**Originalismo: el mayor de los males**

Francisco Valdés

2025

**Introducción**

Aunque nunca se menciona en la Constitución, el poder de imponerse sobre todo lo demás en el derecho y en la sociedad de los Estados Unidos, en su nombre, se practica ahora, rutinariamente, desde el estrado del Tribunal Supremo, y se obedece de costa a costa. Este acuerdo *de facto* arraigado ha facultado y normalizado la interpretación constitucional como la forma suprema de ley, que prevalece sobre todo lo demás, en todo el país. Al aprovechar al máximo este poder supremo, los designados para el Tribunal Supremo comenzaron, en la década de 1980, a inventar un enfoque nuevo para esgrimir su magia suprema. Lo llamaron “originalismo”. Este requería que los defensores y los jueces se convirtieran en historiadores funcionalmente competentes. También, que pasaran por alto, voluntariamente, el cambio social y el sentido práctico operativo. Por último, que abusaran del poder público, repetidamente, para revertir las reformas legales del progreso, por motivos personales o ideológicos.

Desde el principio, los autodenominados originalistas insistieron en que su nuevo enfoque era, no obstante, el “menor de los males” frente a cualquier otro método de interpretación constitucional. Los originalistas ascendieron al poder como parte de un proyecto ideológico y partidista más amplio. Este proyecto buscaba “resucitar” la estratificación social, económica y política establecida en los primeros años de los Estados Unidos por el colonialismo, la supremacía blanca y el patriarcado. Esa estratificación fue repudiada hacía un siglo o más, primero, tras la Guerra Civil mediante la Reconstrucción constitucional y, después, a través de oleadas de reformas de derechos civiles sucesivas. Hoy, tras varias décadas de examinar su trayectoria “activista”, este ensayo expone por qué el originalismo, tal como lo practican los designados del Tribunal Supremo, representa el mayor, y no el menor, de los males jurisprudenciales y constitucionales.

En la forma específica de la revisión judicial y la interpretación constitucional, este proyecto más amplio, histórico y reaccionario está en marcha desde la primera Reconstrucción constitucional de la década de 1860-1870, que siguió a la Guerra Civil[[1]](#footnote-1). Hoy en día, busca derribar, de forma similar, una segunda Reconstrucción, durante la segunda mitad del siglo XX. Este esfuerzo se denomina comúnmente las “guerras culturales” [[2]](#footnote-2). El originalismo, tal como lo practican los designados del Tribunal Supremo, forma parte integral de las guerras culturales actuales. El llamado originalismo, ejercido desde el estrado del Tribunal Supremo, constituye el mayor de los males jurisprudenciales contemporáneos. Esto se debe, de manera precisa, por su voluntarismo cada vez más rebelde. Los designados están dispuestos a ejercer este poder con una impunidad aparente, como si fueran autócratas ungidos divinamente. De manera cada vez más evidente, en este proceso, violan los principios constitucionales fundamentales, diseñados para impedir precisamente ese abuso. Entre esos principios se incluye el juramento judicial de fidelidad a la propia Constitución.

**El problema original: el “originalismo” disfrazado de ley**

Las primeras generaciones de jueces federales—contemporáneos de los forjadores de 1780—no persiguieron la intención original, ni trataron de constreñir la Constitución con una construcción “estrecha” o “estricta”, como método jurisprudencial, para la interpretación constitucional. Por ejemplo, el presidente influyente del Tribunal Supremo, John Marshall, y sus colegas explicaron con cierta extensión, en la opinión de 1819, en la que decidieron el caso *McCulloch contra Maryland* [[3]](#footnote-3), que un enfoque interpretativo “estricto” o “estrecho” ejercería una “influencia nefasta” sobre el constitucionalismo estadounidense. Este enfoque reduciría, progresivamente, el alcance de la autoridad federal y convertiría la Constitución federal en “una baratija espléndida” pero “incompetente”, para el autogobierno nacional. Al rechazar la metodología de la interpretación “estrecha” o “estricta”, de la Constitución en 1819, porque haría al gobierno “incompetente” para gobernar, optaron por un enfoque que, en sus palabras, denominaron como una interpretación constitucional “justa” o “sólida”, en la ahora icónica opinión *McCulloch*. Así, la elección inicial se entendía como una disyuntiva entre una “interpretación estricta o estrecha” frente a una “interpretación sólida o justa”. En el raciocinio de la primera generación de jueces como Marshall, “estricta” y “estrecha” equivalían a insólita, injusta e incompetente.

Cinco años más tarde, en otro de los primeros casos emblemáticos sobre el significado y la interpretación del texto constitucional, los jueces de la primera generación expusieron de forma similar este punto aún más. Subrayaron la naturaleza de la influencia nefasta que pretendían evitar con su repudio directo y enfático de la construcción estricta o estrecha. En *Gibbons* explicaron que:

Mentes poderosas e ingeniosas partieron del supuesto de que los poderes otorgados, expresamente, al gobierno de la Unión debían reducirse al ámbito más estrecho posible. En el compás más estrecho posible, los poderes originales de los estados debían considerarse retenidos si existía alguna interpretación posible que permitiera preservarlos. Mediante razonamientos refinados y metafísicos, basados en estos postulados, estas mentes podrían vaciar la Constitución de nuestro país de su contenido real. El resultado sería una estructura magnífica para la vista, pero totalmente inservible para su uso práctico. Estos razonamientos podrían enredar y confundir el entendimiento. Podrían oscurecer principios que antes parecían claros. También podrían inducir dudas donde, si la mente siguiera su curso propio, no surgiría ninguna. En tales circunstancias, resulta especialmente necesario volver a principios seguros y fundamentales. Solo así se pueden sostener esos principios[[4]](#footnote-4).

