

Más allá de *Carolene Products*

Bruce Ackerman*

I. La promesa de *Carolene Products*

“[E]l prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial... que limit[e] seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente podemos confiar para la protección de las minorías, y [así] puede requerir de una mayor supervisión judicial.”¹ •

Estas famosas palabras, que aparecieron en el –por lo demás– poco trascendente fallo *Carolene Products*, llegaron en un momento de extrema vulnerabilidad de la Corte Suprema. Fueron escritas en 1938. La Corte estaba recién comenzando a construir sobre las ruinas

* *Sterling Professor of Law and Political Science, Yale University*. Este artículo apareció originalmente como “Beyond *Carolene Products*” en *Harvard Law Review* 98 (1985), 713. Publicado aquí bajo permiso. Traducido por Samanta Biscardi y María Cecilia Garibotti.

1. *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938). Aunque mi preocupación central aquí será este pasaje del tercer y último párrafo de la famosa cuarta nota al pie de *Carolene*, será de utilidad reproducir el texto íntegro de la misma:

“Podría existir un margen más estrecho para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad de una ley cuando la legislación parece claramente caer dentro de una prohibición específica de la Constitución, como la de las primeras diez enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando quedan incluidas por la Enmienda Decimocuarta. Véase *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 de 369 - 370; *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444, 452.

“No es necesario examinar ahora si las leyes que restringen aquellos procesos políticos de los que normalmente se espera que logren la derogación de legislación indeseable, deben ser sometidas a un escrutinio judicial más estricto en virtud de la prohibición general de la Enmienda Decimocuarta que la mayor parte de los otros tipos de legislación. Sobre las restricciones al derecho al voto, véase *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536, *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73; sobre restricciones a la difusión de información, véase *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722, *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233; *Lovell v. Griffin*, *supra*; sobre interferencias con organizaciones políticas, véase *Stromberg v. California*, *supra*, 369, *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 373-378, *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242, y véase *Holmes, J.*, en *Gitlow v. Nueva York*, 268 U.S. 652, 673; en cuanto a la prohibición de reunión pacífica, véase *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 365.

“Tampoco es necesario examinar si consideraciones similares se aplican a la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, nacionales, *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, *Bartels v. Iowa*, 262 U.S. 404, *Farrington v. Tokushige*, 273 U.S. 484, o raciales en particular, *Nixon v. Herndon*, *supra*, *Nixon v. Condon*, *supra*; si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende a limitar seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente podemos confiar para la protección de las minorías, y que pueden en consecuencia necesitar una mayor supervisión judicial. Comparar *McCulloch v. Maryland*, 4 *Wheat*. 316, 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, 184, n.2, y los casos citados.”

• N. de la T.: en la traducción se ha decidido conservar el adjetivo ‘discreta’ [‘discrete’ en el original] debido al carácter extendido de su uso en las traducciones disponibles de la nota al pie 4 y la literatura acerca de ella, y pese a que el uso no es común en castellano. En una de sus acepciones en castellano, sin embargo, el término significa ‘separada’ o ‘distinta’, un sentido relativamente cercano al analizado por el autor. En algunos pasajes, el autor también emplea el sustantivo ‘discreteness’, y debido a que ‘discreción’ no tiene una acepción similar en castellano, se la traduce como ‘visibilidad’, dejando el original entre llaves la primera vez que aparece.

constitucionales dejadas por su completa capitulación frente al *New Deal* un año antes. Con el decisivo triunfo del estado activista de bienestar frente a la Vieja Corte, todo un mundo de significados constitucionales construido laboriosamente a lo largo de dos generaciones se derrumbó sobre las cabezas de los jueces de la Corte. De hecho, la defensa por parte de la Corte del capitalismo en su versión *laissez-faire* la había desacreditado de tal manera, que era difícil saber si quedaba algo de tierra firme sobre la cual reconstruir la institución del control de constitucionalidad. ¿Cómo, entonces, comenzar esa tarea de reconstrucción?

Sólo en una oportunidad la Corte había enfrentado un desafío similar. De la misma manera en que los demócratas triunfantes del *New Deal* habían destruido la constitucionalidad del *laissez-faire* de *Lochner v. New York*, un triunfante Congreso republicano había destruido la constitucionalidad de la esclavitud de *Dred Scott v. Sanford* luego de la Guerra Civil. De la misma manera en que muchos observadores contemporáneos de la Corte durante la Reconstrucción² dudaron de su independencia institucional –ni hablar de su importancia constitucional–, nadie podía tener certeza sobre el futuro del control de constitucionalidad como consecuencia de la crisis sobrevenida a raíz del plan del Presidente de aumentar el número de miembros de la Corte. •

Una sola cosa estaba clara. Si la Corte quería restablecer su importancia luego de la Gran Depresión, no iba a poder hacerlo utilizando la misma retórica constitucional con la que lo había logrado luego de la Guerra Civil. Durante el largo período entre la Reconstrucción y el *New Deal*, la Corte había ascendido hasta la cumbre del poder haciendo hincapié en el derecho fundamental de los hombres libres a perseguir sus objetivos privados en un sistema de libre mercado. Pero fue justamente este elixir ideológico, con el cual la Corte había renacido luego de la Guerra Civil, el que probó ser casi fatal durante el agónico nacimiento constitucional del estado activista de bienestar. Si la Corte iba a poder construir un nuevo fundamento para el control de constitucionalidad, necesitaría una retórica completamente nueva; una que reconociera que la era del capitalismo *laissez-faire* había terminado.

Es en este contexto histórico que podemos vislumbrar la promesa de *Carolene Products*.³ En vez de mirar melancólicamente hacia atrás un orden constitucional repudiado, *Carolene* se esforzó brillantemente por convertir la reciente derrota de la Vieja Corte en una victoria judicial. En lo que respecta a *Carolene*, los abogados podían deshacerse de su tradicional esfuerzo por enmarcar su preocupación por los derechos individuales a través de una retórica constitucional que glorificara la propiedad privada y la libertad de contratación. En su lugar, *Carolene* propuso tomar los ideales de la democracia activista triunfante como la base principal para los derechos constitucionales en los Estados Unidos.

2. Un buen estudio sobre el repliegue de la Corte Chase frente al Congreso de la Reconstrucción en los casos *Georgia v. Stanton*, 73 U.S. (6 Wall.) 50 (1867), y en *Ex parte McCordle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1869), puede encontrarse en C. Fairman, *Reconstruction and Reunion* (Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States No. 6, 197). Otro análisis serio, que enfatiza el apoyo continuo a la Corte durante este período de adversidad, es el de S. Kutler, *Judicial Power and Reconstruction Politics* (1968).

• N. de la T.: el autor se refiere al Court-packing, el plan de Franklin Roosevelt de nombrar a un juez extra para la Corte Suprema por cada miembro de la Corte que tuviera más de 70 años, que se propuso en respuesta a las persistentes invalidaciones de la Corte Suprema a las medidas del *New Deal*.

3. Para un estudio histórico más profundo, véase Cover, "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities", 91 Yale L.J. 1287, 1287-1304 (1982).

Habiendo transcurrido cincuenta años, la idea básica es similar, pero exige que la reformulemos si es que vamos a analizarla con cuidado. *Carolene* promete alivio frente al problema de legitimidad que surge cada vez que nueve abogados ancianos invalidan las decisiones tomadas por la mayoría de nuestros representantes electos. La solución propuesta por *Carolene* es apoderarse del terreno superior de la teoría democrática, y determinar que la legislación atacada es producto de un proceso profundamente defectuoso. Al demostrar que la propia decisión legislativa es resultado de un proceso antidemocrático, un tribunal *Carolene* espera revertir la dirección de la dificultad contramayoritaria. Porque de esta manera parece que es la decisión legislativa original, y no su invalidación judicial, la que sufre de mayor déficit de legitimidad.

Digamos, por ejemplo, que la población de un estado, después de excluir a los negros de la votación, elige representantes blancos, y ellos sancionan leyes que excluyen a las personas de color. • Bajo la perspectiva de *Carolene*, un tribunal no pretende atacar el valor sustantivo que subyace a la decisión legislativa; en lugar de eso, simplemente niega que la ley sea el resultado de un proceso político justo y abierto, en el cual los negros pudieron participar. En esencia, lo que el tribunal hace es invalidar las decisiones legislativas que son resultado de un proceso defectuoso, apelando al juicio hipotético de una legislatura idealmente democrática.

No sorprende, entonces, que *Carolene Products* pareciera tan promisorio en 1938. No sólo guió a la Corte Suprema por el camino de la justicia racial y los derechos de las minorías, sino que también expresó por qué este nuevo camino era fundamentalmente diferente del viejo camino de los derechos de propiedad que había llevado recientemente a la Corte al límite de la autodestrucción. Mientras que la Vieja Corte había protegido a propietarios que contaban con un amplio espectro de oportunidades para hacer valer sus intereses en el proceso político, la Nueva Corte daría especial protección a aquellos que habían sido privados de la posibilidad de ejercer su medida justa de influencia política.

No es menos significativo que la Corte de *Carolene* haya esbozado su misión en términos excepcionalmente amplios. No limitó su posibilidad de intervenir a los casos más obvios, en los que se negara el acceso al voto u otros derechos fundamentales referentes al proceso político a personas de color u otros grupos impopulares. *Carolene* marcó un perdurable rol para la justicia, un rol que iba a continuar aun cuando todo estadounidense adulto tuviera asegurado su derecho de participar en el proceso político.⁴ Para tomar el caso que va a servir como paradigma de este ensayo: la nota al pie de *Carolene* sugiere que, aun en un mundo en

• N. de la T.: el autor hace referencia a la legislación Jim Crow, el conjunto de normas –adoptadas principalmente por parte de estados sureños entre 1876 y 1965– que establecía un principio de separación legal en distintos ámbitos entre blancos y negros.

4. De hecho, uno puede apreciar mejor el alcance de la preocupación de *Carolene* contrastándola con la otra afirmación de autoridad judicial remotamente comparable: el esfuerzo de la Corte, una generación más tarde, de ajustar la representación de las legislaturas estatales (*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964)) y la Cámara de Representantes (*Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. (1964)). Al igual que en *Carolene*, los casos de reajuste en la representación [*reapportionment*] van más allá de una situación en la que el gobierno priva a algunos miembros de grupo de sus derechos individuales de ciudadanía. Tratan, más bien, sobre la forma en que el proceso político agrega las opiniones de los ciudadanos para formar un juicio colectivo: algunos ciudadanos tienen demasiado influencia, otros demasiado poca. Al igual que en *Carolene*, los casos de reajuste tratan de identificar las situaciones en las que hay una influencia desproporcionada, sin hacer juicios de fondo acerca de los intereses políticos que los miembros de la legislatura deberían favorecer. En vez de esto, el concepto de influencia ilegítima es dilucidado a través de una fórmula, “una persona, un voto”, basada en la teoría del proceso democrático.

el cual los negros voten no menos frecuentemente que los blancos, y en el cual los distritos se hayan trazado de acuerdo con las directivas de la Corte, los primeros poseerán, por ser una minoría discreta e insular, una influencia desproporcionadamente pequeña en la política legislativa. Esta desproporción será de una magnitud tal como para merecer la conclusión judicial de que un proceso justo y democrático habría generado resultados sistemáticamente más favorables a los intereses de la minoría. Esta sugerencia, además, incita innumerables análisis modernos, tanto judiciales⁵ como académicos,⁶ en los que la debilidad política de estas “minorías insulares y discretas” es una premisa crucial, aunque poco examinada, en la elaboración de intrincadas doctrinas constitucionales.⁷ Argumentaré, sin embargo, que la fórmula de *Carolene* no sobrevive un escrutinio serio.

En este punto, sin embargo, *Carolene* rompe con los casos de reajuste. En la ejecución de su principio de una persona, un voto, la Corte se ha contentado con una concepción estrictamente formal de la democracia. Aunque ha sido muy estricta en insistir en que cada distrito del Congreso contenga el mismo número de habitantes, véase *Karcher v. Daggett*, 103 S. Ct. 2653 (1983), ha sido muy titubeante al momento de ir más allá de la igualdad formal hacia una concepción más sustantiva del reparto de poder democrático. Pero véase *id.*, páginas 2670-2678 (Stevens, J., concurrencia) (aboga por un escrutinio más estricto del *gerrymandering* legislativo). En cambio, *Carolene* adopta una mirada sorprendentemente sustantiva sobre el fondo del problema. Como la nota a pie de página de *Carolene* deja muy en claro, la preocupación de la Corte no se limita simplemente al derecho formal a votar de un grupo, o al derecho a que sus votos sean contados en base a la fórmula una persona, un voto, sino que involucra su capacidad de efectuar cambios políticos sustantivos.

5. Por ejemplo, en *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 642 (1973) y *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 372 (1971) (se analiza más en profundidad en la nota 27), se invocó expresamente la preocupación de *Carolene* en torno a la impotencia política de las minorías ‘discretas e insulares’ para justificar una protección judicial especial para los residentes extranjeros. Como el Juez Powell señaló, además, “la influencia de la nota 4 no se puede medir con exactitud realizando una simple enumeración de los casos en los que se ha citado”. Powell, “*Carolene Products Revisited*”, 82 COLUM. L. REV. 1087, 1087 n.4 (1982). Así pues, aun cuando no se mencione explícitamente, la idea de *Carolene* juega un papel en la justificación judicial normal del control de constitucionalidad estricto de la legislación que recae sobre clases ‘sospechosas’. Por ejemplo, en *San Antonio Indep. School. Dist. v. Rodriguez*, U.S. 411 1 (1973), la Corte, al examinar el tratamiento de los “indicios tradicionales de sospecha”, observó que la cuestión fundamental es si “la clase se... enfrenta a tales discapacidades, está sujeta a una historia de consciente desigualdad de trato, o relegada a una posición de impotencia política tal como para demandar una protección extraordinaria del proceso político mayoritario”, *id.* página 20 (énfasis añadido).

