” (532 U.S., en p. 293).

537 533 U.S. 289 (2001).

ción 212(c) de la Immigration and Nationality Act of 1952 (INA), que otorgaba discreción al *Attorney General* para decidir si se lo deportaba o no. Sin embargo, cuando comenzaron los trámites para la deportación, ya se habían sancionado la Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA)⁵³⁸ y la Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (IIRIRA),⁵³⁹ que limitaron mucho esa discrecionalidad⁵⁴⁰ y St. Cyr perdió la oportunidad de no ser deportado. Éste planteó entonces un *habeas corpus* alegando que estas leyes no le eran aplicables, pues eran posteriores a su declaración de culpabilidad. El tribunal de Distrito y la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito⁵⁴¹ le hicieron lugar. Con ajustada minoría liberal, acompañada en este caso por Kennedy, la Corte Suprema confirmó lo decidido por el Segundo Circuito. El voto de Stevens, que tiene un largo análisis sobre la retroactividad de las leyes, entiende que en la IIRIRA no existe ninguna disposición que expresamente indique la posibilidad de que ésta pueda ser aplicada retroactivamente.⁵⁴²

7.13.3 Protección del *copyright*

Muy amenazados por las publicaciones electrónicas, que reproducen trabajos sin autorización de sus autores, el derecho de autor (*copyright*) resultó protegido en *New York Times v. Tasini*.⁵⁴³ El caso se suscitó a raíz de que varios autores independientes (*freelance authors*) escribieron artículos para diarios y revistas⁵⁴⁴ que luego fueron incorporados a las bases de datos de Lexis-Nexis sin su autorización. Allí aparecen y están disponibles para sus usuarios sin su formato original. Estos autores demandaron a los diarios y revistas por daños y perjuicios, pero el

538 Public law 104-132; 110 Statutes at Large 1214.

539 Public law 104-208; 110 Statutes at Large 3009.

540 De hecho, la sección 212(c) de la INA fue derogada por la IIRIRA.

541 229 F. 3d 406 (2000).

542 “Prior to AEDPA and IIRIRA, aliens like St. Cyr had a significant likelihood of receiving § 212(c) relief. Because respondent, and other aliens like him, almost certainly relied upon that likelihood in deciding whether to forgo their right to a trial, the elimination of any possibility of § 212(c) relief by IIRIRA has an obvious and severe retroactive effect. We find nothing in IIRIRA unmistakably indicating that Congress considered the question whether to apply its repeal of §212(c) retroactively to such aliens. We therefore hold that § 212(c) relief remains available for aliens, like respondent, whose convictions were obtained through plea agreements and who, notwithstanding those convictions, would have been eligible for § 212(c) relief at the time of their plea under the law then in effect” (533 U.S., en pp. 325-326).

543 533 U.S. 482 (2001).

544 Entre ellos, el *New York Times*, *Newsday* y *Time*.

tribunal de distrito falló en contra de ellos sosteniendo que la reproducción de sus artículos estaba protegida por la sección 201(c) de la Copyright Act,⁵⁴⁵ que permite la reproducción de obras colectivas.⁵⁴⁶ Esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito⁵⁴⁷ y por la Corte Suprema, que por mayoría de 7-2⁵⁴⁸ confirmó esta decisión.⁵⁴⁹

También fue protegido el *copyright* en *Metro Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster, Ltd.*⁵⁵⁰ Grokster y otras compañías comercializaban un *software* que permitía bajar películas gratis y obtenían ganancias merced a los avisos incluidos en él. Las productoras de películas demandaron a Grokster por violación del *copyright* y ésta sostuvo que se limitaba a facilitar un *software* que permitía acceder a los films. Tanto el tribunal de distrito como la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito fallaron a favor de Grokster.⁵⁵¹ La Corte Suprema, en cambio, por medio de un fallo unánime,⁵⁵² entendió que Grokster había incurrido en responsabilidad indirecta. Agregó que esta era la única alternativa práctica, dada la gran cantidad de violaciones directas al *copyright* que se producían a diario por los múltiples usuarios del *software*.⁵⁵³

545 La Copy Right Act forma parte del título 17 del USC.

546 “Section 201(c) Contributions to Collective Works. Copyright in each separate contribution to a collective work is distinct from copyright in the collective work as a whole, and vests initially in the author of the contribution. In the absence of an express transfer of the copyright or of any rights under it, the owner of copyright in the collective work is presumed to have acquired only the privilege of reproducing and distributing the contribution as part of that particular collective work, any revision of that collective work, and any later collective work in the same series”.

547 206 F. 3d 161 (1999).

548 Votaron en contra Stevens y Breyer.

549 En sus conclusiones, el voto de Ginsburg dice: “We conclude that the Electronic Publishers infringed the Authors’ copyrights by reproducing and distributing the Articles in a manner not authorized by the Authors and not privileged by §201(c). We further conclude that the Print Publishers infringed the Authors’ copyrights by authorizing the Electronic Publishers to place the Articles in the Databases and by aiding the Electronic Publishers in that endeavor” (533 U.S., en p. 506).

