

EL ORIGINALISMO DE LA ENMIENDA DECIMOCUARTA*

Fourteenth Amendment Originalism

Jamal Greene**

Resumen

Este ensayo aborda el curioso desdén que muchos originalistas muestran respecto de la Enmienda Decimocuarta a la Constitución estadounidense. De acuerdo a las premisas teóricas originalistas, el análisis del texto, la historia y la estructura de esta Enmienda deberían ocupar un lugar central en las discusiones sobre derechos incorporados, acción afirmativa y federalismo; sin embargo, en estas discusiones los originalistas la minimizan, como lo hacen, en general, con el período de la Reconstrucción (1865-1877). El artículo sugiere que tanto la Enmienda como la Reconstrucción representan para ellos una historia poco útil, en comparación con la del momento de la Fundación (1776), por varias razones: las enmiendas de la Reconstrucción fueron en gran parte fracasos en su tiempo; el lenguaje abstracto de la Enmienda XIV no facilita la resolución de las controversias actuales sobre su significado, y la Reconstrucción se asocia en la memoria nacional con un momento doloroso de división y guerra civil. Estas limitaciones, observa el autor, sugieren que el originalismo en la práctica es un proyecto moral, tanto o más que un proyecto hermenéutico.

Palabras clave

Originalismo, Enmienda Decimocuarta, constitucionalismo, Reconstrucción, interpretación constitucional, historia.

Jamal Greene, Columbia Law School. Correspondencia: 435W. 116th Street, New York, N.Y. 10027, USA. jamal.greene@law.columbia.edu

* Traducción de Luz Helena Orozco y Villa y Francisca Pou Giménez. Publicado originalmente en el *Maryland Law Review*, vol. 71, núm. 4, pp. 101-134 (2012). Copyright original: © 2012 by Jamal Greene. *Isonomía* agradece al autor el permiso para la traducción al español.

** Profesor de Derecho, Columbia Law School. El autor quisiera agradecer a los participantes en la conferencia sobre Fe constitucional/Redención constitucional, llevada a cabo en la Escuela de Derecho en la Universidad de Texas, y a la Conferencia de Trabajos sobre Originalismo de la Fundación Hugh y Hazel Darling, llevada a cabo en la Universidad de Derecho de San Diego. Este ensayo también se vio beneficiado por los talleres desarrollados en las Escuelas de Derecho de Brooklyn, Columbia y Northwestern, así como de conversaciones con Akhil Amar, Jack Balkin, Michael Stokes Paulsen, John McGinnis e Ilya Somin. Melissa Lerner proveyó valiosa asistencia de investigación.

Abstract

This essay seeks to explain the curious disregard many originalists show toward the Fourteenth Amendment. On common originalist premises, analysis of the text, history, and structure of the Fourteenth Amendment should predominate in discussions on incorporated rights, affirmative action or federalism disputes, and yet originalist interventions in those discussions tend to minimize the amendment and Reconstruction-era history more generally. This essay suggests that the Fourteenth Amendment and Reconstruction represent for originalists less usable history than the Founding for several reasons: the Reconstruction amendments were largely failures in their own time, the open-ended language of the Fourteenth Amendment is not well-suited to settlement of modern controversies, and the Reconstruction era holds an awkward and contested place within the national memory. These limitations, the article contends, are consistent with the notion that originalism in practice is as much an ethical as a hermeneutic project.

Keywords

Originalism, Fourteenth Amendment, constitutionalism, Reconstruction, constitutional interpretation, history.

Introducción

En *Baze v. Rees*, la Suprema Corte rechazó la demanda de un preso condenado a muerte, quien argumentaba que la utilización por parte de un estado de cierto protocolo de inyección letal —que conllevaba el riesgo de causar dolor severo si se administraba incorrectamente— violaba la Constitución.¹ El juez Thomas escribió un notable voto concurrente, acompañado por el juez Scalia, en el que sostuvo que la opinión mayoritaria que propuso la regla para la resolución de este tipo de demandas era incorrecta y que se debía haber atendido más al significado original de la Enmienda Octava.² El juez Thomas escribió que más bien “los Fundadores tuvieron la intención de prohibir formas tormentosas de castigo semejantes a aquellas que formaron el trasfondo histórico de la Enmienda Octava”, refiriéndose a prácticas diecioches-

¹ 553 U.S. 35, 41 (2008).

