

IDENTIFICACION CON LA COMUNIDAD Y DERECHOS DE LAS MINORIAS

Aviam Soifer

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Boston

Hace poco más de un mes una sentencia poco corriente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos levantó una ráfaga de apasionados debates, rara incluso en un país obsesionado con el Tribunal Supremo y sus decisiones. El Tribunal motivó que este debate se produjera cuando por escasa mayoría decidió *Patterson v. McLean Credit Union*¹, negándose a decidir sobre el fondo y abriendo el caso para nuevas argumentaciones invitando a las partes a pronunciarse acerca de una cuestión que no había sido suscitada previamente en el caso. La cuestión planteada por un Tribunal Supremo muy dividido tiene gran interés. Es la siguiente: ¿debería el Tribunal Supremo mantener la doctrina de su decisión de 1976 que sostenía que la Ley de Derechos Civiles de 1866, aprobada por el Congreso pese al veto del Presidente Andrew Johnson inmediatamente después de la guerra civil norteamericana, podría ser invocada para prohibir a las escuelas privadas excluir a niños suficientemente cualificados sólo en razón a su pertenencia a la raza negra?². (Ciertamente, junto con otros muchos, he dedicado esfuerzos desde hace tiempo para actualizar el texto de aquella vieja Ley, y su comprensión en el contexto de confrontación en que fue creada, pretendiendo su aplicación en nuevas batallas jurídicas actuales)³. No quiero, sin embargo, cansar al lector con las sutiles cuestiones de interpretación de tan importante Ley.

¹ 108 S. C. 1419 (25 de abril de 1988). El Tribunal inferior había sentenciado que la Ley de Derechos Civiles de 1866 no protegía a un demandante negro frente al acoso racial en su puesto de trabajo. La resolución del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 planteaba una cuestión no discutida por las partes; en concreto, «si la interpretación de 42 U. S. C. Sec. 1981 formulada por el Tribunal Supremo en *Runyon v. McCrary*, 427 U. S. 160, debería ser reconsiderada». Id., p. 1420.

² *Runyon v. McCrary*, 427 U. S. 160 (1976), que decidió, mediante un voto 7 a 2, que la Ley de Derechos Civiles de 1866 es aplicable a actos privados de discriminación racial por sujetos particulares.

³ Véanse, por ejemplo, mis artículos «Status, Contract, and Promises Unkept», 96 *Yale LJ* 1916 (1987), y «Protecting Civil Rights: A Critique of Raoul Berger's History», 54 *NYUL Rev.* 651 (1979).

Por el contrario, comenzaré prestando cuidadosa atención a la terminología usada por la mayoría 5-4 a la hora de obligar a las partes a replantear la cuestión en *Patterson*. Si se examina la breve opinión *per curiam* podemos aprender mucho acerca del *ethos* individualista que ha dominado al Tribunal Supremo durante gran parte de su historia y que parece resurgir de nuevo dominando al actual Tribunal. Las afirmaciones de *Patterson* nos permitirán considerar alguna de las razones por las que jueces, académicos y juristas en los Estados Unidos hoy en día luchan por entender el concepto de grupo con un éxito muy limitado. Es más, la retórica usada por la mayoría del Tribunal Supremo en la decisión de 25 de abril de 1988 contrasta de forma muy importante con lo que el Tribunal dijo hace cincuenta años en uno de sus más famosos pronunciamientos, y desde luego en la nota a pie de página más famosa que existe en el Derecho Constitucional norteamericano. La nota a pie de página número 4 de *Carolene Products*⁴, decidida en el 25 de abril de 1978 —cuando mi país estaba formalmente comprometido a favor de la no intervención y el suyo trágicamente envuelto en la Guerra Civil—, sugería que diversas categorías de derechos constitucionales deberían merecer una especialísima actitud favorable de los jueces. Después de describir brevemente la decisión de *Patterson* estudiaré el fenómeno de la influencia de la nota a pie de página número 4, dado que constituye un indicador francamente interesante de cuán profundamente nuestra tradición constitucional norteamericana parece estar centrada en torno a las decisiones judiciales, por lo menos tal y como se observa el Derecho Constitucional desde y en las Facultades de Derecho. Posteriormente, a través de esa discusión, comenzaremos a ver hasta qué punto el actual Tribunal Supremo está dando una marcha atrás, y en apariencia está ansioso por sacrificar las pretensiones y demandas de grupos especiales en el altar de las ideas supuestamente neutrales, equilibradas y altamente individualistas.

La mayoría en *Patterson*, como ha ocurrido con casi todas las mayorías a lo largo de casi toda la historia norteamericana, parece abrazar la falacia de ensalzar una ley igualmente aplicable al león y al buey⁵. *Patterson* también carece de consistencia interna. Pero *Patterson* resulta mucho más importante por constituir un desafortunado eco del tenor de comportamiento del Tribunal Supremo hace un siglo. En los *Civil Rights Cases*, por ejemplo, decididos no llega a veinte años después de nuestra Guerra de Secesión, un Tribunal prácticamente unánime acordó que ya era tiempo para que los negros «adquirieran el *status* de meros ciudadanos y cesaran de ser los favoritos especiales de las leyes»⁶. *Patterson* apunta hacia el repudio de líneas judiciales

⁴ 304 U. S. 144, 152 n. 4 (1938).

⁵ En *The Marriage of Heaven and Hell*, William Blake hablaba de que «una misma ley para el león y para el buey constituye una opresión». Ed. G. KEYNES, *The Complete Writings of William Blake*, 158 (1957).

⁶ 109 U.S. 3, 25 (1883). Sólo J. Harlan formuló voto particular a la opinión mayoritaria de J. Bradley.

de actuación sugeridas por la famosa nota de pie de página de *Carolene Products*. Otras decisiones recientes proporcionan una prueba adicional considerable de que la mayoría de los actuales magistrados se entusiasman persiguiendo este enfoque sucedáneo de neutral⁷. Cada individuo es considerado como algo fungible con el resto de los individuos a los efectos del Derecho Constitucional. La existencia de grupos especiales, de comunidades con identidad y significado más allá de las demarcaciones políticas, o se ignora o se niega.

La falta de sensibilidad hacia el hecho de la existencia de un papel a jugar en el ámbito constitucional por los grupos, en especial por los grupos raciales, marca una fase termidor profundamente incómoda en nuestro Derecho Constitucional, una retirada a fondo del período constitucional que se extiende desde el *New Deal* posterior a 1937 hasta los años en que Earl Warren presidió el Tribunal Supremo. Se trata de un retorno a enfoques acerca de la Constitución que prevalecieron en la así llamada *Gilded Age**. Fue el tiempo de los caciques ladrones, cuando los *trusts* todavía se consideraban eficaces y muchos jueces insistían en que estaban obligados a intervenir en defensa del individualismo contra lo que percibían que era trato especial que debilitaría el carácter norteamericano si se le dejaba funcionar incontrolado por no tratar a cada uno con capacidad jurídica suficiente como igual en la gran carrera de la vida⁸.

Este trabajo intenta demostrar que este fenómeno tiene su raíz en la «viciosa herencia de contemplar normalmente a las partes... como simples individuos», típica de la cultura jurídica norteamericana⁹, por citar al gran realista jurídico Karl Llewellyn. Esta tradición debe su crecimiento a nuestra excesiva confianza en las construcciones jurídicas del derecho privado como base de nuestro pensamiento jurídico. El exceso de utilización de los paradigmas del derecho de los contratos del primer año de estudios en las Facultades de Derecho crea expectativas simbólicas de categorías jurídicas bipolares¹⁰. Nosotros, los

⁷ Véanse, por ejemplo, *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Education Fund., Inc.*, 473 U.S. 788 (1985) (que declaró la constitucionalidad de la exclusión de la Fundación de una campaña de caridad para empleados federales, ante la ausencia de prueba acerca de la motivación ilegítima); *City of Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980) (que declaró la constitucionalidad de un sistema electoral municipal de 1910 frente a un ataque de los negros, ante la ausencia de prueba acerca de la motivación discriminatoria); *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980) (que sostuvo la constitucionalidad de la decisión de fomentar mediante subvenciones la natalidad, negando a las mujeres indigentes financiación pública para el aborto).

* *N. del T.*—Se denomina *Gilded Age* al período de la historia norteamericana que discurrió entre el final de la Guerra de Secesión y el fin del siglo XIX (1865-1900), en el que tuvo lugar la aceleradísima revolución económica e industrial norteamericana.

⁸ Véanse los argumentos y fuentes recopilados en SOIFER, «The Paradox of Paternalism and Laissez-Faire Constitutionalism: United States Supreme Court, 1888-1921», 5 *Law and History Rev.* 249 (1987); R. WIEBE, *The Search for Order, 1877-1920* (1967).

⁹ LLEWELLYN, «What Price Contract?», 40 *Yale LJ* 704, 733-734 (1931).

¹⁰ Véanse, en general, M. BALL, *Lying Down Together: Law, Metaphor, and*

norteamericanos, parecemos mirar con desagrado particularmente lo que Arthur Bentley describió hace ochenta años: «el pleito más insignificante entre dos partes acerca de un contrato debe mirarse socialmente sobre la base de que se trata del reflejo de intereses de grandes grupos que han establecido las condiciones y obligaciones del contrato»¹¹.

Mientras somos educados encasillando a A o B, tendemos a celebrar todo alejamiento del contexto colectivo que nos define. Podemos acabar confundiendo ese alejamiento profesional del jurista con el alejamiento profesional del encargado de una funeraria. Nos concentramos en la simetría y en la necesidad de razonar las cosas. Cuando la lógica y la razón desafían el sentido común, tendemos a levantar las manos y a pretender que esa solución en realidad obedece a razones ya expuestas por otros. Alternativamente, nos refugiamos en la pretensión de que, a largo plazo, seguirán resultados benévolos si negamos a corto plazo principios benévolos¹².

Estas tradiciones se corresponden con un aspecto de nuestro Derecho Constitucional especialmente chocante. Tendemos a insistir en un modelo de derecho privado que acentúa el valor de los derechos individuales en un aislamiento espléndido. No nos preguntamos seriamente acerca de las dimensiones externas e internas de los individuos paradigmáticos que construimos. Simplemente ignoramos temas trascendentales de la ciencia, la psicología, la sociología y la antropología del siglo xx, por no mencionar géneros como el criticismo literaria, la religión o la historia. Ello se debe en parte a que si hiciéramos otra cosa parecería que empezábamos a creer, o al menos a tener respeto por, lo que Morris Raphael Cohen calificó como «fantasmas comunales»¹³. Ello se debe también a que generalmente hemos asumido el progreso que supone el paso del concepto de *status* al de contrato y hemos permitido que permanezcan incontestadas ficciones

Theology (1985); J. VINING, *Legal Identity: The Coming Age of Public Law* (1978); J. NOONAN, *Persons and Masks of the Law* (1976).

¹¹ A. BENTLEY, *The Process of Government*, 277 (1908). En el artículo de Carol Weisbrod «Article two as a Framework for Groups» (borrador), la autora investiga por qué Karl Llewellyn estaba tan encantado con Bentley que denominó a alguno de sus trabajos de principios de los años treinta simplemente «un redescubrimiento de Bentley», en 34 *Col. L. Rev.* 1 (1934). Para un examen de la atención de Llewellyn a las diferencias entre grupos de comerciantes, en el contexto de la elaboración del *Uniform Commercial Code*, véase WISEMAN, «The Limits of vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules», 100 *Harv. L. Rev.* 465 (1987). Una opinión europea más temprana del aspecto pluralista del análisis de Bentley es la del ensayo de Georg SIMMEL, «Conflict», en G. SIMMEL, *Conflict and the Web of Group Affiliations*, 37 (1964) (traducción de K. Wolff), citado en C. WEISBORD, *The Boundaries of Utopia*, 113 (1980).

