**El "derecho" constitucional en una corte sin ley: Restaurar las fuentes y los métodos de interpretación
basada en principios**

Francisco Valdes

72 University of California-Los Angeles Law Review Discourse (2025)

<https://www.uclalawreview.org/category/discourse/>

— *Casi estrangulada, en su infancia, por la postura judicial reaccionaria, posterior a la Guerra Civil, y durante mucho tiempo frustrada por el abandono judicial, la teoría de la igualdad de protección aún podría ocupar su lugar legítimo en la lucha constitucional inacabada por la democracia.*

Joseph Tussman y Jacobus tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 *California Law Review* 341 (1949)[[1]](#footnote-1).

— *El programa legislativo, de los días posteriores a la Guerra Civil, partía de la creencia de que los derechos fundamentales del individuo debían ser definidos y garantizados por el gobierno federal. Pero el Tribunal Supremo ha rechazado sistemáticamente esa premisa… tantas veces que sería necesaria una convulsión judicial y constitucional de primera magnitud, para deshacer lo que el Tribunal ha hecho.*

Eugene Gressman, *The Unhappy History of Civil Rights Legislation*, 50 *Michigan Law Review* 1323 (1952)[[2]](#footnote-2).

— *¿Hasta cuándo debemos mantener una expresión seria?*

Charles Black, *The Lawfulness of the Segregation Decisions*, 69 *Yale Law Journal* 421 (1960)[[3]](#footnote-3).

**Introducción**

Las cláusulas de igualdad y de libertad de la Decimocuarta Enmienda se encuentran entre las más litigadas de toda la Constitución. Por ello, la interpretación específica de “igual protección” y “libertad” en los casos relacionados con raza (y género) ha tenido un impacto, desproporcionado, sobre la interpretación constitucional, el derecho constitucional, y sobre la vida y el destino de todas las personas en Estados Unidos, así como de muchas más allá de sus fronteras[[4]](#footnote-4). Sin embargo, a pesar de los compromisos textuales intencionales con la igualdad y la libertad, consagrados en la propia Constitución, la supremacía blanca y el patriarcado —junto con otros “ismos” y fobias que se entrelazan en sistemas de dominación— siguen presentes en todo el país, tanto a nivel sistémico como en la vida cotidiana[[5]](#footnote-5). Por esta razón, las castas identitarias basadas en ideologías como la supremacía blanca, el patriarcado y otras formas de odio interdependientes (todavía) mantienen un control férreo sobre el derecho y la sociedad estadounidenses, tal como ocurría en siglos pasados[[6]](#footnote-6). En particular, el uso de la revisión judicial para desdibujar, tanto como sea posible, el alcance de la Decimocuarta Enmienda —un proyecto aún en curso— se ha convertido, en consecuencia, en uno de los fracasos mayores del Estado de derecho en Estados Unidos.

Hace más de un siglo, se redactó uno de los primeros estudios autorizados sobre la historia legislativa pública, que condujo a la promulgación de la Decimocuarta Enmienda. Su autor, el entonces Bibliotecario del Congreso, introdujo su análisis detallado y exhaustivo con una reflexión sobre la historia profana de la supremacía blanca y la igualdad de protección, bajo la revisión judicial en los Estados Unidos. Una historia ya evidente, incluso, en aquel entonces:

La Corte Suprema de los Estados Unidos, [en sus decisiones en los casos *Slaughter House*, de 1873, *Maxwell v. Dow* (1900) y *Civil Rights Cases* (1883)] ha otorgado a la Decimocuarta Enmienda un significado bastante diferente del que muchos de quienes participaron en su redacción y ratificación pretendían que tuviera[[7]](#footnote-7).

A medida que avanzaba el siglo XX, la consternación ya presente ante este intervencionismo judicial temprano, en favor de una supremacía racial sociojurídica, no solo persistió sino que se intensificó. Casi medio siglo después, en 1951, en vísperas de un segundo intento nacional de Reconstrucción constitucional, un historiador del derecho académico destacado señalaba de manera similar:

¿No es acaso una ironía histórica colosal que, después de haber adoptado tres veces un programa para nacionalizar los derechos naturales de las personas… la Corte Suprema… pudiera rechazar ese programa simplemente negándose a hacerlo cumplir? [[8]](#footnote-8)

Como indican estas citas y las que abren este texto, la historia de la interpretación constitucional en Estados Unidos revela que las personas designadas al poder judicial han (mal)utilizado, sistemáticamente, la facultad de revisión para preservar, proteger e incluso “resucitar” [[9]](#footnote-9) —en la mayor medida posible— los sistemas de castas identitarias, propios del periodo anterior a la guerra civil. Aquellos que fueron, formalmente, repudiados tras la victoria de la Unión sobre los Estados Confederados secesionistas, en la Guerra Civil de la década de 1860[[10]](#footnote-10).

Esta campaña judicial “activista” de obstrucción sigue manifestándose hoy en día, en casos contra la igualdad, que atacan remedios ante la injusticia racial, como la acción afirmativa[[11]](#footnote-11). Ello ocurre a pesar de que los propios forjadores y promulgadores de la Decimocuarta Enmienda, también, aprobaron una legislación que creó el primer programa de acción afirmativa en la historia del país: la *Freedmen’s Bureau*. Este otorgaba ayuda material a ciertas personas, sobre la base explícita de su raza o de su condición previa de servidumbre[[12]](#footnote-12).

Los hechos legislativos son claros: quienes elaboraron la Decimocuarta Enmienda no pretendían prohibir la acción afirmativa. Nada en su texto lo impide[[13]](#footnote-13). Sin embargo, generación tras generación, las y los designados judiciales han optado, repetidamente, por fallar a favor de las castas, los intereses o las visiones que perpetúan la supremacía blanca del periodo anterior a la guerra, concebida como un sistema identitario multifacético[[14]](#footnote-14).

Como se explicará a continuación, el juicio constitucional sobre la igualdad y la libertad no puede justificarse, en última instancia, mediante ninguna de las dos reglas interpretativas que, a lo largo de la historia de Estados Unidos, han sido consideradas como las más aplicables en controversias constitucionales. El enfoque tradicional y predominante —la regla de “significado literal” (*plain meaning*)— se refleja en *Maxwell v. Dow[[15]](#footnote-15)* de 1900, así como en opiniones numerosas, anteriores y posteriores[[16]](#footnote-16).

El segundo enfoque, algo en boga en años recientes, es conocido como “originalismo”, principalmente, promovido por jueces contrarios a la igualdad y la libertad, durante el último tercio del siglo XX y en adelante[[17]](#footnote-17). Sin embargo, ninguna aplicación, basada en principios de estos enfoques, puede justificar los resultados y las realidades que produjeron las personas designadas al poder judicial, en los más de 150 años transcurridos, desde la adopción de la Decimocuarta Enmienda en 1868. Ninguno de estos métodos explica sus decisiones interpretativas. Ninguno justifica la adhesión continuada al estado de cosas que dichas decisiones han afianzado. Esto en abierta contradicción con el derecho mismo.