6. El libro de Ely, *Democracy and Distrust* (1980) [hay traducción al castellano: *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre editores, Bogotá, 1997], es el esfuerzo más importante por desarrollar las implicaciones más amplias respecto de la práctica de la revisión judicial de la nota cuatro. La alta calidad del debate que ha generado es testimonio del valor del libro. Véase, por ejemplo, Streicher, “Platonic Guardians of Democracy: John Hart Ely’s Role for the Supreme Court in the Constitution’s Open Texture”, 56 N.Y.U. L. REV. 547 (1981); “Judicial Review versus Democracy” (Symposium), 42 OHIO ST. L.J. 1 (1981); Laycock, “Taking Constitutions Seriously: A Theory of Judicial Review” (Book Review), 59 TEX. L. REV. 343 (1981); Tribe, “The Puzzling Persistence of Process- Based Constitutional Theories”, 89 YALE L.J. 1063 (1980). Aunque el trabajo de Ely domina actualmente el tema, también pueden encontrarse ideas importantes en Cover, *supra* 3, y L. Lusky, *By What Right?* (1975).

7. No es que no haya habido expresiones de preocupación por algunos de nuestros comentaristas más reflexivos. Véase, por ejemplo, J. Ely, *supra* nota 6, páginas 152-153; Bennett, “Abortion and Judicial Review: Of Burdens and Benefits, Hard Cases and Some Bad Law”, 75 NW. U.L. REV. 978, 995-998 (1981); Goodman, “De Facto School Segregation: A Constitutional and Empirical Analysis”, el 60 CALIF. L. REV. 275 de 312-314 (1972). Estos escritores, sin embargo, no han intentado realizar un análisis sistemático de las razones que los han llevado a dudar de la equiparación que hace *Carolene* entre impotencia política y ‘visibilidad e insularidad’. Como consecuencia de ello, sus expresiones de duda no han afectado mucho la sabiduría convencional. De hecho, creo que el mismo Ely no ha apreciado la medida en que sus dudas, expresadas incidentalmente, socavan la idea central de su análisis. Véase *infra*, texto principal que acompaña las notas 36-44.

Dado el carácter incómodo de esta tesis, conviene comenzar enfatizando sus límites. Mi crítica se aplica exclusivamente al caso paradigmático que acabo de mencionar, y no al caso más grosero en el cual las personas de raza negra, u otras minorías raciales o religiosas, son excluidas de la votación u obstaculizadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales a hablar con libertad y organizarse políticamente.⁸ Durante el primer medio siglo de *Carolene*, fueron estos esfuerzos brutales de exclusión política los que concentraron acertadamente la preocupación constitucional. Nada de lo que digo intenta negar la obvia inconstitucionalidad de excluir minorías de la vida política de la nación.

Mi preocupación aquí es con el futuro, no el pasado. Aun cuando los Estados Unidos de ninguna manera han superado totalmente las antiguas prácticas de exclusión política, no es tan utópico esperar que podamos poner esta oscura parte de la historia en el pasado y que, en la próxima generación, vivamos en un mundo que se parezca cada vez más a mi ejemplo paradigmático. Es decir, un mundo en el cual, a pesar de la existencia de amplios prejuicios sociales, las minorías puedan participar y en efecto participen en forma numerosa en el proceso político.⁹ A la luz de este panorama, es absolutamente necesario volver a medir el impacto de *Carolene*, pues su aproximación al fenómeno de los derechos de las minorías está determinada por las viejas políticas de exclusión y proporciona señales engañosas dentro del nuevo paradigma de participación.

De hecho, si no repensamos el *obiter dictum* de *Carolene* en lo que respecta a las “minorías discretas e insulares”, sólo lograremos causar dos tipos diferentes de daño. Por un lado, fracasaremos en la tarea de hacer justicia a aquellos grupos religiosos y raciales que *Carolene* tanto ha ayudado en el último medio siglo. Al atar sus derechos a un modelo político cada vez menos realista, los ubicaremos en la posición más débil posible. Por el otro lado, fallaremos en la tarea de hacer justicia a la perspectiva básica de *Carolene* respecto del problema que plantea el prejuicio en el seno de una democracia pluralista. El fin de la política de la exclusión no implica que la democracia pluralista funcione ahora de un modo justo; sí significa, sin embargo, que los grupos más desaventajados por el pluralismo en el futuro no serán los mismos que aquellos que fueron excluidos dentro del viejo régimen. Son las víctimas de la discriminación sexual o de la pobreza, en vez de las minorías raciales o religiosas, las que de manera creciente conformarán los grupos con las mayores reivindicaciones respecto de la preocupación expresada en *Carolene* por la imparcialidad [*fairness*] del proceso pluralista.

Para demostrar la necesidad de una nueva dirección en la doctrina, examinaré por separado cada uno de los cuatro términos operativos de *Carolene*: (i) prejuicio, (ii) minorías, (iii) discretas, e (iv) insulares. Es por medio de estos cuatro términos que *Carolene* espera identificar a los grupos que han sido inconstitucionalmente privados de su justa cuota de influencia democrática. Sin embargo, en la medida en que el país se acerca al paradigma

8. En otras palabras, mi preocupación principal aquí es sobre el tercer y último párrafo de la nota al pie (citada en la nota 1). No estoy impugnando el segundo párrafo de la nota al pie de página, que sugiere la conveniencia de una especial supervisión judicial sobre las restricciones a “aquellos procesos políticos de los que normalmente se espera que logren la derogación de legislación indeseable”. Sobre el papel del primer párrafo de la nota a pie de página, que prevé la intervención judicial en nombre de la “prohibición específica de la Constitución”, véase texto principal que acompaña las notas 53-57.

9. Véase notas 35 y 57.

participatorio, los jueces ya no pueden esperar que estos términos operen de manera tal que les permitan superar la dificultad contramayoritaria. Para explicar por qué, he encontrado útil examinar estos cuatro términos básicos presentes en *Carolene* en la forma inversa de la que aparecen habitualmente. • La conclusión deja entrever el camino de reconstrucción que queda por recorrer.

II. ¿Minorías discretas e insulares?

La fórmula expresada en *Carolene* limita su atención a la debilidad política de minorías mencionada, y no considera el caso análogo de mayorías políticamente poco efectivas. Si consideramos la clara ambición de *Carolene* de evitar la dificultad contramayoritaria, esta omisión llama la atención. Consideremos de nuevo el caso paradigmático: los negros participan con la misma frecuencia que los blancos de un proceso político que satisface los estándares de imparcialidad [*fairness*] elaborados a partir de la jurisprudencia de la Corte. A pesar de estos mecanismos formales, imaginemos que una legislatura en la que solamente hay diputados blancos logra ser electa, y luego sanciona una serie de leyes que prohíben matrimonios y adopciones interraciales. ¿Estaríamos menos preocupados por este resultado si completáramos el escenario suponiendo que los negros constituían el 75% del electorado en vez del 12%?

Por supuesto que no.¹⁰ De hecho, la existencia de una mayoría de negros en el electorado nos llevaría a intensificar la búsqueda de los factores estructurales que de alguna manera permitieron a los blancos dominar un proceso político ostensiblemente democrático. *Carolene* no presta atención al caso más obvio en el que encontrar un defecto sustantivo en un proceso político formalmente justo: el caso en el cual dificultades organizativas han impedido que una mayoría de la población pueda convertir esa mayoría numérica en influencia en el proceso legislativo. Después de todo, si la democracia significa algo, ella es un régimen diseñado para promover los intereses de la mayoría, y eso claramente no es lo que sucede en este caso hipotético.

A. El principio del consentimiento de las minorías

Si comenzamos con el simple caso de una mayoría poco efectiva, podemos empezar a ver cuánto más difícil será justificar la preocupación de *Carolene* por minorías poco efectivas. En pocas palabras, se supone que las minorías en un sistema democrático *tienen* que perder, aun cuando deseen fervientemente ganar y aun cuando piensen (como sucede con frecuencia) que la mayoría comete un grave error al ignorar sus justificadas objeciones. Este principio, llamémosle el principio de consentimiento de la minoría, es completamente fundamental para la teoría democrática. Por supuesto, no puede negarse a las minorías su derecho de participar dentro del esquema democrático. Aun cuando

• N. de la T.: el orden se refiere al texto en inglés [prejudice against discrete and insular minorities].

10. En similar sentido, *Palmore v. Sidoti*, 104 S. Ct. 1879 (1984) (declara inconstitucional la modificación por parte de un estado de un decreto sobre custodia de menores, justificándose en la convivencia del padre que detenta la custodia con una persona de raza diferente).

deben consentir las decisiones legislativas, las minorías tienen derecho a usar todo el poder político del que disponen para persuadir a una futura mayoría legislativa a que acceda a sus demandas. Pero *Carolene* promete a las minorías más que derechos formales: les asegura que a veces tienen derecho a exigir una victoria sustantiva ahora, no solamente la oportunidad de una victoria más adelante.

El problema causado por esta promesa es sumamente agudo porque *Carolene* se rehúsa a aceptar la solución que tantos otros han abrazado. Es fácil resolver el problema de la regla de la mayoría estableciendo la existencia de derechos en cabeza de las minorías que son tan fundamentales como para derrotar el propio valor de la regla democrática. De hecho, como la Corte de *Carolene* sabía bien, es *demasiado* fácil resolver el problema de esta forma. Frente al repudio de la doctrina de derechos naturales de *Lochner*, la Corte estaba decidida a construir una nueva base para la protección de derechos de las minorías: ¿por qué no redefinir el concepto de democracia de una forma que sostuviera la noción de que las minorías *sí* tienen derecho a triunfar algunas veces?

B. La solución pluralista

Mientras que los tribunales hablan vagamente de “aquellos procesos políticos en los que regularmente podemos confiar para la protección de las minorías”, generaciones de politólogos estadounidenses han agregado contenido a la visión de democracia pluralista presupuesta por el argumento característico de *Carolene* a favor de los derechos de las minorías.¹¹ De acuerdo con esta conocida idea, es un error inocente hablar de la democracia como si consistiera en un régimen que establece el gobierno de una sola mayoría, bien definida, por sobre una constante y consistente minoría. Por el contrario, la política en Estados Unidos es en general pluralista: innumerables grupos de presión, cada uno representando típicamente una fracción de la población, negocian unos con otros para conseguir apoyo mutuo.

Una vez que aceptamos esta descripción pluralista, el escenario está listo para rehabilitar la preocupación de *Carolene* por minorías poco efectivas. Podemos ahora descubrir que hay algo en ciertos grupos minoritarios, llamémoslos grupos *Carolene* o grupos C, que les genera una dificultad especial para establecer acuerdos con otros grupos, en los que encuentran un potencial para formar coaliciones. En consecuencia, los ‘grupos C’ se encontrarán con menor frecuencia en coaliciones con poder político que otros grupos similares. Con el tiempo, entonces, los ‘grupos C’ van conseguir menos que su ‘justa porción’ de influencia sobre la legislación. Y es por este motivo, entonces, que el pluralista concluye que *Carolene* sugiere acertadamente que la protección judicial a los ‘grupos C’ puede ser defendida de una manera que tenga en cuenta la dificultad contramayoritaria que afecta al control de constitucionalidad. Al intervenir en defensa de los ‘grupos C’, un

11. El recorrido del pensamiento pluralista puede rastrearse desde A. Bentley *The Process of Government* (1908), pasando por D. Truman, *The Governmental Process* (1951), hasta R. Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy* (1982). Versiones más crudas de la teoría pluralista son comunes ahora entre economistas políticos de la escuela de Chicago. Véase, por ejemplo, Becker, “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”, 98 Q.J. ECON. 371 (1983).

tribunal *Carolene* simplemente produce los resultados sustantivos que un ‘grupo C’ hubiera obtenido a través del proceso político, si no hubiera sido sistemáticamente desaventajado en el proceso de negociación pluralista.

Parece entonces, a primera vista, que un tribunal *Carolene* puede descansar en la bien desarrollada ciencia política pluralista para encontrar apoyo a la protección especial que propugna con respecto a los derechos de las minorías. Cuando pasamos de la intuición al análisis, sin embargo, encontramos que el argumento pluralista está minado de trampas para el incauto. En primer lugar, no es para nada claro que nuestra Constitución apoye abiertamente una teoría de la democracia basada en la negociación.¹² En segundo lugar, lo único que la teoría pluralista explica es por qué los grupos minoritarios pueden tener expectativas de ejercer influencia sobre la legislación algunas veces; es algo muy distinto explicar por qué las minorías pueden revestir esas expectativas del lenguaje de los derechos constitucionales y demandar así protección judicial para ellas.¹³

Me ocuparé de estos argumentos en la conclusión. Me concentraré aquí en la dificultad doctrinaria fundamental que subsiste incluso si las bases pluralistas de *Carolene* son firmes. Este problema se relaciona con el estándar indiscriminado con el cual *Carolene* propone regular la protección judicial de los ‘grupos C’. En el entendimiento legal ordinario, *Carolene* generalmente se interpreta sugiriendo que el mismo nivel de escrutinio judicial estricto debería aplicarse a toda legislación que afecte a cualquier ‘grupo C’. Pero el modelo pluralista no puede justificar un enfoque judicial tan uniforme.

Consideremos, por ejemplo, un distrito electoral estadounidense que incluya un 12% de negros y un 0.5% de Testigos de Jehová dentro de su población.¹⁴ Sin duda, ambos grupos serán alentados por la visión pluralista de la democracia, dado que implica que ninguno de estos grupos será excluido inexorablemente del bazar pluralista. No obstante, debería ser claro que estos dos grupos no tienen razón alguna para encontrar la perspectiva de la negociación pluralista *igualmente* satisfactoria. Por el contrario, el hecho de que los negros superen ampliamente en número a los Testigos de Jehová debería jugar un rol significativo en cualquier teoría sobre la negociación que sea plausible. En consecuencia, aun cuando ambos grupos pudieran de alguna manera ser compensados por sus desventajas en términos de *Carolene*, los Testigos de Jehová no podrían esperar razonablemente ganar victorias sustantivas tan frecuentemente como los negros.

