**La constitución del terror: Grandes mentiras, jurisprudencia de retroceso y el estado de derecho en los Estados Unidos hoy**

Francisco Valdes

7 University of Nevada Law Journal 973 (2007)

https://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol7/iss3/14/

**Introducción**

Hoy celebramos la primera conferencia anual de una segunda década en la teoría, la comunidad y la praxis de LatCrit, un experimento de jurisprudencia crítica periférica que Jerome Culp, Jr. contribuyó de manera decisiva a posibilitar[[1]](#footnote-1). Lamentablemente, lo hacemos con Jerome entre nosotros solo en espíritu[[2]](#footnote-2). Mientras estuvo presente en cuerpo y alma, asistió a todas las conferencias de LatCrit, desde la primera en San Diego hasta la octava en Cleveland[[3]](#footnote-3). En aquella primera conferencia, formuló una pregunta que entonces fue fundacional y que sigue siendo vigente: ¿cómo participar en las luchas de quienes no son nosotros? [[4]](#footnote-4)4 Esa es la pregunta que siempre tenemos delante. Aunque luchar por los propios derechos no es fácil, luchar por los derechos de otras personas puede ser aún más difícil. Al invocar ese espíritu expansivo y comprometido, el título de esta charla—la *Second Annual Jerome McCristal Culp, Jr. Memorial LatCrit Lecture*[[5]](#footnote-5)5—aborda grandes ideas y temas complejos sobre la justicia y el constitucionalismo en el Estado de Derecho, dentro del poco tiempo y espacio asignados.

Con estas circunstancias y limitaciones en mente, en esta conferencia me propongo centrarme en el proceso mediante el cual se ha constituido un clima de intimidación, control y terror dentro de los Estados Unidos—especialmente desde el año 2000—para silenciar toda disidencia u oposición, frente a la consolidación del poder político y económico en manos del inquilino actual de la Casa Blanca y de sus manipuladores ideológicos.

Dado que esta constitución de un estado de terror es fundamental para entender el derecho y la sociedad actuales, espero que podamos dirigir nuestra atención crítica y colectiva hacia algunas de las Grandes Mentiras que allanaron el camino para esta configuración progresiva de una nación aterrorizada por las élites políticas y económicas dominantes, que así controlan el derecho y la legislación. Estas Grandes Mentiras, con frecuencia, emanan de sectores de la cultura jurídica nacional identificados con la ley. Y lo hacen, quizás de forma más perversa, a través de las personas designadas al poder judicial—o, al menos, con su complicidad consciente—para reinterpretar la Constitución de los Estados Unidos y, por tanto, la Ley Suprema del país, conforme a sus intereses o ambiciones ideológicas.

Me detengo en estas Grandes Mentiras vinculadas al derecho porque formamos parte de la cultura jurídica de esta nación—estamos insertos en ella y, en cierto modo, también empoderados dentro de sus estructuras. Como juristas con la formación académica necesaria para desenmascarar estas falsedades—y en particular sus distorsiones de la interpretación constitucional y del derecho—espero activar una alarma antisubordinación. Como toda alarma, esta debería impulsarnos a actuar, tanto en lo personal como en lo colectivo, especialmente en calidad de juristas críticos comprometidos con la justicia social y material desde abajo.

**Teoría crítica periférica y activismo académico: ¿Qué haría Jerome?**

Aunque Jerome comprendía con claridad que la teoría y la práctica antisubordinación son siempre esfuerzos multifacéticos y multidimensionales, también enfatizaba la importancia, la centralidad—lo indispensable—de la producción de conocimiento para la misión de la erudición jurídica periférica. En otras palabras, nunca se apartó de los papeles y las responsabilidades que nos corresponden, específicamente, como personas estudiosas críticas en una sociedad legalista. Si bien debemos seguir comprometidas con actividades y comunidades diversas, nuestras contribuciones únicas—si es que existen—en la búsqueda histórica de la justicia social, tanto local como global, deben apoyarse en gran medida en los recursos, las habilidades, los talentos y las oportunidades que nos definen, colectiva e individualmente, como juristas periféricos. Para simplificar, podríamos organizar nuestros tipos particulares de formación, capacidades y aportaciones en torno a tres ejes básicos de iniciativa y actividad académica: (1) la interrogación, (2) la interconexión y (3) la introducción. Permítanme explicarlo brevemente.

La *interrogación*, quizá la más básica, consiste en formular las preguntas críticas. Interrogar críticamente implica cuestionar los múltiples conjuntos de suposiciones, imperativos y efectos—tanto tácitos como explícitos—que sostienen el *statu quo*. Como académicos de OutCrit[[6]](#footnote-6)6, llevamos la interrogación al siguiente nivel al interconectar observaciones locales o, de otro modo, aisladas, trasladando los análisis socio-jurídicos de lo atomizado a lo estructural, del individuo a los sistemas multifacéticos de subordinación, que se entrelazan para encerrarnos a todas y todos. Este paso de la interrogación a la *interconexión* nos permite discernir y documentar los patrones que, al acumularse, transforman particularidades diversas en supremacías “diferentes”, pero mutuamente reforzadas. Por último, el tercer tipo básico de capacidad es la *introducción*: el acto de importar conocimientos “nuevos”—a menudo de carácter histórico—y aplicarlos a la situación o cuestión que se analiza. La introducción implica recuperar saberes y hechos suprimidos o invisibilizados, para recontextualizar y replantear aquello que ya hemos interrogado e interconectado. En conjunto, este trío constituye una caja de herramientas básica de OutCrit, útil para desentrañar y confrontar los sistemas interrelacionados de privilegio y subordinación.