En tiempos, históricamente, recientes —y no por coincidencia— tal vez, el mejor ejemplo de una decisión contraria a la libertad sea la opinión que revocó *Roe v. Wade*[[18]](#footnote-18) y *Planned Parenthood v. Casey*[[19]](#footnote-19). Esa decisión, tristemente célebre, se emitió bajo el nombre de *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*[[20]](#footnote-20), en 2022. *Dobbs* es el resultado de medio siglo de agitación, violencia y estrategia reaccionaria. Claramente, no se deriva de ninguno de los dos métodos interpretativos principales. Además, ignora las reglas del *stare decisis*, que obligan a toda persona designada al poder judicial a respetar los precedentes establecidos por sus antecesores, salvo que el caso nuevo sea “distinguible”, legítimamente, por cuestiones de hecho o de derecho.

Este caso, junto con muchos otros[[21]](#footnote-21), demuestra que, a pesar de una Guerra Civil sangrienta y de un siglo marcado por dos Reconstrucciones constitucionales nacionales, los hombres blancos designados como jueces federales —desde el Tribunal Supremo hacia abajo— continuan librando su propia guerra civil privada, contra los legados jurídicos de aquel conflicto histórico[[22]](#footnote-22). Lo han logrado al empuñar un poder —la revisión judicial— que no aparece mencionado ni conferido en ningún momento por el texto de la Constitución[[23]](#footnote-23).

La crisis social y jurídica, provocada por más de un siglo de frustración judicial activista de los principios de igualdad y libertad, ha conducido, a su vez, al umbral de una crisis sobre la legitimidad fundamental del derecho—al menos de ese “derecho” producido por opiniones judiciales voluntaristas[[24]](#footnote-24). Inevitablemente, esta crisis de ilegitimidad institucional se extiende también a la educación jurídica. También toca a quienes tienen la tarea de enseñar el “derecho” constitucional a la próxima generación de personas profesionales del derecho y futuras juezas y jueces, con el fin de que la nación y el Estado de derecho puedan perdurar. De hecho, hoy en día, “enseñar derecho constitucional es enseñar a las y los estudiantes lo que el derecho no es” [[25]](#footnote-25). Ya sea en el derecho, en la sociedad, en la educación, en la cultura o en la economía, la complicidad de la revisión judicial en la imposición y la perpetuación de la supremacía blanca y de castas identitarias relacionadas constituye, en sí misma, una práctica inconstitucional.

Como también ilustran estos casos, el problema histórico, estructural y contemporáneo de la revisión judicial demuestra tener dos dimensiones principales. El primer aspecto problemático es la capacidad de las personas designadas al poder judicial para invalidar leyes aprobadas por el poder legislativo, las cuales el sistema presume democráticas. Esta facultad genera lo que se ha denominado una “dificultad contramayoritaria”, ya que sustituye la voluntad del pueblo[[26]](#footnote-26). Esta voluntad, presuntamente, reflejada en las decisiones de sus representantes electos[[27]](#footnote-27), se sutituye por la voluntad personal de jueces no electos, en contradicción con los principios y las promesas constitucionales[[28]](#footnote-28).

El segundo aspecto problemático es la capacidad de estas personas designadas para revocar precedentes establecidos, a pesar de las reglas del *stare decisis*, que exigen respetar los precedentes que no son distinguibles por hechos o por derecho, en general[[29]](#footnote-29). Esta práctica convierte al derecho en un aparato inestable y poco confiable. Dificulta que las personas puedan organizar sus vidas con certeza y previsibilidad. Cuando el texto constitucional no cambia, pero su interpretación sí lo hace de forma errática, se transmite la impresión de que no se aplica una interpretación basada en principios, sino otra cosa—algo ajeno a lo que debe ser considerado derecho legítimo. Esto pone en duda tanto la autoridad de quienes dictan tales decisiones como la obediencia pública a esas normas[[30]](#footnote-30). Debido a los problemas sistémicos y sociales que generan, y por su falta de fundamento como derecho legítimo, ambos escenarios debilitan gravemente el Estado de derecho.

El resultado —una “igualdad formal” en el papel, en lugar de justicia vivida— produce un retroceso del derecho constitucional[[31]](#footnote-31) y “sabotea” la Decimocuarta Enmienda[[32]](#footnote-32). Salvo por dos períodos relativamente breves —aproximadamente, el primero entre las décadas de 1860 y 1870[[33]](#footnote-33), y el segundo entre las décadas de 1950 y 1970[[34]](#footnote-34)— la revisión judicial ha sido, hasta el día de hoy, un instrumento sumamente ambiguo para la libertad igualitaria bajo el Estado de derecho[[35]](#footnote-35). Comprender esta historia es clave para entender el presente.

A pesar de su largo historial y de sus reiteradas fallas, la historia y la estructura del sistema jurídico estadounidense garantizan que las juezas y los jueces son un factor necesario —aunque no suficiente— para la reivindicación social de la igualdad constitucional a largo plazo[[36]](#footnote-36). Al igual que en las dos Reconstrucciones anteriores, una tercera requerirá tanto legislación como decisiones judiciales. Afortunadamente, para quienes abogan por la igualdad y la libertad, las fuentes jurisprudenciales y los caminos hacia una unión más perfecta ya están al alcance[[37]](#footnote-37). Aprovechar esta oportunidad en favor de más igualdad y más libertad es el objetivo central de este ensayo.

**A. La Constitución y la supremacía blanca: La constitución del Estado racial**

La obsesión fundacional y persistente con la supremacía blanca, en el proceso colonial de conquista y asentamiento[[38]](#footnote-38), influye de tal forma en la construcción nacional de Estados Unidos —se incluye la producción jurídica, tanto a través de la adjudicación como de la legislación— que incluso casos legales, que aparentan no tener relación con la raza ni con la igualdad, sirven a la economía política de la desigualdad racial. En otras palabras, con frecuencia, estos casos no pueden explicarse por razones ajenas a la raza o, más precisamente, por razones distintas a la preservación de la supremacía blanca, bajo un sistema jurídico “dual”, segregado por raza[[39]](#footnote-39).

Desde sus orígenes, tanto la raza como el derecho se han colocado, por diseño, en el centro de la historia y el destino del país[[40]](#footnote-40). A lo largo del tiempo, su interacción tóxica produjo la construcción de Estados Unidos como un “estado racial” [[41]](#footnote-41), comprometido con sistemas de castas identitarias por encima de todo, a pesar de promesas o declaraciones en sentido contrario. Se transmutó así el contrato o pacto social de la nueva república, en un contrato o pacto racial, basado en la identidad[[42]](#footnote-42). Dentro de esta imagen grande y compleja, el poder judicial es solo una parte. Una parte clave que es, repetidamente, decisiva para los resultados.