¹² Estos pensamientos, desde luego, difícilmente pueden considerarse nuevos, y una fuente específica de todos ellos es la constituida por «The Mystery of Jurisprudence», en T. ARNOLD, *The Symbols of Government*, 59-71 (1935).

¹³ «Communal Ghosts and other Perils in Social Philosophy», 16 *J. Phil.* 673 (1919), publicado de nuevo, prácticamente con el mismo contenido, como «Communal Ghosts in Political Theory», en M. R. COHEN, *Reason and Nature*, 386 (1931) (las citas se harán de la versión de 1931).

jurídicas acerca de la representación de clase, la personalidad de entidades asociativas o corporativas o la igualdad que tiene como premisa la atribución formal de ciudadanía¹⁴. Déjenme aportar algunos ejemplos.

I. EL INTERVALO DE CINCUENTA AÑOS:
DEL 25 DE ABRIL DE 1938 AL 25 DE ABRIL DE 1988

A) *Patterson v. McLean Credit Union*

La breve decisión *per curiam* de *Patterson* concluye con una afirmación en respuesta al argumento de los dos votos disidentes¹⁵ en el sentido de que, dado que *Patterson* supone una interpretación del texto legal ya establecida favorable a los demandantes de derechos civiles, el Tribunal debería ser remiso a la variación del precedente.

La mayoría decía: «no creemos que el Tribunal pueda reconocer este tipo de excepción a la regla vinculante de que en un juicio debe tratarse igualmente a todas las partes; es decir, que la pretensión de cualquier parte en el pleito en favor de la aplicación de una norma jurídica a su caso concreto no debería estar influenciada por la visión que tenga el Tribunal del mérito de su pretensión en términos de criterios extrajurídicos. Pensamos que esto es lo que pretendió el Congreso al recibir de cada juez de los Estados Unidos el juramento de administrar justicia sin consideración de las personas y afirmar los derechos por igual para los ricos y los pobres!...» (28 U. S. C. Sec. 453).

Ciertamente es demasiado pronto para saber qué es lo que decidirá el Tribunal Supremo en el caso *Patterson* después de oír los nuevos argumentos de las partes¹⁶. Sin duda, muchas de las reacciones

¹⁴ Pero véanse R. VINING, *supra*, nota 10; S. YEAZELL, *From Medieval Group Litigation to Modern Class Action* (1987); M. DAN-COHEN, *Rights, Persons and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society* (1986).

¹⁵ J. Blackman, a cuyo voto particular se unieron los JJ. Brennan, Marshall y Stevens, objetó a la opinión mayoritaria el que se extendiera «a reconsiderar una interpretación de una Ley de Derechos Civiles que refleja tan claramente el serio compromiso de nuestra sociedad para acabar con la discriminación racial». Id., p. 1422. J. Stevens redactó otro voto particular, al que se unieron los otros tres mismos disidentes, en el que rechazaba la decisión mayoritaria porque «sustituye lo que constituye idealmente algo sentido como derecho garantizado por el concepto incómodo de privilegio no asegurado». Id., p. 1423. Stevens también resaltó el efecto disolvente de la resolución, no sólo de la fe en el Derecho por parte de quienes son víctimas de discriminaciones, sino también de las percepciones públicas acerca del Tribunal como imparcial y prudente.

¹⁶ En concreto, parece prematuro especular qué es lo que eventualmente decidirá el recién nombrado Magistrado del Tribunal Supremo, J. Kennedy. Carcemos de datos acerca de los puntos de vista de J. Kennedy como Magistrado del Tribunal Supremo, puntos de vista que es concebible que sean diferentes de los expuestos como Magistrado de un Tribunal de apelación. Es más, es fácil comprender que Kennedy habría encontrado difícil objetar a que el caso simplemente se rediscuta porque era el nuevo miembro del Tribunal, presionado por sus colegas para oír casos en los que previamente no había participado. Respecto de este

públicas contra lo que hizo la mayoría suponen en realidad una objeción a los efectos simbólicos de este acto. Desde luego, el tumulto levantado por *Patterson* subraya hasta qué punto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos funciona en el vértice de una tormenta cargada de aspectos simbólicos. En este sentido, así como en otros que veremos, un caso ante el Tribunal nunca es simplemente un caso entre dos individuos. Más bien —y éste es un fenómeno que puede observarse en muchos, incluso en la mayoría, de los grandes casos constitucionales a través de la historia— los individuos delante del Tribunal tienden a ser peones de una elaborada lucha, frecuentemente de naturaleza algo pactada en secreto, en la que los jueces, juristas, abogados y otro tipo de gente influyente intentan evocar el púlpito intimidante del Tribunal para obtener la sanción constitucional para sus argumentos.

Por el momento, sin embargo, vamos a fijarnos en al menos tres puntos distintos, aunque relacionados, por lo que la retórica de la mayoría en *Patterson* resulta ciertamente ilustrativa. En primer lugar, la opinión *per curiam* parece expresar la noción de que la raza —el núcleo básico del criterio que constituye la base de las pretensiones de derechos civiles— debe considerarse un elemento fungible adicional a otros «criterios externos». Por consiguiente, sugiere la mayoría, la identidad racial puede no ser tomada en cuenta como categoría jurídica. La historia puede ser ignorada y la raza de raza en cierto modo puede ser calificada como categoría extrínseca. Un deber judicial de carácter superior requiere que los jueces traten a todos los litigantes desde un punto de vista abstracto y, por consiguiente, requiere su tratamiento como formalmente iguales.

En segundo lugar, el Tribunal, aparentemente, considera la obligación judicial específica de «tratar igualmente al rico que al pobre» como sinónimo de una idea extremadamente formal de que todos los litigantes deberían ser tratados como si fueran exactamente iguales. La mayoría insiste en que su obligación de otorgar «iguales derechos» requiere que se comporten como jueces ciegos acerca de lo que conocen como hombres y mujeres. Pretenden estar obligados a ignorar los puntos de partida diferentes y las circunstancias cambiantes en la carrera de la vida que ellos entienden que es suficientemente justa. Ello supone llevar demasiado lejos el aislamiento judicial y la objetividad.

Finalmente, el Tribunal identifica lo que ha resultado ser una presunción férrea de neutralidad hacia los individuos con la obligación de «administrar justicia». Si se lee cuidadosamente, sin embargo, el

extremo, sin embargo, ni siquiera está claro qué pregunta quiere precisamente contestar el Tribunal Supremo. Podría tratarse de alguna cuestión histórica acerca de la intención del Congreso en 1866; la cuestión del juego entre leyes más recientes, tales como el Título VII de la *Civil Rights Act*, de 1964, y otras mucho más antiguas y durante tiempo enterradas; o incluso la cuestión del poder constitucional en manos del Congreso para promulgar determinadas normas de derechos civiles que afectan a las relaciones de discriminación *inter privatos*.

propio juramento invocado por la mayoría como suma de esta proposición, se ve que no traza ni mucho menos estas distinciones entre individuo/grupo y lo jurídico/lo extrajurídico. El juramento, aunque no el Tribunal, permite y reconoce la existencia de distinciones, tales como las que existen entre el rico y el pobre. Sin duda, ello explica que el juramento exprese su preocupación acerca del tratamiento por igual de todos y no por el trato mecánico y exactamente igual a todo. El juramento no define «derechos iguales» ciego ante las diferencias de grupo con relevancia significativa¹⁷. Ni presume tampoco, como por el contrario parece presumir el Tribunal de una forma extremadamente agresiva, que no haya o no deba haber un papel judicial especial para proteger a los socialmente desfavorecidos.

Soy plenamente consciente, desde luego, que los juristas norteamericanos tienen una formación excesivamente orientada hacia el tratamiento de los problemas como problemas judiciales. Ciertamente tendemos a leer demasiado y a otorgar demasiada importancia al torrente de palabras que mana de nuestros jueces, y en particular de los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Las palabras de sus opiniones, se ha dicho, son las más frecuente y cuidadosamente glosadas del lenguaje inglés, con la excepción de la traducción inglesa de la Biblia (ciertamente, las opiniones judiciales pueden incluso haber ganado esa competición pese al —o quizá debido al— resurgimiento más o menos extendido de la religión en la actualidad, sugerido por el reciente fenómeno del éxito salvaje de los predicadores evangelistas de la televisión, así como a otros signos de renovación de la ortodoxia religiosa que aparecen por todos lados en la sociedad norteamericana).

Por consiguiente, utilizó su tiempo no sin la debida cautela para considerar aquello que hemos logrado ver en los entresijos de la breve decisión *Patterson*. Sin embargo, pienso que estas palabras del 25 de abril, así como los hechos, merecen nuestra atención cuidadosa porque la opinión *per curiam* de *Patterson* equivale a una renuncia a la revolución judicial del medio siglo inmediatamente anterior ejemplificada por la nota a pie de página de *Carolene Products*, dictada precisamente cincuenta años antes. Es más, el mero hecho de que una simple nota a pie de página en una decisión que, de no ser por ella, sería irrelevante, haya sido invocada durante décadas como significativa de un claro cambio en el pensamiento judicial y académico subraya la importancia del lenguaje del Tribunal Supremo como fuente de símbolos que algunas veces tiene gran peso en un país propicio a sacralizar tanto a la Constitución federal como a sus intérpretes supremos¹⁸. Parece, pues, necesario dedicar unos breves minutos al

¹⁷ MINOW, «The Supreme Court, 1986 Term-Foreword: Justice Engendered», 101 *Harv. L. Rev.* 10 (1987).

¹⁸ M. KAMMEN, *A Machine that would go of Itself: the Constitution in American Culture* (1986); C. MILLER, *The Supreme Court and the Uses of History* (1969); «Hearings on the Confirmation of Judge Robert Bork to the United States Supreme Court Before the Senate Judiciary Committee», 100th Cong., 1st Sess. (1987).

examen de la famosa y discutida nota a pie de página de *Carolene Products*.

B) *La nota del pie de página número 4 de «Carolene Products»*

Esta nota a pie de página ha constituido el eje de gran parte del Derecho Constitucional moderno. La vanguardia del debate judicial y académico ha girado desde entonces en torno a la interpretación de su sugerencia de que ciertos grupos merecen una protección especial, aunque generalmente los tribunales deberían ser especialmente deferentes hacia el orden social creado por los particulares o el proceso político.

El Magistrado del Tribunal Supremo Harland Fiske Stone utilizó la nota a pie de página número 4 para sugerir la existencia de categorías respecto de las cuales quizá no fuera apropiada la presunción general en favor de la constitucionalidad de la legislación. La cuestión de cuándo y cómo determinadas pretensiones constitucionales dan lugar a un examen judicial especial vino a constituirse en una preocupación esencial de la teoría constitucional en los años que siguieron a ese añadido de tres párrafos a lo que de otra forma habría sido una irrelevante decisión de 1938. Difícilmente puede entenderse el desarrollo del Derecho Constitucional norteamericano sin tomar en consideración la influencia de esa nota a pie de página de 186 palabras (excluidas las citas).

La decisión de *Carolene Products*, hecha pública el mismo día que *Erie R. R. v. Tompkins*¹⁹ (jarro de agua fría en el reino del federalismo), formaba parte de una línea de pensamiento tendente hacia una nueva percepción de cuál sería el papel adecuado a jugar por los tribunales federales. Articulaba una posición de gran deferencia judicial en el examen de la inmensa mayoría de la legislación. La opinión mayoritaria, del Magistrado Stone, intentaba consolidar el desarrollo del autocontrol judicial en el examen de la legislación que afectaba a materias económicas, simbolizado por *West Coast Hotel Co. v. Parrish*²⁰. Pero, en la nota a pie de página número 4, Stone también sugirió que la legislación, cuando era cuestionada por determinado tipo de pretensiones constitucionales, quizá no merecería la misma deferencia extrema de que debería gozar la inmensa mayoría de la legislación.