Como nos enseñaron Jerome y otras personas pioneras del pensamiento crítico, estas tres herramientas o técnicas nos permiten reunir y reorganizar información para producir, registrar y transmitir conocimientos antisubordinación, así como para impulsar la resistencia personal frente a todos los sistemas de opresión. Lo hacen a partir de una comprensión renovada y más aguda de las castas sociales, las injusticias que se refuerzan mutuamente y sus orígenes identitarios. Estos fundamentos nos llevan, por tanto, a la que quizá sea la pregunta principal que este momento histórico nos plantea: “¿Qué haría Jerome?” Es decir, ¿qué haría Jerome ahora con este conjunto específico de herramientas, ante los retos concretos de este momento, en el que la ley se utiliza para constituir un estado ambiental de terror permanente?

Esta constitución del terror se construye, en gran medida, sobre la resurrección de nociones, afirmaciones y doctrinas constitucionales desacreditadas, que buscan reinstaurar prácticas muy antiguas (y crudas) en el Derecho y la sociedad estadounidenses. Con frecuencia, este proyecto de resurrección, inmenso y continuo, se disfraza mediante una colección de Grandes Mentiras que operan en conjunto—dentro y fuera de los Estados Unidos—y que intentan justificar la injusticia, precisamente, en términos constitucionales que se imponen sobre todo lo demás.

Estas Grandes Mentiras no solo contribuyen a constituir un Estado estadounidense del terror, sino que también violan o pervierten la propia Constitución, con el fin de sostener la constitución intelectual y política del terror que hoy se presenta como Estado de Derecho en estos Estados Unidos. Apliquemos, entonces, la interrogación, la interconexión y la introducción a solo tres de estas Grandes Mentiras relacionadas con la interpretación constitucional y el Derecho, tal como las esbozamos a la manera de Jerome.

**El originalismo moderno: estructura fraudulenta de reinterpretación constitucional**

La primera Gran Mentira sostiene que las formas predominantes del originalismo contemporáneo ofrecen el “verdadero” marco sustantivo para interpretar la Constitución en una democracia constitucional—específicamente, en los Estados Unidos. El originalismo, por supuesto, se refiere a la ideología que postula la “intención personal de los Forjadores” (junto con ciertos indicios históricos selectivos) como la primera y mejor respuesta a todas las cuestiones constitucionales. De forma alternativa, el originalismo también recurre a diccionarios y otras fuentes externas para imponer una interpretación determinada como la “comprensión pública” original de cualquier disposición[[7]](#footnote-7)7. Sin embargo, el originalismo busca eliminar todo—o casi todo—lo demás en la interpretación constitucional y, por tanto, en la Ley Suprema del país.

Por lo tanto, el originalismo moderno ha sido descrito con acierto (y con indulgencia) como un enfoque de “un solo paso” para abordar el asunto, serio y complejo, de la interpretación constitucional. [[8]](#footnote-8)8 Ese único paso consiste, básicamente, en que los jueces miren hacia atrás, hacia finales del siglo XVIII—cuando la Constitución fue redactada y ratificada exclusivamente por hombres blancos propietarios—y luego hagan lo que imaginan que esas personas habrían hecho en aquel entonces. Pero esta insistencia en mirar únicamente hacia atrás, al contexto “original” imaginado, ignora el “segundo paso” indispensable del proceso: aplicar las palabras a contextos cambiantes, es decir, al presente y al futuro. En otras palabras, consiste en “traducir” los fines u objetivos originales a situaciones actuales, del mismo modo en que las personas intérpretes traducen términos o textos de un idioma a otro, intentando conservar y transmitir los propósitos originales o los significados coherentes.

Uno de los exponentes principales de este enfoque de un solo paso, Antonin Scalia, lo expresó célebremente así: “Ahora, mi teoría sobre lo que hago cuando intento interpretar la Constitución de los Estados Unidos es tratar de entender lo que significaba, lo que se entendía que significaba cuando fue adoptada. Y no creo que haya cambiado desde entonces” [[9]](#footnote-9)9. Este enfoque, de forma lenta pero constante, termina por congelar a la sociedad en un molde cada vez más rígido—un molde fijado en el siglo XVIII, cuando solo los hombres blancos acomodados tenían voz en esta “democracia” sobre el Derecho y la legislación. Además, este no fue el camino que tomaron los Forjadores como generación, ni tampoco lo que pretendían.