 Esta imagen comienza desde el origen, con los compromisos fundacionales que —como demuestra la historia— más adelante hicieron inevitable una Guerra Civil[[43]](#footnote-43), cuyas repercusiones aún persisten[[44]](#footnote-44). El resultado sistémico y social fue un “reino del algodón”, que impuso un cerrojo constitucional sobre todo el país[[45]](#footnote-45). Lejos de proteger contra las formas o fuentes de tiranía múltiples, la arquitectura bizantina del poder, establecida por la Constitución y sus compromisos originales, garantiza una tiranía específica: la del dominio racial de una minoría[[46]](#footnote-46), sostenida generación tras generación, mediante la protección judicial ilegítima, al margen de la democracia. Por esta razón, se describe, acertadamente, esa elección fatal como el pecado colectivo original de Estados Unidos[[47]](#footnote-47). No solo las juezas y los jueces, sino también las y los abogados, son cómplices en esta degradación institucional[[48]](#footnote-48).

Como lo ejemplifica *Scott v. Sandford*[[49]](#footnote-49) y otros casos similares, anteriores a la Guerra Civil, —que protegieron la esclavización de personas negras frente a cualquier cambio social o jurídico[[50]](#footnote-50)—, las personas designadas al poder judicial han optado, en momentos históricos decisivos, por utilizar la facultad de revisión judicial del gobierno federal —y del derecho como sistema de poder en general— en apoyo a una política racializada (y generizada), orientada a proteger el dominio de una minoría[[51]](#footnote-51). Han actuado, en la mayor medida posible, en favor del statu quo anterior a la guerra, basado en el control exclusivo de toda propiedad y de la democracia formal[[52]](#footnote-52), por parte de una élite.

En *Scott*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que las personas negras no podían ser ciudadanas de Estados Unidos, en virtud de la Constitución. Por tanto, las personas negras no podían invocar el poder judicial. Luego, el propio tribunal reconoció que carecía de jurisdicción sobre el caso. En consecuencia, no tenía autoridad para interpretar ni adjudicar ningún asunto más allá de ese punto liminar[[53]](#footnote-53).

Además, la mayoría en *Scott* ejerció un poder que no aparece mencionado en ninguna parte de la Constitución. Lo hizo en un “caso” que, según su propio razonamiento, no existía, ya que —insistieron— no tenían jurisdicción legítima sobre esa controversia. Sin embargo, mientras ejercían un poder no enumerado en un caso inexistente, esa misma mayoría pretendió invalidar una ley del Congreso: el *Compromiso de Misuri*. Este resultó ser uno de los últimos intentos del país por afrontar las consecuencias de su pecado original, mediante la política faccional, antes de que la opinión en *Scott*, en la década de 1850, intentara volver a congelar el país en el molde de la Filadelfia de 1787 para siempre. Aunque no era técnicamente “derecho”, debido a la falta reconocida de jurisdicción, el país se sometió al *dictum* de esa decisión. Debido en gran parte a los abusos de la revisión judicial, la guerra civil terminó convirtiéndose, de hecho, en el último recurso en la búsqueda continua y perpetua de una Unión más perfecta.

Este fondo del asunto era cierto antes de la Guerra Civil, como lo ejemplifica *Scott*, pero también continuó después. El papel de la revisión judicial en el desmantelamiento de la primera Reconstrucción y en el restablecimiento del estado racial, bajo la supremacía blanca, queda evidenciado en numerosos casos. Sin embargo, *Blyew v. Kentucky* (1871) representa de forma, especialmente, clara la política social y judicial que dio forma a esa violencia reaccionaria[[54]](#footnote-54). Tanto los hechos del caso como la argumentación judicial resultan asombrosos por la complicidad evidente de las y los jueces, con una negación ilegal de la Constitución reconstruida.

Un día, poco después del fin de la Guerra Civil, dos hombres blancos atacaron con hachas a la familia Armstrong, una familia negra, en su propio hogar. Entre las víctimas había tres menores de edad, de entre 6 y 16 años, y una abuela. Todos fueron asesinados, excepto dos de los menores que sobrevivieron. En ese momento, sin embargo, el *Black Code* de Kentucky prohibía a las personas negras testificar contra personas blancas en procesos estatales —una norma común tanto en los *Black Codes* del periodo posterior a la guerra como en los *Slave Codes* del periodo esclavista. Como resultado, el caso fue trasladado al tribunal federal del distrito local, conforme a lo dispuesto por la *Ley de Derechos Civiles de 1866*, que permitía que las “personas afectadas” por un caso pudieran impulsarlo y testificar. Ambos acusados fueron hallados culpables y sentenciados a muerte en la horca.

En la apelación, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Blyew v. Kentucky*, sostuvo que las personas testigos no eran “afectadas” en el sentido contemplado por la ley, ya que solo las partes directas del caso podían considerarse afectadas por el resultado. Pero, según la misma lógica, las víctimas masacradas tampoco eran personas afectadas, ya que al haber sido asesinadas, ya no eran “personas en existencia”. Así, la Corte Suprema anuló las condenas y liberó a los asesinos—miembros del grupo terrorista supremacista blanco conocido como el Ku Klux Klan (o KKK). Casos como *Blyew*, en las décadas posteriores a la Guerra Civil, permitieron que la violencia física y cultural, organizada por grupos supremacistas blancos —como el KKK o las *Daughters of the Confederacy*—, actuara impunemente para “redimir” la supremacía blanca en Estados Unidos, a pesar del proceso de Reconstrucción[[55]](#footnote-55).

Tal como se pretendía —y como lo ilustran *Scott*, antes de la Guerra Civil, y *Blyew*, después de ella—, el efecto estratégico y acumulativo de la revisión judicial es enmascarar la ilegitimidad del dominio de una minoría, ejercido por y para la supremacía blanca y sus sistemas de castas identitarias interdependientes[[56]](#footnote-56). Tras dos Reconstrucciones en dos siglos, Estados Unidos no podría existir hoy como un estado racial, dominado por el gobierno de una minoría, sin la intervención de la revisión judicial, en casos de igualdad o libertad como estos—ejercicios sin principios, antidemocráticos y, técnicamente, ilegales del poder judicial. A la luz de la historia y de la experiencia, queda claro que la igualdad y la libertad son imposibles en Estados Unidos, mientras no se desmonte, de manera definitiva, el cerrojo que la supremacía blanca mantiene sobre ambas.

**B. El problema sistémico: el poder blanco (todavía) disfrazado de revisión judicial**

La supremacía blanca, al oponerse tanto a la transformación demográfica como al avance social, logró imponer su “agenda anti-antidiscriminación” sobre el país, al cierre del siglo pasado. Mantuvo su disfraz como doctrina de revisión judicial. Esta imposición se manifestó en la reacción al fallo de la mayoría 5-4 en *Adarand v. Peña* (1995) [[57]](#footnote-57). En este fallo, el tribunal invalidó un programa federal, que tenía como fin asegurar que una porción de los contratos gubernamentales llegara a manos de contratistas pertenecientes a grupos “minoritarios”.

