**¿Por qué tanto escándalo? Constitucionalismo, internacionalismo y método original**

Francisco Valdés

3 Florida International University Law Review 1 (2007)

<https://dx.doi.org/10.25148/lawrev.3.1.5>

**Introducción**

En los últimos años, el papel del internacionalismo (o comparativismo) en la interpretación de la Constitución de Estados Unidos ha vuelto a encenderse. Esta vez, el debate tiene lugar dentro de una vorágine jurisprudencial más amplia: la afirmación del “originalismo” como un enfoque viable—si no el único legítimo—de la interpretación constitucional[[1]](#footnote-1)1. Aunque los originalistas pintan diferentes retratos de su(s) punto(s) de vista(s), el originalismo, tal y como lo practican los designados por el Tribunal Supremo con poder para declarar la “Ley”, afirma un principio común y fundamental: que la Constitución federal debe verse a través del prisma subjetivo de los forjadores. Tomar en serio el originalismo invita, o incluso obliga, a considerar los métodos originales de les forjadores. Es decir, considerar su enfoque hacia el proceso de forjar significados constitucionales, incluyendo el papel y la relevancia del análisis comparativo e internacional, o del internacionalismo[[2]](#footnote-2)2.

Tal y como lo practican los designados por el Tribunal Supremo, el originalismo moderno intenta, de forma más general, santificar una concepción particular de la “intención de los forjadores”. Busca, a su vez, desplegar esa concepción de forma selectiva, para lograr imperativos ideológicos de hoy para mañana. A primera vista, esta técnica de apariencia sencilla puede parecer carente de valor, distanciada y neutral. Mediante la creación de una distancia entre el ahora y el entonces, atribuyen lo que “nosotros” hacemos ahora a lo que los forjadores “originalmente” habrían hecho entonces. Por diseño, esta técnica estratégica desplaza el sentido de la elección interpretativa lejos de los designados judiciales actuales y crea un aire de adjudicación mecánica y clara, que oculta la discreción enorme que ejercen los designados. De hecho, esta práctica del llamado originalismo es similar a las artimañas utilizadas por titiriteres disfrazados con utilería. Mientras manipulan tras bastidores las palancas, crean tanto espectáculo como control

Una revisión rápida del registro histórico conocido muestra, claramente, que la generación original adoptó el internacionalismo como método constitucional. Tanto los forjadores como los juristas de la generación original y de las primeras generaciones citaron ejemplos provenientes de fuera de Estados Unidos como apoyo a sus opiniones constitucionales. Algunos ejemplos notables que marcan la historia jurídica estadounidense son *Dred Scott v. Sandford[[3]](#footnote-3)3* y *Bowers v. Hardwick*[[4]](#footnote-4)4. Como se explica más adelante, ambos casos también presentan ejemplos que representan posiciones jurisprudenciales alineadas con el originalismo actual. Otro ejemplo notable y contemporáneo de internacionalismo en la interpretación constitucional es *Lawrence v. Texas*[[5]](#footnote-5)5. En este caso se rechaza, decididamente, seguir los principios o los métodos originalistas. En los tres casos, sin embargo, la opinión decisiva, así como otras opiniones relacionadas, citaron materiales ajenos a la experiencia estadounidense, para interpretar la Constitución de Estados Unidos. Este ejemplo colectivo manifiesta su intención colectiva, en torno al internacionalismo y al constitucionalismo.

Tras haber contribuido a dar forma e informar sobre su fundación y desarrollo, el internacionalismo, como método constitucional y jurisprudencial, precede a la fundación de la propia República. Al conocer esta historia, la honestidad intelectual exige tomar en serio el internacionalismo, especialmente si se pretende considerar el originalismo como método jurisprudencial en la interpretación constitucional. Resulta irónico—quizás orwelliano—que los partidarios del originalismo se encuentren entre les opositores más estridentes del internacionalismo como método constitucional. Pero, ¿con qué propósito? Este ensayo ofrece una respuesta a esta pregunta, tras explorar, brevemente, el papel original, histórico y contemporáneo del internacionalismo, en el constitucionalismo estadounidense.

“**Materiales extranjeros e internacionales”: Historia y práctica**

Los materiales internacionales o comparativos pueden definirse de manera amplia o restringida. Incluyen decisiones de tribunales extranjeros e internacionales, que interpretan el derecho nacional o internacional, como los términos de tratados y acuerdos similares, o del derecho internacional consuetudinario[[6]](#footnote-6)6. También, abarcan relatos históricos o análisis comparativos de las experiencias de otras sociedades con cuestiones, sistemas o conceptos similares. Históricamente, los forjadores de la Constitución ofrecieron un ejemplo claro. Emplearon el estudio comparativo en varias ocasiones, antes de redactar la Constitución—es decir, durante su composición real—y después de completar la redacción, además de durante el proceso de ratificación[[7]](#footnote-7)7.

De forma más amplia y general, la generación fundadora hizo lo mismo: es decir, no sólo los forjadores de 1787 en Filadelfia, sino también los jueces de esa generación original, que interpretaron, originalmente, la obra de sus contemporáneos, y que dejaron un registro, relativamente claro, a través de sus opiniones publicadas[[8]](#footnote-8)8. La generación fundadora, incluidos los forjadores, recurrió al estudio y el análisis comparativo, para tratar de comprender el constitucionalismo, escrito en general, en Estados Unidos después, así como antes, de haber enmarcado ese documento. Además, desde aquella generación original, las generaciones sucesivas de jueces de todas las tendencias políticas, nombrados por políticos de todas las tendencias políticas, han hecho lo mismo[[9]](#footnote-9)9.