¹⁹ 304 U. S. 64 (1938). Como discusión útil de la importancia de esta sentencia y de su contexto histórico, véase T. FREYER, *Harmony and Dissonance: The Swift and Erie Cases in American Federalism* (1981).

²⁰ 300 U. S. 379 (1937). En esta decisión, declaratoria de la constitucionalidad de la legislación estatal de salarios mínimos, el Tribunal Supremo cambió su propia doctrina dramáticamente y abandonó su doctrina individualista del *substantive due process*, derivada de *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905). Este cambio, frecuentemente recordado como *switch in time which saved nine*, es invocado frecuentemente para describir la revolución constitucional asociada con el *New Deal* del Presidente Franklin Roosevelt.

La opinión del Magistrado Stone sostuvo la validez de una prohibición federal de 1923 del envío por barco entre los Estados de leche entera... De esta manera el Tribunal revocó una sentencia de un tribunal federal inferior e, indirectamente, del Tribunal Supremo de Illinois, cuando sostuvo que el Congreso tenía poder para etiquetar *Milnut* a un tipo de leche desnatada en el que el aceite de mantequilla había sido reemplazado por una leche de coco menos sustanciosa y más barata, como adulterada. Hoy en día parecería absolutamente irrelevante el que una compañía, intentando vender su *milnut* a través de diversos Estados, pese a la prohibición del Congreso, intentara poner el grito en el cielo por la exigencia de que la leche fuese entera; en aquel tiempo, sin embargo, no sólo fue controvertido el resultado de *Carolene Products*, sino que la teoría de un examen judicial especial sugerida por su nota a pie de página número 4 fue totalmente novedosa e incluso demasiado atrevida²¹.

De hecho, la archiconocida nota a pie de página se limita a mencionar tentativamente la posibilidad de una revisión judicial más activa en ciertos ámbitos. La nota es considerada, sin embargo, un paradigma para el examen judicial especial de leyes que discriminan contra ciertos derechos o grupos. El primer párrafo, añadido a sugerencia del Presidente del Tribunal Supremo Hughes, es el menos controvertido. Este párrafo incide en la necesidad de un examen judicial mayor cuando están en juego derechos explícitamente mencionados en el texto de la Constitución. Esta posición interpretativa favorable a los derechos supone un salto judicial de menor importancia que la posibilidad, sugerida en el resto de la nota, de motivos adicionales a los del texto para justificar el rechazo a ser especialmente deferente con los juicios de constitucionalidad expresados por otros poderes constitucionales.

El segundo párrafo de la nota habla de un posible examen especial cuando las actividades de otros poderes públicos interfieran «aquellos procesos políticos respecto de los cuales puede esperarse ordinariamente que produzcan la derogación de legislación poco deseable». Para ilustrar las maneras en que la obstaculización de los canales de participación política pueden proporcionar motivos para un examen judicial más cuidadoso, Stone citaba decisiones anteriores anulando las restricciones en el derecho de voto, apertura de la información, la libertad de asociación política o de manifestación o reunión pacífica.

El párrafo tercero y final de la nota es el que ha dado lugar al debate más vigoroso hasta hoy. Sugiere que el prejuicio dirigido con-

²¹ Realmente, sólo tres Magistrados votaron conjuntamente con Stone esa parte de la sentencia que contenía la famosa nota al pie de página, aunque el ilustre trío estaba formado por el Presidente, Charles Evans Hughes, y los Magistrados Louis D. Brandeis y Owen J. Roberts. El Magistrado Hugo L. Black disintió de esa parte de la sentencia porque quería ir más allá de lo propuesto por Stone en cuanto a la deferencia debida al legislador; J. Pierce Butler sólo concurrió en su voto en cuanto al resultado; J. James C. Reynolds disintió, y los Magistrados Benjamín N. Cardozo y Stanley F. Reed no participaron.

tra «minorías aisladas y disgregadas»... debería quizá también dar lugar a un «examen judicial más cuidadoso». Debida a esta proposición de importancia crucial, el Juez Stone citaba dos decisiones relativas a la cláusula de comercio²², así como decisiones de aplicación de la primera y decimocuarta enmiendas, que invalidaban leyes discriminatorias sobre la base de la religión, origen nacional o raza. El desacuerdo académico y judicial desde 1938 ha girado especialmente en dos cuestiones: primera, si, aunque la categoría «minorías aisladas y disgregadas» claramente parece incluir a los negros, deben aun así incluirse otros grupos; y, segunda, si este párrafo 3 simplemente no añade nada al párrafo 2 anterior o, por el contrario, si va más lejos hasta sugerir una atención especial por parte de los jueces más allá de la protección a aquellos que sufren alguna desventaja particular en su participación política. El dilema de si la discriminación contra algunos grupos o derechos debe poner en marcha una sensibilidad judicial especial, tal y como proponía la nota a pie de página número 4, sigue siendo hoy en día un problema básico del Derecho Constitucional norteamericano.

La nota a pie de página número 4 simboliza la lucha del Tribunal desde finales de los años treinta para confinar una tradición anterior de intervención judicial que tenía como premisa la libertad contractual y el *substantive due process*, por un lado, mientras por otro trataba simultáneamente de crear una base aceptable para la intervención activa cuando los jueces perciben la desventaja política o racial o cualquier otro tipo de discriminación odiosa. Literalmente, docenas de decisiones del Tribunal Supremo y miles de páginas de comentarios académicos desde *Carolene Products* se dedican a investigar cuándo y cómo resulta apropiado el nuevo tipo de activismo judicial sugerido tentativamente por la nota a pie de página número 4. En el análisis del principio de igualdad, por ejemplo, el enfoque introducido por la nota ayudó a producir un modelo doble de parámetro de constitucionalidad judicial. Dentro de ese modelo, que ha sido dominante hasta recientemente, la legislación que afectaba a materias sociales y económicas como regla general sería declarada constitucional si existía una base racional en la propia ley o si el propio juez concebía una explicación racional para la norma. En agudo contraste, se aplicaba un examen judicial mucho más estricto a las clasificaciones establecidas en las leyes por razón de raza, origen nacional y, en algunos casos, extranjería. De modo similar, la identificación judicial de un limitado número de derechos fundamentales, tales como el derecho a voto, a veces también parecían poner en marcha un examen más cuidadoso descrito agudamente por Gerald Gunther como «estricto en teoría y fatal de hecho»²³.

²² *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat) 316 (1819), y *South Carolina Highway Department v. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177 (1938). En ambos casos, el Tribunal Supremo expresó preocupación por las discriminaciones legales contra los vecinos de un Estado creadas por el prejuicio de los vecinos de otro.

²³ GUNTHER, «The Supreme Court 1971 Term-Foreword: In Search of Evolv-

Aunque este rígido doble parámetro de constitucionalidad prevaleció en muchas decisiones del Tribunal Warren, últimamente las líneas claras empezaron a borrarse y hoy en día es difícil separar claramente ambos parámetros. Por ejemplo, se utiliza explícitamente un nivel intermedio de parámetro de constitucionalidad para los casos de discriminación por razón de sexo e implícitamente en otros contextos. Sin embargo, la lucha acerca de las implicaciones de la nota a pie de página continúa en casos en los que están en juego pretensiones de discriminación constitucional contra blancos, pretensiones de afiliación ilegítima y en los casos de exclusión total de algún particular de beneficios importantes tales como la educación pública. Como en la nota a pie de página número 4 misma, todavía hoy el argumento gira en gran parte en torno a si es adecuado constitucionalmente hacer depender a aquellos que pretenden ser discriminados de las decisiones de la mayoría para que ésta remedie, a través del proceso político o del mercado, dichas situaciones. A medida que nuevos grupos, tales como los deficientes físicos o psíquicos o los homosexuales, pretenden ser objeto de trato discriminatorio en nuevos ámbitos jurídicos, el significado en las «minorías aisladas y disgregadas» parece devenir más problemático.

Cada vez hay más señales de que el Tribunal espera producir un cortocircuito en la dificultad, y de que incluso quizá intenta llegar a la absoluta certeza, cortando directamente el nudo gordiano. Si no existen grupos que tengan pretensiones concretas, puede proclamarse que todos los norteamericanos son iguales. Por consiguiente, se deja a todos los individuos a sus propios medios. Los jueces simplifican su trabajo por la vía simple de ser deferentes a cualesquiera resultados que produzca esta lucha social hobbesiana. Y cada ciudadano debe culparse sólo a sí mismo si pierde en la gran carrera de la vida. Probablemente no será sorprendente encontrarse con el Tribunal Supremo propugnando una vuelta al darwinismo social. Los magistrados del Tribunal Supremo frecuentemente parecen compartir en la era Reagan la persuasiva nostalgia nacional de un tiempo más simple, libre y más fácil que realmente nunca existió. Nunca pudo distinguirse buenos y malos por sus sombreros; nunca hubo un tiempo en que todos los norteamericanos partieron del mismo punto de partida ni tuvieron las mismas oportunidades ni estuvieron al mismo nivel a la hora de empezar el juego.

No puede negarse que las categorías sugeridas por la nota a pie de página todavía canalizan el debate. Un buen ejemplo lo constituye la obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (1980), libro muy influyente que desarrolla su hilo de argumentación a partir de los temas sugeridos por la nota. Ely se fija en los problemas existentes en el proceso político que puedan dar lugar a un examen judicial especial; los críticos de Ely argumentan, a su vez, que al poner exce-

ing Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection», 86 *Harv. L. Rev.* 1, 8 (1972).

sivo énfasis en el aspecto de la participación política de los párrafos 2 y 3, Ely o bien es demasiado restrictivo o bien demasiado generoso con la interpretación del contenido de la nota. La nota número 4, por consiguiente, sigue siendo críptica, pero de importancia crucial en la teoría constitucional moderna.

El antes Magistrado del Tribunal Supremo Lewis H. Powell afirmó que la nota a pie de página número 4 contiene «quizá la afirmación más profética de nuestra herencia judicial moderna»²⁴. Sin embargo, también afirmó que, desde su punto de vista, es importante recordar que dicha nota era un mero *obiter dictum* y no pretendió tener más finalidad que ésa. Sin embargo, incluso como mero *dictum*, debe atribuirse a las tentativas palabras de la nota el mérito de haber ayudado a iniciar y definir una nueva era de desarrollo constitucional. Así, pues, el rechazo del punto principal de la nota sugerido en la retórica de *Patterson* y los resultados de otras decisiones recientes de la jurisprudencia norteamericana son extremadamente importantes por suponer un cambio en la naturaleza del Derecho Constitucional norteamericano. Examinaré ahora brevemente dos decisiones recientes del Tribunal Supremo que ilustran por qué estoy dando una voz de alarma acerca de la falta de sensibilidad del Tribunal Supremo hacia los derechos del hombre considerado en su dimensión de participante en un grupo. Y aún podría proporcionar el ejemplo de otras numerosas decisiones para dejar más claro mi punto de vista²⁵.

II. LIBERTAD DE ASOCIACION: TRIBUS INDIAS Y ORGANIZACIONES OBRERAS

A) *Otro travesti en la trágica historia de los nativos norteamericanos*

Un ejemplo importante aunque fácil —quizá demasiado fácil para ustedes, sospecho, dado que comparten el sentido trágico de la historia— es el constituido por los litigios que afectan a los nativos norteamericanos²⁶. Aun así, todavía pude aombrarme cuando, en el curso anterior del Tribunal Supremo, en un caso relativo al derecho de propiedad que virtualmente pasó desapercibido, no hubo voto par-

²⁴ POWELL, «Carolene Products Revisited», 82 *Colum. L. Rev.* 1087 (1982).