De hecho, los propios Forjadores no consideraban sus intenciones como una base adecuada para nada que tuviera importancia constitucional. Para evitar precisamente lo que los originalistas intentan hoy, hicieron votos de silencio sobre sus deliberaciones en Filadelfia y mantuvieron cerradas las ventanas del edificio durante aquel caluroso verano. Con el fin de evitar este tipo de *vudú constitucional*, procuraron expresamente NO dejar un registro histórico confiable. [[10]](#footnote-10)10

Así, “el ascendiente actual del originalismo no refleja la fuerza analítica de su jurisprudencia, sino más bien que proporciona a sus defensores un lenguaje convincente con el que buscar el cambio constitucional a través de la adjudicación y la política”. [[11]](#footnote-11)11 Para comprender el originalismo moderno—o de un solo paso—debemos entenderlo como una *práctica política*, en la que las personas designadas judicialmente e identificadas con la reacción violenta, como Scalia y Thomas, “utilizan sus opiniones judiciales como herramientas conscientes para excitar la ira, los temores y los resentimientos de los grupos conservadores, y avivar así el fuego del activismo político”. [[12]](#footnote-12)12

Al deshacerse sin miramientos de áreas bien consolidadas de doctrina, y al desestabilizar con frialdad esquemas legislativos de gran arraigo—sin pestañear ni preocuparse por sus propias palabras sobre la moderación—quienes hoy son designados judiciales identificados con la reacción despliegan lo que denominan “originalismo” para inscribir deliberadamente su “agenda antidiscriminación” [[13]](#footnote-13)13, en el patrimonio jurídico de la nación. Sus nombramientos fueron actos premeditados de guerra cultural en nombre de las élites y los intereses “tradicionales”, y actúan como si lo supieran muy bien. [[14]](#footnote-14)14

Además, como demuestra, ampliamente, el registro histórico, los Forjadores tenían ideas y agendas distintas mientras negociaban los desvíos incómodos, las ambigüedades y los compromisos, que surgieron de la Convención Constitucional de Filadelfia. Con el paso del tiempo, sus respectivas y divergentes intenciones “originales” se transformaron por razones personales o políticas, mientras discutían entre sí sobre el significado del texto que habían redactado en común. Bajo sus propios términos, entonces, el originalismo resulta conceptualmente incoherente, porque su premisa fundacional es fatalmente errónea: los Forjadores tenían intenciones múltiples, cambiantes y contradictorias. Estas intenciones, a su vez, agravan muchas de las lagunas, los conflictos o las ambigüedades presentes en el registro histórico más amplio—entre las que los originalistas profesos seleccionan y eligen rutinariamente según sus necesidades políticas tácticas o estratégicas del momento[[15]](#footnote-15)15. Como *práctica política*, los originalistas autoproclamados de hoy ignoran la historia incómoda y/o escogen citas convenientes para distorsionar nuestra percepción de las realidades históricas, conforme a sus agendas ideológicas y sociales.

**Interpretación estricta: un método “funesto” de reinterpretación constitucional**

La segunda Gran Mentira está estrechamente relacionada con la primera: que la “interpretación estricta” es un enfoque legítimo—si no el más legítimo—para la interpretación constitucional. Por “interpretación estricta” me refiero al conjunto de argumentos que sostienen que las ambigüedades constitucionales deben resolverse, como cuestión de derecho, en contra de una conclusión que amplíe el poder federal y a favor de una que privilegie los “derechos de los estados”, al menos siempre que se trate de cuestiones vinculadas al federalismo vertical. Se afirma que este “rigor” protege el control local sobre la vida comunitaria, lo cual se presenta como un valor democrático fundamental dentro del constitucionalismo estadounidense.

Este argumento parecería difícil de sostener, sobre todo si recordamos lo que las “comunidades” locales hicieron con (o a) las minorías locales y otros grupos vulnerables—como las personas de color, las mujeres, la infancia o las personas con discapacidades—hasta que el gobierno federal finalmente despertó y tomó medidas correctivas. Estos ejemplos históricos ilustran cómo las hegemonías locales tienden a engendrar abusos locales de los ideales democráticos. No obstante, las Grandes Mentiras persisten.

En primer lugar, el originalismo exige un enfoque retrospectivo y extremadamente subjetivo sobre la “intención de los Forjadores” (y sobre otros artefactos históricos seleccionados de manera interesada). Esta acción privilegia a los colonos colonizadores “originales” y a congelar la ley y la sociedad en las condiciones de la década de 1790. Siempre que esa Gran Mentira aún permita espacio para la duda, la interpretación estricta entra en escena: se activa mediante un llamado a lecturas reduccionistas del texto constitucional, que establece el gobierno federal. Estas—de forma previsible y concreta—sirven para aislar a las supremacías locales atrincheradas del alcance del poder federal o nacional. En consecuencia, esta lógica jurídica sirve para perpetuar jerarquías antidemocráticas y neocoloniales profundamente arraigadas, que se basan con frecuencia en identidades sociales y en la transmisión transgeneracional de ganancias originales mal habidas.