“Totalmente inadecuada para su uso", escribieron en 1824, igual que en 1819 habían escrito “incompetente”. La generación original de jueces federales nos advirtió, explícita y repetidamente, que una interpretación estricta y reducida “explicaría la Constitución de nuestro país hasta vaciarla de su contenido. Advirtieron que “enredaría y dejaría perplejo al entendimiento, [hasta] oscurecer los principios que antes se creían bastante claros”. Esta inadecuación constitucional, esta incompetencia y esta confusión son el resultado inevitable—si no el objetivo intencionado—de las estrategias que hoy abogan por interpretaciones estrictas o reducidas. Al igual que en el siglo XIX, estas estrategias se promueven, periódicamente, por facciones políticas que buscan perpetuar un pasado ya repudiado.

Por esta razón, las generaciones posteriores de jueces federales han repetido la admonición contra los enfoques estrechos o estrictos de la interpretación constitucional en general. Recuerdan a la nación las ideas centrales expuestas, por la generación fundadora de los jueces nombrados, en opiniones como *McCulloch* y *Gibbons*. Por ejemplo, no es casualidad que en 1952, mientras se gestaba la segunda Reconstrucción, Felix Frankfurter explicara de forma similar:

Las formas, profundamente arraigadas, de conducir el gobierno no pueden suplantar a la Constitución ni a la legislación, pero pueden dar sentido a las palabras de un texto o suplirlas. 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[[5]](#footnote-5).

Como muestran de manera clara estos pasajes ilustrativos, durante generaciones de designados, la interpretación constitucional y el “derecho” no se consideraban, adecuadamente, sujetos a enfoques de interpretación estrechos o estrictos. Tales enfoques son los que, en décadas recientes, han sido revividos y propagados bajo la etiqueta de “originalismo.” Como se había previsto, el resultado ha sido “enredar y confundir” el entendimiento de principios, que antes se consideraban, claramente, establecidos. Dictamen tras dictamen, el originalismo intenta hacer que la igualdad y la libertad bajo la Decimocuarta Enmienda resulten “totalmente inservibles” en el derecho y en la vida cotidiana. También, busca hacer que las reformas deliberadas e intencionadas de la primera y segunda Reconstrucción se vuelvan “incompetentes” como derecho exigible o como realidad vivida.

El originalismo contemporáneo, como se detallará más adelante, pretende simplemente hacer cumplir la intención o el entendimiento “original” del texto en cuestión. Según sus defensores, su virtud radica en que el originalismo impide el activismo judicial. El argumento sostiene que, al centrarse en las intenciones de los forjadores, los jueces no pueden introducir sus opiniones o valores personales en el análisis o en el resultado. Estas son, al menos, las afirmaciones centrales que quienes promueven el originalismo presentan, para justificar la utilidad de su invención.

En un sistema de derecho consuetudinario, este enfoque probablemente resulte familiar debido al conocimiento jurídico sobre la interpretación de contratos. En ese contexto, el objetivo es dar efecto al acuerdo de las propias partes. Incluso en ese tipo de casos típicamente privados, como aprenden rápidamente los estudiantes de derecho, las nociones o hallazgos sobre la “intención” de las partes pueden ser complejos y engañosos. Cuando se emplea para interpretar la primera constitución escrita del mundo, la glorificación de la intención por encima de todo lo demás constituye una invención novedosa y reciente. Esta invención resulta aún más problemática cuando se combina con las ficciones y los formalismos de la interpretación estricta o reducida.

Después de todas las advertencias y explicaciones anteriores, sobre la metodología constitucional adecuada para la interpretación—comenzando en la fundación de la República y extendiéndose hasta el siglo veinte—la invención del “originalismo” en el siglo veinte tardío, por activistas como Antonin Scalia y Clarence Thomas, fue un acto de predilección personal y de voluntad política pura. Como se discutirá más adelante, desde entonces, el originalismo sirve como un vehículo para impulsar las mismas agendas contrarias a la igualdad y a la libertad, que antes promovían quienes defendían la interpretación estricta o reducida.

Estas agendas buscaban sostener el dominio de minorías, a través del estado racial, mediante la fuerza de la ley, incluyendo el abuso de la revisión judicial. Así, cuando los designados contemporáneos optan todavía por profesar o utilizar las metodologías indefendibles de la interpretación constitucional “originalista”—específicamente en *contextos de igualdad y libertad*, para interpretar textos posteriores a la Guerra Civil; lo hacen por razones distintas a la necesidad o utilidad interpretativa. Además, actúan sin ninguna base “original” dentro del marco metodológico más amplio, proporcionado por la historia jurisprudencial estadounidense. Ese marco quedó establecido en casos fundamentales como *McCulloch*, *Gibbons* y otros.

Para comenzar, esa primera generación de designados no sostenía que la intención legislativa subjetiva fuera una fuente determinante de interpretación constitucional que prevaleciera sobre todas las demás. En otras palabras, no profesaban ni practicaban el originalismo tal como lo conocemos hoy. Aunque la generación fundadora hacía referencias ocasionales y retóricas a las intenciones constitucionales, no intentaban examinar citas o frases específicas de redactores individuales, para encontrar significados constitucionales autoritativos. Mucho menos recurrían a diccionarios comerciales, para justificar sus interpretaciones.

En cambio, como lo ilustra el propio caso *McCulloch*, cuando se referían a la intención de los forjadores, aludían de manera general y relativamente amplia a la intención colectiva de la Convención de 1787. Esa intención se expresaba en el significado claro del texto constitucional final que presentaron para su ratificación.