²⁵ Así lo he hecho —quizá excesivamente— en «Toward a Generalized Notion of the Right to Form or Join an Association: An Essay for Tom Emerson», 38 *Case W. Res. Rev.* 641 (1988), y en la *Sobeloff Lecture* que di en la Facultad de Derecho de la Universidad de Maryland y que será publicada en 37 *Md. L. Rev.* (1988).

²⁶ Véase, por ejemplo, la discusión acerca de las tribus indias en BALL, «Constitution, Court, Indian Tribes», 1987 *Am. B. Fnd. R. J.* 3; WILLIAMS, «The Algebra of Federal Indian Law: The Hard Trial of Decolonizing and Americanizing the White Man's Indian Jurisprudence», 1986 *Wisc. L. Rev.* 219; GARET, «Communitality and Existence: The Rights of Groups», 56 *U. S. Cal. L. Rev.* 1001, 1035-1043 (1983).

titular alguno cuando el Tribunal Supremo en *Hodel v. Irving* declaró inconstitucional una ley federal de 1983 que había intentado solucionar el serio problema de interés público de la «extrema fraccionización de las tierras de los indios»²⁷. La opinión de la ponente, la Magistrado O'Connor, resaltaba la importancia del vital derecho individual «a transmitir la propiedad» y estimó que los ejemplos insignificantes del derecho afectados en el caso obviamente eran de rango superior a la solución ofrecida por el Congreso, aunque admitía que «la consolidación de las tierras indias en las manos de la tribu beneficia a los miembros de la tribu»²⁸. Al sostener que este tipo de consolidación constituye una privación inconstitucional del derecho individual de propiedad, el Tribunal Supremo aportó una sentencia trágica en el centenario de la *Dawes Severalty Act*, de 1867, a través de la cual se instrumentó la política federal de desintegrar a las tribus indias sobre la base de la asunción de que estas unidades privaban a los norteamericanos nativos de aquel «egoísmo que sirve de base para toda civilización»²⁹.

Los llamados magistrados conservadores no se pararon en mientes cuando actuaron agresivamente para proteger incluso pretensiones individuales de derecho de propiedad reconocidamente atenuadas frente a una acción clara y muy reciente del Congreso reconociendo la calidad de la propiedad tribal como mecanismo de relación. *Hodel v. Irving* no es ciertamente un caso aislado en esta aparente falta de sensibilidad a las pretensiones de las tribus indias. Lo que hace del caso algo relevante en lo que ahora nos ocupa, sin embargo, es la unanimidad del Tribunal Supremo en su apoyo a una absolutamente extraña glorificación individualista de los derechos privados de propiedad. Esta opinión parece no dar peso alguno a las pretensiones tribales y supone poquísimo respeto para la acción del Congreso. En su defensa de las pretensiones de los miembros de la tribu ajenos suficientemente a la misma para cuestionar la reversión de esos intereses privados insignificantes a la tribu, *Hodel v. Irving* llega incluso a ilustrar cómo el paradigma de litigación dominante, extremadamente individualista, ayuda a quienes están en el poder para poner en marcha en numerosas oportunidades la táctica del divide y vencerás.

²⁷ 107 S. Ct. 2076, 2084 (1987). J. Brennan, al que se unieron JJ. Marshall y Blackmun, concurrieron por separado para combatir a J. Scalia, al que se unieron el Presidente Rehnquist y J. Powell, quien también concurrió, aunque manifestó que la voluntad del Tribunal de sostener la constitucionalidad de las pretensiones de propiedad *de minimis* implicaba un recorte de la extraordinaria decisión *Andrus v. Allard*, 444 U.S. 51 (1979) (que sostuvo la constitucionalidad de la prohibición por la *Eagle Protection Act* de toda venta de artefactos que contuvieran plumas de águila sobre la base de que su valor no se destruía por entero, ya que podían ser exhibidas al público, previo pago, en mostradores a pie de carretera). J. Stevens, al que se unió J. White, también concurrió por separado en *Hodel v. Irving*.

²⁸ 107 S. Ct. 2076, 2083-2084 (1987).

²⁹ La cita de Dawes se encuentra en A. DEBO, *And Still the Waters Run*, 21-22 (1940).

Este punto también se pone de manifiesto en una serie reciente de sentencias en que se agudizan los requisitos de la legitimación, sin la cual nadie puede acceder a los tribunales. Ahora se entiende que es necesario demostrar el daño individualizado, lo que suele tratarse virtualmente siempre de un supuesto de libro³⁰. Este enfoque restrictivo acerca de la legitimación, a su vez, recorta la asunción básica expresada en decisiones judiciales y discursos patrióticos en el sentido de que en Norteamérica, donde existe un derecho de rango constitucional, forzosamente debe haber una acción y un remedio constitucionales³¹. Irónicamente, estas restricciones en el acceso a la acción ante los tribunales también amplían considerablemente el poder de determinados actores públicos para aislarse de cualquier control de irresponsabilidad³². En este sentido, se atenta de frente contra la presunción de la nota a pie de página número 4 en el sentido de que actualmente la inmensa mayoría de los grupos pueden obtener la declaración de inconstitucionalidad de productos desfavorables para los mismos en la batalla política y de que otros grupos especiales pueden pretender con cierta garantía la revisión judicial de los productos de la legislación.

B) *Privando de valor a las pretensiones relacionadas con el derecho de asociación:*
«*Lyng v. International Union, UAW*»

Probablemente, el ejemplo más ilustrativo de entre la reciente serie de decisiones que minusvalora la importancia de la libertad de asociación es el constituido por *Lyng v. International Union, UAW*³³. La *Omnibus Budget Reconciliation Act* de 1981 —una ley que el Magistrado Stevens llamó adecuadamente «gran ejemplo de legislación

³⁰ Véanse, por ejemplo, *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 (1984); *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State*, 454 U.S. 464 (1982).

³¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 163 (1803) («La esencia misma de la libertad política consiste, ciertamente, en el derecho de cada persona para reclamar la protección de las leyes cuando sufre un daño»). Véanse, también, *Bell v. Hood*, 327 U.S. 678, 684 (1946); *Bivens v. Six Unknown named Agents of Fed. Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971).

³² *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983) (falta de legitimación para atacar el uso por la policía de gases que dificultan la respiración al no acreditarse que sería de nuevo usado contra el demandante); *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*, 418 U.S. 208 (1974) (los ciudadanos de los Estados Unidos carecen de legitimación, como tales ciudadanos, para pretender la afirmación de que a un miembro del Congreso se le impidió el servicio en las *Air Force Reserves* debido a la cláusula de incompatibilidad del Art. I, Sec. 6); *Richardson v. United States*, 418 U.S. 166 (1971) (los ciudadanos y contribuyentes carecen de legitimación para pretender que se revele el presupuesto de la CIA sobre la base de que el Art. I, Sec. 9, requiere la «intervención y contabilidad» de recibos y gastos de «todo dinero público»).

³³ 108 S. Ct. 1184 (1988).

elaborada con demasiadas prisas»³⁴— determinó que ningún hogar familiar podría obtener *food stamps* * ni aumentar su cuota de los mismos si algún miembro de la unidad familiar estaba en situación de huelga en una disputa laboral. El Juez de distrito Louis Oberdorfer declaró esta reforma de 1981 a la *Food Stamp Act* inconstitucional sobre la base de que interfería con la libertad de asociación de los huelguistas con sus propias familias, sindicatos y compañeros del sindicato³⁵. También sostuvo que el Congreso había restringido inconstitucionalmente los derechos de la primera enmienda de los huelguistas para expresarse libremente sin coacción por parte de los poderes públicos y les negaba el derecho a la igualdad por utilizar como criterio determinante de la desigualdad de trato exclusivamente el *animus*, al tratar a los huelguistas de forma significativamente peor que a los empleados que voluntariamente abandonaban sus trabajos y al cargar los efectos de la decisión de huelga directamente en las familias de los huelguistas.

Los sindicatos y personas físicas que cuestionaron la constitucionalidad de la restricción en los *food stamps* presentaron pruebas incontestadas a través de sangrantes *affidavits* detallando la desgraciada situación creada por la acción del Congreso³⁶. Aun así, la opinión mayoritaria del Magistrado White afirmaba que en la inmensa mayoría de los casos probablemente la ley no tendría eficacia. En cualquier caso, el Tribunal Supremo resaltó que la ley no «ordenaba» a los individuos dejar de comer juntos y de ninguna manera se interfería directa o sustancialmente con la forma de vida familiar»³⁷.

³⁴ *Sorenson v. Secretary of the Treasury*, 475 U.S. 851, 867 (1986) (voto particular de J. Stevens). Debo esta cita al profesor Eben Moglen, cita que él usa para fines bien distintos.

* *N. del T.*—*Food stamps*, o bonos para comida, constituyen la técnica utilizada por la *Federal Agricultural Act*, una de las leyes integrantes del esquema jurídico básico de la seguridad social norteamericana. Véase E. ALONSO GARCÍA, «Los límites de la Justicia Constitucional: la constitucionalización de los Derechos Prestacionales del "Welfare State" en Norteamérica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11 (1984), pp. 161 y ss.

³⁵ *International Union, UAW v. Lying*, 648 F. Supp. 1234 (DDC 1986), e *International Union, UAW v. Block*, 648 I. Supp. 1241 (DDC 1985).

³⁶ Algunos de los *affidavits* se encuentran resumidos en la resolución del Juez Oberdorfer, que concedió que el proceso fuera sumario. El Gobierno admitió que los huelguistas tendrían que elegir entre «abandonar el hogar familiar, dejar la huelga para volver al trabajo, abandonar sus empleos o intentar convencer a sus sindicatos de que terminasen la huelga». Id., p. 1236. Algunos huelguistas tampoco podían acceder a los beneficios, pese a que sus empresarios les habían sustituido y, por consiguiente, habían perdido toda probabilidad de volver al trabajo. El Juez Oberdorfer indicó que el informe del *House Agriculture Committee* explicaba que la enmienda había sido rechazada previamente porque era «un acto no neutral de presión al trabajador para que abandonase la huelga». Id., citando el H. Rep. 97-106 (I), p. 142 (1981).

³⁷ 108 S. Ct., p. 1189, citando *Lying v. Castillo*, 477 U.S. 635, 638 (1986) (que mantuvo la constitucionalidad de la definición legal de «hogar de la unidad familiar», a los efectos de la regulación de los *food stamps*, por considerarla racional). J. White afirmó que *Castillo* hacía predecible que serían rechazadas las pretensiones relacionadas con el derecho de asociación del caso de los *food stamps* de los huelguistas. Id.

En consecuencia, el Tribunal Supremo sostuvo que la ley dirigida frontalmente contra los huelguistas era constitucional. Entre párrafos de retórica afirmando que «la Constitución no permite» un resultado distinto del que alcanzó el Tribunal Supremo, el Magistrado ponente, White, anunció que «no nos ha sido especialmente difícil concluir que la sección 109 está racionalmente relacionada con un legítimo fin de interés público de evitar un favoritismo ilegítimo en pro de cualquiera de las partes en las disputas laborales»³⁸.

Aparentemente, el Tribunal Supremo concebía los *food stamps* como una concesión graciosa del poder público. Mientras se califica la decisión del poder público como «neutral», los *food stamps* pueden ser suprimidos o recortados por cualquier tipo de razón, sin razón alguna, o incluso, aparentemente, siguiendo el propósito deliberado de penalizar a un grupo que se estima poco popular. La mayoría toma simplemente como un valor inuestionable que el Congreso pretendía ser neutral: «los huelguistas y su sindicato estarían mucho mejor si pudieran obtener los *food stamps*», reconoció la mayoría, «pero el derecho de asociación de los huelguistas no requiere que los poderes públicos otorguen fondos públicos para maximalizar el ejercicio de ese derecho»³⁹.

El legislador tiene derecho a «no subvencionar» incluso el ejercicio de un derecho fundamental⁴⁰. Este enfoque del problema como mera-

³⁸ Id., p. 1192.