Para explicarlo de manera más amplia, entender *Carolene* en términos de negociación no sugiere que cada uno de los ‘grupos C’ tenga un derecho a ser tratado en forma idéntica a todos los otros ‘grupos C’ en el proceso legislativo. Antes bien, el experimento mental decisivo debería involucrar una comparación entre un ‘grupo C’ en particular con

12. Véase Ackerman, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, 93 Yale L.J. 1013 (1984) (argumenta que el pluralismo sólo constituye un aspecto de la tradición constitucional estadounidense); *infra*, texto principal que acompaña las notas 50-53.

13. Retomaré esta cuestión más adelante en páginas 51-53.

14. De acuerdo con el censo de 1980, 26,5 millones de estadounidenses negros representaban el 11,7% del total de la población de 226,5 millones. Véase Bureau of the Census, U.S. Dep’t of Commerce, “1980 Census of Population: General Population Characteristics”, U.S. summary 1-20 (1983) (@pc80-1-B1). Los Testigos de Jehová afirmaron tener 643.000 miembros activos en Estados Unidos en 1984. Llamada por teléfono a Kingdom Hall, Brooklyn, Nueva York (Marzo, 1984).

una minoría hipotética que llamaré sin obstrucciones o ‘grupo S’. • En cada comparación, el ‘grupo S’ en cuestión debería contener la misma proporción de la población que el ‘grupo C’ que reclama la protección de la Corte; el ‘grupo S’ difiere, en cambio, en que no se encuentra afectado por las desventajas en la negociación que pesan inconstitucionalmente sobre los ‘grupos C’. En consecuencia, la pregunta de *Carolene* para el caso de los negros conlleva un análisis comparativo respecto de las expectativas de negociación de una minoría que constituya el 12% de la población, y que no se encuentre obstruida por aquellos impedimentos estructurales que dañan inconstitucionalmente la posición de negociación de los negros en el proceso pluralista en curso. Paralelamente, la cuestión aplicada a los Testigos de Jehová se refiere a una comparación con un ‘grupo S’ mucho más pequeño.

Estos experimentos mentales van a producir, como es muy natural, una escala descendiente de preocupaciones *Carolene*. En un extremo de esta escala habrá grupos que constituyen mayorías sin poder político o grandes minorías desaventajadas en el proceso político por alguna barrera inconstitucional que les impide negociar. En casos que involucran a estas ‘grandes minorías’, un tribunal puede estar bastante seguro de que un ‘grupo S’ comparable tendría un impacto decisivo en términos de legislación pluralista. En medio de la escala *Carolene* se encuentran las ‘minorías medianas’, en un rango que va del 10% al 20%. En estos últimos casos, un tribunal tiene menos motivos para esperar que un ‘grupo S’ de tamaño comparable cambie radicalmente los términos de la negociación política, aun cuando su influencia sería sustancial en muchos escenarios posibles.¹⁵ Y finalmente, en el otro extremo de la escala se encuentran grupos demasiado pequeños como para provocar la asistencia de los tribunales preocupados por corregir las fallas de la negociación democrática. Enfrentado con una de estas ‘pequeñas minorías’ del 0,1%, por ejemplo, un juez podría perfectamente permanecer impassible ante la enumeración de factores presentes en *Carolene* que sí podrían generar una preocupación sustancial en casos de ‘minorías medianas’, o más aun en los de ‘grandes minorías’. Porque el hecho es que un ‘grupo S’ del 0,1% no puede tener muchas expectativas en el proceso político democrático, a menos que tenga mucha suerte o una capacidad especial para la negociación. Este punto es fundamental para una elaboración responsable de los resultados de *Carolene Products*, cuya promesa, recordemos, es permitir a los tribunales evitar el cargo de la dificultad contramayoritaria apelando, por sobre las legislaturas reales, al resultado de un proceso democrático hipotético purificado.

• *N. de la T.*: U-group en el original, derivado del adjetivo unencumbered.

15. Lo mejor que pueden esperar los tribunales al hacer estas sentencias es una aproximación de los órdenes de magnitud involucrados. Los académicos del derecho, sin embargo, deben reflexionar seriamente sobre los recientes esfuerzos realizados por los científicos políticos analíticos por modelar las implicaciones estratégicas de distintos arreglos legislativos, y por emprender una investigación experimental que podría hacer descansar sus conclusiones en escenarios simulados de negociación. Véase, por ejemplo, McKelvey & Ordeshook, “An Experimental Study of the Effects of Procedural Rules on Committee Behavior”, 46 J. POL. 182 (1984); Shepsle & Weingast, “When Do Rules of Procedure Matter?”, 46 J. POL. 206 (1984). Podría ser posible que en una década o dos se utilizara esta investigación para dar una mayor estructura a las intuiciones de sentido común sobre el poder y los procedimientos de la negociación en las legislaturas del mundo real.

Hay, entonces, una relación necesariamente tensa entre el enfoque pluralista de *Carolene* sobre la democracia y la protección judicial de los derechos de las minorías. Esta tensión llega a su punto máximo en el caso paradigmático de una minoría constituida por un solo individuo: cuando un ciudadano solitario, con poco y nada que esperar de la negociación pluralista, desafía la invasión de sus derechos fundamentales por parte del proceso político.¹⁶

Mi objetivo aquí es, sin embargo, desarrollar las implicaciones doctrinarias de la fórmula propuesta por *Carolene* en lugar de criticar sus fundamentos. Enfoquemos, entonces, nuestra atención sobre estos grupos, que se extienden desde las ‘minorías medianas’ a las ‘mayorías obstaculizadas’, cuyo rol en el proceso de negociación puede muy bien tener un impacto significativo en el flujo de las decisiones legislativas. ¿Cómo se propone *Carolene* determinar si un grupo sufre de una desventaja en el proceso de negociación suficientemente severa, que amerite una protección especial? En otras palabras, ¿cómo se supone que deberíamos distinguir entre un ‘grupo C’ y un ‘grupo S’?

III. ¿Minorías discretas e insulares?

Tal como podemos ver en su fracaso en considerar las reivindicaciones legítimas de las mayorías políticamente poco efectivas, *Carolene* desdeña el caso fácil por su deseo de resolver los casos más difíciles. Una revisión objetiva de la literatura relevante que se ocupa del tema no muestra una verdadera preocupación por la debilidad política de minorías *insulares*. En cambio, demuestra una fuerte ansiedad por el modo en que las disparidades de *riqueza* distorsionan la operación de un proceso democrático basado formalmente en principios igualitarios.¹⁷

No estoy sugiriendo que todo demócrata atento sostenga que un esfuerzo sistemático por controlar el impacto de la riqueza sea una condición indispensable para la legitimidad democrática. Hay argumentos plausibles, aun cuando no me convengan en absoluto, que sostienen que cualquier esfuerzo por eliminar los vicios plutocráticos de nuestro régimen resultaría más dañino que el problema en sí mismo.¹⁸ Por ahora, sin embargo, no necesito evaluar los méritos de estas proposiciones. Basta con que me exprese en forma condicional: si, como *Carolene* claramente supone, es legítimo ir más allá de una concepción puramente formal de la democracia, deberíamos comenzar por desarrollar una concepción sustantiva de la influencia indebida en el proceso político de los Estados Unidos, considerando el impacto desproporcionado que la riqueza tiene en él. Es aquí donde debe situarse el caso fácil sobre la influencia antidemocrática.

Sin embargo, como todos sabemos, *Carolene* no sostiene que el prejuicio contra ‘minorías pobres y poco educadas’ requiere especial atención por parte de la justicia. En

16. Por supuesto, la defensa de la revisión judicial de *Carolene* no está limitada a la explicación pluralista desarrollada en este apartado. Particularmente, *Carolene* avanza la posibilidad de intervención judicial en casos que involucran “una prohibición específica de la Constitución, como la de las primeras diez enmiendas”. Véase nota 1. para una crítica sobre este enfoque alternativo a la protección de derechos individuales, véase texto principal que acompaña las notas 53-57.

17. Para una buena reseña de la literatura que enfatiza este punto, véase Beitz, “Political Finance in the United States: A Survey of Research”, 95 *Ethics* 129 (1984).

18. Véase, por ejemplo, R. Winter y J. Bolton, *Campaign Financing and Political Freedom* (1973).

cambio, expresa preocupación por el estatus de las ‘minorías discretas e insulares’. Esta forma de enmarcar la cuestión ha influenciado fuertemente el entendimiento judicial respecto de la democracia en los Estados Unidos en la última mitad del siglo XX. Por ello, aun cuando los tribunales modernos expresan preocupación por la posición en la negociación de las minorías discretas e insulares, con frecuencia ellos reaccionan escépticamente frente a la idea de que las legislaturas puedan intentar controlar la influencia del dinero en procesos formalmente democráticos.¹⁹

Sin embargo, es una interpretación muy generosa de *Carolene* considerarlo como otro ejemplo del deseo del poder judicial estadounidense de hacer énfasis en el síntoma mientras ignora la enfermedad. Aun considerándolo un ejercicio en sintomatología, *Carolene* está terriblemente equivocado en el diagnóstico. Manteniendo constantes otras variables, para un grupo involucrado en la política pluralista de Estados Unidos, el hecho de ser ‘discreto e insular’ sería normalmente fuente de una enorme ventaja en la negociación, y no de una desventaja. Salvo por casos especiales, la preocupación que subyace a *Carolene* debería llevar a los jueces a proteger a aquellos grupos que presentan las características opuestas a las que destaca *Carolene*: grupos que son ‘anónimos y difusos’ más que ‘discretos e insulares’. Estos son los grupos que, como señalan tanto la ciencia política como la historia estadounidense, son sistemáticamente desaventajados en una democracia pluralista.

A. El problema del *free-rider*

Para entender mi punto, partamos de la idea de insularidad y tengamos en mente un experimento mental sugerido por el argumento anterior. Imaginemos dos grupos, I y D, de igual tamaño (digamos que cada uno representa el 12% de la población). Los miembros de uno de los grupos, el I, se encuentran distribuidos de forma insular, concentrados en una sola isla compacta dentro del mar que serían los Estados Unidos; los miembros del grupo D, por otro lado, se encuentran diseminados de forma pareja por dicho mar. ¿Es realmente claro que, por el hecho de encontrarse diseminados a lo largo de los Estados Unidos, los miembros del grupo D obtendrán en forma sistemática ventajas por sobre los I en el curso normal de la política pluralista?

Difícilmente. Empezando por lo básico, un interés político adquiere una gran ventaja si aquellos que lo apoyan pueden organizar un *lobby* efectivo para presionar por su causa en los corredores del poder. Sin embargo, la construcción de un grupo de presión no es tarea fácil. El obstáculo fundamental es el problema por todos conocido del ‘*free-rider*’.²⁰ Por

19. Los tribunales, sin embargo, no han sido escépticos muy consistentes. La misma sentencia que condena fuertemente el esfuerzo por neutralizar el impacto de la riqueza, véase *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 49 (1976) (sostiene que una política tal es “completamente extraña a la primera enmienda”), también permite al gobierno perseguir objetivos igualitarios, en la medida en que los promueva ofreciéndoles a los candidatos un subsidio público si se rehúsan a aceptar contribuciones privadas, véase *id.* página 90-108; véase también *Republican Nat’l Comm. v. Federal Election Comm’n*, 487 F. Supp. 280, 286-287 (S.D.N.Y.) (tribunal con tres jueces) (convalida la prohibición de contribuciones privadas en relación con el subsidio público), *aff’d mem.*, 445 U.S. 955 (1980). Para una discusión pertinente sobre el problema del subsidio, véase Polsby, “*Buckley v. Valeo*: The Special Nature of Political Speech”, 1976 SUP.

20. El planteo clásico de este problema se puede encontrar en M. Olson, *The logic of collective action* 5-65 (1965).

más que una persona podría encontrar sus intereses mejor defendidos mediante la formación de un grupo de presión, de esto no se sigue que gastará su tiempo y energía en organizarse políticamente. Por el contrario, desde el punto de vista auto-interesado de cada individuo, abstenerse de participar en el grupo de interés puede ser la opción más atractiva. Si sólo unas pocas personas adoptan la estrategia de no hacer nada, éstos usufructuarán el *lobby* exitoso de los otros miembros del grupo. Si esta actitud se vuelve persistente, no servirá de mucho que un miembro más apoye con su tiempo o dinero el esfuerzo político. De cualquier manera, a una persona auto-interesada le conviene permanecer como *free-rider* aun si tiene mucho que ganar con el esfuerzo colectivo organizado. Por esta razón, muchos intereses permanecen organizados de forma poco efectiva, incluso en los Estados Unidos, el país de los grupos de presión.²¹ ¿Cómo, entonces, afecta la insularidad de un grupo en la probabilidad de que pueda traspasar la barrera del problema de los *free-riders* y lograr así efectividad en su organización?

Lejos de ser una desventaja obvia, la insularidad puede ayudar a los grupos I por lo menos en cuatro formas diferentes, todas las cuales descansan sobre una sola presuposición sociológica que debemos identificar: sin importar cuán oprimidos se encuentren en otros aspectos los miembros del grupo I, no se les ha negado la posibilidad de generar una vida comunitaria densa en su pequeña isla compacta. Por ende, no importa para dónde mire, un miembro del grupo I va a encontrarse con negocios, iglesias, escuelas y sindicatos compuestos en gran medida por gente que habla con su mismo acento sobre los problemas diarios de la vida social. Este hecho fundamental generará una serie de ventajas para los miembros del grupo I que deseen organizarse políticamente.

En primer lugar, la insularidad ayudará a generar sentimientos de solidaridad grupal. Dada la inmersión diaria de un 'I' en una realidad que reafirma su identidad grupal, el típico 'I' va a concebir su 'I-dad' como mucho más que un dato anecdótico acerca de sí mismo. Por el contrario, su 'I-dad' servirá como una característica fundamental para definir su identidad; una característica que llevará a todos los I a ver las actividades políticas del grupo desde una perspectiva que trascenderá el puro interés instrumental. Por ello, cuando un negro o un judío dona US\$25 a la NAACP• o a la Liga Antidifamación [*Anti-Defamation League*],•• no está meramente, o incluso principalmente, apostando a que esa poca cantidad de dinero vaya a aumentar de manera perceptible sus chances de disfrutar los frutos de las futuras victorias del *lobby* de su comunidad. Más bien, esta donación viene a ser la forma que el donante tiene de señalar cuán seriamente toma su compromiso con su 'I-dad'. Contribuyendo a la causa del grupo, me demuestro tanto a mí mismo como a otros que me tomo en serio los valores que digo profesar. Aquí, finalmente, encontramos un bien, la identificación con el grupo, que es inmune al problema de los *free-riders*. Pues si no dono aunque sea unos pocos dólares a la causa del grupo,

21. Véase, *idem*, páginas 165-167.

• N. de la T.: el autor se refiere a la 'National Association for the Advancement of Colored People' (NAACP), la principal organización civil defensora de los derechos de las personas de raza negra en los Estados Unidos.