Este ejemplo original fue seguido, en general, por generaciones posteriores de designados. Así se refleja en este pasaje de 2007, que mantiene el mismo enfoque: “Los Fundadores concibieron la Constitución como un documento práctico que transmitiría sus valores fundamentales a las generaciones futuras, mediante principios que se mantuvieran funcionales con el tiempo” [[6]](#footnote-6). En este pasaje contemporáneo, al igual que en *McCulloch*, *Gibbons* y otros casos formativos, la intención de los forjadores se derivaba del texto, de la estructura y de la historia del documento. No se derivaba de fuentes externas, personales o privadas, como cartas, diccionarios o revistas.

Así, en lugar de elevar la intención a una posición de privilegio interpretativo, esa primera generación judicial, y la mayoría de sus sucesores, adoptaron un enfoque “justo” y “sólido”, en el ejercicio de la revisión judicial federal, especialmente en controversias constitucionales. Así lo expresó John Marshall. Esta tradición interpretativa “sólida” no ignoraba la intencionalidad. Sin embargo, tampoco dependía de ella para determinar los resultados. Este enfoque predominante de la interpretación utiliza la intención como una fuente entre muchas otras. Además, vincula los asuntos de intención al texto finalizado de la ley promulgada, mediante la aplicación de la regla del significado claro.

Este enfoque, predominante en la historia y en la jurisprudencia, se ilustra en la opinión de *Maxwell v. Dow* de 1900[[7]](#footnote-7). También, se ilustra anteriormente en la opinión de 1819 en *Sturges v. Crowninshield*:

Aunque el espíritu de un instrumento, especialmente de una constitución, debe respetarse no menos que su letra, ese espíritu debe extraerse principalmente de sus palabras… Si, en algún caso, el significado claro de una disposición, no contradicho por otra disposición del mismo instrumento, debe ser ignorado porque creemos que los forjadores no podían haber querido decir lo que dicen, solo podrá ser en un caso donde la aplicación de esa disposición conduzca a un absurdo o a una injusticia tan monstruosa que toda la humanidad, sin vacilación, se uniría para rechazarla[[8]](#footnote-8).

Esta tradición predominante del “significado claro”, para discernir la intención o el significado, continuó a lo largo de la historia jurídica, de los Estados Unidos. Así se ilustra en el rechazo enfático del originalismo de estilo moderno en la opinión de 1934, que resolvió el caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*:

Si con la afirmación de que la Constitución significa hoy lo mismo que en el momento de su adopción se pretende decir que las grandes cláusulas de la Constitución deben limitarse a la interpretación que los forjadores, desde las condiciones y las perspectivas de su época, habrían dado, entonces esa afirmación se refuta a sí misma. Para protegerse contra esa concepción estrecha, el Presidente del Tribunal Supremo Marshall pronunció la advertencia memorable: “nunca debemos olvidar que estamos interpretando una constitución” [[9]](#footnote-9).

Es importante destacar que en esta refutación del originalismo judicial de estilo moderno, la mayoría en *Blaisdell*, en 1934, se dirigía directamente a un argumento disidente que sostenía lo contrario. Ese argumento disidente, en efecto, afirmaba una versión temprana del originalismo que hoy conocemos:

El objetivo completo de la interpretación, aplicada a una disposición de la Constitución, es descubrir su significado. También, es determinar y dar efecto a la intención de sus forjadores y del pueblo que la adoptó. Debemos colocarnos, en la medida de lo posible, en la condición de quienes la redactaron y adoptaron[[10]](#footnote-10).

Esta fue la visión rechazada de manera expresa en este caso. También, fue rechazada en otros casos, comenzando con *McCulloch* y extendiéndose hasta el siglo veinte. Así, para mediados del siglo veinte, las decisiones interpretativas originales, en contra de este tipo de enfoque estrecho o estricto, ya estaban bien establecidas como derecho constitucional y como método. Después de siglos, se comprendía claramente. Este era, y sigue siendo, el modo en que los designados deben cumplir sus funciones judiciales.

No obstante, un defensor temprano, ruidoso y poderoso del originalismo actual se propuso cambiar todo esto, en la década de 1980. Para 2005, Antonin Scalia declaraba: “Ahora bien, mi teoría sobre lo que hago cuando intento interpretar la Constitución estadounidense es que intento entender lo que significaba, lo que se entendía que significaba cuando fue adoptada. Y no creo que haya cambiado desde entonces” [[11]](#footnote-11). Suena muy sencillo. ¿Por qué no?

Ironicamente, fue el mismo Antonin Scalia quien, en 1989, admitió al menos uno de los defectos fundamentales del originalismo. Después de exponer el argumento básico a favor de sus puntos de vista disonantes, observó la facilidad con la que, según el originalismo, la pena de muerte resultaría constitucional bajo la prohibición de castigos crueles e inusuales de la Octava Enmienda. En esa época, el derecho colonial permitía la pena de muerte, por lo que las penas capitales no podrían considerarse hoy como “crueles” o “inusuales”, bajo los términos inalterables del texto. Luego, abordó el asunto de la constitucionalidad del castigo mediante flagelación, bajo esa misma Enmienda. Indicó que ningún juez—incluyéndose a sí mismo— aprobaría hoy semejante castigo. Sin embargo, este tipo de castigo también se practicaba durante la época en que se estableció la Constitución. Por tanto, tampoco podría ser calificado de “cruel” o “inusual”, mediante una aplicación coherente de los principios del originalismo.

