**Cultura, "Kulturkampf" y más allá: El principio de antidiscriminación bajo la jurisprudencia del retroceso**

Francisco Valdés

The Blackwell Companion to Law and Society 247 (Austin Sarat ed., 2003)

**Introducción**

El arco de la historia es largo, como observó una vez Martin Luther King, Jr., y no le corresponde a una sola generación ver cumplidas sus esperanzas. Pero el arco de la historia nunca es lineal; tiene dimensiones múltiples; está lleno de contradicciones e interrupciones; se despliega de forma irregular; y siempre depende del contexto. Está en cambio constante. El “arco” de la historia no es un destino predeterminado. Es la suma momentánea de la experiencia social, más un sentido de trayectoria contextualizado, desde una perspectiva intergeneracional. Durante los últimos dos siglos, más o menos, el arco de la historia ha trazado un desplazamiento nacional lento y difícil. Ese desplazamiento va desde la subordinación formal hacia la igualdad formal. Culmina en la adopción formal del principio antidiscriminatorio, durante las décadas centrales y finales del siglo veinte, bajo la concepción liberal —y la promesa— de la "”gualdad de oportunidades”.

Contra este trasfondo histórico, quizás el desarrollo más notable en el derecho constitucional reciente sobre “igualdad” y “antidiscriminación” (dentro de los Estados Unidos) ha sido la aparición paralela de las jurisprudencias de la “periferia” (outsider) y de la “reacción” (backlash), desde la academia jurídica. Ambas responden a las promesas sociológicas y jurídicas del liberalismo, y también a sus realidades. Aunque en este periodo surgieron muchas otras corrientes vivas y agudas, tanto dentro como fuera del ámbito jurídico académico, estas dos representan las descripciones más, marcadamente contrastantes, del liberalismo, así como las propuestas jurisprudenciales más divergentes sobre los pasos siguientes, ante el legado problemático del liberalismo en materia de antidiscriminación.

Hoy en día, estas dos formaciones jurisprudenciales se encuentran enfrascadas en una lucha decidida por el rumbo del arco de la historia, en la articulación nacional (e internacional) de los valores “liberales”. Estos valores, que surgieron en la segunda mitad del siglo veinte, tras la Segunda Guerra Mundial, en Estados Unidos se conocen como el “principio antidiscriminatorio” o los valores de antidiscriminación[[1]](#footnote-1). Sin embargo, ambos campos se encuentran ubicados de forma muy distinta en términos estructurales y políticos. En las últimas dos décadas, la jurisprudencia de reacción ha salido de sus orígenes en la academia jurídica nacional y hoy ocupa los tribunales federales. Desde allí inscriben sus preferencias en el derecho. La jurisprudencia periférica, por su parte, permanece principalmente en la academia. Desde allí, elaboran los saberes, los métodos y los principios, que podrían orientar un resurgimiento jurídico de la igualdad, en algún momento del futuro.

La pregunta fundamental, sobre la que ambos campos giran, es si la marcha histórica de la nación debe continuar o retroceder. Para quienes representan la reacción, el imperativo es un retorno a la “tradición”, mientras que para quienes se sitúan en la periferia, la necesidad es un cambio social orientado a la “antipriorización” o antisubordinación. En cuanto a sus fundamentos normativos y orientaciones doctrinales, el primer grupo mira hacia el pasado, mientras que el segundo dirige su mirada hacia los márgenes. Estos desarrollos jurisprudenciales paralelos representan así un proceso simultáneo y en tensión, de expansión teórica y contracción doctrinal, que refleja un fenómeno sociopolítico más amplio y volátil.

Este fenómeno más amplio —denominado, explícitamente, kulturkampf, por Antonin Scalia, en su disenso frente al fallo del Tribunal Supremo en Romer v. Evans[[2]](#footnote-2)— se ha descrito, de forma más general y frecuente, como las “guerras culturales” [[3]](#footnote-3) de las últimas décadas. Estas guerras culturales, complejas y multidimensionales, se libran con el reconocimiento manifiesto de que la cultura siempre implica poder. Por lo tanto, es, parcialmente, responsable de las diferencias en la capacidad de los individuos y los grupos para definir y satisfacer sus necesidades. Estas guerras culturales se presentan como una disputa por el “alma” de la nación: en efecto, por el poder de establecer normas, parámetros y resultados, entre y a través de los distintos grupos sociales, con el fin de resucitar castas identitarias repudiadas e ideologías supremacistas. Estas guerras culturales —que incluyen su dimensión jurisprudencial y denominamos “jurisprudencia de retroceso”— representan una contrarrevolución jurídica, ideológica y cultural. Esta busca reafirmar los “valores tradicionales” eurocéntricos, basados en imperativos coloniales que ya fueron cuestionados, durante la segunda mitad del siglo veinte, por las reformas liberales que facilitaron y permitieron un cambio social limitado[[4]](#footnote-4).

En gran medida, el llamado “principio antidiscriminatorio” en el derecho constitucional —en su pasado, presente y futuro— es el escenario de muchos de los temas y los combates que configuran las guerras culturales. Este principio prohíbe la discriminación invidiosa, o el ánimo hostil, contra cualquier persona con base en identidades sociales como la raza, el sexo y otras semejantes. Sin embargo, esas identidades sociales fueron el fundamento del derecho y de la sociedad coloniales. Es importante notar que fueron, formalmente, repudiadas como derecho, con la promulgación de las Enmiendas de la Reconstrucción, incluida la garantía de “igual protección” de la Decimocuarta Enmienda. No obstante, las agendas reaccionarias de las guerras culturales promueven un “regreso” a una “tradición” que valoriza las castas identitarias coloniales, basadas en la supremacía blanca, el patriarcado y otras ideologías similares. El principio antidiscriminatorio, aun con sus límites, se interpone ante esas agendas tradicionalistas y sus jerarquías sociojurídicas. Así, aunque se pueden utilizar enfoques múltiples para comprender los desarrollos recientes en el derecho, la política y la jurisprudencia de la antidiscriminación, las guerras culturales en curso en los Estados Unidos ofrecen un marco social con un poder explicativo fuerte.

