

LAS CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO COMO HERRAMIENTAS DE INTERVENCIÓN POLÍTICA: sus orígenes

Maximiliano N. Campana

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba.

E-mail: maxicampana@gmail.com

RESUMEN

Cada vez más en Argentina y en América Latina, distintos grupos comienzan a diseñar y ejecutar campañas de litigio estratégico con el fin de visibilizar sus demandas y reivindicaciones, haciendo del poder judicial un espacio de disputas políticas y sociales. El presente artículo tiene por finalidad evidenciar los orígenes y desarrollo temprano de esta nueva modalidad de intervención política en los Estados Unidos, con el fin de reflexionar sobre sus potencialidades y posibles limitaciones que las mismas pueden tener.

Palabras clave: judicialización, litigio estratégico, campañas de litigio

ABSTRACT

Increasingly, in Argentina and Latin America, different interest groups have started to design and implement strategic litigation campaigns in order to bring attention to their demands and the judiciary has crossed into the political and social arenas to settle these disputes. This article outlines the origins and early development of strategic litigation campaigns as a new form of political intervention in the United States, and explores the strengths and possible limitations that these campaigns may have.

Keywords: judicialization, strategic litigation, litigation campaigns.

INTRODUCCIÓN

El 10 de noviembre del año 2009, una jueza de la ciudad de Buenos Aires resolvía sobre la inconstitucionalidad del Código Civil en cuanto impedía *que los señores Alejandro Freyre y José María Di Bello puedan contraer matrimonio*¹. Esta sentencia puso en jaque la institución matrimonial, la que establecía que la misma podía ser celebrada solo entre parejas heterosexuales, y que desencadenaría en el dictado de la ley 26.618, conocida como “ley de matrimonio igualitario”.

Lo cierto es que esta victoria judicial no se dio en el vacío, sino que fue el resultado de una campaña de litigio estratégico minuciosamente planificada, campaña que fue lanzada en el año 2007 por la recientemente creada Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y que tenía por finalidad el reconocimiento legal del matrimonio a parejas del mismo sexo (Bimbi, 2010). Esta sentencia se constituyó en la primera victoria política y jurídica importante por parte del movimiento de la diversidad sexual en Argentina, y fueron los tribunales argentinos quienes comenzaron a ocupar un lugar central en las disputas por los significados de familia, igualdad, sexualidad y reproducción, y el poder judicial se consolidó como un campo para esta-

blecer además demandas políticas.

Si bien el movimiento de la diversidad sexual ha sido bastante efectivo en el diseño y ejecución de campañas de litigio estratégico (puede mencionarse también la campaña por el reconocimiento de por la identidad de género del colectivo trans), no ha sido el único. Otros movimientos tales como el pro-vida (Campana, 2015), o aquellos que luchan por el avance de los derechos humanos, derechos colectivos y delitos de lesa humanidad (CELS, 2008) también han sido muy activos en la utilización de este tipo de campañas de litigio como manera de intervención política, ya sea para el avance u obstrucción de derechos. Además, este fenómeno no se ha limitado al caso argentino, sino que este tipo de campañas de litigio han sido desarrolladas en distintos países de América Latina, siendo impulsadas principalmente por financiadores internacionales tales como la Fundación Ford (Frühling, 2000).

Entiendo entonces como “campañas de litigio estratégico” al conjunto coordinado y sostenido de maniobras jurídico-políticas llevadas a cabo por grupos y organizaciones nucleados en torno a ciertas causas, que tienen por finalidad generar cambios que beneficien al colectivo que representan. Lo que caracteriza a estas maniobras es el hecho que son desarrolladas en el seno poder judicial, con la lógica, las reglas y los actores del campo jurídico (es decir, a

1 El fallo completo puede ser consultado en el siguiente link: <http://www.lgbt.org.ar/00-fallo.php> (último acceso: 22/12/2015).

través de acciones judiciales). Los fines perseguidos de estas campañas pueden variar enormemente, y van desde dar visibilidad a ciertas demandas específicas hasta modificar determinadas pautas culturales de la sociedad. La idea se vincula con que el derecho es un sistema social que recepta principios generales y normas específicas de ciertas sociedades, y que es posible que determinadas normas específicas contraríen esos principios más generales afectando negativamente a determinados grupos y favoreciendo desproporcionadamente a otros. Con esta idea en mente, y por medio de estas campañas, se ponen en consideración del poder judicial estas inconsistencias jurídicas a fin de que se proceda a restablecer la primacía de estos principios más generales (como son las cláusulas constitucionales vinculadas a la igualdad ante la ley, el derecho a la privacidad, a la no discriminación o al debido proceso) e igualar así la posición de ciertos grupos con relación a otros.

Estas campañas están cada vez más presente en las agendas de grupos y organizaciones sociales, pues ven en ellas una forma efectiva de visibilizar y debatir públicamente sus demandas y reivindicaciones y obtener respuestas por parte de algún órgano del Estado, produciendo efectos tantos directos (como es el dictado de una sentencia favorable, y el consiguiente diseño de políticas públicas o reconocimiento de derechos) como indirectos o simbólicos (como es

el de generar cambios en las percepciones sociales y políticas con relación al colectivo que representan).

Ahora bien, todas estas campañas han sido el resultado de un modelo de litigio específico, que surgió en un determinado momento y lugar. El presente artículo tiene por finalidad describir los orígenes de estas campañas, el contexto donde surgió a fin de entender sus potencialidades y deficiencias que su implementación puede tener en América Latina.

Las primeras campañas de litigio estratégico

Las primeras campañas de judicialización de causas tendientes a persuadir al poder judicial sobre cómo debía interpretarse la Constitución (y cómo debían protegerse los derechos que la Constitución establecía) se dieron en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Que se dieran en este país se debió principalmente al contexto (la importante industrialización que este país venía sufriendo, junto a cambios demográficos, territoriales y sociales) y a la cultura jurídica dominante (caracterizada por un sistema basado en el estricto seguimiento y aplicación de los precedentes judiciales).

Obtener decisiones judiciales que determinaran cómo debían interpretarse y protegerse los derechos reconocidos en la Constitución se convirtió en el principal objetivo de varios grupos (económicos o políticos), y una vez ob-

tenidas, estas decisiones eran leídas en términos de victorias o derrotas políticas. El poder judicial se comenzó a configurar así como el actor político clave cuando debían protegerse derechos que habían sido vulnerados por parte de los otros poderes constituidos, lo que le significó reconocimientos y repudios de diversos sectores, y lo colocó en un lugar privilegiado de la política nacional. Según Epp (2013), antes de 1915 fueron las cuestiones administrativas y comerciales las que dominaron el campo del litigio constitucional, debido a que eran las organizaciones de negocios quienes poseían la capacidad económica de afrontar dichos desafíos. Sin embargo, hubo importantes cambios que modificaron sustancialmente la cultura jurídica y el campo judicial. A continuación examinaremos cómo se pasó de un modelo de campañas orientadas a la protección de intereses económicos a otro orientado al reconocimiento y protección de derechos de grupos socialmente vulnerables.