Durante los primeros años de la República, generaciones de constitucionalistas diversas recurrieron a materiales internacionales o comparativos, al enfocarse en los derechos del soberano y al formular el “derecho de gentes”. Más recientemente, en especial después de la Segunda Guerra Mundial, el enfoque del comparativismo en el constitucionalismo de los Estados Unidos se desplazó hacia la elaboración de los derechos de los súbditos de los soberanos, entiéndase los derechos civiles y humanos, que limitan el poder de los soberanos. En ambos periodos—ya se centraran en los soberanos o en los súbditos—las metodologías judiciales comparativas siempre han formado parte integral de la práctica constitucional en Estados Unidos[[10]](#footnote-10)10.

Como ya se ha señalado, esta historia, larga y variada, queda ejemplificada en los pronunciamientos de cada uno de los jueces en el caso *Dred Scott* de 1857[[11]](#footnote-11)11. En dicho caso, los jueces defendieron la institución de la esclavitud e invalidaron un estatuto del Congreso que la prohibía en ciertas zonas de los Estados Unidos. Para llegar a ese resultado, los jueces, como sucede con frecuencia, recurrieron a fuentes estándar diversas de interpretación constitucional, incluídos el texto, la intención y la doctrina.

Entre esas fuentes, figuraron referencias reiteradas a materiales internacionales y comparativos, a menudo formuladas en términos de “civilización”, Dios o naturaleza[[12]](#footnote-12)12. Estas referencias, además, no se limitaron a los jueces de la mayoría. Por el contrario, los jueces disidentes también recurrieron a materiales extranjeros e internacionales de manera similar, para alcanzar una conclusión, diametralmente, opuesta en ese caso.

De hecho, un examen cuidadoso de los escritos judiciales extensos de ese caso puede servir como un estudio de caso en miniatura sobre los usos variados de materiales internacionales y extranjeros, en la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos, desde los primeros días de la República. Como ilustran de manera vívida estas opiniones múltiples, dichos usos pueden producir resultados sorprendentemente opuestos[[13]](#footnote-13)13.

En el plazo de dos décadas, el Tribunal Supremo volvió a legislar y utilizar un análisis comparativista e internacionalista en el caso *Bradwell contra el Estado de Illinois*[[14]](#footnote-14)14. En ese caso de 1872, los jueces concluyeron que estados como Illinois podían promulgar leyes que prohibieran a las mujeres como Bradwell del ejercicio de la abogacía, en parte porque “las abogadas eran desconocidas en Inglaterra” y porque “Dios diseñó los sexos para ocupar diferentes esferas de acción… correspondía a los hombres hacer, aplicar y ejecutar las leyes” [[15]](#footnote-15)15. Este tipo de referencias globalizadas y grandiosas a la costumbre, la historia, la tradición, la religión y Dios ilustran cómo los marcos transnacionales o internacionales se utilizaron de forma rutinaria por los jueces federales, de los más altos niveles, como una forma de comparativismo jurídico, para ayudar a justificar las sentencias que interpretaban la Constitución y las leyes estatales o federales “nacionales”.

En tiempos modernos, como también se ha señalado anteriormente, otra sentencia notoria ilustra los mismos puntos básicos. En el caso *Bowers contra Hardwick*[[16]](#footnote-16)16, de 1986, los jueces del Tribunal Supremo confirmaron una ley estatal que ilegalizaba todas las relaciones sexuales distintas del coito tradicional, aplicada a una pareja del mismo sexo. Una vez más, para llegar a ese resultado, los jueces apelaron a tipos diversos de fuentes, para interpretar y aplicar la Constitución, incluidos los precedentes, la historia y la intención. De nuevo, entre ellas, hubo apelaciones globalizadas a fuentes comparativas e internacionales[[17]](#footnote-17)17. Así pues, en este caso vemos una continuación de las prácticas ejemplificadas en *Dred Scott* y *Bradwell*.

Más recientemente, en el caso *Lawrence contra Texas*[[18]](#footnote-18)18, de 2003, el Tribunal Supremo revocó su sentencia en *Bowers contra Hardwick*. Reprodujo así una vez más el mismo escenario básico. En *Lawrence*, los jueces invalidaron una ley estatal centrada, específicamente, en prohibir la sodomía entre personas del mismo sexo. Para hacerlo, los jueces volvieron a basarse en fuentes diversas de interpretación. Una vez más, entre esas fuentes encontramos materiales internacionales y extranjeros[[19]](#footnote-19)19. Así pues, cada uno de estos cuatro casos bien conocidos, que abarcan la mayor parte de la historia de la nación, ayudan a destacar algunas pautas básicas, relativas a los usos de materiales internacionales y extranjeros, en los casos constitucionales estadounidenses.

Este conjunto de cuatro casos demuestra que los jueces nombrados, en épocas diferentes, por distintos, recurren al análisis internacional o comparativo, al menos ocasionalmente, y con fanfarria escasa o nula. Aparentemente, ninguno de ellos suscribió una exclusión absoluta o categórica del análisis comparativo, en la interpretación y adjudicación constitucionales. Además, observamos en este conjunto cómo los distintos jueces tienden a emplear, comúnmente, materiales internacionales o extranjeros de manera secundaria. Es decir, de una forma que refuerza o complementa una determinación o conclusión ya impulsada, principalmente, por otras fuentes de interpretación[[20]](#footnote-20)20. Por lo general, pues, el análisis internacional y comparativo sirve para confirmar o corroborar una conclusión sugerida o exigida, por otras fuentes consideradas más controladoras.

Por último, este cuarteto de casos de perfil alto, que abarca toda la historia del país, ilustra cómo la misma metodología—el análisis internacional o comparativo—puede ser, y ha sido, desplegada a lo largo de generaciones, para lograr resultados, diametralmente, opuestos cuando se mide en términos doctrinales, ideológicos o políticos. Estos casos demuestran que los enfoques internacionalistas o comparativistas de la interpretación no sirven a ningún amo ideológico fijo. El método está a disposición de los designados judiciales de persuasiones políticas diferentes. Puede utilizarse en términos de principios o voluntariamente, como herramientas para ayudar a lograr los resultados preferidos. Como mínimo, las opiniones diversas, en estos casos, demuestran que el empleo de fuentes internacionales o comparativas en la interpretación constitucional no es nuevo ni novedoso, independientemente de las afiliaciones políticas o jurisprudenciales.