Esta segunda Gran Mentira, al igual que la primera y otras más, depende de ignorar o suprimir conocimientos clave y perfectamente accesibles. Para comenzar por lo fundamental, debemos recordar—y recordar a los demás—que la interpretación estricta como metodología constitucional ha sido rechazada de forma explícita, reiterada y autoritaria por el propio Tribunal Supremo, en algunos de los primeros casos emblemáticos sobre la interpretación de la Constitución y el establecimiento de métodos judiciales para ello. En casos definitivos y ampliamente conocidos, como *Marbury contra Madison*[[16]](#footnote-16)16, *McCulloch contra Maryland*[[17]](#footnote-17)17, o *Gibbons contra Ogden*[[18]](#footnote-18)18, se solicitó a los jueces de la generación fundadora que adoptaran una interpretación estricta de la Constitución—y dijeron “no”.

En concreto, el presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, y sus colegas explicaron, en *McCulloch*, que ese enfoque “estricto” ejercería una “influencia nefasta” sobre el constitucionalismo estadounidense, pues reduciría progresivamente el alcance de la autoridad federal y convertiría la Constitución federal en “una espléndida baratija”, incapaz de sostener el gobierno autónomo nacional[[19]](#footnote-19)19. Ese fue, precisamente, el término que eligieron: “espléndida baratija”. [[20]](#footnote-20)20 Al rechazar la metodología de la interpretación “estricta” porque volvería al gobierno “incompetente” para gobernar, optaron—en esas opiniones hoy icónicas—por un enfoque que, en sus propias palabras, denominaron interpretación “justa” o “sólida”. [[21]](#footnote-21)21

Piénselo bien: “estricto” y “nefasto” frente a “justo” y “sólido”. En la mente de aquella primera generación, lo “estricto” equivalía originalmente a algo insano, injusto e incompetente—banal. Sin embargo, ese mismo paquete de mala mercancía es el que nos siguen vendiendo hoy los defensores del originalismo. Las y los partidarios actuales del retroceso—ansiosos por desmantelar el *New Deal* y restaurar los antiguos pactos neocoloniales—venden, *en nombre colectivo de la generación fundadora*, las mismas afirmaciones gastadas por el tiempo y ya rechazadas, de forma inequívoca, por esa misma generación durante y poco después del momento fundacional.

Cinco años más tarde, en otro caso histórico sobre el significado y la interpretación del texto constitucional, los jueces fundadores profundizaron en este punto. En *Gibbons*, subrayaron la naturaleza de la “influencia nefasta” que buscaban evitar con su repudio directo y enfático de la interpretación estricta en *McCulloch*:

Mentes poderosas e ingeniosas, partiendo del postulado de que los poderes expresamente conferidos al gobierno de la Unión deben contraerse mediante la interpretación en el sentido más estrecho posible, y de que los poderes originales de los estados deben considerarse retenidos si cualquier interpretación plausible así lo permite, pueden, mediante un razonamiento bien articulado, aunque refinado y metafísico, explicar la constitución de nuestro país… y dejarla como una estructura magnífica, sin duda, digna de contemplarse, pero completamente inadecuada para su uso. Pueden enredar y confundir el entendimiento al punto de oscurecer principios que antes se consideraban bastante claros, e inducir dudas allí donde—si la mente siguiera su curso natural—no se percibiría ninguna. En tales circunstancias, resulta especialmente necesario recurrir a principios firmes y fundamentales, para así sostener aquello que debe sostenerse. [[22]](#footnote-22)22

“*Totalmente* inadecuada para su uso”, escribieron en 1824, al igual que en 1819 habían escrito “nefasta” e “incompetente”. Esta ineptitud o incompetencia es el resultado inevitable—si no el objetivo deliberado—de los llamamientos a la interpretación estricta y a los conceptos afines, que emiten periódicamente las facciones políticas empeñadas en “enredar y dejar perplejo al entendimiento, como para oscurecer los principios que antes se creían bastante claros”. Poco a poco, pero con certeza, este enfoque nos deja con una mera “estructura magnífica, en verdad, a la vista”. Poco más que una “espléndida baratija”.

La generación fundadora nos advirtió explícita y repetidamente que la interpretación estricta “*acabaría por explicar —y vaciar de sentido— la constitución de nuestro país*.” Piénselo bien, y piense en lo que ocurre hoy. ¿Hemos llegado ya a ese punto? Las sirenas del rigor antifederalista—los llamados originalistas de hoy—nos llaman para deshacer el trabajo jurisprudencial de los Forjadores y de aquella generación original. Buscan desconcertar nuestras mentes y oscurecer principios básicos “que antes se creían bastante claros”. Los originalistas retrógrados de hoy, en gran medida mediante invocaciones selectivas de la interpretación estricta, pretenden convencernos de que arriba es abajo, y que abajo es arriba.