Contra este trasfondo histórico, y en el contexto contemporáneo, el estado actual de la jurisprudencia puede describirse, en términos generales, como la coexistencia de tres concepciones básicas de la “igualdad” —o de una sociedad socialmente justa— a través del derecho y la política de “antidiscriminación”:

1. la concepción de “igualdad formal” propia de la jurisprudencia liberal, que triunfó entre las décadas de 1930 y 1970, al afirmar el rechazo de la discriminación de jure y que, aunque sigue generalmente presente en el entramado jurídico, se encuentra cada vez menos arraigada;
2. la concepción neocolonialista, “originalista” o tradicionalista de la jurisprudencia de retroceso, que surge en las décadas de 1970 y 1980, con el propósito de “revertir” los efectos sociales —reales y percibidos— de los triunfos formales del liberalism. Esta hoy logra, de forma creciente, derogar o debilitar los legados jurídicos y sociales del liberalismo en materia de antidiscriminación, como parte de una guerra cultural más amplia y reaccionaria contra el progreso alcanzado desde el New Deal; y
3. la concepción de “antisubordinación” de la jurisprudencia crítica periférica, que emergió en la década de 1980. Esta busca ampliar las conquistas del liberalismo para superar sus limitaciones, tanto sociales como materiales. Al mismo tiempo , resiste el ascenso de la reacción y la contracción del derecho, que amenaza con revertir los avances sociales en materia de antidiscriminación.

Con las guerras culturales como telón de fondo, este ensayo presenta y describe el estado actual. Nos enfocamos en estas tres “escuelas” principales del pensamiento antidiscriminatorio, en los Estados Unidos; especialmente, según se reflejan en las re/interpretaciones constitucionales de la “igualdad” en diversos contextos sociales y jurídicos.

**La promesa constitucional del liberalismo: ¿igualdad de oportunidades, acción afirmativa y ... ?**

El trasfondo del estado actual del derecho antidiscriminatorio está marcado por la coincidencia entre el predominio relativamente constante del liberalismo[[5]](#footnote-5) en el Congreso federal, el Poder Ejecutivo y el Tribunal Supremo, durante las décadas de 1930 a 1980. Además de un periodo de agitación nacional caracterizado por movimientos de “liberación” como el movimiento obrero, el movimiento por los derechos civiles, el movimiento por los derechos de las mujeres, el movimiento estudiantil contra la guerra, el movimiento de liberación gay, lésbico y bisexual, y el movimiento ambientalista[[6]](#footnote-6). Esa coincidencia histórica dio lugar a la llamada “segunda Reconstrucción”: un conjunto de leyes federales, órdenes ejecutivas y precedentes constitucionales que, en conjunto, representaron el rechazo formal más reciente del respaldo jurídico federal, a las estructuras neocoloniales, de subordinación sistémica[[7]](#footnote-7).

Ese rechazo se centró, en gran medida, en categorías como “raza, color, credo, origen nacional y sexo”: algunos de los ejes identitarios principales que, a lo largo de la historia del país, se habían utilizado jurídica y culturalmente, para elevar por encima del resto de la sociedad a aquellas personas y grupos vinculados con ciertos sectores de los inmigrantes “originales”, que colonizaron América del Norte y los territorios circundantes. Sin embargo, las luchas necesarias para lograr ese rechazo —nacional, gradual y aún inconcluso— dieron lugar a una conciencia nueva y más amplia, de carácter “crítico”, sobre la “identidad” y la “diferencia” en su relación con el derecho y la igualdad. Esa conciencia contribuye a explicar tanto la jurisprudencia periférica como la jurisprudencia de reacción.

Por ejemplo, el enfoque formal y normativo en la “igualdad de oportunidades”, como objetivo de la reforma jurídica liberal, separó, efectivamente, la “oportunidad” teórica de la realidad social. Esto permitió a los grupos dominantes calmar la conciencia nacional, sin necesidad de renunciar, materialmente, a beneficios obtenidos de manera ilegítima[[8]](#footnote-8). De forma similar, la aceptación doctrinal y jurisprudencial del “daltonismo jurídico”, como respuesta ideal a generaciones de subordinación de jure, cegó al derecho frente a desigualdades arraigadas y realidades sociales concretas. Así se creó una brecha profunda entre las ficciones jurídicas de “igualdad formal” —las palabras sobre el papel— y la experiencia vivida, de las personas reales, en su vida cotidiana[[9]](#footnote-9).

En estas condiciones, se produce una disociación entre el derecho escrito y el derecho vivido en la sociedad: el daltonismo formal del derecho no le permite “ver” la conciencia racial, que existe en la vida social[[10]](#footnote-10). Como resultado, la igualdad formal bajo el principio antidiscriminatorio no logra generar transformación social. En lugar de eso, la “igualdad de oportunidades” en el empleo, la educación y otras esferas se convirtió en una invocación legalmente exigida y bien intencionada en todas las instituciones, tanto públicas como privadas, aun cuando el statu quo de desigualdades grupales normalizadas y basadas en la identidad permanecía evidente y, no pocas veces, se agravaba[[11]](#footnote-11). La persistencia de desigualdades estructurales y sistémicas —así como de desigualdades cotidianas—, basadas en antiguas castas identitarias, dio lugar, con el tiempo, a la aparición de académicas y académicos “periféricos” dedicados a explicar, o deconstruir, esa persistencia desconcertante.

**Jurisprudencia crítica desde fuera: Antisubordinación y Transformación-los «OutCrits»**

A comienzos y mediados de la década de 1980, académicas y académicos periféricos se sintieron atraídos por las conferencias de estudios jurídicos críticos (critical legal studies) y por las redes “posliberales” afines, con el fin de explorar la estratificación socioeconómica persistente de la sociedad estadounidense, a pesar de décadas de reformas legales. Sin embargo, el enfoque de los estudios jurídicos críticos en torno a la “clase” no permitía incorporar fácilmente el estudio de las “intersecciones”: es decir, la interacción entre ejes de posicionamiento sociológico y jurídico múltiples que, en conjunto, producen patrones complejos de privilegio o subordinación, basados en la “identidad”. Entre esos ejes se encuentran, por ejemplo, las interacciones entre identidades basadas en clase, raza, género y orientación sexual.