Estos ejemplos originales y continuados demuestran que los “materiales extranjeros e internacionales” —definidos tanto en sentido estricto como amplio— fueron incorporados de manera, extremadamente, consciente a la sustancia y al diseño de la Constitución y, posteriormente, tras su adopción, de nuevo en actos formales de interpretación.

En cada caso, algunas personas pueden encontrar estos materiales agradables, mientras que otras los encontrarán desagradables. Sin embargo, en todos los casos, la metodología ha sido relativamente clara: los designados judiciales, desde la fundación, se han basado, repetidamente, en materiales internacionales y extranjeros en el desempeño de sus actos formales de adjudicación, bajo la Constitución de los Estados Unidos. Incluso frente al análisis y los resultados diferentes, encontramos un registro bastante coherente de internacionalismo constitucional, en la historia jurídica estadounidense, tanto en la elaboración de los derechos del soberano como en la elaboración de los derechos del individuo. Así que, llegados a este punto, cabe preguntarse razonablemente: ¿A qué se debe tanto alboroto, y por qué ahora?

**Aquí está el alboroto: La política de identidad y el “originalismo” como jurisprudencia de contragolpe**

El debate grande y relativamente repentino sobre el internacionalismo y el constitucionalismo puede rastrearse directamente hasta las acciones de un individuo en particular: Antonin Scalia. Durante un período de once meses —en 2004 y enero de 2005—, intervino en cuatro ocasiones, para provocar un alboroto sobre el uso de materiales extranjeros e internacionales en el análisis constitucional.

Una ocasión destacada fue su discurso de apertura, en 2004, durante la Reunión Anual de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional. Además, durante ese mismo año, utilizó sus opiniones disidentes, en *Olympic Airways contra Husain* y posteriormente su opinión concurrente en *Sosa contra Álvarez-Machain*, para inscribir sus opiniones en el patrimonio jurídico formal de la nación[[21]](#footnote-21)21. Otra intervención significativa fue su intercambio célebre, de 2005, con el juez Breyer, llevado a cabo en el Washington College of Law de la American University.

En cada una de estas ocasiones, el juez Scalia censuró la influencia de materiales extranjeros e internacionales, en la cultura jurídica nacional. Abrazó un aislacionismo jurídico nuevo en nombre del “originalismo”, como método de interpretación. Este alboroto ilustra, así, el poder que puede tener ese cargo para crear espectáculo, siempre que su titular posea la voluntad y el ingenio necesarios para lograrlo. Más importante para este análisis, sin embargo, es observar que en cada uno de estos casos, el juez Scalia actuó de manera profesa y explícita en nombre de lo que él describe como “originalismo”.

Aunque muchas variantes del originalismo académico circulan en la cultura jurídica contemporánea, tal como lo practican los designados del Tribunal Supremo, este método concede una prioridad indebida a lo que denomina “intención de los forjadores” (y a los indicios históricos relacionados). Parte de una concepción errónea: considera que las intenciones —o entendimientos— de 1787 constituyen la primera y mejor respuesta, para todas las cuestiones constitucionales del presente o del futuro[[22]](#footnote-22)22.

Como ha argumentado Scalia, el defensor más estridente de este enfoque de paso único: “Ahora bien, mi teoría de lo que hago cuando intento interpretar la Constitución estadounidense es que intento comprender lo que se entendía que quería decir cuando fue adoptada. Y no creo que haya cambiado desde entonces” [[23]](#footnote-23)23. Este enfoque, que intenta congelar a esta nación dentro del molde de su pasado repudiado, excluye de forma deliberada cualquier consideración de materiales extranjeros o internacionales, en la interpretación constitucional. Sin embargo, como ya hemos visto, el internacionalismo está incrustado en la sustancia y en la estructura mismas de la Constitución.

Lo que resulta más revelador, Scalia muestra una incoherencia considerable en el punto específico que destaco aquí: por ejemplo, un estudio de 2006 sobre todas las opiniones del Tribunal Supremo demuestra de manera empírica que, en tiempos actuales y recientes, todos los designados del Tribunal Supremo hacen referencia de forma repetida a materiales internacionales en sus opiniones, incluido el propio Scalia[[24]](#footnote-24)24. De manera notable, Scalia se encuentra entre los tres primeros, empatado con el expresidente del Tribunal Supremo Rehnquist; apenas detrás de Kennedy y Breyer[[25]](#footnote-25)25. De hecho, como concluye ese estudio sobre el internacionalismo, en las opiniones del Tribunal Supremo: “a lo que el juez Scalia se opone de manera rotunda es al uso y la dependencia del Tribunal en decisiones judiciales comparadas contemporáneas y en desarrollos jurídicos internacionales, al interpretar las garantías de los derechos individuales protegidos por la Constitución, especialmente, cuando se utilizan para justificar la protección, en lugar de la contracción o negación, de esos derechos” [[26]](#footnote-26)26. Esta incoherencia constituye hipocresía, así como parte de un patrón o una agenda más amplia, impulsada por ideologías tradicionales de supremacía e identidad, contrarias a los derechos.

Así, mientras proyectan sus sesgos ideológicos personales, los originalistas modernos insisten, no obstante, en que su enfoque limita los ejercicios sin principios del poder público; especialmente, por parte de esos jueces federales “liberales”, excesivamente interesados en proteger los derechos constitucionales individuales[[27]](#footnote-27)27. De hecho, las reivindicaciones originalistas de una toma de decisiones basada en principios son típicas y conspicuas entre las virtudes que afirman en apoyo de sus opciones interpretativas, incluso cuando los designados de hoy siguen actuando de otro modo, actuando como “el Tribunal Supremo más activista de la historia” [[28]](#footnote-28)28. El problema para los originalistas como Scalia, por tanto, no es el internacionalismo.