³⁹ Id., p. 1190. La mayoría también admitió que «sería difícil negar que esta Ley produce al menos alguna discriminación contra los huelguistas y su hogar» (id., p. 1192), pero consideró que dicha discriminación no tenía relevancia constitucional. En su lugar, el Tribunal aceptó la idea de que quien puede lo más, puede lo menos. Esta idea parece gozar cada vez de más popularidad en el actual Tribunal. Véanse, por ejemplo, *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S. Ct. 2968 (1986) (el poder público suficiente para prohibir el juego necesariamente incluye el poder público de menor importancia, como lo es el prohibir el anuncio de juego en periódicos dirigidos a la población local); *Harris v. McRae*, 448 U. S. 297 (1980) (el poder público puede influenciar el ejercicio de un derecho fundamental protegido constitucionalmente al aborto de una mujer indigente embarazada al subvencionar la natividad, y no la práctica del aborto, ya que el poder público no está obligado a aportar una asistencia sanitaria completa). Cfr. *McAuliffe v. Mayor of New Bedford*, 155 Mass. 216, 220; 29 N. E. 517 (1982) (J. Holmes) («el demandante puede tener un derecho constitucional a hablar de política, pero no tiene derecho constitucional alguno a ser policía»). Una fuente más antigua, e incluso menos atrayente, para el mismo poderoso argumento de que quien puede lo más, puede lo menos, puede encontrarse en el que probablemente fue el argumento más importante en favor de la esclavitud durante los siglos XVII y XVIII, basado, a su vez, en principios más profundos, cuyo origen puede considerarse romano, de que los esclavos eran prisioneros de guerra a los que, por consiguiente, podía matarse. El limitarse a esclavizarlos era realmente un trato favorable, claramente incluido en el poder más amplio de matarlos. Véanse, en general, *The Problem of Slavery in Western Culture*, 83-121 (1966); E. S. MORGAN, *American Slavery, American Freedom* (1975); W. JORDAN, *White over Black; American Attitudes Toward the Negro, 1550-1812* (1968). Para un alegato final acerca de la realidad de la justificación en la cultura greco-romana, véase M. I. FINLEY, *Ancient Elavery and Modern Ideology*, 82-92 (1980).

⁴⁰ Id., p. 1190, citando *Regan v. Taxation with representation of Washington*, 461 U. S. 540, 549 (1983).

mente uno de distribución de fondos públicos o subvenciones constituye una extensión peligrosa de la supuesta neutralidad del Tribunal Supremo impuesta en decisiones que sostienen la constitucionalidad de leyes tales como las que deniegan la financiación pública de mujeres indigentes para la práctica del aborto mientras permiten la subvención a la natalidad. La «obligación de los poderes públicos de mantenerse neutrales»⁴¹ quizá pudiera ocasionalmente requerir un tipo de examen judicial más estricto, como cuando están en juego derechos que derivan de las cláusulas de libertad religiosa o de aconfesionalidad de la primera enmienda. Por el contrario, las pretensiones relacionadas con la libertad de asociación de tipo no religioso, pese a que tienen un mismo origen en la primera enmienda, tienen un estatuto muy inferior y virtualmente son un inexistente parámetro de constitucionalidad.

En otras palabras, hay neutralidad y hay *neutralidad*. Algunas veces, la Constitución obliga al Tribunal Supremo a deferir el juicio de constitucionalidad en favor de tergiversadas o incluso falsas pretensiones de neutralidad, como ocurre con la reforma de la ley de *Food Stamps Act*, relativa a los huelguistas⁴². En otras ocasiones la neutralidad obliga al Tribunal Supremo a considerar cuidadosamente si el poder público está siendo realmente neutral⁴³. Esta decisión relativa a los *food stamps* de los huelguistas realmente es una clara ilustración del punto sacado a relucir por Thomas Reed Powell en el sentido de que se puede derivar de cualquier premisa todo lo que alguien haya querido antes meter en la premisa⁴⁴. Pero lo que yo pretendo subrayar no es esa concreta falta de lógica por el fallo tonto de la premisa y ni siquiera su incoherencia dentro de un tipo de reciente análisis acerca del principio de igualdad⁴⁵. Más bien lo que me

⁴¹ *Id.*, p. 1191, n. 7, citando *Maier v. Roe*, 432 U. S. 464, 475 n. 8 (1977).

⁴² El voto particular de J. Marshall, al que se unieron JJ. Brennan y Blackmun, lleva a cabo un trabajo convincente para demostrar la no neutralidad de varias formas diferentes. Utiliza los antecedentes legislativos, extractos de los *affidavits* de los huelguistas y respuestas del Gobierno a lo largo del pleito para demostrar que la intención de la ley, y el devastador efecto real que frecuentemente produce, perseguía el castigo de los huelguistas y forzarles a hacer difíciles elecciones, como la de elegir entre vivir con sus familias o ser leales a su sindicato. Es más, J. Marshall resalta que, «a un nivel más profundo», el argumento de la neutralidad realmente «refleja un punto de vista profundamente inexacto de la relación entre un gobierno federal moderno y las diversas partes de una disputa federal». *Id.*, p. 1198. Aquí apunta a los subsidios fiscales, préstamos para la pequeña y mediana empresa, leyes protectoras de la quiebra y ventajas similares otorgadas al empresario que se ve afectado por una huelga.

⁴³ Véanse, por ejemplo, *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U. S. 267 (1986); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602 (1971).

⁴⁴ Powell es citado, a su vez, citando este aforismo, por William Graham Sumner, en BRAEMAN, «Thomas Reed Powell on the Roosevelt Court», 5 *Const. Comm.* 143, 145 (1988).

⁴⁵ White no menciona su propia opinión como ponente en *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U. S. 432, 439, 450 (1985), que indicaba que el poder judicial debería ser más atrevido a la hora de considerar si personas en situación similar son tratadas igual y si el trato desigual indica que la verdadera

preocupa es cómo con una excusa tan fácil y con unas consecuencias potencialmente tan destructivas, la libertad de asociación es desgajada del resto de las cláusulas de la primera enmienda para hacer de la misma un mero interés instrumental sin peso alguno, un interés que prácticamente no es contrapesable con los restantes. Realmente, el Tribunal Supremo parece considerar los resultados de cualquier tipo de lucha, política o económica, como los precipitados químicos adecuados de una democracia individualista y tosca.

Si realmente se considera la libertad de asociación, como debería serlo, como «uno de los fundamentos en nuestra sociedad», las pretensiones sindicales y familiares en juego en *Lyng v. International Union, UAW* seguramente requerirían un tipo de examen judicial cuidadoso⁴⁶. Si se compara con *Hodel v. Irving* queda claro que, aunque el presente Tribunal Supremo es difícilmente coherente en sus decisiones acerca de cuándo debe ser extremadamente deferencial con el Congreso y cuándo debe intervenirle graciosamente, estos casos muestran que el Tribunal Supremo es coherente al ignorar el enfoque de la nota a pie de página número 4 de *Carolene Products* acerca de los distintos tipos de circunstancias especiales. Por el contrario, en estas decisiones encontramos la fe judicial en la permisibilidad de todos los combatientes para luchar entre sí como simples individuos. No hay prácticamente reconocimiento judicial de la gran importancia funcional de la pertenencia como miembro a un grupo y de la identificación comunitaria con sindicatos, otras asociaciones voluntarias o incluso con grupos raciales o étnicos.

III. IDENTIFICACION CON LA COMUNIDAD Y DERECHOS INDIVIDUALES

A) Pequeñas generalizaciones acerca de los norteamericanos

El asociarse a grupos constituye realmente algo tan característicamente norteamericano como la tosca proclama de nuestro individualismo. Como dejaron de sobra claro tanto Madison como Tocqueville y gran cantidad de no menos venerados elitistas, el papel de las asociaciones voluntarias en América ha sido distintivo e incluso, muy posiblemente, vital para la estabilidad social y política de la preeminente clase media norteamericana. Aunque ciertamente con un carácter marcadamente no ideológico y frecuentemente con un matiz asombrosamente ahistórico, los norteamericanos seguramente somos los mayores pertenecientes a grupos. Nuestra propensión a la asociación voluntaria, sin embargo, parece permanecer generalmente debajo de la su-

meta de la acción pública es ilegítima. Véase, también, *Plyer v. Doe*, 457 U. S. 202 (1982).

⁴⁶ La mayoría se basó en el examen realmente deferencial proclamado en decisiones tales como *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U. S. 307 (1976), y *Dandridge v. Williams*, 397 U. S. 471 (1970).

perficie de la conciencia popular. Es más, las líneas delimitadoras de los criterios de afiliación a los grupos parecen generalmente más permeables que las que existen en otros países⁴⁷.

El papel de los grupos tanto en sacar a relucir como incluso en ofrecer resistencia al horror indiscutible de la reciente historia soviética o alemana, por ejemplo, hace que la ambivalencia norteamericana hacia los grupos parezca una especie de curiosidad, una tensión singular prácticamente periférica a la acción principal de la historia moderna. Sin embargo, lo mismo podría decirse de nuestro Derecho Constitucional. Dado que sigo a mi amigo Bob Cover en su creencia que el derecho es un puente, quizá *el puente* entre lo que somos y lo que podemos llegar a ser, no veo objeción alguna en la utilización de las decisiones judiciales como mis textos y en considerarlas como un trampolín útil, como punto de partida esperanzado, de corrección de modos de pensar actuales y dominantes en nuestro Derecho Constitucional⁴⁸.

Aun así, no sería correcto —como le gustaba decir al anterior Presidente Richard Nixon— unirnos sin crítica alguna al salto hacia atrás de naturaleza mística hacia una edad dorada de naturaleza comunitaria, pese a que este tipo de movimientos esté realmente de moda en el mundo de hoy de los académicos norteamericanos. Mi parte de historiador del Derecho me hace dudar de que haya habido jamás algún tiempo donde la gente feliz conociera exactamente su lugar en alguna gran cadena del ser. Los norteamericanos nunca toleraron generosamente los puntos débiles de los otros, aunque apreciamos la destreza del artesano virtuoso. Con independencia de donde vivieran nuestros predecesores, nunca tuvieron ni el tiempo ni la inclinación ni el respeto mutuo imprescindible para pasar todas las tardes necesarias para lograr una democracia realmente participativa.

Por favor, no se entienda que estoy incitando a encontrar un eslabón de oro entre el individualismo atomizado y el republicanismo or-

⁴⁷ Véanse, generalmente, R. BELLAH *et al.* (eds.), *Individualism and Commitment in American Life: Readings on the themes of Habits of the Heart* (1987); T. BENDER, *Community and Social Change in America* (1978); C. SMITH y A. FREEDMAN, *Voluntary Associations: Perspectives of the Literature* (1972).

⁴⁸ Bob Cover, normalmente, ofrece una visión gélida, particularmente oscura, del papel de los jueces. Véanse R. COVER, *Justice Accused* (1975); COVER, «Violence and the Word», 95 *Yale L. J.* 161 (1986). Pero también manifiesta esperanza en el Derecho, «como un enriquecimiento retador de la vida social que puede proporcionar un puente entre las limitaciones que aprendemos del pasado y las posibilidades prometedoras del futuro». COVER, «Nomos and Narrative», 97 *Harv. L. Rev.* 4, 68, 9 (1983). Si admitimos los fantasmas comunales, aunque reconozcamos sus tendencias peligrosas, podemos crear más espacio vital para nosotros y nuestra posteridad. Una habitación enteramente para nosotros, pese a Virginia Wolf, es un lugar difícil para vivir o trabajar. Necesitamos intimidad, pero también necesitamos a los demás para dar sentido a nuestros esfuerzos en comunicarnos. Como preguntó recientemente Milner Ball, «¿no es la comunidad la realidad primaria y el misterio real? ¿Soy yo mismo o es el vecino y nuestra unión lo que es maravilloso?». BALL, «Humanizing Law», recensión a J. VINING, *The Authoritative and the Authoritarian*, 35 *UCLA C. Rev.* 547, 554 (1988).

gánico (estoy moldeado por un viejo dicho político sureño de que «lo único que encontrarás en medio de la carretera es una línea amarilla y animales muertos»). En vez de eso, espero convencerles de que simplemente hemos perdido la familiaridad con un fenómeno de crucial importancia en lo que afecta a la comunidad. Sugiero que es muy importante empezar a desarrollar la libertad de asociación como derecho constitucional independiente.