Me apresuro a confesar que, en una situación límite, podría demostrar ser un originalista de corazón débil. No puedo imaginarme a mí mismo, ni a ningún otro juez federal, respaldando una ley que imponga el castigo de la flagelación. Tampoco, puedo imaginar que surja un caso de esa naturaleza[[12]](#footnote-12).

¿Pero qué pasaría si pudiéramos imaginar ese caso? ¿Qué sucedería si realmente surgiera? Ya sabemos que, en tal situación, Scalia “no puede imaginar … a ningún juez federal” siguiendo las intenciones originales ni los dogmas originalistas. Entonces, ¿qué seguiría ese juez? Sea cual sea la respuesta, parece claro que los jueces que se profesan originalistas, para poder juzgar, deben—y de hecho lo hacen—trazar líneas de fondo que se apartan de las intenciones o significados originales, cada vez que sienten debilidad personal.

Este originalismo no representa el “menos de los males”. Por el contrario, como el propio Scalia confesó públicamente hace décadas, el originalismo no puede enfrentar los “casos difíciles” de manera principista. En este país, la mayoría de los casos de protección igualitaria que implican supremacía blanca o patriarcado—y su desmantelamiento—tienden a ser difíciles de una forma u otra. De hecho, proteger la igualdad y la libertad contra la supremacía y la tiranía siempre ha sido una tarea difícil. A pesar de sus afirmaciones ruidosas de contener la voluntad judicial, el principio organizador fundamental del originalismo es producir resultados personales, ideológicos o políticos, que los designados o sus patrocinadores consideran deseables o tolerables. Esta realidad confirma que el originalismo, tal como lo practican los designados del Tribunal Supremo, es una fachada contemporánea para males mayores.

Desde entonces, han surgido variantes del originalismo original, para intentar dar algún sentido a sus inconsistencias evidentes y errores conceptuales[[13]](#footnote-13). El propio Scalia dedicó mucho tiempo y esfuerzo a refinarlo y explicarlo[[14]](#footnote-14). A medida que pasaron las décadas y los resultados se hicieron visibles, los abismos entre las prácticas de los originalistas y sus profesiones de fe se hicieron cada vez más notorios. Esto hizo necesario un proceso de re-explicación, rearticulación y reposicionamiento. El objetivo es construir una pátina de legitimidad jurisprudencial y la apariencia de una interpretación basada en principios.

Sin embargo, bajo este enfoque falsamente simplista, lo único que se requiere, realmente, es que los designados actuales aparenten mirar de manera imparcial hacia el pasado distante. Luego, pueden volver a representar las decisiones que ellos mismos deseen imaginar que ocurrieron en ese pasado[[15]](#footnote-15). Debido a que este enfoque reaccionario mira solamente hacia atrás en el tiempo, no logra tomar en cuenta la complejidad que implica aplicar los textos, para alcanzar los objetivos previstos, bajo circunstancias cambiantes. En lugar de “interpretar” la Constitución “con fidelidad”, este enfoque, centrado en el pasado, pasa por alto el “segundo paso” necesario. Ese paso consiste en contextualizar el texto constitucional durante el proceso de interpretación o de “traducción”, para lograr aplicaciones prácticas, pero también principistas a lo largo del tiempo y en distintas circunstancias[[16]](#footnote-16). Solo así se puede asegurar de manera consistente un significado constitucional “justo” y “sólido”, como lo expresaron John Marshall, su generación de designados al Tribunal Supremo y otros[[17]](#footnote-17).

Quizás, lo más importante es que esta decisión judicial, enfocada exclusivamente en el pasado, ni siquiera refleja lo que los forjadores originales, en 1787, realmente pretendían que su posteridad hiciera con su obra[[18]](#footnote-18). Por el contrario, en Filadelfia, intercambiaron promesas para mantener en estricto secreto sus deliberaciones. Además, acordaron cerrar las ventanas del Independence Hall durante todo aquel verano caluroso. Ambas acciones se tomaron con el propósito expreso de impedir especulaciones posteriores que equivalieran, justamente, a los intentos actuales de originalismo interpretativo constitucional. Desde una perspectiva original y tradicional, el originalismo parece extraño e incluso sospechoso, tanto por defectos de hecho como de concepto[[19]](#footnote-19).

**El originalismo y la Reconstrucción constitucional: Ignorar la intención, selectivamente**

Como indica el recorrido histórico de los pasajes anteriores sobre la interpretación, las versiones actuales del originalismo judicial constituyen una “tradición” aberrante, en la cultura jurídica de los Estados Unidos. Cuando los forjadores de la década de 1780 aún estaban vivos y caminaban por la Tierra, ninguna mayoría del Tribunal Supremo de esa generación sostuvo que los “casos o controversias” constitucionales debían resolverse según lo que esos forjadores—o algunos de ellos—habrían considerado mejor, desde una perspectiva subjetiva o personal. Si el originalismo, tal como se practica y define hoy, hubiera prevalecido entonces, estas líneas fundacionales de opiniones constitucionales no podrían existir hoy como derecho legítimo. Ellas rechazan seguir el fundamentalismo centrado en la intención que el originalismo moderno promueve.

Como cuestión práctica y social, esta elección aberrante de posturas interpretativas sirve, lenta pero seguramente, para mantener a la nación indebidamente encasillada en jerarquías sociales, políticas y económicas “tradicionales” surgidas de la época colonial de 1700[[20]](#footnote-20). Este efecto es intencional, como lo indica un detalle que de otro modo resultaría desconcertante. Al exaltar a los forjadores de los años 1780, quienes se encontraban detrás de las castas identitarias originales de la nación, los originalistas contemporáneos tienden, además, de manera extraña, a ignorar las intenciones de los forjadores de la década de 1860, responsables de la primera Reconstrucción y de la promulgación de la Decimocuarta Enmienda. Esta inclinación originalista resulta extraña. También, resulta supremamente carente de principios o incluso hipócrita. Esto es evidente, especialmente, al interpretar la Decimocuarta Enmienda, que fue promulgada mucho tiempo después de que todos los forjadores de la década de 1780 murieran y fuesen sepultados.