•• N. de la T.: la Liga Antidifamación es una organización judía cuyo objetivo es "detener la difamación del pueblo judío."

¿puedo sostener creíblemente, incluso a mí mismo, que me tomo seriamente mi pertenencia?²²

Pero la insularidad hace más que generar sentimientos de solidaridad grupal que fomentan las donaciones simbólicas, donaciones que, multiplicadas por miles, conforman una sustancial cantidad de recursos para el grupo de interés que las recibe. También ayuda al grupo I de una segunda manera, proporcionándole un nuevo rango de sanciones sociales para imponer a aquellos que de otra forma terminarían siendo *free-riders*. Un I que se rehúse a contribuir con su grupo de interés no puede esperar que este hecho sea mantenido en secreto y que los otros I no se enteren; las noticias vuelan en una comunidad insular. De esta manera, el oportunista no puede esperar evitar la desaprobación moral de los otros 'I' una vez que estos se enteren de su negativa a contribuir proporcionalmente a la causa grupal. Este estigma no sólo genera vergüenza, sino que también puede resultar en desventajas materiales muy concretas en las interacciones cotidianas de dicho I con los otros miembros del grupo.²³ La única forma en que I puede evitar el oprobio que ese *free-riding* puede generar es abandonando su comunidad insular. Por el contrario, un miembro del difuso grupo D no tiene que sufrir un traslado semejante para evitar el rechazo de los otros miembros. A diferencia de esto, puede aislarse de su enojo asimilándose al grupo mayoritario, lo que constituye un proceso costoso, sin dudas, pero generalmente menos costoso que el estigma social sufrido por el *free-rider* en el grupo I. En breve, comparado con un miembro del grupo I, un miembro del grupo D tiene menos probabilidades de ver su membresía en el grupo como fundamental para definir su identidad, y es menos probable que sufra graves sanciones a manos de los otros miembros del grupo si no contribuye a los objetivos comunes.

B. Costos organizacionales

Se sigue de ello que el I promedio tendrá una mayor inclinación a contribuir con tiempo y dinero a la causa grupal que su contraparte en el grupo D. Esta conclusión, sin embargo, sólo cuenta parte de la historia: no sólo el grupo I va a recibir más recursos de sus miembros, sino que los I's encontrarán menos costoso organizarse con fines políticos. En primer lugar, la densa red de comunicaciones generada por la insularidad reduce dramáticamente uno de los mayores costos involucrados en el *lobby* político efectivo: el costo de comunicarse con una membresía numerosa. Para transmitir su mensaje a sus miembros, un grupo político insular a menudo puede hacer uso de los canales de comunicación ya establecidos por parte de las iglesias, redes comerciales y sindicatos del grupo. Por el contrario, un grupo D tiene –de alguna manera– que localizar y llegar a personas que interactúan entre sí con mucha menor frecuencia, y que tienen menos canales ya establecidos para transmitir con bajo costo las preocupaciones del grupo D.

En segundo lugar, el carácter orgánico de la vida en un grupo insular reduce sensiblemente el costo de encontrar líderes políticos creíbles. El grupo I puede elegir de

22. Para una observación relacionada, véase A. Hirschman, *Shifting Involvements* (1982), páginas 85-91.

23. Un esfuerzo interesante por modelar fenómenos de este tipo se puede ver en Boorman & Levitt, "The Cascade Effect: An Essay in Disequilibrium Theory", en *Research Methods in Social Networks Analysis* (L. Freeman, A. Romney & D. White eds., en prensa, 1985; *N. de la T.: figura así en el original; la obra, u otra similar, no habría sido publicada.*)

un número de personas que ya han ganado el respeto de los otros I's en otros contextos comunitarios: sacerdotes y rabinos, abogados exitosos, hombres de negocios, líderes sindicales. En contraste, aun si los miembros del grupo D superan las barreras comunicativas, tienen que tomar el riesgo de elegir líderes políticos que no han sido testeados u observados en otras posiciones de liderazgo.

C. Insularidad e influencia legislativa

La insularidad, entonces, es una ventaja, tanto para incrementar los recursos del grupo como para disminuir sus costos organizacionales. Sin embargo, antes de emitir una valoración general, debemos tener en cuenta la forma en que la insularidad puede afectar la actitud de las personas sobre quien recaerá, en última instancia, todo el peso de la presión política: los políticos que buscan ganar, y mantener, un cargo público. Aquí tenemos que refinar nuestras definiciones si queremos progresar con nuestro análisis. Hasta aquí, he utilizado el término 'insularidad' para referirme a la tendencia que tienen los miembros del grupo a interactuar con gran frecuencia en una variedad de escenarios sociales.²⁴ Si el término se concibe de esta forma sociológica, personas que viven lejos una de la otra aún pueden ser miembros de un mismo grupo I. Por el contrario, es fácil para personas que viven una pegada a la otra dejar de calificar como una minoría insular desde un punto de vista sociológico.

Hemos llegado a un punto, sin embargo, en el cual se hace necesario introducir un concepto explícitamente geográfico de la insularidad en el debate, por la simple razón de que la ubicación geográfica es de gran importancia en la evaluación de la influencia de un grupo dentro del sistema político de Estados Unidos. A los efectos de este artículo, basta con restringir nuestras especulaciones a dos simples alternativas. Por un lado, nuestra minoría insular 'sociológica' puede también ser una minoría insular 'geográfica': concentrada en un número relativamente pequeño de lugares en los Estados Unidos. Por otro lado, puede que insularidad sociológica e insularidad geográfica no vengan de la mano. De hecho, como caso límite, el grupo I puede encontrarse diseminado en forma pareja a lo largo de los cincuenta estados y los 435 distritos legislativos. Por un propósito heurístico, comencemos por la alternativa que es empíricamente menos frecuente, pero analíticamente más comprensible. Supongamos que un grupo I se distribuye geográficamente en forma difusa: si constituye el 12% de la población nacional, representa el 12% de la población de cada distrito electoral. Ahora comparemos este grupo I geográficamente difuso con un grupo D que es a la vez sociológica y geográficamente

).

24. Si bien esta definición sirve lo suficientemente bien a los fines del presente análisis, contiene dos ideas distintas. La primera, llámémosla *amplitud*, refiere al número de escenarios sociológicos en los que un grupo interactúa. En este sentido, un grupo es más insular en la medida en que interactúa en más escenarios: escuelas, iglesias, sindicatos y demás. La segunda idea, llámémosla *intensidad*, refiere a la importancia que los miembros le dan a cada contexto social en particular. De esta manera, algunos grupos insulares pueden tener lazos de gran amplitud pero baja intensidad, mientras que otros pueden experimentar sólo unos pocos lazos sociológicos estrechos pero intensos. Aunque no es necesario enfatizar la distinción entre *amplitud* e *intensidad* en este ensayo, la misma puede volverse bastante importante en futuros trabajos.

Véase nota 28.

difuso. Manteniendo las demás variables constantes, ¿qué grupo tiene más posibilidades de tener éxito en influir sobre miembros del Congreso?

El análisis previo sugiere que el grupo I probablemente vaya a tener mayor influencia. Un grupo de este tipo tiene mayores probabilidades de formar un grupo de presión política poblado por dirigentes creíbles que permanezcan en estrecho contacto con el electorado insular que representan. Cuando estos grupos de presión amenacen con castigar electoralmente a los miembros del Congreso, pueden esperar ser escuchados. Incluso si los líderes de grupos de presión sólo pueden influenciar a entre un 10% y un 20% del 12% de la población que representan, ningún político sensato está dispuesto a perder ligeramente un 1% o 2% de los votos. Por supuesto, si resulta que los intereses de este grupo I son diametralmente opuestos a los de otros grupos pertenecientes a la coalición electoral del legislador, un político que busca maximizar sus posibilidades de reelección quizás decida que es mejor ignorar las demandas del grupo I. Sin embargo, su renuencia a perder el apoyo del grupo será mayor que en el caso de que estuviera tratando con un grupo D en las mismas condiciones. El grupo D tiene menos probabilidades de contar con un grupo de presión bien organizado que defienda sus intereses. Es también menos probable que posea la red de comunicaciones necesaria para amenazar creíblemente al legislador con una revancha electoral. Es decir que, incluso si el grupo I se encuentra distribuido uniformemente a lo largo del territorio geográfico del país, tiene una mayor capacidad de ejercer influencia política mediante la mercancía que más cotiza en la política democrática: los votos el día de las elecciones.

Esta conclusión se ve reforzada cuando nos centramos en un caso más realista, en el cual la minoría mediana que es nuestro grupo I se distribuye en forma muy desigual a lo largo del territorio. En este escenario, esta minoría mediana puede tener expectativas de constituir una mayoría local, o poseer un número de votos decisivo, en entre 20 o 30 de los distritos electorales. Para los representantes de dichos distritos, el apoyo de este grupo I es nada más y nada menos que aquello que los hará sobrevivir en la arena política. De hecho, a pesar de todo nuestro discurso sobre lo que *Carolene* dice acerca de la debilidad política de los grupos insulares, somos perfectamente conscientes del enorme poder que estos bloques de votantes tienen en la política estadounidense. La historia de los aranceles aduaneros proteccionistas es, supongo, el clásico ejemplo del poder de la insularidad en la política de los Estados Unidos.²⁵ A lo largo de esta última mitad de siglo, hemos estado sometidos a un número enorme de variaciones ‘Estado de Bienestar’ sobre el tema de la insularidad, por parte del bloque agrario, el *lobby* del acero, de la industria automotriz, y tantos más que es difícil mencionarlos a todos aquí.²⁶ En este escenario estándar de la

25. El estudio clásico de este tema es el de E. Schattschneider, *Politics, Pressures and the Tariff* (1935).

26. Para una buena reseña de la literatura de la ciencia política, véase G. Wilson, *Interest Groups in the United States* (1981). Para trabajos recientes por parte de politólogos que extienden el ámbito del análisis pluralista, véase R. Arnold, *Congress and the Bureaucracy* (1979); M. Fiorina, *Congress - Keystone of the Washington Establishment* (1977); and J. Wilson, *The Politics of Regulation* (1980). El rol de los grupos de interés en la política también ha generado un creciente interés en los economistas. Véase, por ejemplo, R. Noll & B. Owen, *The Political Economy of Deregulation: Interest Groups in the Regulatory Process* (1983); Kalt & Zupan, “Capture and Ideology in the Economic Theory of Politics”, 74 AM. ECON. REV. 279 (1984); B. Pashigian, “Environmental Regulation: Whose self-interests are being protected?” (Center for the Study of the Economy and the State, Working Paper No. 022, Feb. 1984).

política pluralista, es precisamente el carácter difuso de la mayoría que tiene que pagar el costo de los aranceles aduaneros, los subsidios a la agricultura y demás lo que permite que algunos miembros del Congreso localizados estratégicamente en posiciones de poder puedan satisfacer los pedidos de sus representados con poder de organización. Teniendo en cuenta estos antecedentes, es realmente sorprendente escuchar a abogados hablar sobre su preocupación de que los intereses insulares tienen muy poco poder de influencia en el Congreso. Por el contrario, el sistema estadounidense generalmente priva a grupos *difusos* de la voz que le corresponde en el curso del proceso legislativo. Si *Carolene* tiene alguna razón de ser, entonces, no puede ser el carácter insular de la minoría por sí misma lo que cuenta; debe haber algo más.

IV. ¿Minorías discretas e insulares?

¿Puede que ese ‘algo más’ sea que las minorías *Carolene* son ‘discretas’?

Empiezo con una pregunta porque no es obvio que la mayoría de los abogados constitucionalistas le otorguen a la palabra ‘discreta’ un significado independiente en su interpretación de *Carolene*.²⁷ Sin embargo, podemos concebir al término de una manera que añade algo importante a la fórmula general. Propongo definir a una minoría como ‘discreta’ cuando sus miembros están marcados por alguna razón que los hace fácilmente identificables por otras personas. Por ejemplo, no hay nada que una mujer negra pueda hacer para ocultar el hecho de que es negra o de que es mujer. Le guste o no, deberá lidiar con las expectativas y estereotipos generados por sus características evidentes de grupo. Por el contrario, otras minorías son definidas socialmente de una forma tal que le permite a cada miembro individual la posibilidad de evitar una identificación fácil. Una persona homosexual, por ejemplo, puede mantener su orientación sexual como algo privado y evitar gran parte del oprobio público asociado a su estatus minoritario. Es por esta razón que llamaré a los homosexuales, y a grupos similares, minorías ‘anónimas’, en contraste con las minorías ‘discretas’ ejemplificadas paradigmáticamente por los negros.