Primeras campañas de litigio estratégico: Los “Casos de Granger”

Como ha sido documentado, durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX existieron verdaderas campañas que pusieron su énfasis en el litigio estratégico con la finalidad de influir en ciertas regulaciones estatales (Cortner, 1993; Epp, 2013). Estas campañas se dieron en el mar-

co de lo que algunos historiadores denominaron “la revolución administrativa del mundo de los negocios estadounidenses”² (Sklar, 1988). Esta revolución administrativa que se dio en el seno de las empresas estadounidenses dio origen a las primeras organizaciones con capacidad económica y el tiempo necesario para emprender batallas legales y hacer frente así a la cada vez mayor regulación estatal por parte de este gobierno norteamericano. La idea era sencilla: era necesario conseguir antecedentes jurisprudenciales a fin de evitar que las nuevas regulaciones afectaran sus ganancias. En este sentido, *la nueva estructura administrativa daba a las empresas la capacidad de planear estratégicamente y asignar recursos a la instrumentación de proyectos estratégicos a largo plazo* (Epp, 2013: 85).

² Según refiere Epp (2013) en relación con esta revolución. Hasta 1870, la mayoría de las empresas eran organizaciones operadas por pequeñas familias con estructuras no burocráticas y con unos pocos gerentes profesionales. A partir de 1870, durante lo que los historiadores económicos llamaron la “revolución administrativa”, el sector comercial estadounidense comenzó a convertirse a gran velocidad en un conjunto de organizaciones estructuradas en forma burocrática y administradas por profesionales. En los Estados Unidos la revolución administrativa comenzó y floreció primero en la industria del ferrocarril desde 1870; en la década de 1880, se extendió a áreas de la economía relacionadas con la producción de bienes; a finales de la última década del siglo, ya estaba operándose una revolución de fusiones en la que empresas burocráticas se unían para formar organizaciones aún mayores. A mediados del segundo decenio del siglo XX, la revolución administrativa había terminado y el nuevo paisaje de las estructuras organizacionales mostraba enormes transformaciones en muchos sectores de la economía estadounidense (p. 84).

De todas estas campañas, quizás la más interesante (y mejor documentada) fue la llevada a cabo por las empresas de ferrocarril, quienes utilizaron los nuevos diseños organizacionales para emprender un conjunto de acciones judiciales a fin de influir en las regulaciones estatales que lo afectaban. Así, entre 1880 y 1900 *una cantidad de organizaciones de este nuevo tipo dedicó recursos significativos a campañas de litigación destinadas a influir en la orientación de las regulaciones gubernamentales* (Epp, 2013: 85).

Richard Cortner (1993) examina las enormes campañas de litigio llevadas a cabo por las empresas ferroviarias en contra de las leyes de Granger –las cuales eran normas estatales que sometían a estas empresas a una regulación de sus tasas por parte del Estado-. Este autor, analizando el período 1877-1913, pone su énfasis en tres casos originados en el estado de Minnesota y cuyas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante CSEU) modificaron sustancialmente el contenido de la decimocuarta enmienda vinculada a protección constitucional del debido proceso judicial. Para ello, él parte de las sentencias de la CSEU que fueron consecuencia de la judicialización de las leyes de Granger (conocidos como “los Casos de Granger”) en donde las empresas ferroviarias

perdieron su primera batalla importante en 1877, cuando este tribunal sentenció en el caso *Munn v. Illinois* que la propiedad privada que afectaba al interés público podía estar sujeta a la regulación del Estado.

Bastante decepcionadas con el resultado de *Munn* las empresas de ferrocarriles comenzaron a buscar una oportunidad para revertir dicho precedente. En consecuencia, ellas reaccionaron agresivamente a una ley de Minnesota de 1887 que daba a la Comisión de Ferrocarriles y Depósitos una autonomía regulatoria sin precedentes. Insistiendo que la nueva normativa los privaba de su derecho de propiedad afectando su derecho al debido proceso, varias empresas primero, y sin éxito, se presentaron ante juzgados estatales y luego, con la cooperación de Moses E. Clapp, procurador general de Minnesota, apelaron dos de los casos ante la CSEU.

Por suerte para estas empresas, la composición de la Corte se había modificado desde el caso *Munn*. El cambio más importante fue la incorporación del juez David J. Brewer, quien como juez federal había rechazado los Casos de Granger reconociéndole el derecho a las empresas ferroviarias al debido proceso en un caso contra Iowa. En consecuencia, y por mayoría, la CSEU revirtió en 1890 el antecedente de *Munn*. Al sentenciar en los dos casos testigos de Minnesota –*Chicago, Milwaukee & St. Paul Railroad v. Minnesota* y *Minneapo-*

lis Eastern Railway Co. v. Minnesota- la CSEU aceptó los argumentos de estas empresas en que la determinación de las tarifas debía ser sometida a la revisión judicial por violar la clausula constitucional del debido proceso.

Si bien estas nuevos precedentes tendrían importantes consecuencias en contiendas judiciales posteriores, es interesante remarcar que la campaña de litigio estratégico (de tipo comercial y marcadamente conservadora) llevada a cabo por las empresas de ferrocarriles estadounidenses a finales del siglo XIX, fue similar a campañas posteriores llevadas a cabo por diversos grupos de interés y que inspirarían diversas teorías que intentaron abordar el fenómeno del diseño de campañas de litigio estratégico en ese país.

Según Epp (2013) el hecho de que los principales litigantes constitucionales durante este periodo sean las grandes corporaciones se debió fundamentalmente a *que eran casi las únicas entidades con suficiente capacidad de organización y recursos necesarios para hacerlo* (p. 86). Sin embargo, también reconoce el importante rol que cumplieron los abogados estadounidenses de la época, y cuya práctica profesional respondía a los intereses de las grandes corporaciones. El perfil de los abogados estadounidenses del siglo XIX ya había sido descrito por Alexis de Tocqueville (1963) en su clásica obra “La democracia en América” de 1835, en donde los definía como con-

servadores y antidemocráticos, atraídos por la propia ventaja e interés. Durante la revolución administrativa (que implicó también importantes cambios demográficos, políticos y sociales en el país) surgieron las primeras “corporaciones o bufetes de abogados” que comenzaron a trabajar con la lógica de las empresas comerciales, y a representar sus intereses ante los tribunales. Estos nuevos abogados disfrutaron de importantes ventajas económicas: sus clientes, importantes empresas que necesitaban derogar normativas que restringían su capacidad comercial vieron que estas nuevas “empresas de abogados” tenían la capacidad de ofrecer eficientemente los servicios que estaban necesitando, y a cambio de dinero, ellos comprometieron sus energías profesionales “al servicio del capitalismo industrial” (Auerbach, 1976: 36)³.

Es importante destacar que con la jurisprudencia sentada por la CSEU en la campaña de las grandes compañías ferroviarias, y en todo lo vinculado al derecho de propiedad y del debido proceso, este tribunal marcadamente conservador ampliaría enormemen-

3 Por su parte, Abel (1989), entiende que este es un momento clave en el ejercicio de la abogacía estadounidense ya que la profesión legal norteamericana no comenzó a asumir su presente forma hasta finales del siglo XIX (p. 40) y coincide en que durante este primer periodo la práctica profesional estaba fuertemente atada a los intereses corporativos de las grandes empresas y a la fuerte visión liberal y aristocrática del derecho. Además, por entonces, los abogados de mayor prestigio trabajaban para las grandes corporaciones, y en general los que se encontraban en un estrato inferior eran quienes defendían a clientes individuales, o se encontraban debajo de la escala social.

te la interpretación de la cláusula del debido proceso en los Estados Unidos y sería una fuente importante para las campañas de litigio estratégico que vendrían: después de 1937 la CSEU aplicaría la doctrina del debido proceso en temas vinculados al reconocimiento de derechos civiles, en la lucha contra la segregación racial y finalmente, en el caso *Roe v. Wade*⁴ (de 1973) reconocería que el debido proceso involucra derechos sustantivos más allá de aquellos especificados por la carta de Derechos (*Bill of Rights*) (Cortner, 1993).

CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO PARA EL RECONOCIMIENTO Y LA AMPLIACIÓN DE DERECHOS CIUDADANOS EN ESTADOS UNIDOS. El caso Brown

Los casos de Granger evidenciaron la importancia que los precedentes judiciales podían tener en la arena política y económica del país norteamericano. A partir de entonces se había abierto un nuevo espacio de disputas políticas y económicas, tan importante como las legislaturas o los organismos del poder ejecutivo: los tribunales. Al poder judicial se le comenzó a reconocer un lugar privilegiado en materia política, social y económica y distintos sectores comenzarían a utilizar este

⁴ Se trata del caso judicial por el cual se reconoció en 1973, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Estados Unidos.

nuevo espacio como un lugar de luchas y reivindicaciones políticas, económicas, ideológicas y sociales.

Si bien el contexto parecía indicar que las cortes estadounidenses eran particularmente permeables a las demandas de los poderosos sectores económicos, cambios en la manera de enseñar en las facultades del derecho generaron nuevos operadores jurídicos (y una nueva cultura jurídica) que hicieron posible que diversas campañas por el reconocimiento y la ampliación de derechos civiles y políticos tuvieran éxito y marcaran la agenda política del país durante todo el siglo XX. El litigio comenzaba a ser entendido como una herramienta que podría utilizarse para el reconocimiento de derechos (y en última instancia, para el cambio social).

La profesión legal en Estados Unidos comenzó a sufrir importantes mutaciones entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Durante el cambio de siglo, los abogados comenzaron a contemplar “el impacto del cambio social sobre su profesión” (Auerbach, 1976: p. 40). Hasta entonces, este grupo era exclusivamente masculino, anglosajón, protestante, de familias tradicionales y volcado fuertemente a la defensa de los intereses de las grandes corporaciones (Auerbach, 1976; Abel, 1989; Mack, 2012). Sin embargo, las masivas oleadas de inmigrantes tuvieron un fuerte impacto en el país, trayendo nuevos profesionales al campo jurídico y ge-

nerando una importante estratificación de la profesión: por un lado estaban “respetables *Wall Street Lawyers*” (abogados de corporaciones) y por el otro los “repudiables *Ambulance Chasers*” (correambulancias). Estos últimos, migrantes de orígenes humildes, y en una posición claramente desventajada, eran además constantemente hostigados por los profesionales ya establecidos y por la ABA (*American Bar Association* o Asociación de Abogados Estadounidenses) que decidió emitir cánones de ética profesional (*The Canons*) que les dificultaba enormemente ganarse la vida como abogados (Auerbach, 1976)⁵.

Pero junto con las mutaciones demográficas comenzaron a darse importantes mutaciones en el área de la educación jurídica. El primer cambio importante tuvo que ver con la formalización de los estudios en el área del derecho. Hasta 1880, la formación legal se obtenía principalmente ocupando la posición de aprendiz junto a un abogado ya establecido (Epp, 2013). A partir de ese año, las escuelas de derecho empezaron a suplir el rol de formación jurídica, y para el año 1915 la mayoría de los abogados estadounidenses se ha-

bían formado en las universidades del país (Abel, 1989). Según Epp (2013, 98)

Este cambio tuvo efectos importantes en la profesión. Primero porque la desaparición de la figura del aprendiz y el ascenso de los estudios universitarios desligaron la formación legal de los intereses conservadores de la profesión legal ya asentada y prepararon la base institucional para el desarrollo del estudio teórico de la ley y para los esfuerzos políticos orientados a las reformas.

En este período se produjo una importante multiplicación de las escuelas de derecho: de 28 escuelas con 1600 estudiantes que había en 1870, el número se disparó a más de 100 escuelas con cerca de 13.000 estudiantes para el cambio de siglo. Asimismo, aumentó en un 196% el número de abogados formados en facultades de derecho (Auerbach, 1976)⁶.

El segundo cambio relevante tuvo que ver con la profesionalización docente en las facultades de derecho. Antes de 1870, los profesores eran al mismo tiempo abogados que ejercían

5 Así, sobre los cánones de ética, Auerbach refiere La cruzada ética que produjo la divulgación de los cánones evidenció la hostilidad étnica y de clase social. Los nuevos abogados migrantes judíos y católicos de orígenes humildes fueron confinados a la práctica individual de las zonas urbanas y en la mayoría de los casos su compartamiento carecía de ética profesional porque los entonces establecidos abogados protestantes los habían determinado de ese modo (1976: 50)

6 Durante esos mismos años, se daban los picos más altos de migración a los Estados Unidos: Nuevos inmigrantes del sur y este de Europa entraron por millones en las ciudades estadounidenses. Para muchos de ellos, especialmente para sus hijos, acceder a la profesión legal se convirtió en un símbolo de acceso a la democracia norteamericana. El nexo entre el derecho y la política convirtió a la carrera de abogado personalmente atractiva y políticamente importante (Auerbach, 1976: 88).

paralelamente la profesión, y *el camino a las aulas comenzaba en la práctica* (Auerbach, 1976: 75). Para entonces, enseñar era más una vocación que una profesión, y el ejercicio profesional se aprendía fuera de las facultades de derecho (Abel, 1989). Pero a comienzos del siglo XX el Decano Christopher Columbus Langdell introdujo y desarrolló el método de casos en la Universidad de Harvard, haciendo que la *enseñanza del derecho evolucionara en una nueva profesión* (Auerbach, 1976: 75). Esta nueva forma de enseñar derecho, exigía una dedicación exclusiva que la mayoría de los abogados practicantes no podían cumplir:

Pocos abogados practicantes podían dedicar el tiempo requerido por la innovación de Langdell; y reconocidos abogados con tiempo de ocio carecían de la flexibilidad intelectual para abordar con proceso analítico y deductivo que yacía en el núcleo del método de casos (Auerbach, 1976: 75)

Para Langdell el derecho era una ciencia, la biblioteca su laboratorio y los casos eran sus elementos naturales. La nueva científicidad que se le comenzó a reconocer al derecho inspiró a una generación de profesores con dedicación exclusiva, quienes comenzaron a analizarlo desde una perspectiva más flexible y progresista (Sutherland,

1967), y en una época de importantes reformas y cambios, estos docentes percibieron al derecho como un instrumento de ingeniería social, con importantes implicaciones en el espacio público que transcendía al cuidado del cliente individual. Así, durante las primeras décadas del siglo XX un fuerte sentido de responsabilidad pública e identificación con reformas políticas y sociales generaron en los profesores de derecho una identidad particular, y diferenciada de los abogados practicantes (Auerbach, 1976; Mack, 2012).

El tercer cambio de trascendencia vendría recién después de la primera guerra mundial, con lo que se denominó el “realismo jurídico”⁷. Según relata Horowitz (1992: 169)

A principios del siglo XX, el pensamiento legal clásico se encontraba confrontado por una creciente y poderosa crítica de sus premisas básicas. En diversos campos del derecho, pensadores progresistas desafiaban tanto

7 A grandes rasgos, por realismo jurídico se conoce a la corriente filosófica del derecho que critica la visión clásica del pensamiento legal del siglo XIX en los EEUU. El realismo jurídico norteamericano es a menudo recordado por desafiar aquellas perspectivas jurídicas clásicas que consideran que las instituciones legales proporcionan un sistema autónomo y de aplicación directa de los textos jurídicos, no contaminado por la política. A diferencia de pensamiento clásico, el realismo jurídico norteamericano intentó describir las instituciones jurídicas incorporando una imagen de agudo conflicto moral, político y social que estas poseen. El legado más importante del realismo jurídico norteamericano es su desafío a la clásica afirmación jurídica de que el razonamiento legal era independiente y autónomo del discurso moral y político.

las presunciones políticas como morales del antiguo orden y estructuras de la doctrina legal y el razonamiento jurídico que fueron diseñados para representar esas presunciones como neutrales, naturales, y necesarias.