Sin molestarse en explicarse, los originalistas contemporáneos ignoran de manera activa —y a veces incluso dejan de lado— las intenciones originales, cuando resulta ideológicamente conveniente o políticamente beneficioso[[21]](#footnote-21). Los originalistas autoproclamados de hoy dedican poco o ningún esfuerzo a discernir y aplicar las intenciones fundamentalmente pro-igualdad y pro-libertad de las generaciones legisladoras, que redactaron y promulgaron las Enmiendas Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta de la Constitución[[22]](#footnote-22). Mientras se obsesionan con James Madison y su generación, en ninguna parte demuestran interés por las intenciones “radicales” de reconstrucción de líderes forjadores como John Bingham y su generación[[23]](#footnote-23). Tampoco, en términos más generales, se aferran a las intenciones, los propósitos y a los significados evidentes, palpables en décadas de estatutos de derechos civiles favorables a la igualdad.

La línea de casos que interpreta la Decimocuarta Enmienda para demonizar y prohibir la “acción afirmativa” es un ejemplo claro, como lo mostró a todos la culminación de esa campaña, en 2023, con *Students for Fair Admissions*[[24]](#footnote-24). Al igual, la línea de casos que hace lo mismo con el acceso a la atención reproductiva es otro ejemplo, como lo demostró a todos la culminación, en 2022, con *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*[[25]](#footnote-25). Estas dos líneas de casos restringen de manera constante la igualdad y la libertad en contextos de la Decimocuarta Enmienda. Afectan sobre todo a minorías raciales y a otros grupos tradicionalmente subordinados[[26]](#footnote-26). Además, lo hacen sin fundamento, como muestran claramente las opiniones que deciden estos casos, al ignorar aquello que profesan adorar más: las intenciones originales de quienes promulgaron las leyes. De hecho, resulta difícil encontrar algo que pueda reconocerse como derecho legítimo, o como fuente interpretativa legítima, dentro de las opiniones originalistas del Tribunal Supremo. Por esta razón, las opiniones originalistas constituyen una forma reaccionaria de activismo judicial[[27]](#footnote-27).

Si sus opiniones sobre la igualdad fueran de principios, los designados originalistas reconocerían de manera honesta que la acción afirmativa no podría considerarse inconstitucional hoy. Reconocerían que los legisladores originales, que promulgaron la Decimocuarta Enmienda, crearon programas específicos por raza, como la Freedmen’s Bureau, que otorgaba ayuda material, basada explícitamente en criterios raciales[[28]](#footnote-28). Si fueran honestos en su interpretación, los designados originalistas también tendrían que tomar en cuenta los propósitos y las ambiciones abolicionistas documentados, que respaldaron la Decimocuarta Enmienda y la Reconstrucción, en general[[29]](#footnote-29). Si sus opiniones siguieran las reglas y las normas de la interpretación constitucional, los análisis originalistas producirían un cuerpo de derecho constitucional de igualdad, marcadamente diferente[[30]](#footnote-30).

Si sus acciones y sus opiniones fueran legítimas como derecho, los originalistas tendrían que, también, conciliar su desprecio hacia la igualdad racial, con el precedente original sobre la interpretación de todas las Enmiendas de la Reconstrucción y el “propósito general” de “todas ellas”. Así lo expresó la mayoría, en 1873, al decidir *Slaughterhouse Cases*[[31]](#footnote-31). Esa mayoría citó “la libertad de la raza esclavizada” como el “propósito general” de la Enmienda. También, declaró que “la protección del nuevo ciudadano y hombre libre frente a las opresiones de quienes antes ejercieron dominio ilimitado sobre él” constituye “el fundamento” de las tres Enmiendas de la Reconstrucción. La mayoría de *Slaughterhouse* enfatizó que: “… en cualquier interpretación justa y razonable de cualquier sección o frase de estas enmiendas, es necesario atender al propósito que hemos dicho que constituye el espíritu general de todas ellas”. Si los designados originalistas practicaran lo que predican, sus análisis e interpretaciones de la igualdad y la libertad serían “justos y razonables.” No serían tan estrechos, tan nocivos ni tan carentes de fundamento.

Para mayor claridad, el fracaso de legitimidad del originalismo no se limita a sus interpretaciones de la Decimocuarta Enmienda. Ese fracaso infecta toda su interpretación de la Reconstrucción. Basta considerar como ejemplo la opinión de mayoría 5-4 en *Shelby County v. Holder[[32]](#footnote-32)*, dictada bajo la Decimoquinta Enmienda, donde se invalidó una ley del Congreso. En ese caso, una mayoría mínima, que incluía a originalistas destacados, ni siquiera se molestó en citar formalmente alguna disposición particular de la Constitución, que consideraran vulnerada por la *Voting Rights Act* o por su Sección II. Invalidaron esa ley, tras décadas de renovaciones democráticas en el Congreso, desde 1965.