Defiendo la vuelta a la nota de pie de página número 4 y a líneas jurisprudenciales que tempranamente la siguieron en el ámbito del derecho de asociación. A mi juicio, la libertad de asociación no debería limitarse a meras categorías de (algunas) asociaciones íntimas y (algunas) asociaciones concebidas como instrumentales a efectos de la libertad de expresión. Como el resto de los derechos que conozco, la libertad de asociación no será siempre un triunfo. De hecho, en cierto sentido, todos los derechos otorgados por el Ordenamiento tienen naturaleza instrumental. Para expresarlo de otra manera, en el Derecho no hay fines, sino simplemente medios. Pero no cualquier unión de individuos debe ser igualmente capaz de invocar el derecho de asociación que aquí proclamo. En lugar de ello, la atención a la historia y a su función nos ayudará a entender por qué no podemos sorprendernos, aunque nos resulte realmente incómodo, de que el actual Tribunal Supremo rechace la idea de un derecho independiente a la libertad de asociación.

Puede percibirse un patrón de oscilación en el modo de concebir las esperanzas y peligro de la fe en la comunidad a través de la historia norteamericana. El esfuerzo para definir y tratar a los grupos continúa produciendo extraños o quizá incluso peligrosos compañeros de cama. Muchos norteamericanos mantienen temores saludables ante decisiones hechas por élites de poder no responsables que se reúnen en balnearios exclusivos, ante el puño de cultos que manejan la voluntad de los individuos, el espectro de la violencia callejera, y las influencias malignas de poderes económicos consolidados a través de la tarea de *lobby* y de los gastos electorales.

Es imposible pedir que se relajen esos temores. Sin embargo, cuando se piensa en serio acerca de la identificación comunitaria, creo que es crucial que evitemos la complacencia ahistórica. Y, sin embargo, pueden distinguirse perfectamente ejemplos poderosos de precisamente esta actitud, aunque me cueste decirlo, en las decisiones recientes que acabo de exponer. Se trata de una actitud fundada en la noción de que todo el mundo actúa en defensa de su propio interés y de que la gente se asocia sólo para formar grupos de interés o partidistas. Difícilmente puede decirse, no obstante, que los Magistrados del Tribunal Supremo estén solos en este enfoque. Su concepción es compartida por muchos, posiblemente por casi todos los norteamericanos, y, sin embargo, podemos encontrar una mínima luz de esperanza para ir más allá de la presente insatisfacción con el *status quo* en polvorientas pero intrigantes decisiones constitucionales de antaño, en un debate acerca de los fantasmas comunales que tiene ahora

casi un siglo de viejo, y en una mayor comprensión de nuestra historia social. Y al pensar seriamente acerca de la relación adecuada entre el derecho constitucional y nuestras miles de comunidades, podríamos incluso llegar a enriquecer la autorrealización individual. Después de todo, incluso algunos profesores de Derecho dan ahora cierto valor al punto resaltado por W. H. Auden de una manera tan preciosa: «nada hay como el Estado, nadie existe por sí solo; el hambre no permite elección ni al ciudadano ni a la policía; debemos amarnos o morir»⁴⁹.

B) *Breve repaso histórico*

El caso *United States v. Cruikshank*⁵⁰ es un caso conocido de 1875 que merece incluso mayor notoriedad. Fue una de las largas y trágicas series de decisiones que comenzaron en los años setenta del siglo pasado, en las que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos rompió la promesa de la era inmediatamente posterior a la Guerra de Secesión y usó construcciones técnicas asombrosamente formalistas bien para enterrar, bien para matar, las reformas constitucionales y leyes de derechos civiles que constituían, como conjunto, nuestra segunda constitución⁵¹.

Cruikshank es especialmente asombroso. Al sostener que una acusación era insuficiente para mantener la validez de las condenas a blancos que habían matado a más de cien negros que se habían reunido en un mitin político en 1873, el Presidente del Tribunal Supremo Waite ilustró dramáticamente cómo debe aplicarse mecánicamente el derecho.

«La idea misma de un poder público como Estado de Derecho —dijo Waite— implica el derecho de parte de sus ciudadanos a reunirse pacíficamente para tratar de los asuntos públicos y para pedir remedio a sus penalidades»⁵².

Es más —afirmaba Waite—, «el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente por fines legítimos existía bastante antes por la adopción por los Estados Unidos de su Constitución»⁵³. De hecho, se debía precisamente a que este derecho de reunión era tan básico, tan fundamental como para ser preconstitucional y dentro de lo que Waite explícitamente denominó «derechos naturales del hombre», el que el derecho no pudiera ser protegido por el gobierno federal.

Por el contrario, «caía dentro del más sagrado deber de los Estados»⁵⁴. Lo que resulta más chocante en lo que ahora nos concierne

⁴⁹ W. H. AUDEN, «September 1, 1939», en E. MENDELSON (ed.), *The English Auden*, 246 (1977). Estas líneas fueron publicadas por primera vez en 1940 y omitidas del poema por Auden en su colección de poesía de 1945.

⁵⁰ 92 U. S. 542 (1875).

⁵¹ *Id.*, p. 551.

⁵² *Id.*, p. 552.

⁵³ *Id.*, p. 551.

⁵⁴ *Id.*, p. 553. Waite se basaba en el Preámbulo de la Constitución federal y

es la forma tan rápida y enfática con la que un Tribunal Supremo unánime, en el tiempo feliz del formalismo langdeleiano *, se movió hacia una teoría basada en el iusnaturalismo y en concepciones preconstitucionales de un derecho fundamental de manifestación del que gozarían todos los ciudadanos «como miembros de una comunidad política a la que pertenecen»⁵⁵.

Que los jueces generalmente sólo dieran valor de excepción a este naciente derecho de libertad de asociación resulta demasiado obvio. Basta con observar en las decisiones judiciales que fueron produciéndose en la siguiente mitad de siglo y que explicaron por qué eran válidas las *injunctions* contra la actividad sindical⁵⁶. Como señala Haggai Hurvitz, «sólo muy poco antes de los boicots de 1885-1886, los tribunales norteamericanos habían establecido una doctrina permitiendo el boicot pacífico como un arma legítima en los conflictos económicos, doctrina de la que resultaba que las pérdidas habidas por los boicots eran definibles como daños sin acción judicial posible»⁵⁷.

Pero en cuanto se hizo obvio que los sindicatos podrían imponer e impondrían los boicots u otro tipo de actividades de grupo protegidas

en la Declaración de Independencia, así como en su propio sentido acerca de qué derechos son tan básicos como para constituir derechos preconstitucionales o naturales. Trágicamente, Waite se basó también en su sentido acerca de la separación en dos esferas totalmente diferentes de los Estados y del Gobierno federal, y utilizó esta dicotomía, más fuerte y formalista, en conexión con su creación de un requisito de que la hostilidad racial debía aparecer específicamente para poder anular las condenas de sólo dos de los cien perturbadores del orden, pese a que los cien habían sido acusados. Es curioso considerar, por contraste, la sentencia de J. Bradley, como ponente en el Tribunal de Circuito en *Cruishank*, que contiene un acertado resumen del contenido de la ideología republicana justamente después de la Guerra de Secesión, que insistía en la existencia de un deber público básico de proteger como derecho fundamental. Por desgracia, Bradley parece haber cambiado de opinión cuando, silenciosamente, se unió a la opinión unánime de Waite en el Tribunal Supremo.

* *N. del T.*—Christopher Columbus Langdell fue el gran reformador de la enseñanza del Derecho en Harvard, a partir de 1870. Tomando el *common law* como ciencia autosuficiente, inventó el sistema de casos como método inductivo para la comprensión de los principios jurídicos. Al profundizarse los mismos se produciría, posteriormente, la reacción del realismo jurídico norteamericano, por lo que el langdellianismo quedó como sinónimo de una filosofía jurídica totalmente conceptual y formal.

⁵⁵ *Id.*, p. 549. Sin duda, Waite entendió que merecía la pena acentuar que «la gente que compone la comunidad... en su capacidad de asociación se ha sometido al dominio del poder público para el fomento de su bienestar general y para la protección tanto de sus derechos individuales como de los colectivos». *Id.* Lo sorprendente, aparentemente, era la protección de los derechos individuales, no la no cuestionada protección de los colectivos.

⁵⁶ F. FRANKFURTER y N. GREENE, *The Labor Injunction* (1930).

⁵⁷ HURVITZ, «American Labor Law and the Doctrine of Entrepreneurial Property Rights: Boycotts, Courts, and the Juridical Reorientation of 1886-1895», 8 *Ind. L. J.* 307, 315 (1986). Puede verse otro excelente estudio de protecciones jurídicas de la actividad sindical caídas en el olvido, que demuestra que en origen se era consciente de que la organización sindical daba lugar a pretensiones que iban más allá del punto de vista del trabajo de cada individuo como mercancía; véase POPE, «Labor and the Constitution: From Abolition to Reindustrialization», 65 *Tex. L. Rev.* 1071 (1987).

por esta doctrina, sin los jueces recurrieron a una serie de innovaciones jurídicas que ellos mismos crearon para justificar tanto la penalización las *injunctions* y como cualquier otro tipo de prohibición o castigo de las actividades sindicales. El Tribunal Supremo determinó que las sociedades anónimas eran personas a los efectos de obtener muchas de las garantías del derecho constitucional en 1886, el mismo año en que el atentado en el Haymarket de Chicago les proporcionó una excusa para la primera gran ola nacional de persecuciones contra los radicales y para el uso de la ley de las conspiraciones a efectos de imponer la pena de muerte por medio de la teoría de la culpa por asociación⁵⁸. Ciertamente, los jueces no eran formalistas cuando empezaron a aplicar con toda libertad el concepto de derechos empresariales de naturaleza individual a los efectos de otorgarle protección judicial. Simultáneamente, los activistas sindicales entraron en conflictos internos destructivos acerca del sistema adecuado para organizarse; o de si, como las sociedades anónimas, los sindicatos deberían adoptar a efectos de su reconocimiento jurídico la forma societaria; y hasta qué punto las cuestiones económicas deberían dominar e incluso excluir las preocupaciones políticas y sociales⁵⁹.

Incluso cuando el Tribunal Supremo empezó a aplicar la protección de la primera enmienda frente a la acción de los Estados a principios de los años veinte, todavía parecía fácil para el Magistrado Van Devanter y un Tribunal Supremo casi unánime sostener la constitucionalidad de una condena en Nueva York de un mando del *Ku-Klux Klan* debido a la negativa de su grupo a revelar la lista de miembros. Esta decisión prácticamente olvidada, *New York ex rel. Bryant v. Zimmerman*⁶⁰, resulta muy coherente con otras decisiones que sostuvieron la constitucionalidad de numerosas medidas adoptadas

⁵⁸ Véase, en general, la discusión del famoso *dictum* definiendo a las sociedades como personas en *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*, 118 U. S. 394, 396 (1886), en W. SAMUELS y A. S. MILLER, *Corporations and Society: Power and Responsibility* (1987); P. AVRICH, *The Haymarket tragedy* (1984).