Debido al énfasis marcado en la “clase”, dentro de las redes críticas de aquel momento, el estudio crítico de otras desigualdades basadas en la identidad pasó a un segundo plano. Los académicos periféricos cuestionaros esta situación. Como consecuencia, hacia mediados y finales de los años ochenta, se produjo una “ruptura” entre los estudios jurídicos críticos y las y los académicos periféricos, vinculados al movimiento Crit, en su mayoría mujeres y personas pertenecientes a minorías raciales y étnicas[[12]](#footnote-12). Estas personas fueron quienes, desde entonces, fundaron el campo que hoy se conoce como jurisprudencia crítica periférica (critical outsider jurisprudence), compuesto por distintos cuerpos de literatura que se superponen y que se enfocan en diversas identidades y en sus interacciones. Todo esto con el fin de analizar cómo esas intersecciones crean o perpetúan sistemas de castas identitarias, a pesar de más de un siglo de reformas.

Al ampliar el enfoque jurídico crítico centrado en la clase, las académicas feministas, de principios y mediados de la década de 1980, colocaron el sexo y el género en el centro del análisis. Por su parte, las académicas y los académicos de color inauguraron, en 1989, los talleres de verano de teoría crítica racial, con el propósito de recuperar el impulso por la justicia racial, ante los efectos sociales limitados de la igualdad formal. De ese proceso también surgió el feminismo crítico racial[[13]](#footnote-13). Durante esos años, también emergieron otras escuelas o géneros de jurisprudencia crítica periférica, con el fin de visibilizar desigualdades ignoradas, prolongadamente, basadas en identidades sociales, condiciones históricas y trayectorias colectivas. Entre ellas se encuentran los inicios de la producción jurídica asiático-estadounidense, las conferencias anuales LatCrit y los estudios jurídicos Queer. En conjunto, estas corrientes de académicas y académicos OutCrit[[14]](#footnote-14) aspiran a transformar las castas identitarias arraigadas, y no simplemente a reformarlas[[15]](#footnote-15).

Como sugiere, el término OutCrit señala tanto la posición social (periférica) como la postura analítica (crítica) de estas formaciones múltiples y diversas, frente al derecho y la cultura. Sin embargo, cada género o vertiente de la jurisprudencia periférica surgió a su manera, a través de una serie de encuentros y conferencias diversos, a veces superpuestos; algunos de los cuales continúan hasta hoy y otros que ya no se celebran. Aunque sus orígenes pueden vincularse a eventos específicos, la jurisprudencia crítica periférica inició entonces un proceso de expansión y evolución que continúa hasta el presente, a pesar de las condiciones hostiles, tanto en el ámbito jurídico como en la sociedad.

Por ejemplo, a fines de la década de 1980, cuando comenzaba a gestarse la jurisprudencia periférica, dos tercios de todas las facultades de derecho tenían uno o ningún profesor racializado: el 30 por ciento de las escuelas de derecho no contaba con docentes de color y otro 34 por ciento incluía solamente uno. Una encuesta, ampliamente citada, de la Society of American Law Teachers, que analizó los patrones raciales y de género en la contratación, retención y despido de profesorado jurídico en Estados Unidos, informó en 1988 —quizás el momento histórico preciso en que se consolidaba la jurisprudencia periférica— que una “facultad típica de derecho contaba con treinta y un integrantes, incluyendo quienes enseñaban en aulas o clínicas, así como quienes ocupaban cargos de bibliotecarios principales o decanos académicos. De esas treinta y una personas… una era negra, hispana u otra minoría [y] cinco eran mujeres”. Este escenario institucional dio lugar a las llamadas “sociedades de uno”, que caracterizaron la representación del profesorado no blanco en las facultades “típicas” durante los años ochenta. Hacia mediados de la década de 1990, las facultades de derecho promediaban 3.4 docentes de color y 16.7 mujeres por escuela[[16]](#footnote-16).

A pesar del siglo previo de mandatos de igualdad formal, la experiencia vivida por los grupos, tradicionalmente, subordinados hacia el final del siglo veinte —según se refleja tanto en los relatos jurídicos de las y los académicos periféricos, como en los datos estadísticos de estudios gubernamentales y otras investigaciones— seguía estancada en los legados del siglo XVIII y del siglo XIX. Dada la hegemonía casi absoluta de estos hechos sociales y profesionales, no sorprende que la narrativa se convirtiera en una de las primeras técnicas críticas utilizadas por quienes fundaron la jurisprudencia periférica. A través de la narrativa, nombraban y documentaban una realidad social y personal negada: la persistencia generalizada de una discriminación con estructuras de casta, a pesar de décadas de igualdad formal y del abundante discurso social e institucional sobre el “progreso.”

Aunque la narrativa jurídica crítica comenzó con anécdotas personales, profesionales y sociales, las y los académicos periféricos reconocieron el carácter estructural y sistémico de los guiones sociales reflejados en esas experiencias[[17]](#footnote-17). Observaron que los conceptos antidiscriminatorios que sustentaban la igualdad formal creaban una “ilusión” que debía ser atravesada, para lograr avances reales en la vida cotidiana[[18]](#footnote-18). Para anclar normativamente su proyecto, dirigieron la mirada “hacia abajo”, redirigieron la búsqueda de conocimiento sustantivo desde las élites que se benefician de la desigualdad hacia quienes la viven y la comprenden[[19]](#footnote-19). Al reconocer y documentar la simbiosis entre igualdad formal y desigualdad real, las y los académicos OutCrit comenzaron a desarrollar una base alternativa: el principio de antisubordinación, concebido para enfrentar castas grupales arraigadas y promover la transformación social[[20]](#footnote-20).