El problema para ellos es, en cambio, los derechos individuales. Más concretamente, los derechos de los individuos que, original e históricamente, les han sido negados, por motivos de alguna identidad social, como la raza o el sexo[[29]](#footnote-29)29. Más ampliamente, y de forma ominosa para los originalistas, las reivindicaciones de derechos están ahora informadas por acuerdos y normas internacionales, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, incluida la elaboración internacional de derechos humanos universales[[30]](#footnote-30)30.

Al intentar tanto hacer retroceder como adelantarse a los derechos de la justicia igualitaria, el originalismo, tal y como se practica, equivale más a un proyecto político partidista que a un método jurisprudencial basado en principios; mucho menos a un medio fiable de interpretación constitucional que a un arma ideológica en manos de designados activistas reaccionarios[[31]](#footnote-31)31. Tras décadas de opiniones originalistas, los males y los defectos de este invento moderno son evidentes y se comprenden.

Para empezar, los defectos del originalismo, simplemente como método, son bien conocidos[[32]](#footnote-32)32. Su concepción moderna de la “intención”, como noción jurídica, pasa por alto cómo la “intención”, tal y como se aplica a una decisión colectiva, debe tener en cuenta las intenciones de los diferentes actores dentro del colectivo. En este caso, los forjadores (¿o ratificadores?) de la Constitución, que perseguían objetivos o intenciones diferentes, como confirman tan profusamente los compromisos de Filadelfia, de 1787. Por lo tanto, el originalismo debe escoger entre intenciones diferentes, mezcladas o cambiantes. Tal y como se practica, este concepto erróneo originalista hace que su versión de la “intención” sea hipócrita, ya que ignoran o manipulan su propia predica, para lograr sus resultados preferidos, como muestran los casos ilustrativos aquí señalados.

Dado que este enfoque mira, declaradamente, sólo hacia atrás en el tiempo, tampoco tiene en cuenta el contexto ni la complejidad en la aplicación de los textos, para lograr los objetivos previstos en circunstancias siempre cambiantes. En lugar de interpretar la Constitución con fidelidad, este enfoque, centrado en el pasado, pasa por alto de forma truculenta el segundo paso necesario, en el proceso de interpretación o traducción de un texto, para su aplicación práctica a lo largo del tiempo y las circunstancias. Este tipo truncado de originalismo actual ha sido denominado, en consecuencia, un enfoque de un solo paso, en el asunto serio y complejo de la interpretación constitucional[[33]](#footnote-33)33.

Además, como cuestión de hecho, de principios y de historia, esta elección, exclusivamente, retrospectiva no refleja el ejemplo constitucional propio de los forjadores. El originalismo actual tampoco refleja lo que esos forjadores querían que la posteridad hiciera con su obra constitucional. Por el contrario, en Filadelfia, los forjadores de la Constitución de 1787 intercambiaron promesas de mantener sus deliberaciones en estricto secreto. Además, acordaron cerrar las ventanas del Independence Hall durante todo ese caluroso verano. Ambas acciones se tomaron con el propósito expreso de impedir especulaciones posteriores, que equivalieran a este tipo de juego constitucional[[34]](#footnote-34)34.  Así pues, en su esencia, el originalismo viola, afirmativamente, las intenciones originales, tanto en general como en lo que respecta específicamente al internacionalismo.

A pesar de las afirmaciones furibundas y concluyentes en sentido contrario, el originalismo moderno es una invención del siglo veinte. Está diseñado a la medida de las luchas políticas contemporáneas sobre los derechos y su protección por la ley, frente al poder vertical desenfrenado de las élites gobernantes atrincheradas. En sus propios términos, las versiones predominantes del originalismo no alcanzan las afirmaciones que proclaman con más alarde. Por lo tanto, quizá lo más pertinente para entender las agendas originalistas sea que este enfoque retrógrado de la interpretación, con el tiempo, congelaría lenta pero seguramente a la nación en el molde de las castas identitarias tradicionales, extraídas de los imperativos coloniales y de las injusticias imperiales de los siglos dieciocho y diecinueve. Tal vez este último alboroto sobre la relevancia de los materiales extranjeros e internacionales, en la legislación estadounidense, no sea más que otra parte de las contribuciones del originalismo a la *kulturkampf* estadounidense: las guerras culturales[[35]](#footnote-35)35 reaccionarias de las últimas décadas, diseñadas para “resucitar” [[36]](#footnote-36)36, por medio de la ley, las castas identitarias repudiadas de la política colonial, basadas originalmente en las ideologías supremacistas como la supremacía blanca y el patriarcado, entre otras.

Los indicios de las “guerras culturales” actuales se remontan a la segunda mitad del siglo veinte, cuando las iniciativas liberales, contra la discriminación de décadas anteriores, fueron cada vez más contestadas. En la legislatura del Tribunal Supremo de 1989, Thurgood Marshall se vio impulsado a observar públicamente que “el enfoque del Tribunal en los casos de derechos civiles ha cambiado notablemente… Es difícil caracterizar las decisiones de la última legislatura como algo distinto a un repliegue de la agenda de los derechos civiles” [[37]](#footnote-37)37. Desde entonces, la involución ha continuado y se ha acelerado. Sin embargo, la declaración oficial del *kulturkampf* de retroceso se produjo en 1992, desde el podio de la Convención Nacional Republicana, cuando el aspirante a la presidencia Patrick Buchanan declaró la “guerra cultural” por el “alma de América” [[38]](#footnote-38)38.

Aunque algunos observadores puedan confundir este *kulturkampf* en curso con el tipo típico de política de facciones previsto en la Constitución, no lo es, como sugiere este breve resumen. Más bien, este *kulturkampf* de retroceso constituye una persecución multifacética pero metódica, de una agenda de retroceso, dirigida contra comunidades minoritarias específicas; especialmente, contra grupos tradicionalmente subordinados desde el período colonial, como la gente de color, las mujeres en general y otras minorías no representadas de forma equitativa, dentro de la democracia formal, como resultado de la política identitaria tradicional[[39]](#footnote-39)39.