Estos discursos de resistencia se cristalizarían en el realismo jurídico, que sin embargo *no era no un movimiento intelectual coherente ni una jurisprudencia consistente o sistemática* y en general se lo refiere como un *corpus de pensamiento legal producido por la mayor parte de los profesores de derecho en las escuelas de Derecho de Columbia y Yale durante las décadas de 1920 y 1930* (Horowitz, 1992: 169). Sin embargo, estos profesores compartían apenas su escepticismo a entender el derecho como *una estructura simétrica de las proposiciones lógicas, todas bien encajadas* (Auerbach, 1976: 150). Y este escepticismo era suficiente para redirigir la perspectiva del derecho como reproductor de un orden y *status quo* hacia otra entendida como un instrumento de cambio social. De esta forma, bajo la presión de generaciones más jóvenes de profesores, los contenidos curriculares se expandieron y comenzaron a incorporar disciplinas propias de las ciencias sociales: *estos cambios fueron bienvenidos –y a veces instigados– por jóvenes abogados para quienes la educación legal había sido embrutecedora y parroquial*” (Auerbach, 1976: 150).

Estas mutaciones en la enseñanza jurídica comenzaron a crear un nuevo perfil profesional, que cada vez se alejaba más del abogado de *Wall Street*, y que adquiriría una mayor conciencia social sobre las problemáticas del entorno. Esta mayor conciencia se profundizó luego de la gran depresión estadounidense y la crisis de 1929, cuando el rol de la profesión jurídica en la sociedad norteamericana debió ser reexaminada (Abel, 1989; Mack, 2012). Las mayores críticas a los valores de la profesión vinieron del seno del realismo jurídico en las universidades de Yale y Columbia. Si bien su críticas contra la jurisprudencia tradicional venían de antes de la depresión, fue durante esta época que el movimiento atrajo a un mayor número de seguidores y desarrolló su más interesantes ideas después de 1933, cuando el éxito de las reformas políticas del *New Deal*⁸ en los Estados Unidos dependían de la flexibilidad constitucional, la tolerancia judicial para los experimentos legislativos y un acercamiento instrumental hacia el derecho (Horowitz, 1992). Por su parte, Jerold Auerbach (1976) ejemplifica diciendo que en este contexto:

8 El New Deal fue la denominación dada por el presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt a su política intervencionista puesta en marcha para luchar contra los efectos de la Gran Depresión en Estados Unidos. Este programa se desarrolló entre 1933 y 1938 con el objetivo de sostener a las capas más pobres de la población, reformar los mercados financieros y redinamizar una economía estadounidense herida desde la Crisis del 29 por el desempleo y las quiebras en cadena.

las ideas realistas se basaron en tres proposiciones básicas: que el derecho y la sociedad estaban en constante flujo, que el derecho debe propender a finalidades sociales y que los jueces hacen, más que reconocen, el derecho. Los realistas destrozaron la ilusión de que la seguridad jurídica se encontraba en manos de los abogados tradicionales (p. 165).

Fue en la década del 30 que los realistas gozaron de importante reconocimiento y puestos en las facultades de derecho y en las nuevas agencias creadas durante el *New Deal*. Asimismo, se crearon nuevas facultades y aumentó considerablemente el número de estudiantes, transformando la clase media quien comenzó a ver en la ascensión social la posibilidad de cumplir con el “sueño americano”. Y mientras los abogados corporativos, tradicionales y establecidos perdían terreno en el campo político, comenzaban en el seno de las facultades los primeros experimentos de educación a través de clínicas jurídicas, forjando abogados con diferentes aproximaciones a la compleja realidad sociopolítica que se vivía (Tushnet, 1987; Epp, 2013).

Las nuevas ideas jurídicas y el nuevo contexto económico y político hizo perder el interés que los abogados tenían por las grandes corporaciones, y en cambio comenzaron a mostrar una importante conciencia social y generacional. La creciente presencia de abo-

gados judíos, católicos y negros en el país en esta época creó

una base cada vez mayor de representación legal para grupos que antes no estaban representados en absoluto. Los nuevos abogados defendían a objetos de conciencia, a sindicalistas radicales, a acusados de crímenes, a comunistas, a defensores de la libertad de expresión y otras figuras de causas impopulares (Epp, 2013: 99).

Para comienzos de la década del 30, los inmigrantes, y estadounidenses descendientes de inmigrantes, principalmente judíos, comenzaron a incorporarse a las nuevas agencias estatales: “*los realistas se convirtieron fácilmente en new dealers porque (...) juzgaban las instituciones legales por sus consecuencias humanas más que por sus esencias platónicas*” (Auerbach, 1976: 177). Por su parte, Abel (1989) menciona que un importante número de abogados del *New Deal* fueron motivados por una ética de tipo reformista combinada con la posibilidad de oportunidades en poder poner en práctica esa ética; que esta reforma ética fue más prevaleciente en la generación de los abogados formados en los 30 que en los 20, y que gran parte de las actitudes de estos abogados habían sido moldeadas por experiencias generacionales comunes vinculadas al colapso económico y el surgimiento del *New Deal*. Estas mutaciones fueron muy

importantes por el apoyo que muchas de estas agencias federales brindaron a diversas campañas de judicialización, fundamentalmente la dirigida a terminar con la segregación racial en el país.

Fue también durante la década del 30 que los abogados negros comenzaron a posicionarse como importantes referentes en la lucha por los derechos civiles (Auerbach, 1976; Abel, 1989; Horowitz, 1992; Mack, 2012). En general, los abogados negros sufrían las consecuencias del racismo y la pobreza. Tenían menos educación, menor entrenamiento práctico, menos oportunidades y una menor autoestima profesional que sus colegas blancos. En 1919, y tras las luchas raciales que se dieron en Chicago y el Distrito de Columbia abogados negros formaron comités de defensa para proveer de asesoramiento legal a los ciudadanos negros imputados de delitos penales. En esta misma época, Raymond Pace Alexander, un prestigioso abogado negro formado en Harvard, decidió convertir la escuela de derecho de la Universidad de Howard⁹ *en un laboratorio para los derechos civiles y una guardería para abogados en derechos civiles* (Auerbach, 1976: 212)¹⁰.

9 La Universidad de Howard es una universidad localizada en la ciudad de Washington y que se caracterizó por ser históricamente de negros, a tal punto que actualmente se la conoce como la Harvard Negra por graduar más doctorandos afroamericanos que cualquier otra universidad estadounidense.

10 Son varios los autores que analizaron a la Escuela de Derecho de Howard como una facultad de ingeniería social para el avance en el reconocimiento de la igualdad y no discriminación de la población afroestadounidense. Así,

La idea era elevar el nivel de Howard, transformándola de una facultad nocturna marginal a una institución nacional atractiva para los estudiantes negros que buscaran educación jurídica de calidad y que sea relevante para cumplir con sus necesidades y las de la comunidad negra (Mack, 2012). Así, para la década del 30, existía toda una generación de abogados negros por los derechos civiles (a los que se le unirían abogados del norte del país que defendían las mismas causas), que forjaron su propia identidad durante todo el proceso de litigio contra la segregación racial: a partir de ahora, la práctica profesional cobraba una significación personal y social (Auerbach, 1976; Tushnet, 1987; Wasby, 1995; Mack, 2005, 2012).