A su vez, sin embargo, las y los Crits llegaron a comprender que la transformación social o sistémica requiere la construcción de coaliciones dentro de los grupos y entre ellos. Además, que estos esfuerzos de coalición deben anclarse no en momentos estratégicos de convergencia de intereses, ni en la coincidencia de identidades “esencializadas”, sino en principios sustantivos de antisubordinación, generados colectivamente y practicados de manera recíproca. Concluyeron que el trabajo de coalición exige análisis críticos y autocríticos, que orienten una acción basada en principios. En su intento de resistir el retroceso sustantivo del derecho interno, bajo los regímenes dominantes de jurisprudencia de retroceso y guerras culturales, las y los académicos periféricos comenzaron a articular una visión del mundo desde abajo, junto con el vocabulario necesario para expresarla, y los métodos para documentarla y encarnarla.

Como indica este resumen, el surgimiento de la jurisprudencia periférica coincidió con un aumento limitado en la incorporación de académicas y académicos (y estudiantes) provenientes de grupos, tradicionalmente, excluidos de la academia jurídica. por motivos de raza, etnia, sexo u orientación sexual. Ese aumento fue posible, en gran medida, gracias a las propias reformas del liberalismo. Desde una perspectiva histórica y sustantiva, tal vez el aspecto más significativo de este surgimiento es que marcó, por primera vez, la formación de una intelligentsia identificada como periférica, dentro de la academia jurídica estadounidense. Esta intelligentsia está dedicada no a la promesa del antidiscriminación ni al estrellato académico “imperial”, sino a los imperativos de la antisubordinación[[21]](#footnote-21).

Subrayar la distinción entre ambos enfoques resulta clave: el principio antidiscriminatorio del liberalismo es formalmente daltonista, se enfoca solo en individuos y promete, únicamente, igualdad de oportunidades en términos abstractos. Por eso, no puede identificar —y mucho menos enfrentar— las fuentes estructurales o sustantivas de la desigualdad. Solo responde a la discriminación “intencional”, mediante remedios atomizados e individualizados. El principio de antisubordinación, en cambio, se orienta a corregir desigualdades colectivas que han persistido, prolongadamente, como verdaderos sistemas de casta. De este modo, el análisis antisubordinación traslada la atención a las condiciones sociales reales y a su transformación material, pensando en los grupos como tales. Bajo el principio de antisubordinación, el reconocimiento formal de derechos es solo un paso hacia la igualdad, no su objetivo ni su fin. La distinción entre “antidiscriminación” y “antisubordinación” implica, por tanto, un cambio en los principios y los propósitos fundacionales, que orientan la formulación del derecho y la política de la igualdad, un cambio al que la jurisprudencia de reacción se opone de forma diametral.

**Jurisprudencia del retroceso: Legalizar la reacción, el repliegue y la sustitución**

La jurisprudencia de retroceso no solo busca impedir la transformación social, promovida por el principio de antisubordinación, sino también restringir el propio principio de antidiscriminación. Sin repudiar abiertamente la igualdad formal, esta jurisprudencia intenta frenar avances sociales bajo ese principio e incluso revertir los cambios logrados durante las últimas décadas, precisamente, en nombre de la igualdad formal. Al igual que la jurisprudencia crítica periférica, la jurisprudencia de retroceso constituye una respuesta, políticamente consciente y socialmente sensible, a los legados diversos del liberalismo. Sin embargo, es una respuesta directamente opuesta. Al igual que en el caso de las y los *Crits* y de las voces periféricas, la aparición de la producción académica y jurisprudencial reaccionaria, dentro de la academia jurídica estadounidense, puede vincularse a eventos específicos ocurridos entre principios y mediados de la década de 1980.

Desde el punto de vista jurisprudencial, estos orígenes centralizados y su desarrollo derivan, en gran medida, de la llamada “Federalist Society” y de su promoción del “originalismo” como una forma de volver a congelar la sociedad, según la imagen de la década de 1790. Formalmente establecida en 1982, esta organización funciona como un punto central de incubación para la jurisprudencia reaccionaria. La “Federalist Society” está organizada en diversas divisiones. Incluye una red de organizaciones estudiantiles, en escuelas de derecho de todo el país, que funcionan como “capítulos” y que contribuyen a establecer revistas estudiantiles de “derecho y política”. Estas publicaciones conforman, en efecto, una red de medios que construyen un “discurso” destinado a la difusión de ideas reaccionarias.

Desde su fundación, la “Federalist Society” se ha convertido no solo en el centro intelectual para la formulación y enseñanza de estas ideas en forma de jurisprudencia reaccionaria, sino también en un espacio principal para formar guerreros culturales y canalizarlos hacia las profesiones jurídicas, con el propósito de implementar el retroceso como “derecho y política”. En particular, la “Federalist Society” se ha transformado en un canal, sorprendentemente, directo hacia el poder judicial federal y hacia otros aparatos jurídicos y normativos del gobierno federal[[22]](#footnote-22).

En consecuencia, la jurisprudencia reaccionaria representa hoy más que una corriente de producción académica jurídica: en el contexto de la guerra cultural, constituye el componente jurídico de esas guerras. Al igual que otras formaciones jurisprudenciales, no se trata de un fenómeno monolítico. Sin embargo, la producción académica y la práctica jurisprudencial del retroceso poseen una historia, relativamente, centralizada en cuanto a sus orígenes, desarrollo y formas de acción. De hecho, quienes impulsan el retroceso parecen tener más éxito que las y los Crits, en organizar redes capaces de traducir sus ideas en derecho formal; incluso mediante el uso activo de la revisión judicial.