550 545 U.S. 913 (2005).

551 380 F. 3d 1154

552 El voto principal es de Souter y hay votos concurrentes de Ginsburg, Breyer, Stevens y O’Connor.

553 “The argument for imposing indirect liability in this case is, however, a powerful one, given the number of infringing downloads that occur every day using StreamCast’s and Grokster’s software. When a widely shared service or product is used to commit infringement, it may be impossible to enforce rights in the protected work effectively against all direct infringers, the only practical alternative being to go against the distributor of the copying device for secondary liability on a theory of contributory or vicarious infringement” (545 U.S., en pp. 929-930).

7.13.4 La doctrina de la deferencia

Bajo la llamada “doctrina de la deferencia”, los jueces no pueden revisar la reglamentación de las leyes efectuada por las agencias administrativas si tal reglamentación es razonable. El *leading case* en esta cuestión es *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*⁵⁵⁴ Esta doctrina fue aplicada en *National Cable & Telecommunications Association v. Brand X Internet Services*,⁵⁵⁵ donde se discutía una reglamentación de la Federal Communications Commission (FCC) que excluyó de sus regulaciones a las empresas que proveen servicios de internet de banda ancha por cable, en tanto —según esta reglamentación— no proveen “servicios de telecomunicaciones” tal como están definidos en Título II de la Communications Act of 1934.⁵⁵⁶

La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito⁵⁵⁷ había resuelto que la reglamentación era contraria a la ley, pero la Corte Suprema, por mayoría de 6-3,⁵⁵⁸ revocó esta sentencia, entendiendo que era aplicable al caso la doctrina de *Chevron*, en tanto el tema era técnicamente complejo y la regulación era razonable.⁵⁵⁹ En lo puramente comercial, la sentencia fue una victoria para las compañías de cable, pues, al quedar fuera de la regulación de la FCC, no se las obligaba a permitir el acceso a sus redes a los proveedores independientes que no tenían red propia. El alegado propósito de esta regulación, apoyada por la administración de George W. Bush, era que las compañías de cable hicieran mayores inversiones en su desarrollo, las que se verían limitadas o reducidas si tenían que competir con proveedores independientes, que proveían servicios más baratos porque utilizaban las redes existentes sin tener que gastar en montar las propias.

554 467 U.S. 837 (1984). Ver Bianchi (2010).

555 545 U.S. 967 (2005).

556 48 Statutes at Large. 1064; 47 USC § 151 *et seq.*

557 345 F. 3d 1120 (2003).

558 En la minoría votaron Scalia, Souter y Ginsburg.

559 Conforme el voto de Thomas: “The questions the Commission resolved in the order under review involve a “subject matter [that] is technical, complex, and dynamic” [...]. The Commission is in a far better position to address these questions than we are. Nothing in the Communications Act or the Administrative Procedure Act makes unlawful the Commission’s use of its expert policy judgment to resolve these difficult questions” (545 U.S., en p. 1003).

8. Conclusiones

Si hay algo que define políticamente a los Estados Unidos es el bipartidismo, el cual se refleja no solo en el Congreso y en la Casa Blanca, sino también en la Corte Suprema. Cada presidente, con su mayoría en el Senado, ha logrado colocar en la Corte a jueces de su partido y ello divide al Tribunal. Si luego ello se refleja en los fallos, es una cuestión muy diferente.⁵⁶⁰

En algunos casos se nombran magistrados moderados y, en otros, se logran imponer a quienes representan tendencias más extremas. Buenos ejemplos de los primeros fueron Sandra Day O'Connor y Anthony Kennedy, entre los conservadores, y Stephen Breyer en los liberales. Entre los segundos militan William Rehnquist, Antonin Scalia, Clarence Thomas y Ruth Bader Ginsburg. Asimismo, a Stevens y Souter, nombrados ambos por jueces republicanos, los vemos luego ubicados en el ala liberal de la Corte. Es más, en *Bush v. Gore*,⁵⁶¹ votaron en la minoría.⁵⁶²

Como resultado de ello, si bien es cierto que en este último quinquenio de la Rehnquist Court se produjeron una gran cantidad de fallos en los que la decisión se obtuvo con una escasa mayoría de 5-4, esta división no siempre es el fruto del triunfo sistemático de una tendencia política sobre la otra. Por el contrario, en muchos de estos casos fueron mayoría los conservadores, pero en otros tantos la alcanzaron los liberales, ayudados con los *swing votes* de Kennedy y de O'Connor. No han faltado, por cierto, casos de sentencias unánimes, pues los hay en buena cantidad, pero ello no es la regla. Las disidencias, aun las cuantitativamente menores, son frecuentes.

560 Históricamente, los casos más emblemáticos de jueces que sorprendieron a los presidentes con sus fallos fueron Holmes con Taft y Earl Warren con Eisenhower. No menos sorprendido quedó Harry Truman cuando Tom C. Clark, nombrado por él, votó en contra de la intervención de las fábricas de acero en *Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

561 531 U.S. 98 (2000).