Asimismo, los cambios en la formación de los abogados y las nuevas ideas jurídicas tuvieron un importante impacto en las concepciones y decisiones de los jueces, quienes fueron modificando su visión estática de los principios constitucionales y de la división de poderes –decisiones que frecuentemente consistían en revocar legislaciones en materia de políticas económicas

entre los trabajos más recientes se pueden citar las obras de David Wilkins (1997) y Charles Ogletree (2004). Sin embargo, esta posición no es unánime. Así, Kenneth Mack (2005; 2012) considera que Howard nunca tuvo ese papel de “ingeniería social a través del litigio” que se le ha endilgado: “la revisión de la currícula de la facultad de Derecho no se enfocó en el entrenamiento para el litigio de derechos civiles” (2005: p. 285) y de hecho la “Facultad de Derecho de Howard no ofrecería su primer curso en derechos y libertades civiles hasta el año académico 1938-1939, cuando James Nabrit comenzó a enseñar el curso” (p. 287).

e impositivas, tal como se vio en los “casos de Granger” - en una visión más dinámica y politizada, convirtiéndose en importantes defensores de derechos y libertades civiles. En este sentido Samuel Walker (1999: 82), considera que a mediados de la década del 20 comenzaron a darse los primeros cambios jurisprudenciales, y para fines de la década *el cambio estaba claramente en la atmósfera. La histeria antirradical se estaba desvaneciendo y las cortes eran más receptivas al momento de proteger la libertad de expresión y de reunión, y asimismo la CSEU emergió como un activo defensor de los derechos individuales* (Walker, 1999: 95). Más interesante es el trabajo de Howard Gillman (1993), quien examina cómo se dio este fenómeno en la CSEU. Para él, el activismo judicial de la Corte fue resultado de las nuevas ideas jurídicas y las políticas intervencionistas del *New Deal*. Hasta 1937, el rol de la CSEU consistía en la defensa de principios estáticos y tradicionales de la Constitución. Sin embargo, la revolución industrial creó condiciones sociales y demandas políticas que tornaban cada vez más difícil distinguir entre el bienestar general y la legislación vinculada a un solo sector o clase. Para Gillman, el punto de inflexión tuvo que ver con leyes vinculadas al salario mínimo. Con estas leyes, el Estado se convertía en un importante regulador del mercado, leyes que gozaban de un importante apoyo por parte de ciertos

sectores sociales, y de rechazo por empresas y sectores comerciales. Así, ante la judicialización de estas nuevas regulaciones, la CSEU en *West Coast Hotel v. Parrish* (1937) y en *Carolene Products v. United States* (1938), cambió la jurisprudencia que venía aplicando desde el siglo XIX, basada en viejas asunciones sobre la neutralidad del mercado y la autonomía de los individuos, y en cambio asumió un rol político y de protección a ciertos grupos desventajados y de legitimación a las medidas tomadas por el Estado Federal o los diversos gobiernos estatales¹¹. Esta postura se vería profundizada en 1938, cuando la CSEU resolvía *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, que significaría la primera victoria por parte del movimiento de derechos civiles vinculada a un caso de discriminación en las escuelas, y que proveería un antecedente legal clave para la campaña de litigio estratégico de desegregación racial en las escuelas (Mack, 2005).

11 Sin embargo la decisión de la CSEU se dio en un momento en el cual su legitimidad estaba siendo discutida. Conforme Walker (1999), hasta 1937 la CSEU había defendido solo ocasionalmente ciertas libertades civiles. Durante la década de 1930, con la llegada del *New Deal* debió enfrentar una de sus mayores crisis políticas: la CSEU había invalidado la mayor parte de las medidas económicas tomadas durante estos años, siendo blanco de muchas críticas. La reelección de Roosevelt implicaría una “reorganización de la Corte”, un plan que le permitiría designar seis nuevos ministros y obtener así una mayoría en el supremo tribunal federal. Si bien el plan no contó con el apoyo esperado, las crecientes críticas ante el rol de la CSEU recién se vieron aplacadas con las sentencias y ejecución del caso *West Coast Hotel v. Parrish*. A partir de este caso, la CSEU empezó a dar cada vez más apoyo a los derechos y las libertades civiles, afectando profundamente la política estadounidense durante los próximos 50 años.

Las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales de la CSEU estimularon diversas campañas de litigio en diversas áreas: la ACLU¹² decidió fortalecer su programa en litigio estratégico, la NAACP¹³ reinvertió en su *Legal Defense Fund* (Fondo para la defensa legal) con el mismo fin de la ACLU, la ABA (*American Bar Association*) estableció su Comité sobre la Carta de Derechos y el Congreso Judeo-estadounidense (*American Jewish Congress*) creó su comisión en Derecho y Acción Social con varios abogados de dedicación exclusiva y un ambicioso programa de cambio social a través del litigio (Walker, 1999: 111).

La década del treinta, que también implicó el surgimiento y la consolidación de nuevas disciplinas, tales como el derecho laboral y administrativo, se caracterizó entonces por haber puesto en escena a nuevos operadores jurídicos, jueces con una visión más dinámica de la Constitución y mayor activismo ante determinadas cuestiones, funcionarios públicos con principios éticos y políticos volcados a la transformación social y abogados con fuertes compromisos políticos y dispuestos a movilizar estratégicamente al derecho para la consecución de fines específicos: conseguir el reconocimiento y

la ampliación de derechos civiles, políticos, sociales y de alcance colectivo. Todos estos cambios constituyeron los

primeros pasos de la poderosa tradición de una práctica legal a favor de la causa progresista que alcanzó su pico en la era de la Corte Warren [...]. La creciente diversidad de la profesión legal [...] proporcionó una importante fuente de apoyo para los casos que constituyeron la agenda judicial de los derechos que empezó a emerger a partir de 1917 (Epp, 2013: 100).

Al mismo tiempo para finales de los años 30, el lanzamiento de campañas de litigio estratégico

se convirtió en una nueva fuerza en la política estadounidense. Grupos minoritarios ahora tenían una importante vía para la reparación y para influenciar la política pública. Durante este proceso, las presentaciones en calidad de amicus adquirieron un nuevo e importante rol. Históricamente siendo reconocidos como una voz imparcial (literalmente como "amigos del tribunal"), ahora se convertían en instrumentos de movilización legal (Walker, 1999: 112).

Las importantes mutaciones que se dieron en el campo jurídico generaron y estimularon un proceso consistente

12 American Civil Liberties Union (Unión estadounidense por las libertades Civiles).

13 National Association for the Advancement of Coloured People (Asociación Nacional para el progreso de las personas de Color).

en redefinir políticas sociales en términos jurídicos. Un amplio rango de problemas sociales –derechos y libertades civiles, el rol de la religión en el Estado, el funcionamiento del sistema penal, entre otros– comenzaron a ser repensados desde una perspectiva de derecho constitucional. La Carta de Derechos (*Bill of Rights*) se convirtió en un conjunto de principios seculares que tenían por fin gobernar la sociedad estadounidense: *el crecimiento de las libertades civiles a fines de los años 30 marcaron el fin de una era en la historia norteamericana (...). Principios que aparecían aislados hacía 20 años ahora estaban bien establecidos en el credo estadounidense* (Walker, 1999: 114). En el marco de todas estas mutaciones, la campaña contra el racismo y la segregación racial se convertiría en una campaña clave para entender este nuevo tipo de litigio.