Para la década de 1990, esta “Federalist Society” representaba un tercio del Tribunal Supremo: Antonin Scalia, Clarence Thomas y el presidente del tribunal, William Rehnquist, son considerados, generalmente, como miembros; aunque la membresía es un secreto bien guardado dentro de un grupo que, por lo demás, se orienta abiertamente a la visibilidad pública. Los patrones de conducta de estos tres jueces muestran que seleccionaban para los puestos codiciados de clerkships únicamente —o principalmente— a estudiantes provenientes de las redes estrechamente tejidas de la “Federalist Society”. Uno de los tres —Antonin Scalia— fundó uno de los capítulos locales de la “Federalist Society”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, mientras formaba parte de su profesorado.

A través de esta “Federalist Society”, las y los académicos del retroceso se propusieron, en la década de 1980, establecer el marco jurídico para el retroceso social. Supuestamente, bajo la apariencia de crear un enfoque “basado en principios”, para el derecho constitucional, juristas y jueces reaccionarios sostienen que las interpretaciones constitucionales deben priorizar la “intención original” y la “historia” o la “tradición”. Según estos “originalistas”, así se garantiza que las y los designados judiciales ejerzan el poder público sobre bases distintas de la política, los valores o la ideología personales. Esta metodología, afirman, permite una aplicación “principista” de normas jurídicas “neutrales”, que legitiman el derecho y lo distinguen de la política[[23]](#footnote-23). Sin embargo, los textos y los actos de las y los juristas del retroceso confirman que la ideología política constituye su principio organizador fundamental.

Los pronunciamientos de cinco jueces designados, en nombre del Tribunal Supremo en Bowers v. Hardwick (1986) [[24]](#footnote-24), ofrecieron una visión temprana del futuro que se avecinaba.Tras exponer una “historia” errónea, para invocar la “tradición” como barrera frente al reconocimiento igualitario de la intimidad entre personas del mismo o de distinto sexo[[25]](#footnote-25), la mayoría de cinco jueces declaró: “La Corte es más vulnerable y se acerca más a la ilegitimidad cuando se ocupa de derecho constitucional creado por jueces que tienen raíces escasas o nulas en el lenguaje o diseño de la Constitución”[[26]](#footnote-26).

Esta dependencia casual, tanto de la tradición como del federalismo, para trazar una línea doctrinal fue premonitoria. Desde entonces, la invocación repetida pero estratégica de la historia, la tradición y el federalismo se ha convertido en un recurso casi ritual. Lo utilizan para imponer límites cada vez más estrictos a los remedios antidiscriminatorios y a los derechos civiles en general, tanto bajo la Constitución federal como bajo otras fuentes del derecho. De hecho, como señalado, ampliamente, el proceso reinterpretativo de la jurisprudencia reaccionaria invierte de manera efectiva el derecho antidiscriminatorio, para autorizar y legitimar patrones “tradicionales” de discriminación y sus efectos sociales de estratificación (Aoki, 1996; Crenshaw, 1988; Wildman, 1984).

Tres años más tarde, durante el periodo 1989, quedó claro que Bowers era parte de un cálculo mucho más amplio. Tres de las decisiones emitidas en 1989 —Atonio v. Wards Cove Packing Co. [[27]](#footnote-27), Inc., City of Richmond v. A. Croson Co. [[28]](#footnote-28), y Patterson v. McLean Credit Union[[29]](#footnote-29)— ejemplifican la jurisprudencia reaccionaria y su hostilidad social hacia los derechos civiles, a pesar de hacer una adhesión formal al principio antidiscriminatorio[[30]](#footnote-30). Desde ese trío de decisiones, con la excepción posible de Grutter v. Bollinger[[31]](#footnote-31), solo personas blancas han prevalecido ante el Tribunal Supremo, bajo la cláusula de protección igualitaria de la Constitución federal. En cada uno de esos casos, la victoria fue para revertir programas de “acción afirmativa” diseñados, sobre todo, para interrumpir patrones auto-perpetuados de desigualdad. Estos patrones están arraigados, históricamente, por vía legal. Los programas buscaban materializar, socialmente, la “igualdad de oportunidades” prometida por la igualdad formal.

Esta inversión asombrosa, en la aplicación social del principio antidiscriminatorio, se logró a través de anulaciones de precedentes directos y de tendencias en curso, que habían trazado el arco de la historia reciente, tanto en el ámbito nacional como internacional. Como expresó el juez Thurgood Marshall poco después: “El enfoque del Tribunal en los casos de derechos civiles ha cambiado marcadamente… Es difícil caracterizar las decisiones del último término como algo distinto a un repliegue deliberado de la agenda de los derechos civiles” [[32]](#footnote-32).

Así, entre las décadas de 1980 y 1990, mientras surgía la jurisprudencia crítica periférica, la producción académica reaccionaria ya se transformaba en jurisprudencia reaccionaria. En ese proceso, los precedentes “liberales” comenzaron a ser revocados cada vez con más frecuencia. La revisión doctrinal se intensificó y la política del retroceso y la sustitución empezó a consolidarse. Esta regresión quedó ejemplificada —y expuesta plenamente— en 1995, con la opinión de mayoría 5-4 en Adarand Constructors, Inc. v. Peña[[33]](#footnote-33): una reescritura audaz del derecho y de la historia, sin fundamento ni justificación alguna, como se ha señalado de manera clara y reiterada, tanto en ese momento como posteriormente[[34]](#footnote-34).

Mediante herramientas tanto doctrinales como procesales[[35]](#footnote-35), estas y otras decisiones similares de la jurisprudencia reaccionaria contribuyen a reconsolidar jerarquías “tradicionales”. Bajo estas, los grupos, personas o intereses asociados con las “tradiciones” anglosajonas, blancas, cristianas y heterosexuales son, sistemática y culturalmente, elevados por encima de personas, sectores o aspectos de la sociedad vinculados con tradiciones no anglosajonas, no blancas, no cristianas y no heterosexuales[[36]](#footnote-36).