La consecuencia no es solo una ventaja para las personas blancas, sino también una desventaja para las personas negras. Según *Adarand*, a las personas negras y a otras minorías raciales o étnicas se les niega un privilegio legal, que prácticamente cualquier otro grupo minoritario en el país sí posee… A las personas agricultoras se les pueden otorgar beneficios especiales del gobierno; también, a las grandes corporaciones; a quienes poseen tierras ribereñas; a las víctimas de daños ambientales; a personas pobres, veteranas, con discapacidades, trabajadoras del ferrocarril, oftalmólogas… casi cualquier grupo minoritario puede ser identificado por la ley para recibir ventajas especiales en la asignación de beneficios u oportunidades gubernamentales sin violar la Cláusula de Igual Protección. Pero las personas negras no pueden…

Todos saben que la Cláusula de Igual Protección fue diseñada, por encima de todo, para asegurar protección igualitaria para las personas negras. La negación, como grupo, de derechos o privilegios legales que otras agrupaciones sí disfrutan, representa la violación paradigmática de la Decimocuarta Enmienda. ¿Cómo, entonces, puede tomarse en serio *Adarand* como una elaboración doctrinal de dicha Cláusula, si niega a las personas negras un privilegio legal del cual gozan tantos otros grupos? Si todo esto es cierto, quizás la respuesta adecuada no sea desechar la jurisprudencia del Tribunal, sino desechar toda la empresa de tomar en serio la doctrina constitucional[[58]](#footnote-58).

La historia y los siglos de jurisprudencia publicada evidencian la centralidad del derecho—y, en particular, del derecho creado por jueces—en el sostenimiento del poder, de las élites supremacistas.

Con el paso del tiempo, esta mezcla estadounidense de tres elementos—revisión judicial, identidad social e interpretación constitucional—se ha convertido en una fórmula obsesiva y tóxica. Por estas y otras razones de peso similar, la política identitaria del supremacismo blanco define y distorsiona, con frecuencia, tanto la interpretación como la aplicación del “derecho” constitucional en Estados Unidos, hasta el día de hoy. En última instancia, no solo la profesión jurídica y su judicatura, sino también el país entero, deberán confrontar la insostenibilidad de los legados que nos dejó una fundación comprometida, marcada por contradicciones existenciales, profundamente arraigadas en ideologías raciales y castas de identidad entrelazadas.

**C. Hacia las soluciones: Una guía breve para una interpretación constitucional basada en principios**

La Corte Suprema es solo una parte de un sistema más amplio, descrito como uno de “contrapesos” con poderes separados. Estos poderes están, supuestamente, diseñados para limitarse mutuamente y así proteger al Pueblo, frente a cualquier fuente o forma de tiranía. Por eso, la pretensión de la Corte Suprema, de ejercer el poder de revisión judicial, es controvertida desde sus orígenes. Una de las razones es que este poder no aparece mencionado en ninguna parte de la Constitución. Sin embargo, prevalece sobre todo lo demás como la Ley Suprema del país.

En este contexto, la pregunta constante—y en ocasiones urgente—es si las opiniones de la Corte Suprema son a veces ilegales. Es decir, si contradicen las propias reglas del sistema sobre cómo debe interpretarse el derecho de forma legítima. Esta guía breve expone las reglas y las normas de interpretación constitucional del propio sistema; las cuales se supone que deben contener los excesos voluntaristas de los jueces designados y promover en su lugar opiniones fundamentadas en principios. Con ese fin, este esquema toma al pie de la letra la versión que el sistema ofrece de sí mismo. Deja de lado (por ahora) cualquier duda o escepticismo.

1. **El ideal: decisiones fundamentadas en principios.** Desde sus inicios, la noción de separar los poderes del “juicio” (o del derecho) y de la “voluntad” (o de la política) es una característica central del compromiso general de la Constitución, con la “separación de poderes” entre las ramas del gobierno. En este esquema, el “juicio” corresponde al poder judicial, mientras que la “voluntad” se reserva a las ramas “democráticas”.

Según esta distinción, el tribunal debe respetar la “voluntad” del pueblo, tal como se expresa a través de sus representantes electos en los poderes legislativo y ejecutivo. A menos que esa voluntad viole la Constitución, adoptada por el propio Pueblo y designada por éste como la ley “suprema” del país. Existe un consenso general según el cual los jueces no pueden invalidar actos legislativos o ejecutivos, ni ignorar el precedente, simplemente porque discrepan de ellos.

Por estas y otras razones estructurales, las decisiones sin fundamento en principios se califican como “activistas”: son casos en los que los jueces “legislan desde el estrado” y reescribien la ley establecida por la legislatura. Bajo las propias reglas del sistema, las decisiones sin fundamento en principios no son verdaderamente “derecho”, aun cuando sean obedecidas.

1. **El medio: ocho fuentes que inciden en el derecho constitucional.** En términos generales, existe consenso en que cinco fuentes interpretativas son legítimas; otras dos se utilizan, pero son objeto de controversia; y una más se considera ilegítima. Las cinco fuentes legítimas de interpretación constitucional son: (1) el texto; (2) la intención; (3) el precedente; (4) la historia, la tradición o la experiencia; y (5) la estructura social o textual. Todas estas pueden verificarse por medios “objetivos”; es decir, tanto tú como yo podemos comprobar su legitimidad como hechos o verdades. Las fuentes sexta y séptima —el derecho natural y el derecho internacional o las costumbres internacionales— se consideran controvertidas. Aunque en ocasiones aparecen en decisiones judiciales, su uso se discute porque el derecho natural suele ser difícil de distinguir de los prejuicios personales. Al derecho internacional, algunas personas lo consideran ajeno al derecho “estadounidense”. Independientemente de la postura que se adopte, el punto es que su uso, probablemente, será objeto de cuestionamiento. Finalmente, y por consenso, la octava fuente —los valores personales o las opiniones políticas de los jueces— se considera ilegítima, ya que no guarda relación con el “derecho”. Su uso constituye un ejemplo claro del activismo judicial voluntarista. Estas ocho fuentes, aunque a veces se presenten o se denominen de forma ligeramente distinta, componen el conjunto de herramientas interpretativas del cual se supone que deben partir todos los jueces al redactar sus opiniones.
2. **Las reglas del camino: siete cánones que rigen la interpretación.** Las fuentes interpretativas ayudan a interpretar el texto de la Constitución. Con el tiempo, el poder judicial desarrolló normas básicas de conducta que hoy se consideran “cánones de interpretación”. Su propósito es guiar el ejercicio de los poderes judiciales y promover decisiones basadas en significados justos y sólidos del texto. Los siete cánones principales que se exponen a continuación pueden entenderse como un código de conducta judicial oficial, en materia de interpretación constitucional. Este código está diseñado para orientar a cada juez en el uso adecuado de las fuentes legítimas, de modo que las decisiones resultantes sean también legítimas en el marco de una disputa legal concreta. Si, por el contrario, un juez opta por embarcarse en una “aventura personal”, que excede las necesidades jurídicas de la resolución de un caso o controversia real, ese exceso se considera *dictum*—es decir, un comentario técnico que no constituye derecho vinculante ni precedente, porque no era necesario para resolver el litigio. Esta regla se mantiene incluso si, más adelante, el *dictum* llega a aplicarse como si fuera derecho legítimo.