Hoy, “mentes poderosas e ingeniosas” promueven mercancías históricas malas y peligrosas, confundiendo deliberadamente verdades básicas ya conocidas y “oscureciendo” el significado llano de la propia Constitución. Pero ya se nos había advertido, de forma amplia y reiterada. Durante la mayor parte de la historia de esta nación, las advertencias originales de *McCulloch*, *Gibbons* y otros precedentes bastaron para rechazar la persistencia desconcertante de sospechosos llamamientos al textualismo, al rigorismo y a doctrinas afines. Por ejemplo, a mediados del siglo XX, el propio Tribunal Supremo aún podía recordar y afirmar lo siguiente: “Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional estadounidense limitarlo a las palabras de la Constitución y hacer caso omiso de la glosa que la vida ha escrito sobre ellas”. [[23]](#footnote-23)23 Sin embargo, esta segunda Gran Mentira—que alimenta no solo un tipo voluntarista de textualismo, sino también una forma hipócrita de interpretación estricta—sigue persistiendo en tándem con la primera.

Aplicadas en tándem, tanto la interpretación estricta como el originalismo se han utilizado de forma estratégica y selectiva—aunque con bastante coherencia—para socavar el poder nacional en virtud de las dos cláusulas principales de la Constitución que, durante la primera parte del siglo XX, fueron empleadas por los poderes electos del gobierno federal para proteger a los sectores sociales, políticos y económicos más desprotegidos frente a las élites enquistadas: la Cláusula de Comercio del Artículo I y la Sección 5 de la Decimocuarta Enmienda. Una y otra vez, a lo largo del siglo pasado, jueces identificados con esas élites han invocado el poder federal de revisión judicial—que, por cierto, ni siquiera aparece mencionado en el texto constitucional—para interpretar de manera estricta las concesiones expresas de poder federal, y así negar protección legal estatutaria a consumidores, personas trabajadoras, niñas y niños, y otros grupos vulnerables.

Así, las historias constitucional, política y jurídica de esta Gran Mentira enseñan que la interpretación estricta, en la práctica, se traduce en una constricción calculada de los poderes del gobierno federal—una constricción orientada a fines particulares: preservar por vía *legal* los prejuicios, las castas y las “tradiciones” heredadas de la era colonial. Al igual que el originalismo, la interpretación estricta pretende resucitar nociones y jerarquías ya superadas, con el fin de retroceder—e incluso impedir—el avance hacia “una Unión más perfecta” o el propósito de “establecer la Justicia”, como promete el propio texto de la Constitución. Dos siglos después, queda claro que el presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, y sus colegas fundadores fueron clarividentes en su preocupación por la previsible “influencia nefasta” que estas doctrinas conjuntas podrían ejercer sobre la democracia constitucional y el Estado de Derecho en Estados Unidos.

**Patriotismo: ¿Libertad para pensar críticamente o deber de obediencia ciega a las clases dominantes?**

Estas Grandes Mentiras se sostienen sobre otra más—o bien la afirman de forma activa: la idea del “patriotismo” como sinónimo de lealtad visceral y obediencia (indebida) a las élites gobernantes. Hoy en día, el “patriotismo” es utilizado—y mal utilizado—por políticos para acosar, difamar y destruir a cualquiera que se atreva a cuestionar su ambición de poder y lucro, ya sea mediante guerras interminables o pánicos fabricados. Se trata de una acusación usada para aplastar, hasta el silencio, toda expresión de disidencia—provenga esta de personas congresistas, medios de comunicación, académicos consolidados o ciudadanos particulares. [[24]](#footnote-24)24 La perversión actual del patriotismo lo reduce, en definitiva, a otra “práctica política” barata.

De hecho, ocurre lo diametralmente opuesto: en la historia constitucional y política de Estados Unidos, el concepto de *patriotismo* se alinea con el concepto de *revolución*—de revolución armada, de levantamiento organizado con armas. ¿Lo recuerdan? Eran los “patriotas” contra los “leales”… al menos originalmente. En la historia de este país, los revolucionarios “originales” eran los “patriotas” precisamente porque formulaban preguntas incómodas, hacían ruido, perturbaban el buen funcionamiento del *statu quo* y se levantaban contra el poder gubernamental—aunque ese gobierno fuera formalmente legal, según las estructuras o sistemas políticos vigentes en aquel entonces.

Se esté o no de acuerdo con la decisión de rebelarse tomada por los Forjadores, sus acciones personales y organizadas, en desafío abierto a las autoridades legítimas de lo que entonces era la única superpotencia del mundo, exigieron—en efecto—una gran dosis de valor individual sostenida. Eso es, de nuevo, lo diametralmente opuesto a la obediencia aduladora hacia autoridades formalmente legítimas, controladas por las clases dominantes.

Para bien o para mal, la noción estadounidense de *patriotismo*—no formulada de manera filosófica o abstracta, sino en el contexto específico de esta Constitución y de la historia jurídica y política de Estados Unidos—sostiene la idea de que el pueblo tiene derecho a convocar a la rebelión contra sus opresores, sus gobernantes. El pueblo tiene derecho a pensar de forma independiente y crítica. El pueblo no tiene ningún deber ciego de obediencia hacia las clases dominantes atrincheradas. Esta última Gran Mentira—que pervierte el patriotismo para imponer la conformidad social al margen de los hechos y de la justicia—refuerza eficazmente a las demás. Pero, como nos recuerda este conocimiento histórico suprimido o convenientemente ignorado, el *patriotismo* equivale, en realidad, a todo lo contrario de una obediencia ciega y personal a los gobiernos formalmente legales.