El patrón de resultados documentado de la jurisprudencia reaccionaria refleja, de forma consistente, las políticas y las agendas reaccionarias propias de las guerras culturales. Una y otra vez, como muestran los casos ilustrativos anteriores, cuando el poder estatal se emplea a favor de grupos históricamente subordinados o para sostener, de alguna forma, el legado “liberal” del siglo veinte, dicha acción estatal es invalidada o restringida judicialmente, ya sea de manera directa, mediante pronunciamientos sustantivos, o de forma indirecta, a través de obstáculos procesales y similares. En contraste, cuando el poder del Estado se ejerce en favor de los grupos “tradicionales” —es decir, neocoloniales— o para desmontar el legado liberal, esas acciones son acogidas, elogiadas y validadas por el poder judicial. Con el tiempo, esta transición de la producción académica reaccionaria hacia una jurisprudencia reaccionaria se ha vuelto parte integral del éxito de la guerra cultural reaccionaria, dirigida contra los grupos tradicionalmente excluidos y en beneficio de los grupos tradicionalmente dominantes[[37]](#footnote-37).

**Las guerras culturales: reforma jurídica, resistencia neocolonial y conflagración social**

Al igual que en los casos de la jurisprudencia reaccionaria y de la jurisprudencia periférica, los indicios iniciales de las guerras culturales actuales se remontan a las décadas de 1970 y 1980, cuando las iniciativas liberales en materia de antidiscriminación, impulsadas en décadas anteriores, comenzaron a ser cada vez más impugnadas desde frentes diversos. Sin embargo, el momento de su declaración oficial ocurrió en 1992, desde el podio de la Convención Nacional del Partido Republicano, cuando el aspirante presidencial Patrick Buchanan declaró explícitamente la existencia de una “guerra cultural” por el “alma de Estados Unidos” [[38]](#footnote-38). Desde entonces, la invocación de la “guerra cultural”, como explicación y como motor de la acción social, jurídica y política, se ha expandido de forma incendiaria, a lo largo del derecho constitucional estadounidense y en todos los ámbitos de la sociedad.

Cabe destacar que el uso explícito de este término en opiniones judiciales publicadas no se limita a la invocación de “kulturkampf” por parte de Scalia en sus disensos en Romer v. Evans[[39]](#footnote-39) y Lawrence v. Texas[[40]](#footnote-40). Las guerras culturales, entonces, no son una construcción teórica, sino un fenómeno cada vez más documentable y concreto, tanto en sus dimensiones jurídicas como sociales y discursivas. Los tres frentes —o prongs— de ataque de las guerras culturales abarcan: la política electoral y la legislación; los nombramientos judiciales y el poder de revisión; y el uso estratégico del gasto público. Estos frentes buscan articular una campaña de “reconquista”, centrada en el principio antidiscriminatorio y en los legados liberales asociados a él[[41]](#footnote-41).

El primero de estos frentes —el uso dirigido de la política mayoritaria para derogar o debilitar legislación o precedentes “liberales”— es el principal, ya que prepara el terreno para los otros dos. La segunda línea de ataque consiste, lisa y llanamente, en el embalaje judicial (court packing), aunque ejecutado a una escala masiva y cada vez más organizada. La tercera línea de ataque es el control selectivo del poder federal de gasto, para financiar o desfinanciar programas o políticas específicas, según convenga, con el fin de lograr retrocesos de facto que no pueden imponerse de manera directa o generalizada.

La naturaleza, mutuamente reforzada, de estos tres frentes quedó claramente ilustrada en 1991 por los hechos y opiniones del caso Rust v. Sullivan[[42]](#footnote-42). Este fue un caso paradigmático, en el que el Tribunal Supremo avaló, sin reservas, la desfinanciación federal selectiva de programas que ofrecían información relacionada con el aborto. Esta información era necesaria para tomar una decisión informada, en tiempos en que la elección reproductiva aún era un derecho constitucional. En este caso particular, la política electoral del primer frente generó legislaturas con la voluntad y el ánimo de atacar los derechos de las mujeres, mediante un retroceso sistemático y estratégico.

En conjunto, el segundo frente produjo un tribunal “supremo” dispuesto a debilitar los derechos reproductivos, en términos jurisprudenciales, y a blindar leyes discriminatorias o abusivas, frente a impugnaciones efectivas. Finalmente, y de manera sinérgica, el tercer frente —la desfinanciación selectiva— actuó en conjunción con los otros dos, para producir y proteger la ley federal de gasto discriminatorio. De esta forma interactiva, los programas y las políticas públicas que funcionan como redes de apoyo vital, para comunidades vulnerables, se ven amenazados o desmantelados. Inclusive cuando los promotores del retroceso no han logrado (todavía) reunir el poder necesario para imponer un retroceso directo y sustantivo, del “derecho” o “beneficio” en cuestión[[43]](#footnote-43).

Al igual que las guerras culturales en general, la jurisprudencia reaccionaria fusiona ideologías supremacistas y eurocéntricas, exportadas globalmente, a través del colonialismo europeo, la conquista y el comercio[[44]](#footnote-44). Esta combinación, tanto en el pasado como en el presente, favorece al varón blanco europeo, propietario, heterosexual y cristiano. Favorece las culturas e imágenes asociadas a lo europeo: costumbres, lenguas, religiones y fenotipos. Desfavorece, en cambio, a las minorías raciales y étnicas, a los credos no cristianos, a las mujeres, a los pueblos indígenas, a las disidencias sexuales, a las personas migrantes (especialmente las no europeas), a las personas con discapacidades y a otros grupos históricamente desposeídos de poder.

En suma, esta fusión reproduce las corrientes predominantes del racismo, nativismo, androsexismo, heterosexismo y chauvinismo cultural europeo que, durante siglos de colonialismo, se exportaron globalmente y que hoy se ven reforzadas mediante procesos sociales, económicos, culturales, jurídicos y políticos, ligados a la globalización corporativa. El principio organizador y la ideología de la política y la jurisprudencia reaccionaria puede resumirse en un término: euroheteropatriarcado[[45]](#footnote-45), es decir, la combinación de sesgos y castas identitarias de origen europeo que resultan antitéticas a *cualquier* concepción coherente y basada en principios de igualdad.