La NAACP y su campaña de litigio estratégico en contra de la segregación racial.

Según Owen Fiss (2006: xi) todas las transformaciones sociales producidas como consecuencia del uso del poder judicial deben retrotraerse a mayo de 1954 cuando la CSEU anunció su decisión en el caso *Brown v. Board of Education*, ya que dicha decisión *trajo una nueva manera de entender los propósitos del derecho*. Conforme este autor, la experiencia de *Brown* creó un modelo de litigio que se extendió a lo

largo y ancho de los Estados Unidos en la década de 1970, y durante los 25 años posteriores *cambios ocurrieron en el mundo creando nuevas posibilidades, y algo extraordinario sucedió: Brown se globalizó (“Brown went global”). Países en todo el mundo comenzaron a ver en Brown una inspiración* (Fiss, 2003: xiii). Para este autor, entonces, el emblemático caso contra la segregación racial inauguró una nueva época en materia de ideas y de cómo enfrentar desafíos jurídicos. En un plano más vinculado a las prácticas profesionales, Mark Tushnet consideró que este caso resuelto por la CSEU vendría a ejemplificar globalmente *la posibilidad que abogados puedan estructurar y ejecutar una estrategia de litigio diseñada para producir cambios sustanciales en el derecho* (2004: 1693).

Tal como se puede apreciar, el caso *Brown* se convirtió en un paradigma, un ejemplo de campañas de litigio estratégico para el avance de derechos de ciertos grupos que se perciben como desventajados. Y este caso (al igual que el caso de “matrimonio igualitario” resuelto en Argentina y que se mencionó en la introducción) fue el resultado de una campaña de litigio planificada y sostenida en el tiempo, campaña que tenía por fin desafiar las leyes que legitimaban la discriminación racial en los Estados Unidos. Esta campaña fue desarrollada por la *National Association for the Advancement of Colored*

People (Asociación Nacional para el progreso de las personas de color – en adelante NAACP, según sus siglas en inglés)¹⁴ y se centró en obtener y fortalecer derechos civiles y políticos de las comunidades negras, y a lo largo de su existencia condujo una serie de casos judiciales que tuvieron un importante impacto en la política del país (Wasby, 1995; Tushnet, 1987; Jonas, 2005).

La NAACP condujo durante más de 30 años la mayor y más importante campaña de litigio estratégico que se dio en la primera mitad del siglo XX, consistente en atacar la segregación racial que se daba en las instituciones educativas públicas, expandiendo los límites de las concepciones que existían hasta entonces sobre la utilización de los tribunales como actores políticos claves no solo en el reconocimiento y protección de derechos, sino también en el diseño e implementación de políticas públicas. La campaña de la NAACP inspiraría la mayoría de las discusiones y los diseños teóricos y conceptuales del litigio estratégico durante la segunda mitad del siglo, como también gran parte de las campañas para el reconocimiento, fortalecimiento y/o protección de derechos de diversos grupos.

14 Esta es una organización afroestadounidense que vela por el reconocimiento y protección de los derechos civiles de las comunidades afroamericanas en los Estados Unidos. La NAACP fue fundada en 1909 por un grupo de personas blancas y negras que deseaban contrarrestar el avance de la creciente violencia que experimentaba la comunidad negra en el país, llevando a cabo diversas campañas (políticas, publicitarias y legales) a fin de cumplir con sus objetivos.

Los orígenes de la campaña deben remontarse a la normas que legitimaban el racismo en los Estados Unidos. Si bien las prácticas racistas eran parte de la vida cotidiana estadounidense durante fines del siglo XIX y comienzos del XX, particularmente en los estados del sur de Estados Unidos, las mismas además tenían un importante respaldo por normas estatales y federales. Así, entre una gran cantidad de normas vigentes, en 1890 la legislatura del Estado de Lousiana aprobó un estatuto que requería que todas las compañías de ferrocarriles prevean *iguales pero separadas comodidades para blancos y negros*. La comunidad negra de Nueva Orleans, entendiendo que esta ley implicaba la implementación de políticas racistas, decidió organizar un caso testigo en el cual Homer Plessy abordara un vagón destinado para blancos (Tushnet, 1987; Klarman, 2007). La consecuencia fue que el Estado de Lousiana comenzó a perseguir penalmente a Plessy, un mulato que se autodefinía como 80% blanco, por violar la ley estatal, y su condena fue apelada hasta llegar a la Corte Suprema de los Estados Unidos (CSEU). El 18 de mayo de 1896 la CSEU resolvió en *Plessy v. Ferguson* por mayoría de 7 a 1 que el estatuto de Lousiana era constitucional y las leyes segregacionistas eran parte del poder de policía conferidos a los Estados. A partir de entonces quedó sentada la doctrina judicial “separados pero iguales”: en la medida

que se ofrezcan similares servicios y comodidades a distintos sectores raciales, no se violaba el principio de protección igualitaria proclamado en la decimocuarta enmienda de la Constitución Federal Estadounidense. Tres años más tarde, la CSEU confirmaría su doctrina judicial en materia de escuelas segregadas, en el caso *Cumming v. Richmond County Board of Education*¹⁵.

Desafiar la doctrina de “separados pero iguales” adoptada por la CSEU en materia de educación se convirtió en el eje de la campaña de litigio estratégico diseñado por la NAACP, ya que consideraba que la discriminación sufrida por la comunidad negra en materia educativa era la ayudaba a perpetuar y legitimar el resto de las desigualdades. La campaña contó con un importante apoyo financiero concedido por la Fundación Garland, y entre 1925 y 1930 la NAACP comenzó a desarrollar un plan coordinado de litigio consistente en revertir la doctrina sentada en *Plessy* en tres supuestos: que escuelas para blancos aceptasen alumnos negros; que se igualaran los salarios de los profesores negros con relación a los de sus colegas blancos y por último que se igualara la infraestructura en las

15 El caso se vinculaba con la demanda en contra del cantando de Richmond en Georgia que había dejado de financiar un secundario para negros, con el fin de poder continuar financiando el secundario para blancos. La CSEU consideró que la decisión no estaba motivada en cuestiones raciales sino en problemas financieros, validando el principio de “separados pero iguales” en materia educativa. (Tushnet, 1987; Klarman, 2007).

escuelas. Para entonces, contaban con un antecedente jurisprudencial importante: en 1914 la CSEU estableció en *McCabe v. Atchinson* que si a cualquier negro se le negaba la posibilidad de acceder a los mismos servicios o comodidades que a un blanco, la constitución era violada. A partir de las investigaciones llevadas a cabo por la NAACP, ellos poseían datos de que la calidad e infraestructura ofrecida a los negros era inferior a la de los blancos, teniendo un importante argumento a su favor¹⁶: de esta forma

la campaña se enfocaría (...) en probar fácilmente tres hechos: que las leyes estatales requerían escuelas separadas; que los gastos eran claramente desiguales y que los remedios judiciales estatales eran de imposible ejecución o inexistentes (...). Con estas ideas la campaña buscaría (...) declaraciones de inconstitucionalidad (Tushnet, 1987: 27).