**Mantras críticos para el arraigo y la supervivencia: de la teoría a la praxis.**

Para sobrevivir y superar esta constitución del terror, las y los juristas críticos, junto con sus aliades, deben aplicar cada día las lecciones aprendidas, en la vida cotidiana. Estas lecciones críticas pueden ayudarnos—y de hecho lo hacen—a aclarar y navegar las distorsiones y los engaños que sustentan, y que son inculcados por, las Grandes Mentiras de arriba hacia abajo, como las esbozadas anteriormente. Entre estas lecciones prácticas, resultan fundamentales los tres mantras que se presentan a continuación, pensados para su uso inmediato en la lucha contra la subordinación.

En primer lugar, recordemos siempre que somos ciudadanos de comunidades múltiples, y esa multiplicidad nos plantea exigencias que estiran—y a veces exceden—nuestras capacidades. La academia jurídica, al igual que nuestras comunidades de origen o residencia, representa una de esas comunidades a las que debemos atender. La academia es una de nuestras comunidades—y es, además, un lugar donde se libran frentes de batalla múltiples, en la búsqueda histórica de la justicia social. Por tanto, debemos fomentar un trabajo antisubordinación serio, tanto aquí como allá. La cuestión no es “aquí *o* allí”, sino más bien “aquí *y* allí”.

En segundo lugar, nunca dude de que la erudición y la enseñanza son—siempre, *siempre*—políticas. Siempre lo fueron, siempre lo son, siempre lo serán. Al menos, la erudición *jurídica*. Sistémicamente, no puede ser de otro modo, en una sociedad legalista que utiliza el derecho para ayudar a diseñar y enmascarar—cuando no directamente valorizar—castas y males sociales que, aunque estén formalmente prohibidos por la ley, también están protegidos por ella. Así que no se desgaste imaginando otra cosa, y mucho menos intentando hacer lo imposible.

En cambio, utilice las ideas de la jurisprudencia de los *outsiders* críticos—como el feminismo, la teoría crítica de la raza, LatCrit, ClassCrits y la teoría *queer*—para mantenerse firme. Recuerde los hechos de la historia y sus legados; utilice el conocimiento crítico y la producción de saberes como herramientas de defensa ante quienes aún siguen cegados por invocaciones mágicas de la “objetividad”, de los “principios neutrales” y otras ficciones jurídicas arraigadas, o Grandes Mentiras, diseñadas para oscurecer valores básicos y verdades conocidas. Crea en usted mismo, en su investigación, en sus conocimientos y en su análisis.

El tercer—y último—mantra para enraizarse y sobrevivir es crucial: aprecie su propia finitud. Nuestras intervenciones y correcciones, tanto individuales como colectivas, siempre serán limitadas, imperfectas y frágiles. En un mundo marcado por el desvarío, nuestros esfuerzos críticos nunca han sido—ni podrán ser—lo suficientemente eficaces como para igualar la escala del daño, del abuso o de la explotación que enfrentamos. Y eso también está bien. Ojalá fuera diferente, pero no lo es. Así que nosotros—usted—hacemos lo que podemos, lo mejor que podemos. Este último mantra no pretende justificar excusas ni promover complacencia; es solo un recordatorio de que, al fin y al cabo, somos finitos. Y todo lo que intentamos será imperfecto. Pero ninguno de nosotros puede permitirse que estos hechos nos paralicen.

Nuestras habilidades académicas, nuestras pasiones críticas y nuestros compromisos antisubordinación constituyen una combinación única—y clave—de recursos humanos e intelectuales. Catalicemos y sostengamos ahora, de forma colectiva, la democracia y el derecho, para combatir esta involución hacia una pesadilla nacional de retroceso y reacción. Si Jerome estuviera hoy con nosotros, más que solo en espíritu, creo que esto es lo mínimo que esperaría—si no exigiría—tanto de sí mismo como de nosotros. Por el bien de la posteridad, espero que sepamos alzarnos a tiempo, como una red de comunidades críticas, ante las exigencias de esta ocasión trascendental y crucial.

1. El término “jurisprudencia periférica” (*outsider jurisprudence*) fue utilizado por primera vez por la profesora Mari J. Matsuda.