En términos constitucionales, los patrones acumulativos de poder y de política dejados en la estela *kulturkampf* de retroceso apuntan hacia una “agenda antidiscriminatoria” judicial. El *kulturkampf* de retroceso no solo refleja, sino que también proyecta una agenda deliberada de retracción social y legal[[40]](#footnote-40)40. Inevitablemente, y por diseño, esta agenda reaccionaria impulsa también tanto el momento como el contenido de este alboroto originalista anti-internacionalista.

**Más allá del alboroto: Marcos existentes y prácticas basadas en principios**

¿Y ahora qué? De manera reveladora, la Regla Federal de Procedimiento Civil 44 requiere que las partes notifiquen por escrito su intención de plantear cuestiones que involucren “la ley de un país extranjero”, en un caso federal nacional[[41]](#footnote-41)41. En otras palabras, el propio sistema jurídico contempla e invita a la introducción y uso de materiales extranjeros por parte de los litigantes y los jueces, en los procedimientos federales. Esta regla fue promulgada en 1966 y ha sido enmendada en varias ocasiones desde entonces. La última enmienda ocurrió en 2007. Como ya lleva tiempo entre nosotros, no hace falta nada nuevo ni novedoso para tomar nota y hacer operativas las prácticas a las que invita.

Del mismo modo, la Regla Federal de Procedimiento Civil 53 instruye y faculta a los tribunales federales de primera instancia, específicamente, para considerar materiales extranjeros e internacionales, en la aplicación de las normas de derecho, en los casos y controversias sujetos a la jurisdicción federal en virtud de la Constitución[[42]](#footnote-42)42. Esta Regla autoriza, explícitamente y sin reservas, a los jueces federales a nombrar un *Special Master* en cualquier caso civil federal. Esto, si el juez considera que es necesario para determinar cualquier aspecto jurídicamente relevante para su resolución, incluidas las “conclusiones jurídicas”. Los materiales relevantes pueden ser el derecho internacional o la ley de la India o la ley de Inglaterra o la ley de Brasil o la ley de Sudáfrica. Según las normas ya existentes, los materiales pertinentes abarcan tanto las fuentes internacionales como el análisis comparativo.

Por último, y siempre en la misma línea jurisprudencial y procesal, la Regla Federal de Pruebas 706 faculta a los tribunales federales de primera instancia a designar peritos, para que testifiquen sobre cuestiones complejas, ya sean de hecho o de derecho, durante la resolución de un caso federa,l que surja en virtud de las leyes o la Constitución de los Estados Unidos. Al igual que con otra información o materiales relevantes, tales hechos y leyes que pueden incluir fuentes o asuntos extranjeros e internacionales, incluye, como se especifica aquí, el uso de expertos que, en algunos casos, son fuentes internacionales[[43]](#footnote-43)43. Así que las reglas, tanto de procedimiento como de prueba, promulgadas específicamente para el sistema judicial federal, ya proporcionan varios puntos específicos de entrada sustantiva para materiales extranjeros e internacionales, en formas y maneras diversas.

En virtud de este acuerdo, los jueces de apelación—incluidos los que controlan el Tribunal Supremo—tienen que tratar estos materiales de la misma forma que tienen que tratar cualquier otro asunto o cuestión que conste en el expediente, de conformidad con estas normas y otras similares. Estas normas de procedimiento y prueba han sido promulgadas, formalmente, por el propio Tribunal Supremo. Bajo este arreglo, en esta etapa de la historia de la nación, no hay necesidad de quejarse de hecho.

Aunque los miembros individuales del Tribunal pueden utilizar el poder de sus cargos para crear un alboroto por despecho, el último alboroto de Scalia debería recordarnos estos mecanismos sistémicos listos, integrados en las normas de procedimiento y prueba, para el uso de materiales extranjeros e internacionales en los tribunales federales. Puede que estos mecanismos no resuelvan los detalles sobre el uso de un material concreto en un caso o forma determinados. Sin embargo, estos mecanismos al menos corroboran que el sistema constitucional de este país no es automática o estructuralmente hostil al comparativismo y al internacionalismo como método. Proporciona mecanismos prácticos para que los litigantes, abogados y jueces de todo el país sigan haciéndolo de buena fe, como parte de la práctica jurídica cotidiana.

En resumen, el enfoque que aquí se defiende nos insta a todos a aprender del ejemplo original de los Forjadores, así como de las lecciones de la historia desde entonces; no de los políticos con toga, que ahora predican una historia revisionista, en pos de agendas contrarias. La historia muestra una distinción clave entre lo que algunos jueces llaman originalismo hoy y lo que los Forjadores hicieron, originalmente, cuando estaban en los zapatos que llevamos hoy. Los Forjadores y sus contemporáneos recurrieron a fuentes diversas, para que les ayudaran a discernir formas socialmente sensatas, tanto de formular normas sustantivas de derecho como de interpretarlas en el proceso de aplicarlas. Los Forjadores y sus contemporáneos, en sus capacidades institucionales formales, emplearon esta metodología antes y después de la Constitución. Es decir, incorporaron estos materiales y esta metodología a la Constitución original, así como ampliaron esta incorporación mediante la continuación de esta práctica, posteriormente. Incluso si buscáramos la intención de los Forjadores con respecto al internacionalismo, tanto en sustancia como en método, no encontraríamos un registro histórico que ilustre intención alguna que ordene los llamamientos estridentes a la exclusión instintiva, que caracteriza el alboroto actual.