16 Entre 1926 y 1928 la NAACP condujo una serie de reportes estadísticos vinculados a los gastos estatales y las disparidades entre estudiantes negros y blancos. En Georgia, el caso más extremo, el gasto por estudiante blanco era de 36,29 dólares, mientras que por cada negro se desintaba 4,59 dólares. En relación al pago de los docentes, el salario promedio de un profesor blanco era de 97,88 dólares por mes, contra 49,41 dólares. Estas diferencias también se encontraron en Misisipi, Carolina del Norte y Carolina del Sur (Tushnet, 1987). Además, se podría decir que contaban con otro antecedente importante: era el caso *Yick Wo v. Hopkins* de 1886, ya que implicaba que las inequidades entre las escuelas para blancos y para negros podían ser inconstitucionales incluso en el caso que no haya normativas explícitas que establezcan gastos desiguales.

En 1936 la Corte de Apelaciones de Maryland confirmó la decisión de primera instancia que ordenaba que Donald Murray sea admitido en la facultad de Derecho de la universidad de Maryland. La Facultad de derecho era una agencia pública, y en la medida que no existieran otras oportunidades iguales para el demandante en el Estado de Maryland (debiéndose garantizarle el acceso a la educación), su admisión era necesaria. De esta forma, la NAACP consiguió un precedente jurisprudencial significativo en relación a la admisión de estudiantes. Para 1938, se anunciaban veinte nuevas peticiones judiciales en Maryland, la mayoría con sentencias favorables a la NAACP, y en abril de 1941 la legislatura del Estado estableció la equiparación de los salarios docentes entre blancos y negros. La elección de Maryland como Estado para largar la primera campaña coordinada contra la segregación no fue casual: según Tushnet (1987) era un estado fronterizo donde las actitudes en relación a la segregación no contaban con tanto apoyo de la población, lo cual, sumado a su cercanía con Washington (donde estaba la sede de la NAACP, que permitía hacer un seguimiento más personalizado de los juicios) lo convertían en un lugar ideal para poner en prueba la campaña antisegregacionista.

Paralelamente, en 1938 la CSEU resolvía el primer caso presentado por la NAACP en el marco de la campaña

contra las escuelas segregadas: se trataba de una petición realizada por Lloyd Gaines para ser admitido en la facultad de Derecho de la Universidad de Misuri. La institución universitaria se negó a admitir el pedido, brindándole dos opciones: otorgarle una beca para formarse en una institución de otro Estado, o bien solicitar la admisión en la Universidad de Lincoln, institución para negros en el Estado, quien crearía una facultad de derecho. La propuesta no fue satisfactoria, llegándose a judicializar el caso, y en "*Missouri ex rel Gaines v. Canada*", la CSEU sostuvo que los Estados que provean de educación superior a los estudiantes blancos deben también proveerla para los estudiantes negros dentro del mismo Estado. La provisión se debe hacer o bien permitiendo que ambos concurren a la misma institución, o creando una segunda institución específicamente para negros (Tushnet, 1987; Jonas, 2005). De esta manera, la NAACP obtuvo su antecedente jurisprudencial más importante en materia de admisión de estudiantes negros a instituciones educativas para blancos cuando los Estados no poseían instituciones destinadas para estos sectores.

En relación a los salarios docentes diferenciales, la victoria más importante en los tribunales federales se dio en un caso de Norfolk, Virginia. En este caso, Melvin Alston, presidente de la Asociación de Maestros de Norfolk,

luego de ser despedido por solicitar pago equitativo, inició una demanda en 1940. La misma llegó ante la Corte de Apelaciones Federal, la que consideró que de manera arbitraria y discriminatoria se pagaba menos a los negros que los blancos por el mismo trabajo, violando la Constitución (Caso *Alston v. Board School of Norfolk. 4th circuit*). La CSEU se negó a intervenir en el tema. El caso se convirtió en un antecedente importante, y *con pocas excepciones*¹⁷, los abogados de la NAACP ganaron todos los juicios vinculados a la discriminación en el pago de salarios a docentes (Tushnet, 1987: 162).

Durante la década del 40, no hubo victorias importantes en materia de segregación en instituciones educativas. En materia salarial, el más importante se dio en Little Rock, Arkansas, en 1944 donde una Cámara de Apelaciones estableció que existía un modelo salarial discriminatorio, lo que produjo la equiparación salarial en todo el Estado en 1946 (Tushnet, 1987). Entre 1945 y 1950 comenzó a rediseñarse la campaña de litigio estratégico: a partir de ahora la lucha política no consistiría en exigir iguales derechos en instituciones separadas, sino en atacar directamente el principio de “separados pero iguales”. Con el ataque directo a la doctrina sentada en *Plessy* se acabaría por fin con la segregación racial. Durante esos años

se desarrollaron ideas provenientes de la escuela realista y el denominado “el argumento sociológico”. Se trató de un argumento que surgió en las clases de derecho de la Universidad de Howard, donde se intentó incorporar a las visiones típicamente jurídicas aportes de la sociología y psicología, afirmando los efectos nocivos que tendría la segregación. Este argumento se basaba en que

Si uno miraba más allá de la infraestructura, centrándose en las consecuencias sociales, las escuelas segregadas eran inevitablemente desiguales. Los blancos tenían oportunidades sociales que no estaban disponibles para los negros en escuelas separadas, independientemente de cuán nuevas o bien administradas estén las escuelas para negros; las escuelas segregadas inducían un sentimiento de superioridad en blancos y un sentimiento de inferioridad en los negros (Tushnet, 1987: 119)

El argumento sociológico fue puesto a prueba en el caso *Sipuel v. Board of Regent of Univ. Of Okla.* Se trataba de un caso donde Ada Sipuel, una joven afroamericana, se postuló para la escuela de derecho de la Universidad de Oklahoma, que era sólo para blancos. El caso llegó hasta la CSEU quien en 1948 determinó que el Estado debía garantizarle la educación legal, probando así que el argumento sociológico era

¹⁷ Para 1947, de 31 casos sobre discriminación salarial, sólo 4 habían sido perdido.

efectivo y la CSEU podría mostrarse receptiva ante el mismo. El máximo tribunal ratificó esta postura en los casos *Sweatt v. Painter* (1950) y *McLaurin v. Oklahoma State Regent* (1950). Además, estos antecedentes comenzaron a sugerir cambios de actitudes en relación a la doctrina de “separados pero iguales”. A principios de la década de 1950 la NAACP se había convertido en una enorme organización, que manejaba una gran cantidad de recursos financieros y contaba con un importante plantel de abogados de derechos civiles (Mack, 2005), por lo que se decidió confrontar los principios de *Plessy* con un caso vinculado a las diferencias en las infraestructuras de las escuelas para negros.

En 1951, 13 padres presentaron una acción de clase demandando al Consejo de Educación de la ciudad de Topeka en representación de 20 estudiantes. Desde 1879, la ciudad de Topeka aplicaba la ley de Kansas de 1879 que establecía escuelas primarias separadas según la raza. Oliver L. Brown era uno de estos padres. El caso “*Brown v. Board of Education*” llegó a la CSEU combinando 4 casos más patrocinado la NAACP: “*Briggs v. Elliott*”; “*Davis v. County School Board of Prince Edward County*”; “*Gebhart v. Belton*” y “*Bolling v. Sharpe*” (Klarman, 2007). Por unanimidad el 17 de mayo de 1954 la Corte decidió que las leyes estatales que establecían escuelas públicas separadas para estudiantes negros eran inconstitucionales, que

los establecimientos segregados eran “inherentemente desiguales”, y que por lo tanto estas leyes violaban la cláusula de protección igualitaria de la decimocuarta enmienda de la Constitución del país. Esta decisión se convertiría en una de las más importantes en la historia constitucional del país y con ella culminaría la campaña legal de la NAACP¹⁸.