**Seguir el significado literal del texto final:** La Constitución, como otras fuentes del derecho positivo, debe aplicarse conforme al “significado literal” del texto.

**Resolver las ambigüedades con fuentes legítimas:** Si el texto es ambiguo o está incompleto, los jueces pueden recurrir a fuentes legítimas de interpretación constitucional, para darle efecto al texto.

**Centrarse en el caso y en la adjudicación:** La revisión judicial y la interpretación son legítimas y tienen autoridad, únicamente, si existe jurisdicción y solo en la medida en que sea necesario, para resolver un “caso o controversia” real; todo lo demás constituye *dictum*, y no es derecho vinculante.

**Evitar conflictos constitucionales si es posible:** Los tribunales no deben abordar cuestiones constitucionales si pueden resolver el caso por otros medios. Esto con el fin de evitar pronunciamientos constitucionales innecesarios y prevenir posibles conflictos entre las ramas del gobierno.

**Si no es posible evitarlos, mantenerlos lo más limitado posible:** Si no se puede evitar llegar a una cuestión constitucional, el tribunal debe resolverla en los términos y fundamentos más estrechos posibles, para minimizar el impacto de la revisión judicial sobre la democracia.

**Si es posible o en caso de duda, armonizar y sostener:** Al enfrentar asuntos constitucionales, los tribunales deben sostener la acción estatal impugnada si es posible, con base en una lectura justa y fundamentada de la Constitución. Por el contrario, solo deben invalidar las acciones de las otras ramas del gobierno cuando su inconstitucionalidad sea clara. En caso de duda, los jueces deben intentar interpretar la acción estatal impugnada de un modo que la armonice con la Constitución. Esta deferencia, sin embargo, no puede convertirse en una abdicación de la responsabilidad judicial, en la resolución de un caso real.

**Separar e invalidar solo como último recurso —y nuevamente, limitar al mínimo:** Si la armonización resulta imposible, infundada o impracticable en su totalidad, los tribunales deben “separar” las porciones inconstitucionales de la acción estatal impugnada del resto del estatuto, programa o política bajo revisión, a fin de contener y minimizar el alcance de la labor legislativa realizada por medio de la revisión judicial.

De forma manifiesta, el mensaje acumulativo de los siete cánones para los jueces designados es el siguiente: actuar con principios, no con voluntad arbitraria, para asegurar tanto la legitimidad real como la percibida de sus decisiones. Estas fuentes, estos cánones y las normas y las reglas relacionadas constituyen el marco básico para una interpretación constitucional basada en principios, conforme a las propias reglas y fines proclamados del sistema. Es una obra en curso.

**D. Opiniones, márgenes y precedentes: Crear una unión más perfecta**

Cabe destacar que, desde una perspectiva interpretativa, muchas de las decisiones judiciales que han socavado políticas democráticas orientadas hacia la igualdad y la libertad —en nombre de la Constitución— se impusieron al país por márgenes sumamente estrechos y frente a disensos enérgicos. Además, esas decisiones son cuestionadas por otros jueces designados, dado que demostraron ser de aplicación inconsistente desde entonces. Estos detalles son significativos porque, en tales circunstancias específicas, los mismos jueces advierten que sus dictámenes previos no deben considerarse realmente vinculantes. Para estos casos, han establecido una regla moderna específica.

En respuesta a un argumento que les instaba a respetar el precedente constitucional en *Payne v. Tennessee*, un caso de procedimiento penal decidido, en 1991, los jueces designados escribieron:

*Stare decisis* es el camino preferido porque… “contribuye a la integridad real y percibida del proceso judicial”. Apegarse al precedente “suele ser una política sensata”… No obstante,… los precedentes en cuestión “fueron decididos por los márgenes más estrechos, frente a disensos enérgicos que cuestionaban los fundamentos mismos de esas decisiones. Han sido cuestionados por miembros de este Tribunal en decisiones posteriores y han eludido una aplicación coherente por parte de los tribunales inferiores. [[59]](#footnote-59)

Después, ignoraron ese camino “sensato” y anularon el precedente que les resultaba incómodo.

Al aplicar este estándar moderno en materia constitucional, nosotres y las generaciones futuras no le debemos deferencia mayor a las opiniones emitidas por mayorías mínimas, en contra de la igualdad y la libertad. Estas opiniones, sin duda, se dictaron frente a disensos enérgicos que cuestionaban sus fundamentos, que también han sido cuestionadas por muchos, incluyendo a otros integrantes del Tribunal Supremo. Desde entonces, han eludido una aplicación coherente o con base en principios. En su lugar, debemos lealtad al derecho fundamental de todes a una justicia igualitaria—una lealtad que exige una tercera Reconstrucción, tanto mediante la adjudicación como a través de la legislación.

Aunque las cargas del supremacismo blanco y del patriarcado continúan de forma innegable, las herramientas jurídicas para una tercera Reconstrucción hacia una Unión más perfecta ya están disponibles, o al alcance. Así que sí: podemos revertir el retroceso, y avanzaremos *nuevamente*.

1. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “Virtually strangled in infancy by post-civil-war judicial reactionism, long frustrated by judicial neglect, the theory of equal protection may yet take its rightful place in the unfinished Constitutional struggle for democracy.” [↑](#footnote-ref-1)
2. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “The legislative program of the post-Civil War days was premised on the belief that the fundamental rights of the individual should be defined and enforced by the federal government. But the Supreme Court has consistently refused to accept that premise … so many times that it would necessitate a judicial and constitutional upheaval of the first magnitude to undo what the Court has done.” [↑](#footnote-ref-2)
3. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “How long must we keep a straight face?” [↑](#footnote-ref-3)
4. Palabras y conceptos como “race”, “sex” o “gender” (o términos similares) designan ideas construidas socialmente sobre personas y grupos, basadas en ideologías e intereses dominantes, más que en características innatas, fijas o biológicas. *Véase*, por ejemplo, Michael Omi and Howard Winant, *Racial Formation in the United States: From the 1960s to the 1990s* (1995); Ian Haney-López, *White by Law: The Legal Construction of Race* (2006). [↑](#footnote-ref-4)
5. *Véase*, Daria Roithmayr, *Reproducing Racism: How Everyday Choices Lock In White Advantage* (2021). [↑](#footnote-ref-5)
6. *Véase*, en general, Isabel Wilkerson, *Caste: The Origin of Our Discontent* (2020). [↑](#footnote-ref-6)
7. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “The Supreme Court of the United States, [in its decisions in the Slaughter House Cases (1873), Maxwell v. Dow (1900) and the Civil Rights Cases (1883)] have given to the Fourteenth Amendment a meaning quite different from that which many of those who participated in its drafting and ratification intended it to have.” Horace Edgar Flack, *The Adoption of the Fourteenth Amendment* 7 (1908). [↑](#footnote-ref-7)
8. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “Is it anything less than a colossal historic irony that, after three times adopting a program to nationalize the natural rights of men … the Supreme Court … (could) reject the program by refusal to carry it out?” Jacobus tenBroek, *The Antislavery Origins of the Fourteenth Amendment* 204 (1951). [↑](#footnote-ref-8)
9. Resurrección es el término específico que utilizan sus proponentes. *Véase*, por ejemplo, William W. Van Alstyne, *The Constitution in Exile: Is It Time to Bring It In From the Cold?*, 51 *Duke Law Journal* 1 (2001). [↑](#footnote-ref-9)
10. Este esfuerzo reaccionario ha sido prolongado y multifacético. *Véase*, por ejemplo, David W. Blight, *Race and Reunion: The Civil War in American Memory* (2001); Jefferson Cowie, *Freedom’s Dominion: A Saga of White Resistance to Federal Power* (2022). En 1877, otro compromiso infame político estadounidense fue un triunfo temprano y crucial, en este esfuerzo intergeneracional por resucitar o redimir la supremacía blanca tras la Guerra Civil. *Véase*, C. Vann Woodward, *Reunion and Reaction: The Compromise of 1877 and the End of Reconstruction* (1966). [↑](#footnote-ref-10)
11. *Students for Fair Admissions v. Harvard University*, 600 U.S. 181 (2023). [↑](#footnote-ref-11)
12. Para lecturas de contexto, *véase*, Dale Kretz, *Administering Freedom: The State of Emancipation After the Freedmen’s Bureau* (2022); Mary J. Farmer-Kaiser, *Freedwomen and the Freedmen’s Bureau: Race, Gender, and Public Policy in the Age of Emancipation* (2010). [↑](#footnote-ref-12)
13. La campaña contra la acción afirmativa, al igual que la campaña contra la libertad reproductiva, es un proyecto de minorías poderosas que, conscientemente, no guarda relación alguna con el derecho, la justicia o la interpretación constitucional basada en principios. *Véase*, Robert Barnes, *How One Man Brought Affirmative Action to the Supreme Court. Again and Again*, *Washington Post*, 24 de octubre de 2022. Sin embargo, ese “hombre” fue respaldado por una red compleja de organizaciones y donantes, dispuestos a invertir millones de horas y dólares, para frenar el intento de diversificar la educación superior, en parte como reparación por la discriminación pasada y presente. Para un mapeo útil de esta red institucional reaccionaria, *véase*, Richard Delgado and Jean Stefancic, *No Mercy: How Conservative Think Tanks and Foundations Changed America’s Social Agenda* (1996). [↑](#footnote-ref-13)
14. *Véase*, Derrick Bell, *Silent Covenants: Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform* (2004); David Kairys, *A Brief History of Race and the Supreme Court*, 79 *Temple Law Review* 764–65 (2006). [↑](#footnote-ref-14)
15. *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581, [↑](#footnote-ref-15)
16. *Véase*, por ejemplo, *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122 (1819); *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1933). [↑](#footnote-ref-16)
17. Uno de sus primeros proponentes, Antonin Scalia, definió el originalismo de esta manera: “Now, my theory of what I do when I try to interpret the American Constitution is I try to understand what it meant, what it was understood to mean when it was adopted. And I don’t think it changes since then.” (Traducción nuestra: Ahora bien, mi teoría de lo que hago cuando trato de interpretar la Constitución estadounidense es que trato de entender lo que significaba, lo que se entendía que significaba cuando fue adoptada. Y no creo que haya cambiado desde entonces".) *Véase*, Antonin Scalia and 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 visión contrastante, *véase*, Stephen Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* (2005). Para otro intercambio de opiniones, *véase*, Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *University of Cincinnati Law Review* 849–865 (1989); Randy E. Barnett, *Scalia’s Infidelity: A Critique of “Faint-Hearted” Originalism*, 7 *University of Cincinnati Law Review* 75 (2006). Para análisis críticos del originalismo en décadas recientes, *véase*, Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *Boston University Law Review* 204 (1980); Lawrence Lessig, *Fidelity in Translation*, 71 *Texas Law Review* 1165 (1993); Robert Post and Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution*, 75 *Fordham Law Review* 566 (2006). [↑](#footnote-ref-17)
18. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). [↑](#footnote-ref-18)
19. *Planned Parenthood Southeast Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). [↑](#footnote-ref-19)
20. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization,* 597 U.S. 215 (2022). [↑](#footnote-ref-20)
21. *Véase*, por ejemplo, *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875); *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883); *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Pasadena Board of Education v. Spangler*, 427 U.S. 424 (1976); *City of Richmond v. Croson*, 488 U.S. 469 (1989); *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995); *Missouri v. Jenkins* (1995); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District One*, 551 U.S. 701 (2007); *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013). Estos ejemplos, que abarcan casi siglo y medio, son solo la punta del iceberg de un registro histórico mucho más amplio y complejo. *Véase*, por ejemplo, Harold Hyman and William Wiecek, *Equal Justice Under Law: Constitutional Development 1835–1875* (1982); Michael Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality* (2004); Pamela Brandwein, *Reconstructing Reconstruction: The Supreme Court and the Production of Historical Truth* (1999). [↑](#footnote-ref-21)