Al final, como indica este breve relato, la cuestión que se nos plantea ahora (y siempre), en relación con el uso de materiales internacionales y extranjeros en la interpretación de nuestras leyes, no es si lo hacemos, sino más bien cómo. El reto que plantea este asunto, tanto históricamente como ahora, es si cada generación puede hacerlo de manera que ayude a construir y reforzar los compromisos aspiracionales, aunque imperfectos, con los valores fundacionales a favor de la libertad y la igualdad. En respuesta a este desafío existencial, las generaciones recientes ya han elaborado algunas normas básicas de procedimiento y prueba, destinadas a hacer posible la justicia. Por lo tanto, el reto permanente, para cada generación sucesiva, es crear un legado que se base en los logros de las generaciones anteriores, Esto con la esperanza que las generaciones futuras se sientan inclinadas a adoptar, en lugar de obligadas a repudiar. En definitiva, la tarea a la que se enfrenta cada juez—y cada generación—es esforzarse, de buena fe, por emplear la interpretación y las metodologías constitucionales, para cumplir la promesa original de una Unión más perfecta.

1. 1 El originalismo contemporáneo surge como resultado de un esfuerzo más amplio para reconstituir el poder judicial federal, con el fin de revertir los avances en derechos civiles y otras reformas “liberales” a favor de la igualdad, especialmente aquellas que marcaron el siglo XX. *Véase, en general: Hodder-Williams, Richard (1980). The Politics of the U.S. Supreme Court. Londres: Allen & Unwin, pp. 33–45 (sobre la política de las nominaciones de Nixon a la Corte Suprema). Para otros análisis que abarcan las últimas décadas, véase: O’Brien, David M. (2000). Storm Center: The Supreme Court in American Politics. Nueva York: W.W. Norton, pp. 56–86; Pacelle, Richard L., Jr. (1991). The Transformation of the Supreme Court’s Agenda: From the New Deal to the Reagan Administration. Boulder: Westview Press; Redish, Martin H. (1991). The Federal Courts in the Political Order. Princeton: Princeton University Press; Schwartz, Herman (1988). Packing the Courts: The Conservative Campaign to Rewrite the Constitution. Nueva York: Charles Scribner’s Sons; Valdés, Francisco (2004). Culture, “Kulturkampf” and Beyond: The Antidiscrimination Principle Under the Jurisprudence of Backlash. En: Sarat, Austin (ed.). The Blackwell Companion to Law and Society. Malden: Blackwell, pp. 247–270 (ofrece una bibliografía extensa sobre el tema general).* [↑](#footnote-ref-1)
2. 2 En este ensayo breve, el término “internacionalismo” se utiliza como abreviatura para referirse a los diversos tipos de materiales o información que podrían emplearse en la interpretación constitucional. [↑](#footnote-ref-2)
3. 3 *Dred Scott contra Sandford*, 60 U.S. 393, 426 (1857). Para perspectivas, relativamente recientes, sobre el caso Scott y su importancia histórica, *véase*: *Simposio: 150º aniversario de la decisión de Dred Scott*, 82 *Chicago-Kent Law Review* 1 (1996). [↑](#footnote-ref-3)
4. 4 *Bowers contra Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) (opinión concurrente del Presidente del Tribunal Supremo, Burger). [↑](#footnote-ref-4)
5. *5 Lawrence contra Texas*, 539 U.S. 558 (2003). [↑](#footnote-ref-5)
6. 6 *Véase, por ejemplo: Osmar J. Benvenuto,* Nota, *Reevaluating the Debate Surrounding the Supreme Court’s Use of Foreign Precedent*, 74 *Fordham Law Review* 2695, 2700–03 (2006) (revisión de las subcategorías de materiales y usos). [↑](#footnote-ref-6)
7. 7 Un ejemplo revelador es *The Federalist Papers*, que utilizaron argumentación comparativa e internacionalista para explicar los contenidos sustantivos de la Constitución y promover su ratificación. *Véase*, por ejemplo: David Fontana, *Refined Comparativism in Constitutional Law*, 49 *UCLA Law Review* 539, 580 n. 194 (2001–2002) (proporcionando ejemplos). [↑](#footnote-ref-7)
8. 8 Los casos ilustrativos discutidos en este ensayo proporcionan algunos ejemplos. Para un análisis más detallado, *véase*: Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 *Virginia Law Review* 771 (1997); Roger P. Alford, *In Search of a Theory for Constitutional Comparativism*, 52 *UCLA Law Review* 639 (2004–2005); Donald E. Childress III, *Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions*, 53 *Duke Law Journal* 193 (2003–2004); Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 *Indiana Law Journal* 819 (1998–1999); Samuel C. Kaplan, *“Grab Bag of Principles” or Principled Grab Bag?: The Constitutionalization of Common Law*, 49 *Southern California Law Review* 463 (1997–1998); Christopher McCrudden, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 499 (2000); Peter J. Spiro, *Treaties, International Law, and Constitutional Rights*, 55 *Stanford Law Review* 1999 (2002–2003); David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 *University of Chicago Law Review* 877 (1996). [↑](#footnote-ref-8)
9. 9  Para una revisión extensa, *véase*: David Fontana, *Refined Comparativism in Constitutional Law*, 49 *UCLA Law Review* 539, 574–590 (2001–2002) (traza las prácticas comparativas desde la fundación hasta el presente, entre constituyentes, jueces y otras figuras públicas). [↑](#footnote-ref-9)
10. 10 *Véase, por ejemplo: Fontana, nota 7 supra. Para otras revisiones excelentes de prácticas históricas desde la fundación, véase: Gerald L. Neuman, The Uses of International Law in Constitutional Interpretation, 98 American Journal of International Law 82 (2004); David M. O’Brien, More Smoke than Fire: The Rehnquist Court’s Use of Comparative Judicial Opinions and Law in the Construction of Constitutional Rights, 22 Journal of Law and Politics 83 (2006).* [↑](#footnote-ref-10)
11. 11 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 477–486 (1857). [↑](#footnote-ref-11)