Esta forma de definir los términos nos permite complementar nuestro análisis de la insularidad de forma natural. Mientras que el continuo insularidad-dispersión mide la

27. Una excepción que, sin embargo, vale la pena mencionar es la de la persona que fue testigo del nacimiento de la nota al pie número 4, el profesor Louis Lusky. En un análisis, Lusky adopta una concepción sobre la visibilidad muy parecida a la que defendemos aquí. Definiéndola de manera tal que signifique “separados o distintos”, Lusky rechaza las conclusiones de *Graham v. Richardson* sobre que los extranjeros constituyen una “minoría discreta e insular” 403 U.S. 365, 372 (1971), con el fundamento, entre otros, de que “muchos de ellos, que son angloparlantes, pasan desapercibidos”. Lusky, “Footnote Redux: A *Carolene Products* Reminiscence”, 82 COLUM. L. REV. 1093, 105 n.72 (1982). Aunque Lusky está en lo correcto al señalar que esto priva a los angloparlantes de ‘visibilidad’, no puedo estar de acuerdo con su consiguiente sugerencia de que los extranjeros que hablan inglés deben ser privados de la protección *Carolene*. Como lo subrayé al principio, véase texto principal que acompaña las notas 6-9, este ensayo solamente toma en consideración la desventaja relativa de aquellos grupos que están participando activamente en el proceso político normal, y no la de aquellos que están excluidos categóricamente de participar. Los extranjeros, obviamente, son el prototipo de este último grupo. En términos de *Carolene*, la justificación de su protección judicial surge del segundo párrafo de la nota 4, véase nota 1, que acepto como válido, y no del tercer párrafo, cuyo futuro es tema de este ensayo.

intensidad y el alcance de la interacción *intragrupal*, el continuo visibilidad-anonimato [*discreteness-anonymity*]• mide la facilidad con la cual las personas *fuera* del grupo pueden identificar a los miembros de dicho grupo. Debería ser obvio que estos dos continuos no se encuentran invariablemente asociados el uno con el otro. Los negros, por ejemplo, constituyen un grupo tanto discreto como insular, mientras que el grupo de las mujeres es discreto pero difuso; las personas homosexuales son anónimos pero pueden ser en alguna medida insulares,²⁸ mientras que las personas pobres constituyen un grupo relativamente anónimo y difuso. Dado que no existe una correlación necesaria entre la visibilidad y la insularidad de un grupo, trataré a la visibilidad como un elemento de análisis independiente, y consideraré si el lugar que un grupo ocupa dentro del continuo visibilidad-anonimato puede sumar o restar a su potencial de influencia política.

Carolene toma una posición clara frente a esta cuestión: la visibilidad de un grupo constituye una debilidad política. Una vez más, sin embargo, la única cosa que es evidente es que esto no es evidente. La razón principal ha sido desarrollada elegantemente en el clásico libro de Albert Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty [Salida, Voz y Lealtad]*.²⁹ El título del libro se refiere a tres formas no violentas de responder a una situación insatisfactoria: si a uno no le agrada algo, puede intentar evitarlo (salida), quejarse (voz) o sonreír y esperar que la cosa mejore (lealtad). Aun cuando estas tres respuestas se encuentren interrelacionadas de muchas formas, la relación entre dos de ellas –salida y voz– tiene aquí especial importancia. La gente no responde a una mala situación mediante un patrón azaroso de protesta y evasión. Antes bien, según Hirschman sucede lo contrario: a mayor posibilidad de salida, menor voz y viceversa. La razón detrás de esto es muy simple: cuanto más fácil es evitar una mala situación, menos valdrá la pena quejarse, y viceversa.

Esta relación inversamente proporcional posee implicancias muy significativas para el poder político de las minorías en diferentes puntos de la escala visibilidad-anonimato.³⁰ Si uno es un negro en los Estados Unidos de hoy, uno sabe que no hay forma de evitar el impacto de las miradas que tiene la gente en general sobre el significado de la negritud. Como la salida no es posible, hay una sola cosa que puede hacerse respecto de la desventaja que generan los estereotipos negativos: quejarse. Dentro de las posibilidades más eficaces para hacer oír dicha queja, la acción política organizada seguramente se encontrará entre las primeras.

Esto no significa, claro, que personas negras individualmente, o miembros individuales de otras minorías discretas, vayan a apoyar necesariamente la actividad del grupo de

• *N. de la T.*: véase página 125, tercera nota.

28. En este punto, la distinción entre amplitud e intensidad, véase nota 24, puede ser útil para definir lo que quise decir al utilizar la frase “en alguna medida”. Aunque los homosexuales no comparten, característicamente, un amplio rango de contextos sociales en el que interactúen como homosexuales, unos pocos contextos sociales sí sirven como foco para concentrar una intensa reafirmación de las identidades homosexuales. El más notable es la red de bares y restaurantes homosexuales que puede encontrarse en las ciudades estadounidenses más importantes. Previsiblemente, esta red les dio un importante foco organizacional para el reciente movimiento político en defensa de los derechos de los homosexuales. Véase J. D’Emilio, *Sexual Politics, Sexual Communities* 129-250 (1983).

29. A. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty* (1970).

30. Aunque Hirschman investiga el modo en que su visión ilumina una variedad de contextos sociales, véase *id.* página 44-54, él mismo no ha considerado la aplicación que desarrollamos en los párrafos que siguen.

interés. Podrían, en cambio, sucumbir a la tentación de convertirse en *free-riders* y privar así al grupo de obtener recursos políticos fundamentales. Pero aun cuando la visibilidad no es la cura de todos los males derivados del auto-interés, ella libera a una minoría del problema organizacional que enfrenta un grupo anónimo de similar tamaño. Para ver mi punto, comparemos el problema que enfrentan quienes quieren organizar políticamente al grupo de personas negras frente al problema que enfrentan quienes quieren organizar a miembros de la comunidad homosexual. Como miembro de un grupo anónimo, cada homosexual puede buscar minimizar el daño personal causado por los prejuicios manteniendo secreta su condición. Aun cuando esta no sea una respuesta totalmente satisfactoria, el secreto otorga a los homosexuales la posibilidad de ‘salida’ del prejuicio de una manera que los negros no poseen. Esto significa que un grupo homosexual debe confrontar un problema organizacional que no enfrenta el grupo de negros: el grupo debe convencer de alguna manera a cada homosexual anónimo de revelar su preferencia sexual públicamente, y de soportar los costos privados que esta declaración pública puede implicar.

Aun cuando algunos, quizás muchos, miembros de la comunidad homosexual estén dispuestos a pagar este precio, el hecho de que cada uno de los miembros en forma individual deba decidir si está dispuesto a afrontarlo significa que este grupo anónimo tiene menor probabilidad de ser políticamente eficaz que otro grupo comparable, pero que constituye una minoría discreta. Porque, por definición, los grupos discretos no deben convencer a cada uno de sus miembros de ‘salir del closet’ antes de participar efectivamente en la actividad política. Parece entonces que *Carolene* se equivoca una vez más: un tribunal preocupado por el poder de negociación pluralista debe estar más, y no menos, atento a las reivindicaciones de las minorías anónimas que a las de las discretas.

V. Prejuicio

Pero es tiempo de dejar de representar Hamlet sin el príncipe. Pues estoy seguro de que usted está pensando que el motivo central de la preocupación de *Carolene* por las ‘minorías discretas e insulares’ no puede entenderse sin comprender el término inicial de la fórmula: prejuicio. De hecho, uno de mis objetivos ha sido provocar precisamente esta reacción. Al detallar todas las formas en las cuales las minorías discretas e insulares obtienen ventajas políticas frente a los grupos difusos y anónimos, he intentado hacer énfasis en el gran peso que tiene, dentro del argumento de *Carolene Products*, la idea de prejuicio. Este peso es de dos tipos: empírico y conceptual. Para ir de a uno a la vez, dejaré para el final todos los problemas que surgen de conceptualizar la noción de prejuicio³¹ y me ocuparé primero del costado empírico del problema.

A. Cuestiones de hecho

La insuficiencia empírica de *Carolene* deriva de su concepción restrictiva sobre el impacto del prejuicio en la sociedad estadounidense. Es fácil identificar grupos en la población que, sin ser discretos e insulares, son sin embargo víctimas del prejuicio, tal

31. Véase *infra* texto principal que acompaña las notas 44-49.

como entendemos dicho concepto cotidianamente. Así, el hecho de que la comunidad homosexual esté constituida por individuos relativamente anónimos no ha puesto al grupo a salvo de graves prejuicios. Tampoco deja de ser un problema el sexismo por el mero hecho de que las mujeres constituyen una mayoría difusa pero discreta. El prejuicio es generado por una cantidad sorprendente de condiciones sociales. Aun cuando algunas de las minorías de *Carolene* son fuertemente victimizadas, no son las únicas que deben cargar con ese estigma; y tampoco es obvio que todas las minorías *Carolene* son estigmatizadas en forma más severa que otros grupos no-*Carolene*. ¿Por qué entonces la preocupación por el ‘prejuicio’ debería justificar la estrecha fijación de *Carolene* por las minorías ‘discretas e insulares’?

La respuesta parecía sencilla en un mundo en el cual los miembros de la minoría paradigmática señalada por *Carolene*, los negros, estaban efectivamente excluidos de la participación política y las votaciones. Algo es mejor que nada: por más problemas que el carácter difuso y anónimo de un grupo genere en términos de organización política, seguramente no serán tan devastadores como no poder siquiera votar.³² Al mirar al futuro, sin embargo, no queda tan claro que esta percepción tan selectiva tenga sentido en términos constitucionales. Ello no obstante, le daré a *Carolene* el beneficio de la duda al bosquejar un modelo ‘paria’ del proceso político en el cual el énfasis del fallo en el destino de minorías discretas e insulares parecerá todavía empíricamente plausible.³³ En la medida en que nos alejemos de este modelo ‘paria’, sin embargo, las minorías anónimas y difusas emergerán de manera creciente como los grupos que pueden plantear las denuncias más graves de desampoderamiento pluralista.

1. *El modelo ‘paria’*. Imaginemos una comunidad política en la cual las minorías medianas, aquellas que se encuentran en el rango del 10% al 20% de la población, adquieren un estatus mayoritario en un número significativo de distritos, debido a la forma en la que su insularidad interactúa con los sesgos geográficos del sistema político estadounidense. No obstante ello, los representantes de estas minorías son completamente ineficaces en el Congreso, dado que los otros representantes se niegan a negociar con ellos de cualquier manera. Luego, imagine que usted es un legislador que no representa a una minoría y desea armar una coalición legislativa que apoye una ley que es fundamental para su distrito. Tras muchas negociaciones, todavía necesita 20 votos, y la única fuente restante de votos es un bloque de 25 legisladores que representan a minorías. A pesar de su ferviente deseo de hacer realidad la ley para su distrito, no intenta siquiera interesarlos en sumarse a su coalición legislativa. Perder la sanción de su ley más importante es preferible a ganar con el apoyo de estos parias legislativos. De manera que usted sonríe y aguanta mientras su ley es derrotada por su negativa a negociar.

32. Véase A. Bickel & B. Schmidt, “The Judiciary and Responsible Government” 908- 90 (Oliver Wendell Holmes *Devise History of the Supreme Court of the United States* No. 9, 1984) (describe la respuesta de la Corte Suprema a la negación del derecho de sufragio a los negros).

33. Incluso con este modelo “paria”, sin embargo, es posible que algunos grupos anónimos o difusos sean tan afectados políticamente por el prejuicio como cualquier minoría discreta e insular. El punto de esquematizar el modelo paria es sencillamente el de describir un sistema político en el que el limitado enfoque de *Carolene* se vuelve “empíricamente plausible”, aunque no necesariamente correcto.

¿Suena implausible? Sin embargo, hay circunstancias en las cuales un legislador no minoritario preocupado por maximizar sus chances de reelección puede tratar a sus hermanos de grupos minoritarios como completos parias. Imagine, por ejemplo, que la mayoría del electorado posee prejuicios *tan fuertes* en contra de esta minoría discreta e insular, que ningún beneficio legislativo que el legislador pueda obtener compensaría a sus ojos la afrenta ideológica que el electorado sufriría por ver a su representante solicitar apoyo de esta minoría. La magnitud de este prejuicio debe ser verdaderamente grande como para opacar las consideraciones pragmáticas. Además, esta condición, que llamaré ‘prejuicio triunfador’, debe encontrarse presente en un número muy importante de distritos electorales para que el modelo paria sea aplicable. Sin embargo, es sólo valiéndose de algo parecido a estos fuertes supuestos empíricos que *Carolene* puede decir que los efectos del prejuicio pueden derrotar *claramente* las ventajas políticas de las que gozan las minorías que son discretas e insulares.³⁴

2. *Más allá del modelo paria.* Una vez que negamos la validez empírica general del modelo paria, nuestro análisis del impacto político de un grupo discreto e insular se complejizará inevitablemente. Cabe esperar que una minoría de este tipo lleve a la mesa de negociaciones un bien del que muchos grupos anónimos y difusos carecen; es decir, unos 20 a 25 representantes dedicados y comprometidos con la enérgica consecución de los intereses de la minoría.³⁵ Que esta ventaja en la negociación sea

34. Al introducir la idea del monitoreo de los costos, es posible debilitar la condición del prejuicio dominante y de todas maneras terminar con el resultado paria. En el modelo del monitoreo de costos, podemos suponer que si un representante tiene la posibilidad de proveer a su electorado todos los datos acerca de su situación de negociación, *podría* convencer a la mayoría que negociar con los parias es aconsejable. El problema es que la mayoría de los electores del legislador no tienen tiempo ni están inclinados a seguir el relato paso-a-paso de los acontecimientos en Washington, que podría hacer racional que el legislador quiera tratar con los parias. Dada la existencia de costos de monitoreo, es concebible que los electores sigan una regla que implique rechazar *per se* cualquier trato con los parias, por creer que dichos tratos están tan raramente justificados que no vale la pena evaluarlos individualmente.

No obstante, aunque esta respuesta constituye una de las formas en la que el electorado podría reaccionar dados los costos de monitoreo, no creo que sea una respuesta probable. La mayoría de nosotros es perfectamente consciente de que la política a veces requiere de los compañeros más extraños, y de que no podemos esperar que nuestros legisladores voten en todos los casos de la manera precisa en que nosotros deseamos. Excepto bajo circunstancias especiales, no nos volveremos en contra de nuestro legislador debido a unas pocas decisiones.

Si esta observación está en lo cierto, introducir costos de monitoreo en el modelo paria hace que éste resulte menos probable, no más. Los costos de monitoreo pueden permitir a los legisladores de la mayoría negociar con colegas de las minorías, de una forma tal que puedan esperar que sus electores prejuiciosos estarán dispuestos a perdonar, o que ni siquiera lo descubrirán. Entonces, incluso después de introducir los costos de monitoreo, el modelo paria parecerá una descripción plausible de la realidad política sólo si la sociedad está plagada de un prejuicio que tan generalizado como excepcionalmente intenso.