562 El caso de Souter es remarcable, pues George W. Bush era hijo del presidente que lo había nombrado. Se dice que este caso produjo un fuerte impacto emocional en Souter y que hasta pensó en renunciar a la Corte. Así lo cuenta Jeffrey Toobin en estas palabras "Toughened, or coarsened, by their worldly lives, the other dissenters could shrug and move on, but Souter couldn't. His whole life was being a judge. He came from a tradition where the independence of the judiciary was the foundation of the rule of law. And Souter believed *Bush v. Gore* mocked that tradition. His colleagues' actions were so transparently, so crudely partisan that Souter thought he might not be able to serve with them anymore. Souter seriously considered resigning. For many months, it was not at all clear whether he would remain as a justice. That the Court met in a city he loathed made the decision even harder. At the urging of a handful of close friends, he decided to stay on, but his attitude toward the Court was never the same. There were times when David Souter thought of *Bush v. Gore* and wept" (Toobin, 2007, p. 117).

Todo ello impide calificar a la Corte del último quinquenio de la Rehnquist Court bajo un determinado signo político, al menos de una tendencia muy marcada, pues, en el balance general, los triunfos entre liberales y conservadores se reparten con bastante equilibrio. En algunos casos, asimismo, en la mayoría y minoría se alinean jueces de ambas tendencias⁵⁶³ y existen casos curiosos, como *Ashcroft v. ACLU*,⁵⁶⁴ donde Scalia vota con los liberales; y Breyer, con los conservadores.⁵⁶⁵

Consecuentemente, la mayoría formalmente conservadora de 5-4, no se impuso brutalmente. Por el contrario, O'Connor y Kennedy, en particular, se encargaron de evitar que la Corte se convirtiera en un tribunal partisano, un objetivo que se cumplió durante este período con bastante éxito, si excluimos por supuesto el caso *Bush v. Gore*, donde la pertenencia a cada partido se hizo sentir con marcada influencia.

Bibliografía

- Bates, E. S. (1936). *The Story of the Supreme Court*. Bobbs-Merrill.
- Bianchi, A. B. (2010). El control judicial de los reglamentos bajo la doctrina de la deferencia. (El caso en la Argentina y los Estados Unidos). *RAP*, 383-109.
- Bianchi, A. B. (2020). El hábeas corpus federal en los Estados Unidos. Su principal diferencia de fondo con nuestro sistema. *Revista Jurídica Austral*, 1(1), 91-168. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.bia>
- Bianchi, A. B. (2023). *Historia del Congreso de los Estados Unidos*. Cátedra Jurídica,
- Chemerinsky, E. (2023). *Constitutional Law. Principles and Policies* (7ª ed.). Aspen Publishing.
- Currie, D. P. (1985). *The Constitution in the Supreme Court*. The University of Chicago Press.
- Cushman, R. E. (1942). The case of the Nazi Saboteurs. *The American Political Science Review*, 36(6), 1082-1091.
- Dershowitz, A. (2001). *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000*. Oxford University Press.
- Dionne, E. J. (Jr.) y Krisol, W. (Eds.). (2001). *Bush v. Gore. The Court Cases and the Commentary*. Brookings Institution Press.
- Fisher, L. (2005). *Military Tribunals and Presidential Power*. University Press of Kansas.
- Hensley, T. R. (2006). *The Rehnquist Court*. ABC-CLIO.
- Holmes, O. W. (1920). *Collected Legal Papers*. Harcourt, Brace and Howe.

563 Un caso emblemático, aunque no es el único, es *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), donde se analizó la privacidad del individuo que cultivaba marihuana en su domicilio.

564 542 U.S. 656 (2004).

565 Algo similar ocurrió en *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), donde Breyer votó con los conservadores; y O'Connor, con los liberales.

- Hudson, D. L. (Jr.). (2007). *The Rehnquist Court. Understanding Its Impact and legacy*. Praeger.
- Jackson, R. H. (1987). *The Supreme Court. How It Was, How It Is*. William Morrison & Co.
- National Commission on Terrorist Attacks. (2004). *The 9/11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*. Government Printing Office.
- Posner, R. A. (2001). *Breaking the Deadlock: The 2000 Election, the Constitution, and the Courts*. Princeton University Press.
- Powe, L. A. (2021). *The Supreme Court and the American Elite* (2^a ed.). University Press of Kansas.
- Sagüés, M. S. (2003-2004). Justicia para el terrorismo. El actual desafío de la Corte de Estados Unidos de América. *Debates de Actualidad*, (192), 19-31.
- Schwartz, B. (1983). *A History of the Supreme Court*. Oxford University Press.
- Schwartz, H. (Ed.). (2002). *The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right*. Hill and Wang.
- Toobin, J. (2007). *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Random House, Inc.
- Yarbrough, T. E. (2000). *The Rehnquist Court and the Constitution*. Oxford University Press.