12. 12 Para una revisión perspicaz, *véase*: Mark W. Janis, *Dred Scott and International Law*, 43 *Columbia Journal of Transnational Law* 763 (2004–2005). [↑](#footnote-ref-12)
13. 13 *Ídem*, pp. 782–808 (se elabora una revisión detallada del análisis internacional o comparativo en cada una de las opiniones en ese caso; incluye sus conclusiones variadas, incluso contradictorias). [↑](#footnote-ref-13)
14. 14 *Bradwell v. State of Illinois*, 83 U.S. 130 (1872). [↑](#footnote-ref-14)
15. 15 *Ídem, p. 132* (cita y afirma la decisión de la Corte Suprema de Illinois). [↑](#footnote-ref-15)
16. 16 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). [↑](#footnote-ref-16)
17. 17 *Ídem*, p. 196 (opinión concurrente del Presidente del Tribunal Supremo, Burger) (cita la historia cristiana, las tradiciones y la civilización, principalmente en países europeos, para ayudar a interpretar la Decimocuarta Enmienda). [↑](#footnote-ref-17)
18. 18 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). [↑](#footnote-ref-18)
19. 19 *Ídem*, pp. 574–578 (examina los desarrollos internacionales y otros de carácter sociojurídico, para ayudar a interpretar la Decimocuarta Enmienda). [↑](#footnote-ref-19)
20. 20 En cada caso, los jueces citaron textos positivos, precedentes y doctrina, así como la intención o propósito, y otras fuentes estándar de interpretación en la adjudicación. [↑](#footnote-ref-20)
21. 21 *Véase* *Olympic Airways v. Husain*, 540 U.S. 644, 658 (2004) (Scalia, J., con adhesión parcial de O’Connor, J., en disidencia); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 750 (2004) (Scalia, J., concurrente en parte y concurrente con el fallo). Para una revisión de esta cronología, *véase* Melissa A. Waters, *Justice Scalia on the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Unidirectional Monologue or Co-constitutive Dialogue?*, 12 *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 150, 152–156 (2004–2005). [↑](#footnote-ref-21)
22. 22 *Véase*, por ejemplo: Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *University of Cincinnati Law Review* 849 (1989) (defiende el originalismo, pero permite un “originalismo de corazón débil”). Para trabajos tempranos que influenciaron a los críticos originalistas, *véase*: Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1990); Raoul Berger, *Government by Judiciary* (1977); *véase* también Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971). Este impulso hacia el “originalismo” se convirtió en una agenda formal, durante la década de 1980. *Véase*, por ejemplo: Edwin Meese III, *Interpreting the Constitution*, en *Interpreting the Constitution: The Debate over Original Intent* (Jack N. Rakove, ed., 1990) (promueve argumentos originalistas como política formal, cuando se desempeñaba como Fiscal General bajo Ronald Reagan). No obstante, otros enfoques bien establecidos de la interpretación guian el constitucionalismo contemporáneo. *Véase*, por ejemplo: Stephen Breyer, *Our Democratic Constitution*, 77 *New York University Law Review* 245 (2002) (cuestionando las versiones contemporáneas del originalismo y su aplicación selectiva); *véase* también William J. Brennan, Jr., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, en *Interpreting the Constitution: The Debate over Original Intent* (Jack N. Rakove, ed., 1990) (rechaza el originalismo tal como se sostiene en tiempos modernos). [↑](#footnote-ref-22)
23. 23 *Véase*, por ejemplo: *Transcript of Discussion Between U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer* 23 (*Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions*), American University Washington College of Law, 13 de enero de 2005. [↑](#footnote-ref-23)
24. 24 *Véase* O’Brien, nota 10 supra, p. 11 (documenta usos en las opiniones de cada juez). [↑](#footnote-ref-24)
25. 25 *Ídem*, pp. 12–14 (presenta cuadros detallados). [↑](#footnote-ref-25)
26. 26 *Ídem* (énfasis añadido). [↑](#footnote-ref-26)
27. 27 *Véase,* por ejemplo: Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing,* 63 *University of Colorado Law Review* 293, 293 (1992) (observa que los “jueces liberales activistas” son blancos frecuentes de los autodenominados originalistas, quienes “prometen que sus reemplazos no serán tan arbitrarios”). [↑](#footnote-ref-27)
28. 28 Thomas M. Keck, *The Most Activist Supreme Court in History* (2004); véase también Peter J. Smith, *Sources of Federalism: An Empirical Analysis of the Court’s Quest for Original Meaning*, 52 *UCLA Law Review* 217, 217 (2004) (afirma que “un estudio de los patrones de citación en casos de federalismo desde 1970” encontró que “los jueces que buscan el entendimiento original tienen gran libertad para moldear el registro histórico con fines instrumentales”). [↑](#footnote-ref-28)
29. 29 Para una discusión adicional de puntos similares, *véase* Francisco Valdés, *The Constitution of Terror: Big Lies, Backlash Jurisprudence and the Rule of Law in the United States Today*, 7 *Nevada Law Journal* 973 (2007); *véase* también notas 35–40 *infra* y el texto que las acompaña. [↑](#footnote-ref-29)
30. 30 Ironicamente, dadas las objeciones actualizadas de los originalistas, este esfuerzo internacional, posterior a la Segunda Guerra Mundial, para catalogar y codificar los derechos individuales considerados “universales” —debido a su adopción extendida en el tiempo, el espacio y la cultura— fue liderado por los Estados Unidos. Fue una política de este país crear normas, reglas y marcos internacionales, con el propósito último de aplicación doméstica en diversas sociedades. *Véase*, en general, Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (2001). A pesar del historial posterior desigual y de la limitada aplicación de esas normas, y a pesar de sus sesgos normativos derivados de una influencia occidental desproporcionada, esta catalogación y declaración única de derechos humanos, liderada por Estados Unidos, constituye una plataforma que los originalistas ahora buscan declarar completamente inadmisible en el derecho estadounidense, no por una fuente legítima basada en el texto, la estructura, la historia, el precedente o la costumbre, sino debido a sus agendas políticas y sus predilecciones personales. Esta profunda ironía evidencia el fraude del originalismo al negar por completo la relevancia del internacionalismo en el derecho estadounidense, incluido el derecho constitucional estadounidense. [↑](#footnote-ref-30)