35. Veintiún legisladores negros cumplieron funciones en la Cámara de Representantes en 1984. El número de legisladores negros se ha incrementado continuamente en las últimas tres décadas: dos representantes a principio de los años 50, cuatro en 1960, nueve representantes y un senador en 1970 (Edward Brooke de Massachusetts), y 17 representantes en 1980. Véase Bureau of the Census, U.S. Dep't of Commerce, "The Social and Economic Status of the Black Population in the United States" 154, 156 (1979) (p. 23, no. 80); T. Cavanagh & D. Stockton, *Black Elected Officials and their Constituencies* 2 (1983). La representación hispánica en el Congreso ha experimentado un crecimiento similar. Un representante hispánico fue elegido en 1960, seis en 1970, y once en 1984; este último número incluye dos senadores, Dennis Chavez y Joseph Montoya, ambos de Nueva México. Entrevista telefónica con Lisa Navarrete, vocera del *Congressional Hispanic Caucus, Inc.* (Sept. 6, 1984). Según el Bureau, los hispánicos representaban el 6,4% de la población estadounidense en 1980. Véase Bureau of the Census, nota 14, páginas 1-21.

derrotada completamente por el prejuicio dependerá de factores institucionales especiales que cambiarán de década a década, si es que no día a día; unos factores, además, sobre los que la Corte Suprema de los Estados Unidos tendrá especiales dificultades para analizar en un fallo judicial.

Es en este contexto que me muevo a un enfoque de *Carolene* muy distinto, presentado por John Hart Ely en su obra *Democracy and Distrust [Democracia y Desconfianza]*.³⁶ Dentro de sus muchas virtudes, el libro reconoce expresamente que el entendimiento convencional de *Carolene* sobre la falta de poder de las minorías discretas e insulares “debe ser reexaminado”.³⁷ Así y todo, Ely no intenta desarrollar el análisis centrado en los grupos de interés al que hemos dedicado nuestras energías hasta ahora. En cambio, se apoya exclusivamente en un enfoque socio-psicológico del proceso legislativo. En su opinión, el rasgo crítico del prejuicio es el modo en que permite a los legisladores estereotipar minorías ‘discretas e insulares’. Es esta propensión legislativa a dividir el mundo en categorías ‘nosotros-ellos’ la que, según Ely, se encuentra en el núcleo de la preocupación de *Carolene*: ‘nosotros’ los legisladores vamos a sobreestimar el peligro que representan ‘ellos’ como grupo, y subestimar sus similitudes con el grupo de ‘nosotros’. Como consecuencia, la legislación que perjudica a los grupos ‘ellos’ estará basada en una percepción intolerablemente distorsionada de la realidad social.³⁸

Aun si aceptáramos la visión ‘nosotros-ellos’ de la psicología legislativa,³⁹ la falta de reconocimiento por parte de Ely de los límites del modelo paria nos da una razón independiente para cuestionar sus conclusiones. Sencillamente, los esfuerzos que hemos

36. J. Ely, nota 6.

37. *Id.* página 152.

38. Véase *id.*, páginas 157-160.

39. Personalmente, no creo que la psicología social de Ely sea persuasiva. Sin duda, hay mucha gente que se encuentra atrapada por los estereotipos del tipo “nosotros-ellos” que Ely describe. Sin embargo, Ely no se preocupa por la raza humana en general, sino por las personas particulares que ejercen como legisladores. Cuando limitamos nuestro análisis a este pequeño grupo, no creo que la psicología simplista de Ely sea la norma. Un buen político no estará dispuesto a antagonizar con *ninguna* parte de su electorado innecesariamente, aunque más no sea porque desconoce si, en cinco o diez años, va a necesitar desesperadamente el apoyo de un grupo que ahora es electoralmente irrelevante. Más que alienar grupos de votantes, la mayoría de los políticos potenciales, de izquierda, derecha y centro, hacen campaña en todos los grupos sociales y étnicos significativos de nuestra sociedad. En esta interminable ronda de desayunos en sindicatos, almuerzos con banqueros, y cenas sociales, se puede esperar de los legisladores en campaña que sean extremadamente atentos al clima de opinión, especialmente en aquellos grupos que no son sus aliados naturales, en un esfuerzo por descubrir formas de llegar a los votantes que de otra manera serían indiferentes u hostiles. Si un legislador aprende algo de esta interminable cantidad de horas en las trincheras, es que la gente que es muy distinta a él o ella sigue siendo gente, y que puede entender puntos de vista diferentes aun si no ha pasado toda su vida con cada grupo de los Estados Unidos.

Por supuesto, un político va a tener que tomar decisiones difíciles sobre los intereses que va a defender en las siguientes elecciones. Y, al final, puede perfectamente decidir que apelar al prejuicio defiende su interés electoral. Sin embargo, es irreal suponer que los políticos más exitosos toman esas decisiones basándose simplemente en estereotipos reduccionistas del tipo “nosotros-ellos” más que en meditados cálculos electorales. Ciertamente éste no es el consenso entre los politólogos contemporáneos. Por el contrario, una importante corriente de trabajos recientes trata explícitamente de modelar a los legisladores estadounidenses como maximizadores racionales de votos. Véase, por ejemplo, M. Fiorina, *supra* nota 26, páginas 39-49; D. Mayhew, *Congress: The Electoral Connection* 3-5, 13-38 (1974). Ely no discute esta literatura en *Democracia y Desconfianza*.

realizado en el ámbito de la teoría de la negociación nos han llevado a pensar que las ‘minorías medianas’ del tipo ‘discretas e insulares’ elegirán un número de representantes, entre 20 y 25, que serán muy sensibles a sus intereses. Siempre y cuando estos representantes no sean tratados como parias, pueden convertirse en una fuerza legislativa importante negociando votos con sus colegas para promover los intereses de sus representados. Entonces, si los políticos de la minoría poseen también prejuicios del tipo ‘nosotros-ellos’, la dinámica legislativa será mucho más compleja de lo que Ely concede. En lugar de reflejar inexorablemente una visión monocromática de la realidad social, la legislación será el producto conjunto de diferentes prejuicios del tipo ‘nosotros-ellos’ que poseen los distintos políticos que se encuentran en la mesa de negociaciones. Esto es más de lo que pueden esperar las minorías difusas o anónimas: sus representantes puede que *ni siquiera estén* en la mesa.⁴⁰ En cuanto se mueve más allá de los estrechos confines del modelo paria, Ely no puede rehabilitar el foco exclusivo que *Carolene* pone en las minorías discretas e insulares sólo a través de la psicología ‘nosotros-ellos’.

Ely parece al tanto de esto. Aun cuando *Democracia y Desconfianza* no contiene un análisis completo del poder legislativo de las minorías, sí hace alusión a un enfoque diferente al que yo he avanzado aquí. Ely sugiere que los políticos de la minoría pueden sufrir de una aflicción psicológica particular: mientras que otros miembros del Congreso actúan sobre prejuicios del tipo ‘nosotros-ellos’ a favor de su propio electorado, los políticos de la minoría podrían aceptar los mismos estereotipos contra los que deberían estar luchando.⁴¹ Si concediéramos este punto, el argumento de Ely adquiriría un carácter de auto-refuerzo: no importa cuán activamente los representantes de la minoría participen en el proceso de negociación política, sólo lograrían reforzar, y nunca desafiar, los prejuicios existentes.

Ely es muy circunspecto al tratar esta sugerencia sobre la ‘falsa conciencia’ de las minorías. Mientras dice que “[l]a idea general posee mérito en ciertos contextos”,⁴² su

40. Esto no significa decir que *todas* las minorías difusas y anónimas están peor que las discretas e insulares. Por un lado, el prejuicio contra una minoría discreta e insular puede, como en el modelo paria, compensar completamente las otras ventajas organizativas del grupo. Véase texto principal que acompaña las notas 32-36. Por el otro, las desventajas organizativas que sufre un grupo anónimo y difuso pueden a veces ser compensadas por el “efecto favorable del tercero”. En estos casos, el grupo no gana poder por medio de sus propios esfuerzos organizacionales, sino que es beneficiado por los negocios políticos que otros intereses, mejor organizados, promueven. Este efecto puede operar con tanta fuerza que logre más que compensar la debilidad que tendría el grupo si negociara directamente. No quiero sugerir que, cuando esto sucede, un grupo anónimo o difuso pueda quejarse de un modo justo de desventajas sistemáticas en el proceso pluralista.

Mi punto es simplemente que ciertos grupos anónimos o difusos, como los homosexuales, las mujeres, o los pobres, no pueden de hecho esperar del *efecto favorable del tercero* más de lo que pueden esperar muchas de las minorías discretas e insulares tradicionales. En esos casos, la debilidad organizativa de los grupos anónimos o difusos los vuelve, si todo lo demás se mantiene en igualdad de condiciones, más desaventajados en la negociación pluralista que aquellos grupos en los que *Carolene* ha enfocado su preocupación. Quienes abogan por aquellos intereses difusos o anónimos, entonces, no deben seguir sintiéndose avergonzados por las evidentes diferencias que esos grupos tienen con respecto a las minorías insulares y discretas tradicionales. Porque, precisamente, son estas diferencias las que fortalecen, y no debilitan, su planteo constitucional.

41. Véase J. Ely, nota 6, páginas 165-166.

42. *Idem*, página 165.

libro, de hecho, no ocupa mucho espacio defendiendo y analizándola.⁴³ Más aun, creo que esta idea de ‘falsa conciencia’ no puede ser elaborada de ninguna forma que tenga sentido constitucional.

La primera pregunta a formular sobre la ‘falsa conciencia’ es empírica: ¿aceptará pasivamente la nueva generación de políticos minoritarios estos estereotipos dañinos? No encuentro razón para proyectar una imagen tan gris sobre nuestro futuro. Al contrario, los prejuicios clásicos se encuentran hoy bajo fuertes ataques por parte de poderosas voces que surgen de un amplio rango de comunidades discretas e insulares. Esto no quiere decir, por supuesto, que los representantes de grupos minoritarios van a acordar en forma unánime respecto de políticas públicas. Pero no encuentro utilidad en analizar estos desacuerdos inevitables, y muchas veces razonables, etiquetando a los miembros de uno u otro grupo en la disputa como víctimas de ‘falsa conciencia’.

La segunda pregunta es la siguiente: incluso si un psicólogo social pudiera ‘probar’ la existencia de falsa conciencia, ¿debería la Corte Suprema transformar este fenómeno social en un presupuesto de derecho constitucional? No nos estamos ocupando aquí de una investigación académica, sino de una cuestión de relaciones institucionales. Al etiquetar a un grupo de políticos de minorías como víctimas de ‘falsa conciencia’ en las páginas de los *United States Reports*⁴⁴ [la colección oficial de sentencias], la Corte Suprema los estaría colocando en un estatus constitucional particularmente degradante. De ahí en más ellos, y sólo ellos, serían considerados constitucionalmente incapaces de cumplir con las

43. De hecho, Ely dedica la mayor parte de su corta discusión a explicar por qué él no piensa que las mujeres como clase hayan internalizado los estereotipos masculinos de manera poco crítica. Véanse páginas 165-66. Al contrario, él dedica menos tiempo a estudiar las condiciones bajo las cuales el problema de la falsa conciencia puede adquirir relevancia constitucional. Todo lo que hace es citar de manera aprobatoria un voto concurrente del Juez Marshall: “Los científicos sociales concuerdan en que los miembros de un grupo minoritario frecuentemente responden a la discriminación y el prejuicio intentando separarse ellos mismos del grupo, al punto tal de adoptar la actitud negativa de la mayoría hacia la minoría.” *Id.* (cita *Castaneda v. Partida*, 430 U.S. 482, 503 (1977) (Marshall, J., concurrencia). Los grandes estudios que cita Marshall, sin embargo, datan de los años ‘40 y ‘50 –véase, por ejemplo, G. Allport, *The Nature of Prejudice* 150-153 (1954); A. Rose, *The Negro’s Morale* 85-95 (1949); Bettelheim, “Individual and Mass Behavior in Extreme Situations”, 38 *J. Abnormal & Soc. Psychology* 417 (1943)–, y sus conclusiones no deberían ser aplicadas mecánicamente a las mentes de los políticos de grupos minoritarios de la siguiente generación. Además, el caso en el que el juez Marshall hizo sus observaciones trataba sobre un problema distinto al que nos concierne aquí. La cuestión en *Castaneda* era simplemente si el hecho de que aquellos que hablaban español eran la “mayoría gobernante” en un condado debía llevarlos a cambiar las reglas que establecían una presunción de discriminación intencionada contra su selección como miembros de un jurado. Al sostener que los elementos de la presunción no estaban involucrados desde una perspectiva constitucional, la Corte estaba reconociendo directamente que los prejuicios en la administración de justicia pueden sobrevivir a las condiciones políticas que le dieron sustento. Esta conclusión de ninguna manera implica, sin embargo, que los políticos de minorías vayan a sufrir sistemáticamente de una forma perniciosa de falsa conciencia.

44. No sería más aceptable que un tribunal extirpara cualquier tipo de lenguaje ofensivo de su voto, pero a la vez hiciera uso de un principio ofensivo como premisa de su abordaje constitucional al derecho de las minorías. Véase Monaghan, “Taking Supreme Court Opinions Seriously”, 39 *MD. L. REV.* 1, 2-3, 19-22 (1979). De hecho, creo que un enfoque de estas características faltaría más el respeto de los grupos minoritarios que una declaración sincera de un principio constitucional. Lo que sea que pueda decirse a favor de la mistificación en otros contextos, véase G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* 172-181 (1982); G. Calabresi & P. Bobbitt, *Tragic Choices* 17-28, 195-199 (1978), no puedo creer que abogados serios puedan aceptarlo en este contexto.

funciones representativas desarrolladas por los legisladores electos democráticamente. Una declaración de este tipo sería una burla a la promesa de *Carolene*. En vez de intentar alcanzar los resultados de una democracia pluralista perfecta, la Corte se encontraría protegiendo los derechos de las minorías por medio de impugnar enfáticamente toda capacidad de esas mismas minorías de participar de la política democrática.