*Véase* Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story*, 87 *Michigan Law Review* 2320, 2323 (1989). Aquí, el término se precede con “crítica” para destacar esta característica clave del cuerpo de trabajo al que pertenece la teoría LatCrit. La teoría LatCrit es una vertiente de la jurisprudencia crítica periférica (*critical outsider jurisprudence*), junto con la teoría crítica de la raza, el feminismo crítico racial, los estudios jurídicos asiático-americanos y la teoría jurídica Queer. *Véase* también nota 6 *infra* (sobre “OutCrit”). [↑](#footnote-ref-1)
2. Jerome falleció en febrero de 2004. Para más información sobre Jerome Culp, Jr. y su trabajo, visite el sitio web de LatCrit en <http://www.latcrit.org>. [↑](#footnote-ref-2)
3. Para una visión general de la experiencia LatCrit, desde sus orígenes hasta el presente, *véase* Berta Esperanza Hernández-Truyol, Angela P. Harris y Francisco Valdés, *Beyond the First Decade: A Forward-Looking History of LatCrit Theory, Community and Praxis*, 17 La Raza Law Journal 169 (2006).

El término “LatCrit” se acuñó en un coloquio celebrado en Puerto Rico, en 1995, sobre la relación entre la teoría crítica de la raza y las comunidades “latinas/os”. A partir de ese coloquio se organizaron luego las conferencias anuales. *Véase* Francisco Valdés, *Poised at the Cusp: LatCrit Theory, Outsider Jurisprudence and Latina/o Self-Empowerment*, 2 Harvard Latino Law Review 1 (1997) (presentación de los trabajos y actas de la primera conferencia LatCrit). [↑](#footnote-ref-3)
4. 4 Jerome McCristal Culp, Jr., *Latinos, Blacks, Others, and the New Legal Narrative*, 2 HARV. LAT. L. REV. 479 (1997). [↑](#footnote-ref-4)
5. 5 La Jerome McCristal Culp, Jr. Memorial LatCrit Lecture (“JCL”) honra al miembro fundador de la Junta, Jerome Culp, Jr., quien falleció en 2004. Esta conferencia anual fue creada para asegurar la continuación sustantiva de su trabajo en Derecho, política pública y justicia socioeconómica. Cada año, la persona conferencista invitada es seleccionada por un comité. Para más información, visite el sitio web de LatCrit en <http://www.latcrit.org>. [↑](#footnote-ref-5)
6. 6 La denominación *OutCrit* es un esfuerzo por conceptualizar y poner en práctica los análisis y las luchas por la justicia social de grupos subordinados que, aunque diversos y superpuestos, son “diferentes”, de una forma interconectada. *OutCrit* se refiere así (al menos inicialmente) a las personas estudiosas que se identifican y solidarizan con grupos marginados en este país, así como a nivel global—incluyendo, de forma destacada, a quienes en tiempos recientes han impulsado líneas de investigación crítica dentro de la cultura jurídica, como los estudios jurídicos críticos (*critical legal studies*).

Ahora bien, aunque la *jurisprudencia periférica* (*outsider jurisprudence*) puede tener, pero no siempre ni necesariamente tiene, una perspectiva crítica, la postura *OutCrit* es, por definición, de naturaleza crítica. *Véase*, en general, nota 1 *supra* y las fuentes allí citadas (sobre *outsider jurisprudence*). La posición *OutCrit*, entonces, se enmarca en la necesidad de criticar y enfrentar, de forma colectiva y coordinada, los sistemas estructurales de subordinación y dominación que construyen tanto los grupos marginados como los grupos dominantes. Para un análisis más amplio sobre esta denominación *OutCrit*, *véase* Francisco Valdés, *Outsider Scholars, Legal Theory and OutCrit Perspectivity: Postsubordination Vision as Jurisprudential Method*, 49 *DePaul Law Review* 831 (2000). [↑](#footnote-ref-6)
7. 7 Para una exposición influyente y relativamente reciente del originalismo contemporáneo, *véase* Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *University of Cincinnati Law Review* 849, 862 (1989) (defiende la intención de los Forjadores y otros factores históricos como las mejores herramientas para la interpretación constitucional, incluso en su forma de *originalismo tímido*). *Véase* también Edwin Meese III, *Interpreting the Constitution*, en *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent* 13 (Jack N. Rakove, ed., 1990) (desarrolla un “originalismo” al estilo Reagan, asociado con la jurisprudencia de reacción y las guerras culturales reaccionarias).