31. 31 *Véase* Robert Post y Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution*, 75 *Fordham Law Review* 545 (2006) (detallan cómo se practica el originalismo moderno por parte de los designados judiciales). [↑](#footnote-ref-31)
32. 32 *Véase*, por ejemplo, Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *Boston University Law Review* 204 (1980) (esboza algunos defectos clave del originalismo, incluye fallos conceptuales así como prácticos). [↑](#footnote-ref-32)
33. 33 Para una exposición completa de este concepto, *véase* Lawrence Lessig, *Fidelity in Translation*, 71 *Texas Law Review* 1165 (1992–1993). [↑](#footnote-ref-33)
34. 34 Los forjadores de Filadelfia tomaron medidas extremas para evitar debates sobre sus intenciones: “las sesiones debían mantenerse estrictamente en secreto” y se colocaron “centinelas dentro y fuera”, por ejemplo. De hecho, “tan escrupulosamente se observó la orden de secreto que no fue sino muchos años después que se supo algo definitivo sobre lo que ocurrió en la Convención”. Max Farrand, The Framing of the Constitution of the United States 57-60 (1913). James Madison rompió este “sello de secreto” cuando publicó, póstumamente, sus actas famosas de la convención de Filadelfia. Sin embargo, las ediciones tardías que escribió en ellas, antes de su publicación muestran que están contaminadas, por lo que no tenemos forma de verificar detalles que pueden ser cruciales para los esfuerzos de estilo originalista. [↑](#footnote-ref-34)
35. 35 *Véase* James Davison Hunter, *Culture Wars: The Struggle to Define America* (1991); James Davison Hunter, *Before the Shooting Begins: Searching for Democracy in America’s Culture War* (1994). [↑](#footnote-ref-35)
36. 36 El término “resurrección” denota un retorno desde el “exilio”. Exilio que, bajo esta perspectiva, habría comenzado con la aparición del Nuevo Trato y ha continuado desde entonces. *Véase* *Special Symposium Issue: The Constitution in Exile*, 51 *Duke Law Journal* 1 (2001) (presenta un simposio dedicado al tema). [↑](#footnote-ref-36)
37. 37 *Véase* Hon. Thurgood Marshall, *Transcription of Remarks, Annual Judicial Conference, Second Circuit of the United States*, 130 *Federal Rules Decisions* 166, 167 (1990). [↑](#footnote-ref-37)
38. 38 Para relatos contemporáneos que informan sobre esta declaración notable, *véase*: Chris Black, *Buchanan Beckons Conservatives to Come “Home”*, *Boston Globe*, 18 de agosto de 1992, p. A12; Paul Galloway, *Divided We Stand: Today’s “Cultural War” Goes Deeper than Political Slogans*, *Chicago Tribune*, 28 de octubre de 1992, p. C1. Esa declaración formal, de 1992, prefiguró la aparición del “hombre blanco enojado” como audiencia y beneficiario principal de la política de retroceso: presumiblemente, entonces, piensan que son los dueños del alma de la nación. *Véase*, por ejemplo, Grant Reeher y Joseph Cammarano, *In Search of the Angry White Male: Gender, Race, and Issues in the 1994 Elections*, capítulo 8 en *Midterm: The Elections of 1994 in Context* (Philip A. Klinkner, ed., 1996). [↑](#footnote-ref-38)
39. 39*Véase*, por ejemplo: Keith Aoki, *The Scholarship of Reconstruction and the Politics of Backlash*, 81 *Iowa Law Review* 1467 (1996); Kimberlé W. Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 *Harvard Law Review* 1331 (1988); Kenneth L. Karst, *Religion, Sex, and Politics: Cultural Counterrevolution in Constitutional Perspective*, 24 *University of California Davis Law Review* 677 (1991); Alan D. Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 *Minnesota Law Review* 1049 (1977–1978); Kenneth L. Karst, *Legislative Facts in Constitutional Litigation*, 1960 *Supreme Court Review* 75; Stephanie M. Wildman, *The Legitimation of Sex Discrimination: A Critical Response to Supreme Court Jurisprudence*, 63 *Oregon Law Review* 265 (1984); Kevin M. Clermont, Theodore Eisenberg y Stewart J. Schwab, *How Employment-Discrimination Plaintiffs Fare in the Federal Courts of Appeals*, 7 *Employee Rights and Employment Policy Journal* 547 (2003); Kevin M. Clermont y Theodore Eisenberg, *Plaintiphobia in the Appellate Courts: Civil Rights Really Do Differ from Negotiable Instruments*, 2002 *University of Illinois Law Review* 947; William B. Gould IV, *The Supreme Court and Employment Discrimination Law in 1989: Judicial Retreat and Congressional Response*, 64 *Tulane Law Review* 1485 (1990); Charles R. Lawrence III, *“Justice” or “Just Us”: Racism and the Role of Ideology*, 35 *Stanford Law Review* 831 (1983); Nancy Levit, *The Caseload Conundrum, Constitutional Restraint and the Manipulation of Jurisdiction*, 64 *Notre Dame Law Review* 321 (1989); Theodore W. Ruger, Pauline T. Kim, Andrew D. Martin y Kevin M. Quinn, *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*, 104 *Columbia Law Review* 1150 (2004); C. Keith Wingate, *A Special Pleading Rule for Civil Rights Complaints: A Step Forward or a Step Back?*, 49 *Missouri Law Review* 677 (1984). [↑](#footnote-ref-39)
40. 40 *Véase* Jed Rubenfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 111 *Yale Law Journal* 1141 (2002) (sobre esta terminología y las opiniones judiciales originalistas que le dan origen). [↑](#footnote-ref-40)
41. 41 *Véase* *Federal Rules of Civil Procedure* 44. [↑](#footnote-ref-41)
42. 42 *Véase* *Federal Rules of Civil Procedure* 53. [↑](#footnote-ref-42)
43. 43 *Véase* *Federal Rules of Evidence* 706. [↑](#footnote-ref-43)