22. *Véase*, Thomas M. Keck, *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism* (2004). La voluntad ideológica de las y los designados actuales no es casual, sino el producto de una campaña larga y costosa para “capturar” el poder de revisión judicial, en beneficio de intereses facciosos, partidistas y económicos, sin importar el derecho, los principios o la legitimidad. *Véase*, Sheldon Whitehouse, *The Scheme: How the Right Wing Used Dark Money to Capture the Supreme Court* (2022). [↑](#footnote-ref-22)
23. *Véase*, *United States Constitution*, Art. III. Como aprende toda generación de estudiantes de derecho al comenzar su formación jurídica, el poder de revisión judicial no aparece mencionado en la Constitución—un detalle significativo, dado que algunos jueces del Tribunal Supremo suelen invocar esa omisión para declarar que cosas no mencionadas en el texto (como el aborto) simplemente no existen. Por supuesto, sabemos que esa afirmación estratégica es falsa. De lo contrario, ni el poder de revisión judicial ni la Fuerza Aérea podrían existir. Para un estudio histórico detallado sobre las luchas prolongadas del poder judicial por reclamar, justificar y ejercer esta facultad suprema no enumerada, *véase*, Lucas A. Powe, *The Supreme Court and the American Elite, 1789–2008* (2009). Según este esquema, una disputa debe ser “justiciable” para ser reconocida como un “caso” real en términos constitucionales. Un “caso” cognoscible debe incluir, desde el inicio hasta el final, la confirmación de la jurisdicción del tribunal sobre la persona demandante (personalmente perjudicada), sobre todas las partes demandadas, y sobre las cuestiones legales o “federales” planteadas. En *Scott*, sin embargo, los jueces concluyeron que carecían de jurisdicción por razones distintas, pero con el mismo resultado: sin jurisdicción, no hay caso. Por tanto, tampoco hay poder para opinar ni adjudicar como derecho. En consecuencia, no existe, por definición, jurisprudencia legítima. Para lecturas de contexto sobre jurisdicción y justiciabilidad, *véase*, Gerald Gunther, *The Subtle Vices of the Passive Virtues*, 64 *Columbia Law Review* 1 (1964). Para casos recientes sobre estos elementos jurisdiccionales, *véase*, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992); *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007). [↑](#footnote-ref-23)
24. Tal vez el ejemplo contemporáneo más vívido sea el sufrimiento posterior a Dobbs, atribuible directamente a ese acto ilegítimo de activismo judicial reaccionario. *Véase* *supra* notes 17–23 y el texto correspondiente. [↑](#footnote-ref-24)
25. *Véase*, Jesse Wegman, *The Crisis in Teaching Constitutional Law*, *New York Times*, 26 de febrero de 2024, disponible en nytimes.com. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Véase* Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962). Cf. Gabriel J. Chin and Randy Wagner, *The Tyranny of the Minority: Jim Crow and the Counter-Majoritarian Difficulty*, 43 *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review* 65 (2008). *Véase*, en general, Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 *New York University Law Review* 334 (1998). [↑](#footnote-ref-26)
27. Esta visión de la democracia formal en Estados Unidos es ficticia y falsa, como confirman estudios empíricos contemporáneos: la democracia representativa convierte en ley las preferencias de élites económicas organizadas (que a su vez se estructuran en torno a sistemas de castas preexistentes, basados en identidades sociales como raza, sexo y clase). En esta “democracia”, la “persona ciudadana promedio” es marginada de forma sistemática y repetida, como lo confirma un estudio extenso reciente sobre 1779 resultados legislativos en el Congreso. *Véase*, por ejemplo, Martin Gilens and Benjamin I. Page, *Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*, 12 *Perspectives on Politics* 564 (septiembre de 2014); Carmen G. Gonzalez and Athena D. Mutua, *Mapping Racial Capitalism: Implications for Law*, 2 *Journal of Law and Political Economy* 127 (2022). *Véase*, en general, Angela P. Harris and Emma Coleman Jordan, *Economic Justice: Race, Gender, Identity, and Economics* (2005); *véase también*, David M. Kotz, *The Rise and Fall of Neoliberal Capitalism* (2015); David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism* (2005). [↑](#footnote-ref-27)
28. *Véase*, *The Federalist No. 78* (Alexander Hamilton). [↑](#footnote-ref-28)
29. Aunque no logró frenar a la mayoría en *Dobbs*, *Casey* propuso, en 1992, una prueba de cuatro elementos para disciplinar el ejercicio del poder de revisión judicial, por parte de jueces del Tribunal Supremo. *Véase* *supra* note 19. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Véase*, por ejemplo, Tom R. Tyler and Gregory Mitchell, *Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: The United State Supreme Court and Abortion Rights,* 43 *Duke Law Journal* 703 (1994). [↑](#footnote-ref-30)
31. *Véase,* Kimberlé Williams Crenshaw*, Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law,* 101 *Harvard Law Review* 1331 (1988). [↑](#footnote-ref-31)
32. *Véase,* Erwin Chemerinsky, *The Segregation and Resegregation of American Public Education: The Courts’ Role,* 81 *North Carolina Law Review* 1597 (2003). [↑](#footnote-ref-32)
33. *Véase*, por ejemplo, Robert J. Kaczorowski, *The Politics of Judicial Interpretation: The Federal Courts, Department of Justice and Civil Rights, 1866–1876* (1985). [↑](#footnote-ref-33)
34. *Véase*, por ejemplo, Mark Tushnet, *Segregated Schools and Legal Strategy: The NAACP’s Campaign Against School Segregation* (1987). [↑](#footnote-ref-34)
35. *Véase*, por ejemplo, Robert S. Chang and Jerome McCristal Culp, Jr., *Business as Usual?: Brown and the Continuing Conundrum of Race in America*, 2004 *University of Illinois Law Review* 1181 (2004). [↑](#footnote-ref-35)
36. *Véase*, en general, Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (1991). Cf. Douglas NeJaime, *Winning Through Losing*, 96 *Iowa Law Review* 941 (2011). [↑](#footnote-ref-36)
37. *Véase*, Francisco Valdes, Steven W. Bender, and Jennifer J. Hill, *Critical Justice: Systemic Advocacy in Law and Society* (2021); *véase* también *infra* Partes C y D. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Véase*, en general, Natsu Taylor Saito, *Tales of Color and Colonialism: Racial Realism and Settler Colonial Theory*, 10 *Florida A&M University Law Review* 1 (2014); Tayyab Mahmud, *Colonialism and the Modern Construction of Race: A Preliminary Inquiry*, 53 *University of Miami Law Review* 1219 (1999); Sally Engle Merry, *Law and Colonialism*, *Law and Society Review* 889 (1991). Para un estudio detallado sobre raza y derecho supremacista en Virginia —una de las colonias principales y posteriormente uno de los estados— *véase*’ A. Leon Higginbotham, Jr., *In the Matter of Color—Race and the American Legal Process: The Colonial Period* (1978). [↑](#footnote-ref-38)
39. *Véase*, David Kairys, *Unexplainable on Grounds Other than Race*, 45 *American University Law Review* 729 (1996). [↑](#footnote-ref-39)
40. *Véase*, por ejemplo, Derrick A. Bell, *Race, Racism, and American Law* (2008); Juan Perea, Richard Delgado, Angela P. Harris, and Stephanie M. Wildman, *Race and Races: Cases and Resources for a Diverse America* (2000); *véase también*, Donald Robinson, *Slavery in the Structure of American Politics 1765–1820* (1971); Daniel Walker Howe, *What Hath God Wrought: The Transformation of America 1815–1848* (2007). [↑](#footnote-ref-40)
41. Los estados raciales están diseñados de manera sistémica para “emplear la fuerza física, la violencia, la coerción, la manipulación, el engaño, la persuasión, los incentivos, el derecho, los impuestos, las sanciones, la vigilancia, la fuerza militar, los aparatos represivos, los mecanismos ideológicos y los medios de comunicación —en resumen, todos los medios a disposición del Estado— con el fin último de sostener el dominio racial… es decir, de reproducir el orden racial, representando, en gran medida, los intereses de la clase dominante racial”. David Theo Goldberg, *The Racial State* 112 (2002). En los Estados Unidos, “la clase dominante racial” coincide con las élites económicas gobernantes. *Véase supra* notes 26–27 y las fuentes allí citadas. *Véase*, en general, *supra* notes 14, 21–22, y *infra* notes 42–58, y las fuentes correspondientes. [↑](#footnote-ref-41)