A pesar del dominio político actual del originalismo, siguen surgiendo respuestas y alternativas. *Véase*, por ejemplo, Stephen Breyer, *Our Democratic Constitution*, 77 New York University Law Review 245 (2002) (cuestiona los supuestos del formalismo, el originalismo, el textualismo y otros métodos vinculados a la jurisprudencia de reacción y a la adopción selectiva de la ideología originalista). *Véase* también William J. Brennan, Jr., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, en *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, op. cit., p. 23 (presenta una crítica similar y anterior a los imperativos originalistas). [↑](#footnote-ref-7)
8. 8 Lawrence Lessig, *Fidelity in Translation,* 71 TEX. L. REV. 1165 (1992-93). [↑](#footnote-ref-8)
9. 9 Antonin Scalia, *Transcript of Discussion Between U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer*, *American University, Washington College of Law* (13 de enero de 2005), disponible en: <http://domino.american.edu/AU/media/mediarel.nsf/D265343BDC2189785256B810071F238/1F2F7DC4757FD01E85256F890068E6E0?OpenDocument>. [↑](#footnote-ref-9)
10. 10 Para evitar que cualquier fragmento de “intención” se convirtiera en un arma política, las personas delegadas a la Convención Constitucional acordaron, desde el inicio de sus deliberaciones, que “las sesiones serían estrictamente secretas.” Para hacer cumplir este mandato, “se apostaron centinelas fuera y dentro”, se mantuvieron las ventanas cerradas a pesar del calor veraniego, y se intercambiaron votos de confidencialidad. “El orden de secreto fue observado con tanto escrúpulo, que no fue sino muchos años después que se conoció algo definitivo sobre lo que había ocurrido en la convención.” MAX FARRAND, *The Framing of the Constitution of the United States*, pp. 58–59 (1913). Este “sello de secreto” fue violado de manera particularmente notoria por James Madison, quien publicó sus notas de forma póstuma, aunque no sin ediciones inciertas. Antes de morir, Madison había escrito que eligió su asiento y organizó su tiempo durante aquel verano para redactar sus notas extensas, que han fascinado a las personas historiadoras. Véase *id.* pp. 59–60. Sin embargo, su transgresión ha contribuido a crear justo las condiciones que los Forjadores, en conjunto, parecían haber querido evitar: condiciones que permiten que la “intención de los Forjadores” se convierta, finalmente, en una ficha ideológica—especialmente durante las últimas décadas bajo el gobierno de jueces y políticos “originalistas”. [↑](#footnote-ref-10)
11. 11 Robert Post y Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution,* 75 FORDHAM L. REV. 545, 549 (2006) [↑](#footnote-ref-11)
12. 12 *Id.* en 567. [↑](#footnote-ref-12)
13. 13 Tomo el término adecuado de Jed Rubenfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 111 *Yale Law Journal* 1141 (2002) (sobre la “agenda anti-antidiscriminación”). [↑](#footnote-ref-13)
14. 14 Para una visión general de las guerras culturales, *véase* Francisco Valdés, *Culture, “Kulturkampf” and Beyond: The Antidiscrimination Principle under the Jurisprudence of Backlash*, en *The Blackwell Companion to Law and Society* (Austin Sarat, ed., 2003). [↑](#footnote-ref-14)
15. 15 Para un ejemplo clave y representativo, *véase* Meese, nota 7 *supra*, p. 17 (selecciona citas estratégicas de Madison y Jefferson para apoyar sus argumentos, mientras elimina hechos históricos inconvenientes del relato). [↑](#footnote-ref-15)
16. 16 Marbury contra Madison, 5 U.S. 137 (1803), en la que los jueces federalistas, liderados por el recién nombrado presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, se atribuyeron el poder de revisar la constitucionalidad de actos legislativos y ejecutivos federales—e invalidaron la legislación federalista que creaba las comisiones objeto de controversia. Para el contexto histórico, *véase* JAMES F. SIMON, *What Kind of Nation: Thomas Jefferson, John Marshall, and the Epic Struggle to Create a United States* (2002) (presenta un análisis exhaustivo de las animosidades y conflictos de por vida entre estos dos miembros de la generación fundadora, y cómo su relación representó un microcosmos de las luchas políticas que enmarcaron la fundación del país). [↑](#footnote-ref-16)
17. 17 McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). [↑](#footnote-ref-17)
18. 18 Gibbons v. Ogden, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824). [↑](#footnote-ref-18)
19. 19 *Véase* McCulloch*,* 17 U.S. at 421. [↑](#footnote-ref-19)
20. 20 *Id.* [↑](#footnote-ref-20)
21. 21 En una opinión unánime redactada por el presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, la Corte contrastó dos enfoques básicos de interpretación constitucional: el enfoque “justo”, “razonable” o “sólido” frente al enfoque “estricto” o “limitado”. Al optar por el primero, las y los jueces razonaron que el segundo tendría una “influencia nefasta” sobre la nación, debido a la “absoluta imposibilidad de mantenerlo sin volver incompetente al gobierno para alcanzar sus grandes fines.” *Id.* en 417–18. [↑](#footnote-ref-21)
22. 22 *Véase* Gibbons, nota 18 *supra*. [↑](#footnote-ref-22)
23. 23 *Véase*, por ejemplo*,* Youngstown Sheet and Tube Co. contra Sawyer, 343 U.S. 579, 610 (1952) (opinión concurrente del juez Frankfurter) (invalida la incautación ejecutiva de las acerías destinada a mantener el suministro militar durante las operaciones de la Guerra de Corea). [↑](#footnote-ref-23)
24. 24 El Fiscal General de Estados Unidos es uno de los principales matones en este asunto. Véase, por ejemplo, *Ashcroft: Critics of New Terror Measures Undermine Effort*, cnn.com, 7 de diciembre de 2001, disponible en [http://www.cnn.com/2001[US/12/06/inv.ashcroft.hearing/](http://www.cnn.com/2001%5BUS/12/06/inv.ashcroft.hearing/). [↑](#footnote-ref-24)