De hecho, fue la aprobación democrática unánime la que provocó que designados como Scalia atacaran la ley. En lugar de citar las intenciones reconstructivas originales y el “propósito general” de todas las Enmiendas de la Reconstrucción, Scalia utilizó los argumentos orales, en *Shelby*, para lanzar una diatriba contra el origen democrático de la ley:

En esta última promulgación [de la *Voting Rights Act*], ni un solo voto en contra en el Senado… Esa es la—esa es la preocupación que tenemos quienes—quienes albergamos algunas dudas sobre esta ley. Es—es una preocupación el que este tipo de asunto no pueda dejarse en manos del Congreso. Actualmente, hay ciertos distritos en la Cámara de Representantes que son distritos negros por ley. Incluso el nombre es maravilloso: *Voting Rights Act*. ¿Quién va a votar en contra de eso en el futuro?[[33]](#footnote-33)

Al responder a su propia pregunta en el momento, Scalia y sus colegas designados nos mostraron la respuesta. Serían ellos quienes votarían en contra de esa “maravillosa” ley, al utilizar el poder de la revisión judicial como si fuera un arma personal. Esta diatriba expone al originalismo tal como es y, también, muestra lo que no es. Aunque claramente constituye un proyecto político, el originalismo, tal como se practica desde el estrado del Tribunal Supremo, no representa una interpretación constitucional basada en principios.

Bajo sus términos propios, las versiones predominantes del originalismo no cumplen—ni de cerca—con las afirmaciones apasionadas de pureza adjudicativa, basada en los principios que tanto proclaman. Su concepción moderna de la “intención” de los forjadores, entendida como noción jurídica, ignora cómo la intención específica, aplicada a una decisión colectiva, debe considerar los motivos o los intereses mezclados, cambiantes e incluso conflictivos, de distintos actores, dentro del colectivo.

En este caso, probablemente importen más los ratificadores que los propios forjadores. Ya que, fueron los ratificadores quienes, en última instancia, actuaron como legisladores, al adoptar el proyecto o la propuesta de los forjadores. Esta concepción de la intencionalidad, también, es ciega ante la posibilidad de que tanto los individuos como los colectivos puedan estar guiados por motivaciones inconscientes o contradictorias, tanto en los años 1780 como en cualquier época[[34]](#footnote-34).

Tal como se construyó en las opiniones originalistas, el “intento original” se ha convertido en una ficción jurídica perniciosa, para restringir la igualdad y la libertad, en los casos constitucionales. El originalismo no solo carece de fundamento en los hechos originales o en los enfoques históricos de interpretación constitucional en los Estados Unidos, también constituye un eslogan simplista, que omite las complejidades reconocidas del concepto de intención, en la jurisprudencia anglosajona.

El originalismo, tal como se practica, “no refleja la fuerza analítica de esta jurisprudencia, sino que depende de su capacidad para fusionar … un movimiento político”. Los designados que se profesan originalistas, como Scalia y Thomas, “utilizan sus opiniones judiciales como herramientas conscientes para excitar la ira, los temores y el resentimiento de las bases conservadoras, y así avivar las llamas de la movilización política” [[35]](#footnote-35). Más que un método fiable, el originalismo, tal como se practica realmente, parece ser una ideología al servicio de las políticas tradicionales de identidad; es decir, de la identidad neocolonial. Más que un método basado en principios o imparcial para la adjudicación de cuestiones constitucionales, el originalismo se ha convertido, en sí mismo, en otra forma continua de obstrucción judicial a la justicia igualitaria y a la libertad igualitaria. En lugar de ser un método jurisprudencial, el originalismo, tal como se practica, constituye un proyecto personal, partidista o ideológico, destinado a mantener un dominio minoritario basado en la identidad, disfrazado de gobernanza democrática.

**El originalismo como práctica política: Las guerras culturales y la jurisprudencia del contragolpe**

A pesar de las afirmaciones concluyentes y fieras en sentido contrario, el originalismo judicial moderno solo puede entenderse como una invención del siglo veinte, adaptada de manera precisa a las luchas políticas contemporáneas sobre identidad, derechos y poder, en el contexto específico de la guerra cultural estadounidense[[36]](#footnote-36). El originalismo actual intenta santificar una concepción particular de la “intención de los forjadores” y utilizarla de manera selectiva, para alcanzar imperativos ideológicos supremacistas en el presente. Esta técnica puede parecer carente de valores, desvinculada y neutral. Esa apariencia se crea mediante la ilusión de distancia entre el presente y el pasado. Se logra al atribuir y, de manera enfática, lo que “hacemos” ahora a lo que los forjadores de los años 1780 “habrían” hecho entonces. Al mismo tiempo, ignora deliberadamente a los forjadores de los años 1860, que elaboraron y promulgaron la Decimocuarta Enmienda y la primera Reconstrucción.

En realidad, esta técnica oportunista desplaza, estratégicamente, el sentido de elección o discreción interpretativa, lejos de los designados judiciales actuales. Intenta crear una apariencia de adjudicación simple y mecánica, que resulta fundamentalmente engañosa y deliberadamente fraudulenta. En verdad, el originalismo constituye un activismo reaccionario, al servicio de las guerras culturales. Busca revertir los avances en derechos civiles logrados desde la Reconstrucción, incluyendo el New Deal, la Gran Sociedad y otras reformas trascendentales, que repudiaron, explícitamente, aquello que las guerras culturales intentan resucitar[[37]](#footnote-37).

Como práctica política, el originalismo es el creador y propagador de la jurisprudencia de represalia, como un elemento integral de las agendas de guerra cultural. Desde un punto de vista práctico y político, el originalismo fusiona el *kulturkampf* de retroceso—las guerras culturales— con la jurisprudencia de retroceso[[38]](#footnote-38). Desde una perspectiva jurisprudencial, los giros y los disfraces del originalismo han perpetrado una inversión constitucional del derecho a la igualdad[[39]](#footnote-39), que resulta escandalosa en el plano institucional y perniciosa en el plano social.