42. *Véase*, Charles W. Mills, *The Racial Contract* (1997); *véase* también, Carole Pateman, *The Sexual Contract* (1988). Para una síntesis actualizada de estos análisis sobre raza y género, *véase*, Carole Pateman and Charles W. Mills, *Contract and Domination* (2013). [↑](#footnote-ref-42)
43. Para análisis recientes y agudos, *véase*, Issac C. Bishop, *Defending Dixie’s Land: What Every American Should Know About the South and the Civil War*; James M. McPherson, *Battle Cry of Freedom: The Civil War Era* (2003). [↑](#footnote-ref-43)
44. *Véase*, por ejemplo, Thurgood Marshall, *Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution*, 101 *Harvard Law Review* 1 (1987). [↑](#footnote-ref-44)
45. *Véase*, Frederick Olmstead, *The Cotton Kingdom* (1953). [↑](#footnote-ref-45)
46. *Véase*, por ejemplo, Ibram X. Kendi, *Stamped from the Beginning: The Definitive History of Racist Ideas in America* (2016); *A New Origin Story: The 1619 Project* (Nikole Hannah-Jones, Caitlin Roper, Ilena Silverman, and Jake Silverstein, eds., 2021); *véase* también: Hugh Thomas, *The Slave Trade: The Story of the Atlantic Slave Trade, 1440–1870* (1997); David Brion Davis, *Inhuman Bondage: The Rise and Fall of Slavery in the New World* (2006); Gerald Horne, *The Apocalypse of Settler Colonialism: The Roots of Slavery, White Supremacy, and Capitalism in Seventeenth-Century North America and the Caribbean* (2018); Eric Williams, *Capitalism and Slavery* (3.ª ed. 1994). [↑](#footnote-ref-46)
47. *Véase*, por ejemplo, Alexander Tsesis, *We Shall Overcome: A History of Civil Rights and the Law* 28–30 (2008). [↑](#footnote-ref-47)
48. *Véase*, por ejemplo, David Enrich, *Servants of the Damned: Giant Law Firms, Donald Trump, and the Corruption of Justice* (2022); Geoffrey Berman, *Holding the Line: Inside the Nation’s Preeminent US Attorney’s Office and Its Battle with the Trump Justice Department* (2022). *Véase*, en general, Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyers* (1994). [↑](#footnote-ref-48)
49. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 426 (1857). Para perspectivas, relativamente recientes, sobre *Scott* y su relevancia histórica, *véase*, *Symposium, 150th Anniversary of the Dred Scott Decision*, 82 *Chicago-Kent Law Review* 1 (1996). [↑](#footnote-ref-49)
50. Incluye a jueces estatales. *Véase*, por ejemplo, *State v. Post*, 20 N.J.L. 368 (1845) (*Supreme Court of New Jersey*). [↑](#footnote-ref-50)
51. *Véase*, por ejemplo, Richard Rothstein, *The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America* (2017); Paul Finkelman, *The Dred Scott Case, Slavery, and the Politics of Law*, 20 *Hamline Law Review* 1 (1996); *véase también*, Leonard L. Richards, *The Slave Power: The Free North and Southern Domination* (2000); Alexander Tsesis, *We Shall Overcome: A History of Civil Rights and Law* (2008); Elliott West, *Continental Reckoning: The American West in the Age of Expansion* (2023). [↑](#footnote-ref-51)
52. *Véase*, Jennifer Nedelsky, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and Its Legacy* (1990); Cheryl Harris, *Whiteness as Property*, 106 *Harvard Law Review* 1709 (1993); *véase también*, Mary Anne Franks, *Where the Law Lies: Constitutional Fictions and Their Discontents*, en *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System* (Austin Sarat, ed., 2015); Robert J. Steinfeld, *Property and Suffrage in the Early American Republic*, 41 *Stanford Law Review* 335 (1989). [↑](#footnote-ref-52)
53. *Véase*, por ejemplo, Ari Berman, *Minority Rule: The Right-Wing Attack on the Will of the People—And the Fight to Resist It* (2024); David Rhode, *Where Tyranny Begins: The Justice Department, the FBI, and the War on Democracy* (2024). [↑](#footnote-ref-53)
54. *Blyew v. United States*, 80 U.S. 581, 591-94 (1871). [↑](#footnote-ref-54)
55. *Véase*, por ejemplo, Shawn Leigh Alexander, *Reconstruction Violence and the KKK Hearings: A Brief History with Documents* (2015); Nisha Sinha, *The Rise and Fall of the Second American Republic: Reconstruction, 1860–1920* (2024). [↑](#footnote-ref-55)
56. *Véase*, Kimberlé Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women*, 43 *Stanford Law Review* 1241 (1991). [↑](#footnote-ref-56)
57. *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995). Esta opinión 5-4 fue un hito en las “guerras culturales” reaccionarias. Estas guerras han sido libradas por ideólogos y aliados de derecha, desde las reformas del New Deal, en los años treinta, y desde los movimientos por los derechos civiles, que emergieron en la década de 1950. Dichos movimientos ampliaron la igualdad y la libertad para personas trabajadoras, personas negras y otras minorías raciales, étnicas y religiosas, así como para mujeres, disidentes sexuales y personas inmigrantes. Esta opinión, carente de base jurídica, ejemplifica la jurisprudencia reaccionaria, en la segunda mitad del siglo XX, y su papel en unas guerras culturales cada vez más violentas —hoy abiertamente fascistas—, especialmente, en el nivel del Tribunal Supremo; en particular, mediante el abuso de la revisión judicial y las reinterpretaciones constitucionales sin principios. *Véase*, Francisco Valdes, *Culture, “Kulturkampf” and Beyond: The Antidiscrimination Principle under the Jurisprudence of Backlash*, en *The Blackwell Companion to Law and Society* 247 (Austin Sarat, ed., 2003); 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, *Defeat Fascism, Transform Democracy: Mapping Academic Resources, Reframing the Fundamentals, and Organizing for Collective Actions*, 47 *Seattle Law Review* 1057 (2024). [↑](#footnote-ref-57)
58. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “The consequence is not only an advantaging of whites, but a disadvantaging of blacks. Under Adarand, blacks and other racial or ethnic minorities are denied a legal privilege enjoyed by just about every other minority in the country… Farmers can be given special governmental benefits. Large corporations can. Riparian landowners can. Victims of environmental damage can. Poor people, veterans, disabled people, railroad workers, ophthalmologists—just about any minority group can be singled out by law for special advantages in the allocation of governmental benefits or opportunities without running afoul of the Equal Protection Clause. But blacks cannot… / Everyone knows that the Equal Protection Clause was designed above all to ensure equal protection for blacks. The denial to black Americans, as a group, of legal rights or privileges enjoyed by any other group is the paradigmatic Fourteenth Amendment violation. … How, then, can Adarand be taken seriously as a doctrinal elaboration of the Equal Protection Clause when it denies to blacks a privilege of legal protection enjoyed by so many other groups?…If all this is true, the right response might not be to jettison the Court's case law, but to jettison the whole enterprise of taking constitutional doctrine seriously.” *Véase*, Jed Rubenfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 111 *Yale Law Journal* 1170–1177 (2002). [↑](#footnote-ref-58)
59. Traducción nuestra. Texto original en inglés: “Stare decisis is the preferred course because it … contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process. Adhering to precedent “is usually the wise policy” … Nevertheless, … (the precedents here) were decided by the narrowest of margins, over spirited dissents challenging the basic underpinnings of those decisions. They have been questioned by Members of the Court in later decisions and have defied consistent application by the lower courts.” *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827-30 (1991). [↑](#footnote-ref-59)