Hoy, por tanto, el arco de la historia sitúa los legados liberales controvertidos del principio antidiscriminatorio en una encrucijada: entre el esfuerzo reaccionario por reimponer el euroheteropatriarcado, mediante la fuerza del derecho, y el esfuerzo OutCrit por dotar a la igualdad de efectos sociales transformadores, basados en análisis y acciones de antisubordinación. Nada menos que la justicia igualitaria para todas las personas está en juego, en el desenlace de esta conflagración cultural y constitucional. Aunque puedan ser necesarias muchas lunas, aunque el camino esté lleno de giros y obstáculos, uno de los dos proyectos deberá prevalecer, inevitablemente y en última instancia: o el país avanza hacia la justicia para todas y todos, o retrocede hacia castas identitarias jerárquicas. Las y los OutCrits estamos decidides. Prevaleceremos en esta lucha histórica y continua por el poder y la promesa del derecho.

1. *Véase*, por ejemplo, Paul Brest, *Foreword: In Defense of the Anti-Discrimination Principle*, 90 Harvard Law Review 1 (1976). [↑](#footnote-ref-1)
2. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). [↑](#footnote-ref-2)
3. *Véase*, en general: 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-3)
4. *Véase*, en general: Kenneth B. Nunn, *Law as a Eurocentric Enterprise*, 15 Law and Inequality 323 (1997); Robert A. Williams, Jr., *Documents of Barbarism: The Contemporary Legacy of European racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law*, 31 Arizona Law Review 237 (1989). [↑](#footnote-ref-4)
5. *Véase*, en general: John Rawls, Political Liberalism (1993). [↑](#footnote-ref-5)
6. *Véase*, en general: Vincent Blasi, Law and Liberalism in the 1980s (1990). [↑](#footnote-ref-6)
7. Entre los más conocidos e importantes se encuentran Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954), y la Civil Rights Act de 1964, 42 U.S.C. Secciones 2000 y siguientes. Esta segunda Reconstrucción, ocurrida a mediados del siglo veinte, al igual que la primera después de la Guerra Civil, en la década de 1860, abarcó enmiendas constitucionales, legislación y decisiones judiciales. Esta Reconstrucción del siglo veinte pudo haber comenzado con litigios tempranos que culminaron en 1954 con Brown y sus casos derivados. *Véase* Mark Tushnet, Segregated Schools and Legal Strategy: The NAACP’s Campaign Against Segregated Education (1987). Sin embargo, gran parte de este cambio jurídico y social también ocurrió durante las iniciativas de la “Gran Sociedad”, del presidente Lyndon Johnson, en la década de 1960. Estas abordaron temas como la pobreza, la vivienda, el empleo y los derechos civiles. *Véase* Lyndon Baines Johnson, *The Vantage Point: Perspectives of the Presidency, 1963–1969* (1971). La Gran Sociedad de los años 60, a su vez, se basó en las innovaciones “liberales” del *New Deal*, de la década de 1930. *Véase* William E. Leuchtenberg, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal, 1932–1940*. Las guerras culturales buscan revertir ambos procesos: los legados de esta segunda Reconstrucción, al igual que los de la primera. Estas obstaculizan ambos procesos, a través de la resistencia reaccionaria; incluído el “sabotaje” judicial. *Véase* Erwin Chemerinsky, *The Segregation and Resegregation of American Public Education: The Courts’ Role*, 81 *University of North Carolina Law Review* 1597 (2003). *Véase*, en general: Derrick Bell, *Silent Covenants: Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform* (2004); Mary Dudziak, *Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy* (2000); Robert S. Chang y Jerome McCristal Culp, Jr., *Business as Usual?: Brown and the Continuing Conundrum of Race in America*, 2004 *University of Illinois Law Review* 1181 (2004); Michael Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 *Virginia Law Review* 1 (1996). [↑](#footnote-ref-7)
8. James E. Jones, Jr., Origins of Affirmative Action, 21 University of California Davis Law Review 383–420 (1988). [↑](#footnote-ref-8)
9. *Véase*, en general: Duncan Kennedy, A Critique of Adjudication: Fin de Siècle (1997). [↑](#footnote-ref-9)
10. *Véase*, por ejemplo: Margalynne J. Armstrong y Stephanie M. Wildman, Teaching Race/Teaching Whiteness: Transforming Color Blindness to Color Insight, 86 University of North Carolina Law Review 635 (2008). [↑](#footnote-ref-10)
11. *Véase*, por ejemplo: Pierre Schlag, The Empty Circles of Liberal Justification, 96 Michigan Law Review 1 (1990). [↑](#footnote-ref-11)
12. *Véase*, en general: *Symposium, Minority Critiques of the Critical Legal Studies Movement*, 22 *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review* 297 (1987). [↑](#footnote-ref-12)
13. Para lecturas de contexto, *véase*: Richard Delgado y Jean Stefancic, *Critical Race Theory: An Introduction* (2.ª ed., 2012); *Histories, Crossroads and a New Critical Race Theory* (Francisco Valdes, Jerome McCristal Culp, Jr. y Angela P. Harris, eds., 2002). *Véase* también: Mari Matsuda, *Where is Your Body? And Other Essays on Race, Gender and Law* (1996); Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 *Stanford Law Review* 581 (1990); Kimberlé Williams Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti-Discrimination Law*, 101 *Harvard Law Review* 1331 (1988). [↑](#footnote-ref-13)
14. *Véase*, en general: Francisco Valdes, *Outsider Scholars, Legal Theory, and OutCrit Perspectivity: Postsubordination Vision as Jurisprudential Method*, 49 *DePaul Law Review* 831 (2000). [↑](#footnote-ref-14)
15. Para una discusión comparativa, *véase*: Francisco Valdes, *Theorizing “OutCrit” Theories: Coalitional Method and Comparative Jurisprudential Experience—RaceCrits, QueerCrits, LatCrits*, 53 *University of Miami Law Review* 1265 (1999). [↑](#footnote-ref-15)
16. *Véase*: Richard H. Chused, *The Hiring and Retention of Minorities and Women on American Law School Faculties*, 137 *University of Pennsylvania Law Review* 537, 538 (1988). [↑](#footnote-ref-16)