Una vez que hemos rechazado el recurso a la falsa conciencia, no veo ninguna manera de evitar la reformulación de las implicaciones de *Carolene* si buscamos que sirva a la necesidad de una política que intenta trascender el modelo paria. Vale la pena repetir que esta reorientación doctrinaria no supone que hayamos alcanzado un punto en la historia en el cual dejamos atrás el prejuicio contra las minorías discretas e insulares. En lugar de eso, simplemente reconoce que muchos de estos grupos pueden lidiar con el problema políticamente, en una forma que otras víctimas de prejuicio podrían ser incapaces de igualar. Son los miembros de los grupos anónimos y difusos los que, en el futuro, tendrán mayor motivo para quejarse de que la negociación pluralista los expone a desventajas sistemáticas y antidemocráticas.

B. Cuestiones de valor

Pero el fracaso de *Carolene* en reconocer la difícil situación política que enfrentan los grupos difusos y anónimos que son víctimas del prejuicio es sólo la mitad del problema; la otra mitad es más conceptual, pero no menos preocupante. La idea de ‘prejuicio’, sencillamente, no es adecuada para el rol que se le asigna dentro del análisis general de *Carolene*. Recordemos que la promesa de *Carolene* consiste en un tipo de argumento que permite a un tribunal decir que se encuentra purificando el proceso democrático, en lugar de imponer sus propios valores sustantivos a los poderes políticos. Y, sin embargo, es este mismo enfoque en el proceso el que se pone en riesgo cuando un tribunal *Carolene* intenta identificar los prejuicios que dan a un grupo derecho a la protección especial frente a los caprichos de la política pluralista. Notoriamente, el ‘prejuicio’ de una persona es el ‘principio’ de otra. ¿Cómo hacer, entonces, para identificar a un grupo para la protección de *Carolene* sin hacer el tipo de juicio de valor constitucional que *Carolene* busca evitar?

El tipo de respuesta que se necesita es clara. Para redimir la promesa de *Carolene*, la identificación judicial de un prejuicio no puede depender de la sustancia de la perspectiva sospechada, sino de la forma en que los legisladores han llegado a sostener esa creencia. El argumento centrado en el proceso es más o menos así: aun cuando cada uno de nosotros no puede esperar convencer a nuestros legisladores en todos los casos, sí al menos podemos insistir en que traten nuestros reclamos con respeto. Como mínimo, deben considerar seriamente nuestros argumentos morales y empíricos, rechazándolos sólo después de decidir concienzudamente que son inconsistentes con el interés público. Si un grupo no recibe este tratamiento, es víctima de una injusticia especial, una injusticia distinta del tratamiento sustantivo de los méritos.⁴⁵ Y es este tipo de prejuicio puramente

45. Para un análisis inteligente sobre este tema, véase J. Ely, *supra* nota 6, páginas 81-86, y Sunstein, “Naked Preferences and the Constitution”, 84 Colum. L. REV. 1689, 1689-1698 (1984).

procesal el que constituye el mal que los tribunales *Carolene* pueden buscar remediar sin embarcarse en la tarea sospechosa de prescribir valores sustantivos.

Por supuesto, nadie imagina que será fácil para los tribunales actuar en forma eficaz en nombre de las víctimas de prejuicios puramente procesales. Por el contrario, una literatura abundante y provocativa describe las dificultades que implica leer la mente de los legisladores.⁴⁶ Para mi propósito aquí, supondré que los partidarios del enfoque orientado al proceso pueden resolver estos problemas de una manera u otra. Mis propias objeciones a esta empresa emergen sólo luego de que hemos superado estas primeras dificultades. Por ello, supondré que los jueces pueden evaluar acertadamente la calidad de la deliberación legislativa que ha precedido a una ley, y pediré al lector que especule respecto de qué pasaría si los jueces desplegaran estas técnicas sobre una gama representativa de la legislación.

Empezando por el caso más obvio, los jueces encontrarían que, de hecho, existe mucho prejuicio puramente procesal en el supuesto de las clásicas minorías discretas e insulares. Hay un gran número de intolerantes en términos raciales y religiosos que no se han detenido ni por un momento a considerar los argumentos e intereses del otro lado. Pero este hecho obvio no alcanza para justificar el enfoque selectivo de *Carolene* sobre minorías discretas e insulares. La pregunta principal es, en cambio, si el prejuicio puramente procesal es más común en este contexto que en el caso del tratamiento político de otros intereses y opiniones. ¿Qué decir de los prejuicios de los legisladores de clase media frente a los pobres? ¿Heterosexuales frente a homosexuales? Más importante aún, ¿hemos de suponer que sólo aquellos que se *oponen* a causas denominadas ‘progresistas’ pueden poseer prejuicios procesales?

Voy a proponer un caso hipotético. Imaginemos que, luego de leer el famoso ensayo de Herbert Wechsler,⁴⁷ un grupo de legalistas conservadores llega a la sincera conclusión de que la decisión en *Brown v. Board of Education* no puede basarse en principios neutrales y que, en consecuencia, no merece el lugar fundamental que ocupa en el derecho constitucional. Con esta convicción en mente, el grupo comienza una campaña para lograr una enmienda constitucional que rechace *Brown*, y genera cierto interés dentro de círculos conservadores a lo largo del país. Al llegar a Washington D.C. armado de su argumento procesal desarrollado en forma elaborada, el grupo se dirige a los pasillos del Congreso. ¿Cómo piensa usted que el grupo será recibido? ¿Estarán la mayoría de los representantes dispuestos a confrontar el argumento wechsleriano con una defensa reflexiva basada en el compromiso constitucional con la igualdad? ¿O responderían de una forma *procesalmente*

46. Las incertidumbres de la Corte en esta materia –comparar *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217, 224-226 (1971) (el efecto de la ley, y no el motivo que tuvo en mente el poder legislativo, es lo central para el análisis del principio de igual consideración), con *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 238-248 (1976) (la intención de discriminar es necesaria para establecer una violación de la cláusula de la igual consideración)– han generado una seguidilla interminable de comentarios. Entre los trabajos que he encontrado más esclarecedores están J. Ely, *supra* nota 6, páginas 136-145; Brest, “*Palmer v. Thompson*: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive”, 1971 Sup. Ct. REV. 95; Ely, “Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law”, 79 Yale L.J. 1205 (1970); Schnapper, “Perpetuation of Past Discrimination”, 96 Harv. L. REV. 828 (1983); Simon, “Racially Prejudiced Governmental Actions: A Motivation Theory of the Constitutional Ban Against Racial Discrimination”, 15 San Diego L. REV. 1041 (1978); y Note, “Reading the Mind of the School Board: Segregative Intent and the *De Facto/De Jure* Distinction”, 86 Yale L.J. 317 (1976).

47. Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, 73 Harv. L. REV. 1 (1959).

prejuiciosa, rechazando de plano los argumentos wechslerianos con un par de frases vacías?

Ésta es, en principio, una pregunta empírica, pero, como muchas otras, nunca obtendrá una buena respuesta empírica. Sin embargo, si mi estudio de la política me ha enseñado algo, no esperaré que estos wechslerianos enfervorizados reciban una respuesta libre de prejuicios procesales en el Congreso. Por lo que yo sé, cualquier asamblea representativa numerosa contendrá una desconcertante variedad de tipos humanos, desde los más pensantes y reflexivos hasta los más superficiales y carentes de pensamiento crítico.⁴⁸ Es sencillamente vanidoso pensar que aquellos que acuerdan con nosotros han llegado a sus conclusiones de manera profundamente reflexiva, mientras que aquellos que sostienen opiniones que detestamos son superficiales. En lugar de ello, un juez serio puede esperar encontrar gran cantidad de personas cargadas de estereotipos y con reacciones automáticas a *cada* lado de *todo* tema importante, así como personas que han llegado a sus conclusiones de una manera más reflexiva. Dada la complejidad de la comedia humana, el juez estará condenado al fracaso si imagina que los buenos y malos en la política de los Estados Unidos pueden clasificarse prolijamente de acuerdo con la seriedad con que toman en cuenta los puntos de vista opuestos. El prejuicio procesal es un problema muy difundido en el sistema político de los Estados Unidos.

Pero si esto es así, *Carolene* no puede justificar su preocupación por las minorías discretas e insulares sin pedir a los jueces que se comprometan con una manera muy diferente de juzgar, una que se ocupe de la *sustancia* de los prejuicios raciales y religiosos. Al hacerlo, el juez no tendrá que intentar jugar el elaborado juego sociológico y político de adivinanzas, requerido para valorar el grado en que una ley es resultado de un rechazo teñido de prejuicio a considerar respetuosamente intereses y opiniones que no son populares. En cambio, procederá a realizar una investigación judicial más familiar acerca de la naturaleza de las razones sustantivas que podrían plausiblemente justificar la afirmación de autoridad legislativa. Si las únicas razones verosímiles que pudieron haber llevado a la sanción de la ley ofenden principios constitucionales sustantivos, los grupos agraviados por la norma serán declarados víctimas de ‘prejuicio’. En caso contrario, no lo serán. A pesar de que esta investigación judicial sobre las bases racionales de una ley puede exigir de tanto en tanto un análisis focalizado de datos disponibles u opiniones subjetivas de funcionarios particulares,⁴⁹ la cuestión jurídica crítica es de tipo muy diferente: ¿por qué es que los principios políticos respaldados por algunos grupos son judicialmente reconocidos como una defensa de la constitucionalidad de una ley, mientras que otros se consideran ‘prejuicios’ inadmisibles, deslegitimando su pretensión de constitucionalidad?

Si de alguna manera *Carolene* esperó encontrar un atajo que le permitiera evitar esta investigación sustantiva de los valores constitucionales, la empresa estaba condenada al fracaso desde el principio. La diferencia entre aquello a lo que llamamos ‘prejuicio’ y

48. Para un bosquejo revelador de las bases diversas del juicio legislativo, véase J. Kingdon, *Congressmen's Voting Decisions* 227-240 (2da. ed. 1981).

49. Para las más recientes investigaciones judiciales sobre esta cuestión pantanosa, véase los votos concurrentes y en disidencia de los Jueces Brennan y Rehnquist en *Kassel v. Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, 679, 687 (1981).

aquello a lo que llamamos ‘principios’ es en última instancia una diferencia moral substantiva. Y si los tribunales están autorizados a proteger a las víctimas de ciertos ‘prejuicios’, sólo puede ser así porque la Constitución ha colocado ciertos juicios normativos más allá del velo de la legitimidad.⁵⁰

VI. De la crítica a la reconstrucción

Paradójicamente, es reflexionando sobre este último error que podemos empezar a reorganizar *Carolene* de una forma que renueve su promesa para la próxima generación. Nuestra discusión sugiere que, al responder al ‘prejuicio contra minorías discretas e insulares’, los tribunales *Carolene* han intentado de hecho hacer decir a una sola fórmula dos cosas muy distintas. El primer acierto de *Carolene* es sostener que ciertos grupos sufren desventajas sistemáticas para perseguir sus intereses en el proceso de negociación pluralista que es normalmente central en la política de los Estados Unidos. Bajo esta visión, la Corte aparece como un agente perfeccionador de la democracia pluralista. Corrige los resultados políticos generados por ventajas injustas en la negociación pero no cuestiona los valores sustantivos perseguidos por los participantes.

El énfasis que *Carolene* pone en el ‘prejuicio’, sin embargo, anuncia otra concepción, muy diferente, del control de constitucionalidad. En esta visión, los tribunales no son perfeccionadores de la democracia pluralista, sino los últimos críticos del pluralismo. Al ejercitar esta función crítica, los tribunales insisten en que hay ciertos principios sustantivos, que *Carolene* llama ‘prejuicios’, que los políticos simplemente no están autorizados a negociar. Es sólo cuando las leyes que emergen del proceso pluralista no ofenden estos valores constitucionales que van a tener fuerza de ley en nuestro sistema político.

Al juntar las funciones perfeccionadora y crítica que el control de constitucionalidad tiene en una sola fórmula, *Carolene* presenta a los abogados un problema intelectual enorme en los años por venir. De hecho, creo que la vida futura de estas dos funciones dependerá en gran medida del éxito con el cual los abogados constitucionales puedan separar ambos temas, para permitir así que cada uno de ellos reciba la elaboración doctrinaria que merece.

Consideremos primero la función de la Corte Suprema como perfeccionadora de la democracia pluralista. Aquí la preocupación fundamental de *Carolene* parece más evidente hoy que cuando fue anunciada por primera vez hace más de medio siglo. En 1938, los Estados Unidos recién comenzaban a salir de un sistema que limitaba el accionar de los grupos de interés sobre la legislación federal a unos pocos temas relacionados con intereses localizados [*pork-barrel*]: aranceles, mejoras internas, distribución de la tierra y semejantes. Sin embargo, *Carolene* fue notablemente previsora al reconocer que la caída de la jurisprudencia de *laissez-faire* de la Vieja Corte había transformado la estructura de la negociación pluralista en una cuestión de suma importancia constitucional. En el sistema de gobierno activista inaugurado con el *New Deal*, el curso de la negociación pluralista iba a tener un impacto profundo y generalizado sobre la vida de los ciudadanos. En este

50. No quiero sugerir que éste sea un descubrimiento nuevo. Para buenas elaboraciones sobre temas paralelos, Brest, “The Substance of Process”, 42 OHIO ST. ST. L.J. 131, 134-137 (1981), y Tribe, *supra* nota 6, páginas 1072-1077.

marco, la existencia de una desventaja de negociación sistemática erosiona la percepción de legitimidad del régimen constitucional a los ojos de grandes segmentos de la población. Si *Carolene* no hubiera puesto ya esta preocupación por la integridad del proceso pluralista en nuestra conciencia colectiva constitucional, otro fallo posterior lo habría hecho inevitablemente.