⁵⁹ Véanse, en general, HURVITZ, *id.*; C. TOMLIS, *The State and the Unions: Labor Relations Law and the Organized Labor Movement in America, 1880-1960* (1985); J. ATLESON, *Values and Assumptions in American Labor Law* (1983); FORBATH, «The Ambiguities of Free Labor: Labor and the Law in the Gilded Age», 1985 *Wis. L. Rev.* 767; AVERY, «Images of Violence in Labor Jurisprudence: The Regulation of Picketing and Boycotts under the Antitrust Laws 1890-1921» (manuscrito).

⁶⁰ 278 U. S. 63 (1928). La *Walker Law* de Nueva York, de 1923, exigía que «toda corporación con personalidad jurídica», o «asociación sin personalidad con veinte o más miembros», que exija un juramento para ser miembro debía proporcionar una copia de su juramento, estatuto fundacional, restantes normas y reglamentos y «una lista registrada de sus miembros y directores...». La Ley eximía específicamente a los sindicatos y otras instituciones benéficas mencionadas en la Ley de Instituciones Benéficas. La sentencia mayoritaria de J. Van Devanter mantuvo que la Ley era constitucional pese a ser atacada, por infringir las cláusulas de privilegios e inmunidades, de *due process* y de igualdad, por un miembro del *Ku-Klux Klan* que había sido condenado y encarcelado por su conocida pertenencia a un grupo que no se atenía a la Ley. Sólo J. McReynolds disintió, y fundamentó su voto particular en cuestiones ligadas a la excepción de jurisdicción.

durante el Terror Rojo que acompañaron y siguieron a la Primera Guerra Mundial. En realidad la doctrina nunca fue repudiada, pese a la existencia de decisiones que empezaron a finales de los cincuenta protegiendo a la NAACP de la obligatoriedad de revelar sus miembros, así como otros intentos por los Estados sureños de penalizar la pertenencia a esas asociaciones. Incluso tan recientemente como en 1961, por ejemplo, hubo decisiones del Tribunal Supremo, ciertamente problemáticas al final de la era McCarthy, que sostuvieron la constitucionalidad de un mandato dirigido al Partido Comunista para revelar la identidad de sus miembros⁶¹.

La primera victoria clara en favor de una pretensión en pro de la libertad de asociación ante el Tribunal Supremo no tuvo lugar hasta 1937. En *De Jonge v. Oregon*⁶², el Presidente del Tribunal Supremo Hughes dictó sentencia como ponente de una decisión que anuló una condena por asistir a una reunión promovida por una organización que abogaba por la utilización de medios ilegales para promover el cambio político. Como escribió Hughes, «el derecho de reunión pacífica es un derecho hermano de la de libertad de expresión y de la libertad de prensa y es igualmente fundamental»⁶³. Quedaba claro que estas palabras fuertes no eran producto de un descuido en la redacción cuando Hughes añadió que estos derechos no podían negarse «sin que ello supusiera una violación de aquellos principios de libertad y justicia fundamentales que constituyen la base de todas las instituciones civiles y políticas»⁶⁴. Aun así, al menos mirando hacia atrás, *De Jonge* parece un caso fácil de interpretar; el lenguaje de Hughes parece ligar el derecho de asociación a la naturaleza política de la

⁶¹ H. KALVEN, *The Negro and the First Amendment*, 91-94 (1965). En *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board*, 367 U. S. 1 (1961), la opinión mayoritaria, de la que J. Frankfurter fue ponente, sostuvo la constitucionalidad de la revelación obligatoria porque la SACB tenía un fundamento razonable para investigar el peligro de «un movimiento integrado a nivel mundial que emplea toda posible combinación de medios, pacíficos y violentos, internos y exteriores, públicos y clandestinos, para destruir al gobierno mismo». Id., p. 96. El voto particular de J. Black en este caso, junto con su voto particular, prácticamente igual de riguroso, en decisiones relacionadas con la anterior, como *Barenblatt v. United States*, 360 U. S. 109 (1954), suponen unos de los mejores *innings* para el *Hall* de la Fama. Black afirmaba que prohibir o no una asociación política es «un momento que afecta al destino de la historia de un país libre»; castigaba a la idea que percibía en la *Subversive Activities Control Act* en el sentido de que «los poderes públicos son como guardas paternos». 367 U. S., pp. 137, 139. Black llamaba a la *Sedition Act*, de 1798, «uno de los mayores borrones» en la historia norteamericana, y prevenía contra creencias tales como las sostenidas por el archifederalista Harrison Gray Otis en el sentido de que «el espíritu de asociación es algo peligroso en un gobierno libre y debe ser cuidadosamente vigilado». Id., p. 155. En lugar de ello, Black afirmaba que «la creación de opinión pública por grupos, organizaciones, sociedades, clubes y partidos ha sido y es parte de nuestra sociedad democrática». Id., p. 167.

⁶² 299 U. S. 353 (1937).

⁶³ Id., p. 354.

⁶⁴ Id.

misma, derecho de asociación política que bien puede ser protegido independientemente del derecho de asociación en general.

C) *La cresta de la ola: «Thomas v. Collins»*

El punto álgido llegó en 1945 en *Thomas v. Collins*⁶⁵, una decisión de derecho del trabajo que merece atención cuidadosa, aunque generalmente hoy nadie se fija en ella. En contraste con las categorías formales binarias de recientes decisiones relativas a la libertad de asociación⁶⁶, el Magistrado del Tribunal Supremo Rutledge redactó una opinión mayoritaria rica en lenguaje dinámico y relacional. La mayoría en *Thomas* votó para proteger a un líder sindical de la condena de desacato impuesta cuando ignoró una orden judicial *ex parte* que le exigía obtener autorización administrativa del Estado de Texas para abogar por la afiliación sindical⁶⁷. El Tribunal encontró tanto una restricción inconstitucional a la libertad de expresión de Thomas como una limitación inconstitucional al derecho de Thomas y su audiencia para asistir a reuniones públicas.

Con palabras de Rutledge: «no constituye un accidente o una mera coincidencia el que la libertad de expresión y de prensa fueran incluidas en una misma cláusula de garantía constitucional junto con los derechos de reunión pacífica o de petición para pedir remedio ante tratos considerados injustos. Todos ellos, aunque no idénticos, son inseparables. Son derechos innatos... y por ello se encuentran unidos en la garantía constituida por la primera enmienda»⁶⁸.

Esta decisión reconoció «un derecho nacional, garantizado federalmente... a un mínimo de libertad de pensamiento, expresión y reunión

⁶⁵ 323 U.S. 516 (1945). Un notable caso previo fue *v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939) (prohibición a los dignatarios municipales de interferir en los discursos y manifestaciones llevados a cabo para dar publicidad a la *National Labor Relations Act*). JJ. Black, Hughes y Roberts decidieron que los derechos en juego eran privilegios de la ciudadanía nacional; JJ. Stone y Reed lo fundamentaron en la primera enmienda, aplicable a los Estados a través de la decimocuarta.

⁶⁶ En *Roberts v. United States Jaycees*, por ejemplo, J. Brennan entiende que la política de exclusión de los *Jaycees* cae justo entre las *les*: las categorías privilegiadas de asociación íntima o instrumentalmente explícita.

⁶⁷ R. J. Thomas era el Presidente de la Internacional UAW, Vicepresidente de la CIA y uno de los más influyentes líderes sindicales. En 1943, el mismo año en el que Thomas fue a Texas para promover la afiliación sindical, por ejemplo, el Presidente Roosevelt le incluyó en una comisión de cinco miembros para tratar de los desórdenes laborales (y quizá para cooptar la confianza política de la izquierda) durante la II Guerra Mundial. Thomas fue a Bay Town (Texas) para dirigirse a los trabajadores del sector petrolífero y, específicamente, para someter a prueba una ley tejana de 1943 que exigía una autorización administrativa para los solicitantes de afiliación sindical liberados. [Se aceptó que la ley intentaba proteger a la clase trabajadora en *Ex parte Thomas*, 174 S.W. 2d 958 (1943).] Thomas se ocupó especialmente de dirigirse «a un tal Pat O'Sullivan, un hombre no perteneciente a un sindicato alguno que se encontraba en la reunión», y le animó para unirse a la Oil Workers Union. 323 U.S. 522-523.

⁶⁸ *Id.*, p. 530.

que todos los ciudadanos de la república pueden ejercitar en toda su extensión a lo ancho»⁶⁹. Resulta sugerente a nuestros propósitos por diversas razones.

En primer lugar, Rutledge fue más allá de decisiones anteriores que protegían a los grupos religiosos y políticos cuando señaló que la primera enmienda «otorga a la libertad de pensamiento la misma seguridad y libertad que a la de conciencia»⁷⁰. El Tribunal Supremo en *Thomas* también insistió en que el derecho de petición y de asamblea no se limitan a las materias políticas o religiosas, de la misma manera que los derechos de libertad de expresión y libertad de prensa «no están limitados a un campo concreto del interés humano»⁷¹. Es más, al otorgar a «las grandes e indispensables libertades democráticas protegidas por la primera enmienda un «lugar preferente» en el sistema constitucional»⁷², Rutledge atacó directamente los viejos derechos de los Estados a limitar el ámbito de tales derechos. Finalmente, Rutledge también acentuó que los derechos de quien se expresa y su audiencia, de la asociación y sus miembros, son «necesariamente correlativos»⁷³ y lo suficientemente amplios como para incluir reuniones tanto públicas como privadas y afectar a objetos tanto económicos como políticos, así como a opiniones apasionadas tanto como a afirmaciones reales.

La importancia vital de *Thomas*, sin embargo, reside en su enfoque unificado de todos los derechos de la primera enmienda. Dado que los derechos de expresión y reunión son «innatos» y los derechos de quien se exprese y de la audiencia son correlativos, *Thomas* adoptó un enfoque estructural en el examen de los derechos de la primera enmienda, enfoque que hoy casi se ha olvidado. Las tres CES de *Thomas*, innatos (*cognate*) derechos de la primera enmienda, sensibilidad contextual y, lo que hoy llama más la atención, los derechos correlativos de los sindicatos y sus miembros y directivos, contrastan fuertemente con el enfoque puramente instrumental de decisiones más recientes acerca de la libertad de asociación. ¿Qué ha ocurrido, por ejemplo, con el reconocimiento de que los sindicatos tienen por sí mismos una importante protección al amparo de la libertad de asociación? Me arriesgaré a hacer algunas especulaciones.

D) *Notas a pie de páginas fantasmales en las arenas del tiempo*

En 1900, Frederic W. Maitland publicó su propia traducción de la obra del académico alemán Otto Gierke, *Teorías Políticas de la Edad Media*. En su maravillosa introducción el gran Maitland seguía el desarrollo de la noción de la personalidad jurídica en Inglaterra,

⁶⁹ Id., p. 543.

⁷⁰ Id., p. 531.

⁷¹ Id.

⁷² Id., p. 530.

⁷³ Id., p. 534.

Alemania e Italia hasta sus raíces en el Derecho Romano. Les ahorraré el contenido intrigante de aquella investigación, dado que no cabe duda que sus detalles les son conocidos. Simplemente me limitaré a recordar que Maitland se ocupó particularmente «de la región intermedia donde una sociología emuladora de las ciencias físicas discute acerca de los órganos y el organicismo y el tejido social y no puede separar con líneas definidoras la historia natural del grupo-estado de la historia natural de otros grupos». Señaló con su característica perspicacia que Inglaterra estaba «preparada para aceptar un estado unicelular y de ello se siguió la salvación de la sangre y el tesoro, pero también la pobreza de ideas en lo que respecta a Irlanda y otras comunidades, estados, corporaciones, etc., que parecían tener voluntades —y no precisamente ficticias— por sí mismas»⁷⁴.