17. *Véase*: Margaret E. Montoya, *Mascaras, Trenzas, y Greñas: Un/Masking the Self While Un/Braiding Latina Stories with Legal Discourse*, 17 *Harvard Journal of Law and Gender* 185 (1994); Kathryn Abrams, *Hearing the Call of Stories*, 79 *California Law Review* 971 (1991). [↑](#footnote-ref-17)
18. *Véase*: Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 *Stanford Law Review* 317 (1987). [↑](#footnote-ref-18)
19. *Véase*: Mari J. Matsuda, *Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations*, 22 *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review* 323 (1987). [↑](#footnote-ref-19)
20. *Véase*: Ruth Colker, *Antisubordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 *New York University Law Review* 1003 (1986). [↑](#footnote-ref-20)
21. *Véase*: Richard Delgado, *The Imperial Scholar Revisited: How to Marginalize Outsider Writing Ten Years Later*, 140 *University of Pennsylvania Law Review* 1349 (1992). [↑](#footnote-ref-21)
22. *Véase*, por ejemplo: Jerry Landay, *The Conservative Cabal that’s Transforming American Law, the Federalist Society*, 32 *Washington Monthly* 19–23 (2000). Sobre el “originalismo”, *véase*: Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *University of Cincinnati Law Review* 849–865 (1989). Cf. Lawrence Lessig, *Fidelity in Translation*, 71 *Texas Law Review* 1165 (1993); Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *Boston University Law Review* 204–238 (1980). [↑](#footnote-ref-22)
23. *Véase*, por ejemplo: Robert Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971). Cf. Michael H. Redish, *Taking a Stroll Through Jurassic Park: Neutral Principles and the Originalist-Minimalist Fallacy in Constitutional Interpretation*, 88 *Northwestern University Law Review* 165 (1993); *véase* también nota 22 supra y fuentes allí citadas. [↑](#footnote-ref-23)
24. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). [↑](#footnote-ref-24)
25. *Véase*: Anne Goldstein, *History, Homosexuality, and Political Values: Searching for the Hidden Determinants of Bowers v. Hardwick*, 97 *Yale Law Journal* 1073 (1988). [↑](#footnote-ref-25)
26. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “The Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge made constitutional law having little or no roots in the language or design of the constitution.” [↑](#footnote-ref-26)
27. *Atonio v. Wards Cove Packing Co., Inc.*, 493 U.S. 802 (1989). [↑](#footnote-ref-27)
28. *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989). [↑](#footnote-ref-28)
29. *Patterson v. McLean Credit Union*, 484 U.S. 814 (1989). [↑](#footnote-ref-29)
30. *Véase*, por ejemplo: William B. Gould IV, *The Supreme Court and Employment Discrimination Law in 1989: Judicial Retreat and Congressional Response*, 64 *Tulane Law Review* 1485 (1990). [↑](#footnote-ref-30)
31. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). [↑](#footnote-ref-31)
32. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “the Court's approach to civil rights cases has changed markedly ... It is difficult to characterize last term's decisions as a product of anything other than a deliberate retrenching of the civil rights agenda.” Hon. Thurgood Marshall, *Transcription of Remarks, Annual Judicial Conference*, Second Circuit of the United States, 130 *Federal Rules Decisions* 166 (1990). [↑](#footnote-ref-32)
33. *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995). [↑](#footnote-ref-33)
34. *Véase*, por ejemplo: Jed Rubenfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 111 *Yale Law Journal* 1170–1177 (2002); David Kairys, *A Brief History of Race and the Supreme Court*, 79 *Temple Law Review* 764–65 (2006). [↑](#footnote-ref-34)
35. *Véase*, por ejemplo: Nancy Levit, *The Caseload Conundrum, Constitutional Restraint and the Manipulation of Jurisdiction*, 64 *Notre Dame Law Review* 321 (1989). [↑](#footnote-ref-35)
36. Para una visión del periodo, *véase*: Keith Aoki, *The Scholarship of Reconstruction and the Politics of Backlash*, 81 *Iowa Law Review* 1467 (1996); Kenneth L. Karst, *Religion, Sex, and Politics: Cultural Counterrevolution in Constitutional Perspective*, 24 *University of California Davis Law Review* 677 (1991); Stephanie M. Wildman, *The Legitimation of Sex Discrimination: A Critical Response to Supreme Court Jurisprudence*, 63 *Oregon Law Review* 265 (1984). [↑](#footnote-ref-36)
37. *Véase*, por ejemplo: 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-37)
38. *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. [↑](#footnote-ref-38)
39. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). [↑](#footnote-ref-39)
40. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). [↑](#footnote-ref-40)
41. *Véase*, en general: Bernard Schwartz, The New Right and the Constitution: Turning Back the Legal Clock (1990). [↑](#footnote-ref-41)
42. *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991). [↑](#footnote-ref-42)
43. Para una discusión crítica de estos “prongs” y de la guerra cultural, *véase*: Francisco Valdes, *Mapping and Mobilizing Legal Criticalities: Making the Move From Diaspora to Collective—Or Legal Scholars Making a Difference as Cultural Warriors*, 100 *Denver University Law Review* 625 (2023); Francisco Valdes, *Beyond Sexual Orientation in Queer Legal Theory: Majoritarianism, Multidimensionality and Responsibility in Social Justice Scholarship—Or Legal Scholars as Cultural Warriors*, 75 *Denver University Law Review* 1409 (1998). [↑](#footnote-ref-43)
44. *Véase* nota 4 *supra* y las fuentes allí citadas. [↑](#footnote-ref-44)
45. *Véase*, por ejemplo: Francisco Valdes, *Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender, and Sexual Orientation to Its Origins*, 8 *Yale Journal of Law and the Humanities* 161 (1996). [↑](#footnote-ref-45)