Para 2007, y como respuesta directa, uno de los designados republicanos con más tiempo se vio impulsado a disentir públicamente. Señaló: “El Tribunal ha cambiado significativamente desde … 1968. Entonces era más fiel y respetuoso de nuestro precedente que lo es hoy. Estoy firmemente convencido de que ningún Miembro del Tribunal que integré en 1975 habría estado de acuerdo con la decisión de hoy” [[40]](#footnote-40). Después de décadas de un historial fraudulento, ya no necesitamos preguntarnos si el originalismo representa un esfuerzo honesto, para enfrentar las complejidades constitucionales. Tampoco necesitamos preguntarnos si se trata de una explotación ideológica de la interpretación constitucional, para usurpar el poder voluntariamente.

Después de ejemplos repetidos y cada vez más evidentes provenientes de los designados al Tribunal Supremo, sabemos que el originalismo es el frente jurisprudencial de las guerras culturales y de sus agendas de intolerancia. Después de ver lo que los designados originalistas han producido y desean, sabemos que su enfoque de interpretación constitucional nuevo es un gran fraude, que juristas y académicos deben exponer continuamente, y no excusar. Incluso después de décadas de grabar el activismo originalista en la interpretación constitucional, las generaciones futuras deberán—y podrán—superar las capas, cada vez más gruesas, de estas fachadas jurisprudenciales falsas. Solo así será posible reivindicar, finalmente, la promesa original de una Unión más perfecta.