El problema es cómo elaboró *Carolene* su visión principal en términos de doctrina judicial. Incluso en este respecto sería errado juzgar el foco puesto por *Carolene* en las ‘minorías discretas e insulares’ con demasiada dureza. Este fallo fue decidido bajo la sombra de las infames leyes de Nüremberg, que habían despojado a los judíos en Alemania de todos sus derechos civiles. Esto sirvió para recordar, de la forma más dura, el triste proceso mediante el cual los estadounidenses negros habían sido privados de sus derechos civiles luego de la Reconstrucción.⁵¹ En ambos casos, las terribles consecuencias de la exclusión política eran obvias para todo aquel que las quisiera ver. Más aun, era –y todavía es– obvio que la decisión política de privar a estos grupos del voto había sido mucho más sencilla gracias a que constituían grupos ‘discretos e insulares’. Fueron justamente esas características las que les permitieron a los nazis en Alemania y a los racistas en Estados Unidos caracterizar a las personas judías y negras como extraños dentro del cuerpo político, que podían ser utilizados y abusados de la forma en que la raza dominante deseara.

Con este marco histórico de trasfondo,⁵² la Corte de *Carolene* estaba absolutamente en lo correcto al hacer énfasis en la especial vulnerabilidad de las minorías discretas e insulares, así como en la importancia fundamental de asegurar su participación efectiva en el proceso democrático. Sin embargo, luego de una generación de renovada lucha por los derechos civiles, no es tan obvio que la visibilidad o insularidad de un grupo seguirá siendo una desventaja decisiva en el proceso de negociación política pluralista. En vez de avergonzarse de este dato, los abogados constitucionalistas deben estar orgullosos de él. Esto sugiere que, a pesar de los prejuicios raciales y religiosos que continúan acosando a nuestra sociedad, los estadounidenses *hemos* hecho algún progreso hacia una sociedad más justa.

Sería una tragedia, sin embargo, si el progreso que hemos logrado sirviera para justificar una negativa a continuar desarrollando y adaptando la preocupación de *Carolene* por la integridad del proceso político a las presentes circunstancias. Mucho después de que las minorías discretas e insulares hayan obtenido una fuerte representación en la mesa de negociación pluralista, quedarán muchos otros grupos que no habrán obtenido un poder de influencia remotamente correspondiente a su tamaño: grupos discretos y difusos (como las mujeres), anónimos y en alguna medida insulares (como los homosexuales), o *tanto* difusos como anónimos (las víctimas de la pobreza). Si vamos a tratar a *Carolene* como algo más que una fórmula en desuso, los abogados constitucionales deben, al ocuparse de los problemas de estos grupos difusos o anónimos, desarrollar paradigmas que detallen las desventajas sistemáticas que quitan legitimidad al sistema.

Al mismo tiempo que enriquecemos la capacidad del derecho constitucional para perfeccionar la democracia pluralista, debemos reafirmar una segunda misión fundamental

51. Véase A. Bickel & B. Schmidt, nota 32, páginas 721-990.

52. Para una mayor elaboración, véase Cover, nota 3, páginas 1294-1304.

del control de constitucionalidad: determinar los límites que en última instancia el sistema constitucional impone al ejercicio de la negociación. En el ejercicio de esta función fundamental, los tribunales insisten en que, aun con todas nuestras diferencias, Nosotros El Pueblo de los Estados Unidos *tenemos* una serie de compromisos fundamentales que nos une en formas que nuestros representantes de grupos de interés no pueden, en general, modificar. Es esta idea de ley suprema la que debe tomarse con renovada seriedad si vamos a sostener una protección judicial para minorías raciales y religiosas en las próximas generaciones. Aun cuando, como hemos visto, el esfuerzo de *Carolene* por proteger a las minorías exigió en última instancia la elaboración de principios constitucionales sustantivos, la dependencia de la tradición de *Carolene* en mala ciencia política ha hecho pensar que es posible evitar el tipo de análisis continuo basado en la teoría democrática que todo control de constitucionalidad sustantivo conlleva. De manera más particular, el enfoque de *Carolene* en la negociación pluralista ha promovido sutilmente la creencia de que el pluralismo es el abecé del sistema constitucional de los Estados Unidos, y que cualquier esfuerzo por parte de los tribunales dirigido a desafiar valores sustantivos generados por compromisos legislativos es necesariamente antidemocrático.

Si deseamos reafirmar la legitimidad de la función crítica de los tribunales, debemos repudiar esta reducción de la Constitución a un mero sistema de negociación pluralista. Aun cuando el modelo de negociación capture un importante aspecto de la política de los Estados Unidos, no hace justicia a los momentos más fundamentales de nuestra historia constitucional. Cometemos un error, por ejemplo, al ver la sanción de la Declaración de Derechos [*Bill of Rights*] y las Enmiendas de la Guerra Civil como productos de la negociación pluralista ordinaria. En lugar de eso, estos logros constitucionales representan la más alta expresión legal de otro tipo de política, una que está caracterizada por la movilización y la lucha masivas que, luego de experiencias como la Revolución y la Guerra Civil, plasmaron principios fundamentales que trascienden los procesos normales de compromiso entre grupos de interés. Sólo reafirmando la relevancia de esta tradición de política constitucional, como la he llamado,⁵³ es que podemos adquirir la perspectiva necesaria para poner el hecho de la negociación pluralista como una, pero sólo una, de las formas que toma la democracia de los Estados Unidos, y, vale aclarar, una de sus formas menores.

No es que la tradición de *Carolene*, o el propio *Carolene*, estén completamente ciegos frente a los límites de la negociación pluralista. A decir verdad, fue justamente esta cuestión la que provocó inicialmente que el Juez de la Corte Hughes presionara por una revisión de *Carolene* en el proceso de redacción del voto. Mientras que el borrador inicial del Juez Stone se había enfocado exclusivamente en la racionalidad del mecanismo de corrección pluralista, el Juez Hughes pensaba que algo esencial faltaba para justificar el control de constitucionalidad. Como respuesta a esta preocupación, el Juez Stone agregó un primer párrafo a la cuarta nota al pie, que toma en cuenta de manera más explícita la tradición de nuestra ley suprema. Por ello, antes de ocuparse de los temas pluralistas que hemos considerado aquí, *Carolene* hace notar que ‘la presunción de constitucionalidad’ también

53. Considero esta tradición más profundamente en Ackerman, nota 12.

puede ser derrotada ‘cuando la legislación parece claramente caer dentro de una prohibición específica de la Constitución, como las de las primeras diez enmiendas’.⁵⁴

Al calificar a la Declaración de Derechos como ‘específica’, el Juez Stone quiso sin duda hacer hincapié en el hecho de que la Corte había aprendido la lección en 1937, y que no iba a utilizar las abstracciones contenidas en la Constitución para revivir el capitalismo *laissez-faire* de la era *Lochner*. Sin embargo, al enmarcar su promesa de auto-limitación en estos términos, *Carolene* agregó una distorsión propia. Porque insinuó que el proceso judicial de articular los valores de la ley suprema podía ser reducido a la tarea mecánica de aplicar reglas constitucionales ‘específicas’ a un conjunto de hechos predeterminado. Una posición de este estilo requiere que los jueces repudien la línea principal del pensamiento legal estadounidense que, desde Pound hasta Dworkin,⁵⁵ consiste en una larga elaboración de razones por las cuales la doctrina de la jurisprudencia mecánica se reputa inadecuada. Más importante aún, trivializa la naturaleza del logro que representa la ley suprema del pueblo de los Estados Unidos. Nuestra Constitución ni siquiera intenta proveer una lista detallada de reglas que pueda sugerir la posibilidad de una implementación pseudo-mecánica. Al contrario, nuestra tradición de ley suprema obtiene su carácter distintivo al hablar en términos abstractos y generales sobre nuestros derechos básicos. Al atribuir entonces a la Declaración de Derechos una ‘especificidad’ inexistente, *Carolene* no sólo plasmó una imagen engañosa e imposible de lograr del proceso responsable de decisión judicial. También nos distrajo de la cuestión principal: una vez removidos los restos de la doctrina de *laissez-faire* dejados por la era de *Lochner*, ¿podemos todavía reconstruir a partir de fuentes autoritativas una serie de principios coherentes de supremacía legal que puedan continuar gobernando el proceso pluralista en nombre del Pueblo?

El objetivo de este ensayo no era responder a esta pregunta, sino convencerlo de que ella es una pregunta necesaria para preservar los derechos constitucionales de las minorías discretas e insulares en las décadas venideras. No creo que la debilidad de la defensa hecha por *Carolene* de los derechos de las minorías siga siendo un secreto encerrado en las páginas de la *Harvard Law Review* por mucho tiempo más. Por el contrario, los errores de *Carolene* serán cada vez más evidentes en lo que concierne a la vida política estadounidense. En gran medida gracias a los logros de la generación que ha buscado su inspiración en *Carolene*, los estadounidenses negros son hoy libres, en general, de participar en la política democrática, y así lo hacen de a millones en cada elección nacional.⁵⁶ Más aun, las consecuencias predichas de la insularidad o visibilidad de los votantes negros son

54. Para el texto completo del primer párrafo de la nota al pie, véase nota 1. Para un recuento autorizado sobre la génesis de esta nota, véase Lusky, nota 27, páginas 1096-1100.

55. Véase Dworkin, “The Model of Rules”, 35 U. CM. L. REV. 14, 22-32 (1967) (distingue principios legales de normas legales); Pound, “Mechanical Jurisprudence”, 8 COLUM. L. REV. 605 (1908).

56. En las elecciones legislativas de 1982, la participación en el sufragio de los votantes blancos fue del 50%, y de los negros del 43%. Véase Bureau of the Census, U.S. Dep’t of Commerce, “Voting and Registration in the Election of November 1982”, página vi (1983) (P-20, No. 383). Solamente votó el 25% de la población cuyo idioma nativo era el castellano. El Census Bureau concluyó que esta disparidad se “debió principalmente a la gran proporción de la población que informó que no era ciudadana”. *Id.* Página v. Si restringimos nuestro análisis solamente a aquellos que estaban registrados, 72% de los hispanicos votaron, comparados con 73% de los negros y 76% de los blancos.

cada vez más obvias en todos los niveles de gobierno. Desde las municipalidades hasta el Congreso Federal, los políticos negros hoy promueven agresivamente los intereses de sus representados en los espacios más altos de poder.⁵⁷ De manera similar, las organizaciones religiosas están cada vez más involucradas en la política mediante grupos de presión.⁵⁸

No estoy sugiriendo que los Estados Unidos se estén convirtiendo en una utopía en términos raciales y religiosos. A pesar de sus avances políticos, los negros todavía sufren el peso de desventajas económicas, educativas y sociales groseramente desproporcionadas, al igual que del prejuicio racial puro.⁵⁹ A la luz de estos hechos, no podemos decir todavía que hemos cumplido la promesa de las Enmiendas Decimotercera y Decimocuarta de la Constitución. A manera inversa de la movilización política de los negros, la mayor participación de organizaciones religiosas en política puede amenazar nuestro legado constitucional sustantivo, atacando los propios valores de tolerancia y libre ejercicio religioso con los cuales se encuentra comprometida nuestra ley suprema.

Pero en tanto utilicemos la retórica de *Carolene* para expresar nuestras preocupaciones constitucionales por la igualdad y la libertad religiosa, nos encontraremos diciendo cosas que son desmentidas por la realidad política. Mientras los abogados constitucionalistas estén hablando de la falta de poder político de las minorías insulares y discretas, los representantes de esos intereses estarán trabajando en intercambios pluralistas continuos, ganando algunas batallas, perdiendo otras, pero con poder suficiente como para ser tomados en cuenta por los otros grupos y competidores que negocian con ellos. Gradualmente, este choque entre la retórica constitucional y la realidad política sólo puede tener un resultado. Al pasar el tiempo, y mientras *Carolene* permanezca en el corazón del fundamento del control de constitucionalidad, más difícil va a ser para los abogados convencerse y convencer a otros de que la protección de los derechos de las ‘minorías insulares y discretas’ tiene sentido en términos constitucionales.

Para aquellos que son conservadores constitucionales en el sentido más profundo, y que ven nuestra tradición de libertades civiles como uno de los grandes logros del derecho de los Estados Unidos, los desafíos son claros. Por un lado, si hemos de permanecer fieles a la preocupación de *Carolene* por la justicia de la política pluralista, debemos repudiar la mala ciencia política que nos permite ignorar a aquellos ciudadanos y ciudadanas con reclamos más serios: las víctimas anónimas y difusas de la pobreza y la discriminación sexual, para quienes es tan difícil ver protegidos sus intereses fundamentales a través de una organización política eficaz. Por otro lado, debemos explicar a nuestros conciudadanos

57. “Entre 1965 y 1982, el número de funcionarios negros elegidos aumentó diez veces, de 500 a más de 5.100... Los negros han sido ahora elegidos para ocupar todos los cargos públicos de gran jerarquía, a excepción de la presidencia, la vicepresidencia y la gobernación...” T. Cavanagh & D. Stockton, *supra* nota 35, página 1. Los negros han tenido las mayores ganancias a nivel local: en 1982, había 465 oficiales públicos en el condado, 2.451 elegidos a nivel municipal, y 563 en la judicatura o en la policía. *Id.* página 2. Para datos sobre su representación en el Congreso, véase nota 35.

58. Véase *The New Christian Right* (R. Liebman & R. Wuthnow eds. 1983).

59. Véase W. Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy* (University of Chicago Press, 1990). [N. de la T.: el texto original contiene una referencia a una obra que todavía no había sido publicada –Wilson, *The Urban Underclass, Social Dislocation, and Public Policy*, in AMERICAN MINORITIES AND CIVIL RIGHTS (L. Dunbar ed. forthcoming 1985)–, y que en apariencia no lo fue luego; la mencionada aquí es del mismo autor y cubre el mismo tema.]

que hay valores constitucionales en nuestro sistema de gobierno que son más fundamentales que el pluralismo perfeccionado; muy especialmente, aquellos que impiden el prejuicio contra minorías raciales y religiosas. Si insistimos en mantener a estos derechos como rehenes de la teoría pluralista, terminaremos burlando el notable rol que *Carolene* ha jugado en la búsqueda de valores constitucionales a lo largo del último medio siglo. Si fracasamos en adaptar la teoría constitucional de *Carolene* a la realidad política, habremos permitido pasivamente que la profunda preocupación por la igualdad racial y la libertad religiosa de la Constitución se vea trivializada en una defensa transparente del *status quo*.