Aferrándose al desafío de Maitland, Harold Laski alcanzó por primera vez fama en Estados Unidos cuando afirmó, en la *Harvard Law Review* en 1916, que las formas comunitarias tienen su propia personalidad⁷⁵. Alabando al filósofo del Derecho Morris Raphael Cohen en 1948, sin embargo, Laski le dedicó elogios por haberle en última instancia convencido del error de su pensamiento juvenil cuando «adoptó una postura que estaba necesariamente vinculada a tener resultados reaccionarios». Cohen, según Laski, le ayudó a salir del barro del «torrente de misticismo» de los alemanes neohegelianos⁷⁶. Sin que alcancemos a mojarnos peligrosamente los pies en tales aguas profundas, y sin especular por qué Laski insistió tanto en 1948 en distanciarse de los pensadores germanos, podemos considerar cómo el primitivo debate acerca de la identidad colectiva y la responsabilidad ilumina en gran manera en qué medida los abogados, juristas y jueces de hoy en día insisten en el poder de considerar a los individuos como unidades estáticas.

En el Derecho Constitucional vigente en la actualidad, dejando aparte unas pocas excepciones tales como las parejas heterosexuales, las asociaciones explícitamente políticas y, en realidad, casi siempre, la NAACP, las agrupaciones de individuos son tratadas como si se limitaran simple y precisamente a reflejar meramente las sumas en sus partes individuales. Ni siquiera admitimos que hay «signos distintivos de grupo», un punto que incluso Morris Raphael Cohen admitió. ¿Qué ha ocurrido?

E) *Una breve pausa para la especulación histórica...*

La virtual desaparición hasta recientemente de la idea de que los grupos tienen a veces pretensiones propias en relación con determina-

⁷⁴ F. W. MAITLAND, traducción e introducción a O. GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages*, X-XI (1900).

⁷⁵ LASKI, «The Personality of Associations», 29 *Harv. L. Rev.* 404 (1916).

⁷⁶ LASKI, «Morris Cohen's Approach to Legal Philosophy», 15 *U. Chi. L. Rev.* 575, 578 (1948).

dos derechos, tal y como ilustraba la opinión de Rutledge en *Thomas v. Collins*, es chocante.

No es ahora el momento ni el sitio para elaborar o poner una nota a pie de página a mi especulación acerca de por qué el Tribunal Supremo dijo finalmente, por ejemplo, que los sindicatos tienen sus propios derechos de la primera enmienda para empezar después, en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, a contemplar a los sindicatos solamente como conglomerados de individuos. Adelantaré algunas hipótesis, aunque ello sólo sea porque a los juristas nos gusta dividir todo en múltiples unidades para poder dividir y vencer.

En primer lugar, había un importante disgusto incluso desde dentro del *New Deal* con la primera fase corporativista del enfoque de la creación de las agencias⁷⁷. Comparaciones odiosas con la organización sindicalista del fascismo de Mussolini ayudaron a subrayar un extendido disgusto norteamericano hacia el reconocimiento jurídico de los grupos por el poder público. Las sentencias y los argumentos utilizados por los juristas están repletos de referencias al contraste entre el viejo y bueno individualismo norteamericano y el trato a la gente en términos del antiguo mundo, como grupo.

Es más, la lucha sindical interna acerca del papel a jugar por los comunistas en el punto álgido de la guerra fría era lo suficientemente lioso, incómodo y amargo como para alertar a los tribunales acerca de los problemas en que se adentrarían si intentaran aplicar los derechos a los grupos mismos. Era como una reproducción de la batalla que más de un siglo antes había tenido lugar entre congregacionistas y unitarios acerca de cuál de los dos grupos podría reclamar la propiedad de las iglesias⁷⁸. Los tribunales creían que lo mejor sería esconderse, lo máximo posible, bajo el pío encanto mágico de la neutralidad judicial.

La percepción popular del peligro que suponía las células y cuadros comunistas explica en gran medida por qué los abogados y jueces buscaron refugio en los valores del proceso jurídico y encontraron descanso al limitarse a privar al individuo autónomo de cualquier tipo de señal derivada de su marca de grupo. Tanto los juristas como incluso los burócratas que no eran juristas encontraron deliciosamente fácil envolver a los descontentos en los vicios pasivos de las reglas que regulan la legitimación individual, la representación formal, la necesidad de probar un motivo ilegítimo en las pretensiones que afectan a un caso particular propio, etc. El poner la atención especialmente en el individuo también supone apoyar la nostalgia popular.

⁷⁷ Esta historia todavía no ha sido contada por entero, pero pueden encontrarse partes de ella en P. IRONS, *The New Deal Lawyers* (1982); E. PURCELL, Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value* (1973).

⁷⁸ Para una viva descripción de estos cismas eclesiásticos en el Massachusetts anterior a la guerra, véase L. LEVY, *The Law of the Commonwealth and Chief Justice Shaw*, 29-42 (1957); para un repaso histórico de varios intentos de solucionar el problema sin recurrir al Derecho en Norteamérica, véase J. AUERBACH, *Justice Without Law?: Resolving Disputes Without Lawyers* (1983).

Evoca mitos de duros *cowboys* independientes y empresarios autosuficientes. Si se puede asociar a los grupos con las amenazas radicales, puede limpiamente calificarse a los individuos, en contraste, como el *good guy*. Esta técnica permite al jurista ejercer y encontrar justificación para su papel como un profesional conservador sin imponerle la obligación de tener realmente que enfrentarse con la historia.

Finalmente, gran parte de la oposición jurídica a las decisiones que pusieron fin a la segregación racial buscaban respetabilidad al pretender que el derecho a la libertad de asociación necesariamente implicaba la libertad para no asociarse a los negros. De ello se seguía, según Herbert Wechsler y otras lumbreras jurídicas de menor alcance⁷⁹, que, aunque el efecto no pueda considerarse deseable, era constitucionalmente inadecuado anular una decisión hecha por un grupo que se autodefinía mediante la exclusión a otros en razón de la raza. Aunque muchos continúan creyendo que este argumento todavía tiene fuerza⁸⁰, una considerable culpa por asociación con los segregacionistas ayuda a explicar la disminuida capacidad de un derecho independiente a la libertad de asociación tal y como fue desarrollado en *Thomas v. Collins*.

IV. CONCLUSION

No cabe duda que los jueces juegan dolorosamente con la muerte, como ha acentuado Bob Cover⁸¹. Ciertamente, el producir dolor es una parte inevitable de la función judicial. Pero los jueces hacen todavía algo peor. Como dijo una vez Bob, «la deferencia prudente... es la gran tentación y el pecado final del hecho de juzgar»⁸². Son esos jueces que siempre son deferentes, que ni reconocen ni se oponen a la cualidad arbitraria del pensamiento vacío, los que cometen los errores judiciales que más rabia dan.

En los Estados Unidos, nuestra tradicional y extendida confianza en los jueces como vehículo para la solución de disputas y de influencia de las líneas de actuación política ayuda a los norteamericanos a

⁷⁹ WECHSLER, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», 73 *Harv. L. Rev.* 1, 34 (1959). Véase, por ejemplo, la descripción del argumento del «gentleman racista» de John W. Davis en defensa de la segregación en Carolina del Sur, así como otras citas y análisis de otros segregacionistas, en KLUGER, *Simple Justice* (1976). Pero véanse BLACK, «The Lawfulness of the Segregation Decisions», 69 *Yab. LJ* 421 (1960); HENKIN, «Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion», 110 *U. Pa. L. Rev.* 473 (1972).

⁸⁰ *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163 (1972) (la discriminación racial por parte de un club privado no viola la cláusula de igualdad pese a la legislación del Estado limitando y regulando las autorizaciones administrativas para la venta de licores).

⁸¹ Véase la nota 48 acerca de la opinión y citas de Robert Cover. Véase, además, COVER, «The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction», 14 *Cap. U. 2 Rev.* 179, 181 (1985).

⁸² *Id.*, p. 190.

evitar el conflicto ideológico. Los jueces sostienen la posición relativamente segura de la extendida clase media, una clase media cuya enorme extensión ha sido calificada como «el hecho clave de la vida y del derecho norteamericano»⁸³. Los jueces frecuentemente consolida n o aseguran financiación pública poco clara que sería muy difícil o imposible legitimar en las Cámaras parlamentarias⁸⁴. Pero están también en una posición adecuada para favorecer el cambio social. Y son los grandes jueces los que se fijan en los errores que vienen de antiguo; se encuentran en una posición para intervenir, para usar el dolor y la muerte que pueden producir para tratar de contrarrestar la opresión.

Generalmente, el poder judicial norteamericano intenta garantizar «movilidad para unos pocos o sueños para muchos»⁸⁵. Pero incluso los sueños colectivos tienen fuerza y requieren ser mantenidos. Charles Beard, un gran historiador y famoso crítico de la glorificación de los padres constituyentes norteamericanos, escribió una vez que «la humanidad y las ideas, así como las cosas, son hechos, y una jurisprudencia que los toma en cuenta no puede ser borrada de la tierra»⁸⁶. Algunas veces, trágicamente, la gente oprimida no tiene más que sueños para sostenerse y levantarse⁸⁷. El que exista un manoj o de derechos, deberes, promesas y voces de ánimo, a veces incoherentes pero ancladas en la creencia popular acerca de la Constitución norteamericana, hace de la interpretación constitucional un auténtico reto y una medida reveladora acerca de a qué sueños comunales se les otorga deferencia, cuáles son negados y cuáles en raras ocasiones son realizados al menos parcialmente.

En este trabajo he intentado sugerir diversas maneras en las que el poder judicial generalmente ha fallado a la hora de tener en cuenta la identidad de grupo a efectos constitucionales. Hay otros campos en los que los grupos pueden pretender alcanzar un remedio yendo más allá del frecuente y relativo recurso a las garantías adicionales del Congreso, en respuesta a una protección judicial nada generosa a través de la desobediencia civil o incluso a la violencia por parte de aquellos que moralmente ostentan derechos ante la acción o inacción judicial. Pero lo que es más relevante acerca de la herencia constitucional norteamericana es que dejamos demasiado frecuentemente la última palabra a los jueces.

Una clave acerca de la identificación comunitaria y los derechos individuales en los Estados Unidos reside en que la inmensa mayoría de nosotros, casi siempre, permitimos a los jueces confinar nuestra

⁸³ L. FRIEDMAN, *A History of American Law* (2.^a ed., 1985).

⁸⁴ Véase, en general, M. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (1977).

⁸⁵ FRIEDMAN, *op. cit. supra*, nota 83, p. 665.

⁸⁶ BEARD, «Prólogo» a la ed. de A. LIEF, *The Social and Economic Views of Mr. Justice Brandeis*, XXI (1930).

⁸⁷ Véanse D. BELL, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice* (1987); T. MORRISON, *Beloved* (1987); R. KLUGER, *Simple Justice* (1976).

identificación con la comunidad. Esto crea una especie de masa comunal acrítica de norteamericanos. Conlleva una inmensa responsabilidad, una responsabilidad generalmente no asumida en nuestra historia constitucional. Los jueces preferían retirarse detrás del camuflaje de una neutralidad mucho más manejable. Aun así, esta responsabilidad judicial poco normal pone de relieve las oportunidades que todavía tenemos. Los jueces se encuentran en una posición privilegiada para ayudar a construir y reconstruir las versiones acerca de lo comunal. Pueden incluso elevar nuestro espíritu comunitario para que podamos ir más allá de nuestros intereses individuales⁸⁸. Hacer uso de esta oportunidad supone valor. Ser tan complaciente como para llegar a ignorarlo supone un desastre para nuestros tribunales.

(Traducción: Enrique ALONSO GARCÍA.)

⁸⁸ Para las definiciones de «espíritu» e «interés», véase Thomas MANN, «Epílogo» a *Spain*, un panfleto publicado por la Alianza Socialista de Mujeres Suizas, Zurich, traducido como *Life and Letters Today*, verano de 1937, y reimpresso en la ed. de V. CUNNINGHAM, *Spanish Front: Writers on the Civil War*, 63 (1986).