1. *Véase,* Francisco Valdes, *Constitutional “Law” in a Lawless Court: Restoring the Sources and Methods of Principled Interpretation*, *UCLA Law Review Discourse* (2025), <https://www.uclalawreview.org/category/discourse/>; *véase* también, Thomas M. Keck, *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism* (2004). [↑](#footnote-ref-1)
2. Para una lectura del contexto, *véase,* Francisco Valdes, *Culture by Law: Backlash as Jurisprudence*, 50 *Villanova Law Review* 1135 (2005); Francisco Valdes, *“We Are Now of the View”: Backlash, Jurisprudence and the Kulturkampf to Resurrect Old Deals*, 35 *Seton Hall Law Review* 1407 (2005); *véase* también, Francisco Valdes, *The Constitution of Terror: Big Lies, Backlash Jurisprudence and the Rule of Law*, 7 *Nevada Law Journal* 973 (2007). [↑](#footnote-ref-2)
3. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 399, 421 (1819). [↑](#footnote-ref-3)
4. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “Powerful and ingenious minds, taking as postulates that the powers expressly granted to the government of the Union are to be contracted by construction into the narrowest possible compass, and that the original powers of the states are [to be deemed] retained if any possible construction will retain them, may, by a course of well digested but refined and metaphysical reasoning founded on these premises, explain away the constitution of our country, and leave it, a magnificent structure, indeed, to look at, but totally unfit for use. They may entangle and perplex the understanding, as to obscure the principles which were before thought quite plain and induce doubts where, if the mind were to pursue its own course, none would be perceived. In such a case, it is peculiarly necessary to recur to safe and fundamental principles to sustain those principles.” *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 222 (1824). [↑](#footnote-ref-4)
5. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “Deeply embedded ways of conducting government cannot supplant the Constitution or legislation, but they can give meaning to the words of a text or supply them. It is an inadmissibly narrow conception of American constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them.” *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 279, 610 (1952) (Frankfurter, J., concurrente). [↑](#footnote-ref-5)
6. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) (Breyer, J., disidente). [↑](#footnote-ref-6)
7. *Véase, Maxwell v. Dow,* 176 U.S. 581 (1900). [↑](#footnote-ref-7)
8. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “[A]lthough the spirit of an instrument, especially of a constitution, is to be respected not less than its letter, yet the spirit is to be collected chiefly from its words. . . . [I]f, in any case, the plain meaning of a provision, not contradicted by any other provision in the same instrument, is to be disregarded, because we believe the framers of that instrument could not intend what they say, it must be one in which the absurdity and injustice of applying the provision to the case, would be so monstrous that all mankind would, without hesitation, unite in rejecting the application.” *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122 (1819). [↑](#footnote-ref-8)
9. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “If by the statement that what the Constitution meant at the time of its adoption it means to-day, it is intended to say that the great clauses of the Constitution must be confined to the interpretation which the framers, with the conditions and outlook of their time, would have placed upon them, the statement carries its own refutation. It was to guard against such a narrow conception that Chief Justice Marshall uttered the memorable warning ‘we must never forget that it is a constitution we are expounding’.” *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1933). [↑](#footnote-ref-9)
10. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “The whole aim of construction, as applied to a provision of the Constitution, is to discover the meaning, to ascertain and give effect to the intent, of its framers and the people who adopted it. … As nearly as possible we should place ourselves in the condition of those who framed and adopted it.” *Ídem.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Antonin Scalia y Stephen Breyer, *Transcript, A Conversation on the Relevance of Foreign Law for American Constitutional Adjudication with U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer* (13 de enero de 2005), <http://www.wcl.american.edu/secle/founders/2005/050113.cfm>; para una perspectiva contrastante, *véase,* Stephen Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* (2005). [↑](#footnote-ref-11)
12. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “I hasten to confess that in a crunch I may prove a faint-hearted originalist. I cannot imagine myself, any more than any other federal judge, upholding a statute that imposes the punishment of flogging. But I then I cannot imagine such a case’s arising either.” Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *University of Cincinnati Law Review* 849–865 (1989); *véase* también, Randy E. Barnett, *Scalia’s Infidelity: A Critique of “Faint-Hearted” Originalism*, 7 *University of Cincinnati Law Review* 75 (2006). [↑](#footnote-ref-12)
13. *Véase,* en general, Joseph M. Lynch, *Negotiating the Constitution: The Earliest Debates Over Original Intent* (1999). [↑](#footnote-ref-13)
14. *Véase,* Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (1997). [↑](#footnote-ref-14)
15. *Véase*, por ejemplo: Caleb Nelson, *Originalism and Interpretive Conventions*, 70 *University of Chicago Law Review* 519–598 (2003); Keith E. Whittington, *The New Originalism*, 2 *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 599 (2004); *véase*, en general, Jonathan O’Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History* (2005). [↑](#footnote-ref-15)
16. *Véase,* Lawrence Lessig, *Fidelity in Translation*, 71 *Texas Law Review* 1165 (1993); *véase*, en general, Michael McConnell, *Originalism and the Desegregation Decision*s, 81 *Virginia Law Review* 947 (1995). [↑](#footnote-ref-16)
17. *Véase, supra* notes 3 a 9y el texto que las acompaña. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Véase*, en general, Jack N. Rakove, *The Original Intention of Original Understanding*, 13 *Constitutional Commentary* 159 (1996). [↑](#footnote-ref-18)
19. *Véase*, en general, Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *Boston University Law Review* 204–238 (1980); Jefferson H. Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 *Harvard Law Review* 885 (1985). [↑](#footnote-ref-19)
20. *Véase*, en general, Erwin Chemerinsky, *Foreword: The Vanishing Constitution*, 103 *Harvard Law Review* 43–102 (1989). [↑](#footnote-ref-20)
21. Un caso pertinente es el que proporcionan las opiniones modernas, al cancelar la acción afirmativa, tras décadas de aprobación judicial. Esto a pesar del ejemplo de la Freedmen’s Bureau, promulgada en ley por los mismos redactores de la Decimocuarta Enmienda. *Véase* *infra* notes 23–34 y el texto que las acompaña. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Véase*, en general, Herman Belz, *The Civil War Amendments to the Constitution: The Relevance of Original Intent,* 5 *Constitutional Commentary* 122 (1988); Earl M. Maltz, *The Fourteenth Amendment and the Law of the Constitution* (2003); *véase* también nota23 *infra*. [↑](#footnote-ref-22)
23. Véase, Randy E. Barnett, *Whence Come Section One? The Abolitionist Origins of the Fourteenth Amendment*, 3 *Journal of Legal Analysis* 165 (2011); Horace Edgar Flack, *The Adoption of the Fourteenth Amendment* (1908). [↑](#footnote-ref-23)
24. *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. 181 (2023). [↑](#footnote-ref-24)
25. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022). [↑](#footnote-ref-25)
26. *Véase*, por ejemplo, Derrick Bell, *Silent Covenants: Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform* (2004); Erwin Chemerinsky, *The Segregation and Resegregation of American Public Education: The Courts’ Role*, 81 *University of North Carolina Law Review* 1597 (2003); *véase* también, Stephanie M. Wildman, *The Legitimation of Sex Discrimination: A Critical Response to Supreme Court Jurisprudence*, 63 *Oregon Law Review* 265 (1984); Julie A. Nice, *The Gendered Jurisprudence of the Fourteenth Amendment* en *Research Handbook on Feminist Jurisprudence* (Robin West y Cynthia Grant Bowman eds., 2019). [↑](#footnote-ref-26)
27. Para mayor elaboración, véase *supra* note 1 y las fuentes allí citadas. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Véase*, en general, James E. Jones, Jr., *Origins of Affirmative Action,* 21 *University of California Davis Law Review* 383 (1988). [↑](#footnote-ref-28)
29. *Véase*, por ejemplo, Barnett, *supra* note 23. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Véase,* Charles R. Lawrence III, *“Justice” or “Just Us”: Racism and the Role of Ideology*, 35 *Stanford Law Review* 831 (1983). [↑](#footnote-ref-30)
31. *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873). [↑](#footnote-ref-31)
32. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013). [↑](#footnote-ref-32)
33. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “[In] this last enactment [of the VRA], not a single vote in the Senate against it. … That's the—that's the concern that those of us who—who have some questions about this statute have. It's—it's a concern that this is not the kind of a question you can leave to Congress. There are certain districts in the House that are black districts by law just about now. … Even the name of it is wonderful: The Voting Rights Act. Who is going to vote against that in the future?” *Ídem*. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Véase,* Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 *Stanford Law Review* 317 (1987). [↑](#footnote-ref-34)
35. Robert Post y Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution*, 75 *Fordham Law Review* 566–567 (2006). [↑](#footnote-ref-35)
36. *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). Para antecedentes adicionales, sobre el afianzamiento de la política reaccionaria en los Estados Unidos mediante la guerra cultural, *véase,* Kevin Phillips, *The Emerging Republican Majority* (1969). [↑](#footnote-ref-36)
37. *Ídem*; *véase* también, *supra* notes 1 y 2 y las fuentes allí citadas. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Véase,* Francisco Valdes, *Culture, “Kulturkampf” and Beyond: The Antidiscrimination Principle under the Jurisprudence of Backlash*, 247 en *The Blackwell Companion to Law and Society* (Austin Sarat, ed., 2003). [↑](#footnote-ref-38)
39. *Véase,* Reva Siegel, *Foreword: Equality Divided*, 127 *Harvard Law Review* 1 (2013). [↑](#footnote-ref-39)
40. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) (Stevens, J., disidente). [↑](#footnote-ref-40)