CONCLUSIÓN

Tal como se desarrolló en este artículo, la experiencia estadounidense fue la primera en poner de manifiesto que los tribunales podían cumplir un papel político importante, no solo a través de interpretaciones legales y sentencias, sino incluso diseñando políticas públicas y supliendo las omisiones o negativas de otros poderes políticos. De esta forma, el poder judicial comenzó a ser percibido como un defensor y garante del Estado de derecho democrático. La experiencia estadounidense de litigio para la defensa de causas colectivas, y en especial a partir del caso *Brown*, no sólo se ampliaría y profundizaría en Estados Unidos, sino que sería importada con mayor o menor éxito a otros países, incluyendo Argentina.

En términos teóricos, el caso *Brown* fue un punto de inflexión en materia de

18 En realidad, la controversia no se dio por finalizada con este fallo, ya que el mismo no ofrecía remedios judiciales para implementar la decisión. Esto vendría con *Brown II*, una nueva sentencia de la CSEU resuelta el 31 de mayo de 1955. La nueva sentencia se caracterizaba por ser vaga e imponer soluciones graduales, generando nuevos inconvenientes. Sobre esto véase (Klarman, 2007: cap. 4)

diseño de campañas de litigio estratégico, y a partir de este caso se comenzaron a diseñar otras importantes campañas de judicialización en todo el país. Según Sarat & Scheigold (2006: 05):

Como ahora es ampliamente reconocido, hasta 1954 el proyecto de una constitución estadounidense sólida estaba radicalmente incompleta. Estaba incompleta porque (...) el derecho sistemáticamente excluía a personas de participar entera, libre y dignamente en las principales instituciones políticas y sociales del país por razones raciales. Pero Brown cambió todo.

Esta opinión es compartida por varios autores, entre ellos Wilkinson (1979: 06) quien considera que este caso de segregación racial fue *el evento político, social y legal más importante del siglo XX en la historia estadounidense*, y Kluger (1975) para quien la campaña de la NAACP es el mejor ejemplo de una perfecta combinación entre la planificación estratégica y una implementación exitosa.

A partir de *Brown, la segunda mitad del siglo 20 en Estados Unidos fue, en parte, la historia del rol judicial de los movimientos por el cambio social* (Sarat & Scheigold, 2006:1), sobre todo porque desde la década de 1950, el número de organizaciones que comenzaron a optar por desarrollo de campañas de litigio estratégico en materia de derechos

políticos y sociales comenzó a incrementarse (Wasby, 1995).

Esta experiencia estadounidense sería exportada luego a distintos países del mundo, y probó ser efectiva en países con una cultura jurídica similar a la de los Estados Unidos (tal como muestra Charles Epp en India, Canadá y Reino Unido). El modelo también llegaría a países latinoamericanos, como Argentina, donde diversos grupos comenzaron a diseñar y ejecutar campañas de litigio estratégico como forma de acción política (Smulovitz, 2008). Sin embargo, la judicialización estratégica no ha sido particularmente exitosa en la región, y quizás Argentina se presente como uno de los pocos países donde esta ha funcionado con relativo éxito. De hecho, David Landau (2012) considera que a nivel de derecho constitucional comparado, hay pocos países donde existan instrumentos legales que permitan a los jueces ordenar a las instituciones públicas que cumplan con la Constitución Nacional ("*structural injunction-like devices*") y que Argentina *es uno de los pocos países que ha intentado implementar verdaderos remedios estructurales* (Landau. 2012: 246). En la actualidad, gran parte de grupos y movimientos sociales en Argentina (tales como los de derechos humanos, de la diversidad sexual, grupos pro-vida, ambientalistas, feministas y de consumidores) ven al poder judicial como un potencial aliado de sus demandas, y sus reivindicaciones

políticas con mayor frecuencia se transforman en demandas judiciales. El lenguaje jurídico (y particularmente el de derechos humanos) está cada vez más presente en estos movimientos, produciéndose una “despolitización” de sus luchas y reivindicaciones, las que se “juridifican” y comienzan a debatirse con las reglas y lógicas del campo jurídico. Las campañas de litigio estratégico pueden ser entonces un importante aliado de diversos grupos que pretenden el reconocimiento, protección o ampliación de derechos, pero las reglas jurídicas tienen la capacidad de despolitizar sus demandas. Y ahí yace el mayor desafío.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL, R., 1989. *American Lawyers*. Nueva York: Oxford University Press.

AUERBACH, J. S., 1976. *Unequal Justice. Lawyers and Social Change in America*. Nueva York: Oxford University Press.

BIMBI, B., 2010. *Matrimonio Igualitario: intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*. Buenos Aires: Planeta.

CAMPANA, Maximiliano. 2015. “Hacia una nueva conceptualización del litigio estratégico. La judicialización de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los sectores pro vida”. In J. C. Esquivel, & J. M. Vaggione, *Permeabilidades Activas: Religión, política y sociedad en la Argentina democrática*. Buenos Aires: Biblios (en prensa)

CELS, 2008. *Litigio estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

CORTNER, R., 1993. *The Iron Horse and the Constitution: The Railroads and the Transformation of the Fourteenth Amendment*. Westport: Greenwood Press.

EPP, C. R., 2013. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

FISS, Owen. 2006. “Foreword”. In R. Gargarella, P. Domingo, & T. Roux, *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?* Hampshire - Inglaterra: Ashgate. (pp. xi - xiv).

FRÜHLING, H. (2000). “From Dictatorship to Democracy: Law and Social Change in the Andean Region and the Southern Cone of South America”. In M. McClymont, & S. Golub, *Many Roads to Justice: The law related work of Ford Foundation Grantess around the world* Nueva York: Ford Foundation. Pp. 55- 87.

GILLMAN, H., 1993. *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham, Carolina del Norte: Duke University Press.

HOROWITZ, M., 1992. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Nueva York: Oxford University Press

KLARMAN, M., 2007. *Brown v.*

Board of Education and the Civil Rights Movement. Nueva York: Oxford Press.

KLUGER, R., 1975. Simple Justice. Nueva York: Alfred A. Knopf.

LANDAU, D. (2012). "The reality of social right enforcement". 53 Harvard International Law Journal, 253.

MACK, K. W., 2012. Representing the Race. The creation of the civil right lawyers. Boston: Harvard University Press.

MACK, K. W. (2005). « Rethinking Civil Rights Lawyering and Politics in the Era Before Brown ». *The Yale Law Journal* , 115-256.

SARAT, A., & SCHEIGOLD, S., 2006. Cause Lawyers and Social Movements. Stanford, California: Stanford Law and Politics.

SKLAR, M., 1988. The corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The market, the law and politics. Cambridge: Cambridge University Press.

SMULOVITZ, Catalina. 2008. "La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina". *Desarrollo Económico*, Vol. 48, No. 190/191, 287-305.

SUTHERLAND, A., 1967. The Law at Harvard: a history of ideas and men, 1817-1967. Cambridge.

TOCQUEVILLE, A., 1963. La Democracia en América. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

TUSHNET, Mark, 1987. The NAACP's legal strategy against Segregates

education. 1925-. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.

TUSHNET, Mark, 2004. "Some legacies of Brown v. Board of Education". 90. Va. L. Rev., 1693.

WALKER, S., 1999. In defense of American Liberties. A history of the ACLU . Carbondale, IL: Southern Illinois University Press.

WASBY, S., 1995. Race Relations litigation in an ago of complexity. Charlottesville: University Press of Virginia.

WILKINSON, J. H., 1979. From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration: 1954-1978. Nueva York: Oxford University Press.

Maximiliano Campana

Abogado y Doctorando, Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.