² *Id.*, p. 94 (J. Thomas, en concurrencia). El juez Scalia se adhirió a la concurrencia del juez Thomas.

cas tales como quemar viva a una persona, realizar una disección pública o retirar las vísceras en vida.³

Aun así, la concurrencia de Thomas merece nuestra atención menos por lo que dice que por lo que no dice. En ningún lado de su voto el juez Thomas hace referencia a la Enmienda Decimocuarta. Ello es así a pesar de ser precisamente la Enmienda Decimocuarta la disposición constitucional sujeta a análisis en el caso específico.⁴ Para el juez Thomas, así como para muchos originalistas académicos, la Enmienda Octava es aplicable a los estados sólo en la medida en que el alivio de un castigo cruel e inusual constituyera un privilegio o inmunidad de la ciudadanía en el momento en que la Enmienda Decimocuarta fue ratificada.⁵ No mencionar u ofrecer análisis explícito alguno del texto constitucional aplicable no es inusual en las sentencias de la Suprema Corte, pero es una omisión notable en una sentencia en la que dos de sus originalistas más prominentes regañaron a sus colegas por no prestar atención a la historia y al texto constitucional.

La Enmienda Decimocuarta es el *Mr. Cellophane** de la narrativa originalista. Jueces, académicos y ciudadanos ordinarios que escriben o hablan desde la tradición originalista ignoran consistentemente el significado original de la Enmienda Decimocuarta, incluso cuando su entendimiento debiera, bajo principios originalistas, regir el resultado de un caso. Un originalista que cree que la Enmienda Decimocuarta incorporó frente a los gobiernos estatales algunos o todos los derechos protegidos por el *Bill of Rights*, al analizar casos bajo disposiciones incorporadas, debe involucrarse primordialmente (si no exclusivamente) en determinar cómo la generación que ratificó dicha enmienda entendía el alcance y la sustancia de los derechos en juego. Un originalista que cree que la Constitución es “ciega al color” debe buscar una justificación de dicha perspectiva no ya en consideraciones generales de

³ *Id.*, p. 94-97.

⁴ *Id.*, p. 47 (opinión mayoritaria) (haciendo patente que la Enmienda Octava fue incorporada para hacerse oponible a los estados en *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 666 (1962)).

⁵ Véase *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct. 3020, 3059 (2010) (J. Thomas, en concurrencia parcial con las consideraciones y en concurrencia con el sentido).

* [Nota de las T]. *Mr. Cellophane* es el apodo que se autoadscribe el personaje Amos en la obra de teatro musical *Chicago*, quien se queja de parecer invisible a los ojos de los demás.

políticas o equidad, sino en el entendimiento original de la Cláusula de Igual Protección. Un originalista que pretende calibrar la división constitucional de autoridad y responsabilidad entre los estados y el gobierno nacional debe comprometerse con (o expresamente rechazar) los cambios que aquella división trajo consigo con las enmiendas de la Reconstrucción en general y la Enmienda Decimocuarta en particular. Con limitadas excepciones,⁶ los originalistas no se comprometen con este tipo de investigaciones, tendiendo más bien a enfocarse insistentemente en las escrituras y pronunciamientos de los constituyentes del siglo dieciocho. Efectivamente, las biografías e intenciones de hombres como John Bingham y Jacob Howard, redactores del lenguaje de derechos más importante en la Constitución, son algo desconocido incluso para abogados y académicos constitucionalistas, ya no se diga para el miembro promedio del *Tea Party*.

Hago notar esta tensión no con la intención de crear un momento al estilo “¡ya los agarramos!” para los opositores al originalismo —ya existen varios de estos momentos— sino para reportar un fenómeno que requiere explicación. Es verdad, evidentemente, que muchos originalistas son simplemente pecadores de sábado, inconsistentes con su devoción cuando la misma los dirige a resultados que no son compatibles con sus preferencias políticas o valores culturales. Ésta no resulta una acusación halagadora, pero no es exclusiva de los originalistas ni

⁶ Véase, e.g., Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, pp. 215-230 (1998); John Harrison, “Reconstructing the Privileges or Immunities Clause”, 101 Yale L.J. 1385, 1387-1388 (1992); Kurt T. Lash, “Beyond Incorporation”, 18 J. Contemp. Legal Issues 447, 447-448 (2009) [en adelante Lash, “Beyond Incorporation”]; Kurt T. Lash, “The Second Adoption of the Establishment Clause: the Rise of the Nonestablishment Principle”, 27 Ariz. St. L.J. 1085, 1087-1088 (1995) [en adelante Lash, “Establishment Clause”]; Kurt T. Lash, “The Second Adoption of the Free Exercise Clause: Religious Exemptions Under the Fourteenth Amendment”, 88 NW. U. L. Rev. 1106, 1109 (1994) [en adelante, Lash, “Free Exercise”]; véase también Michael Kent Curtis, *Free Speech, “The People’s Darling Privilege”*, pp. 357-383 (2000) (donde explora las concepciones sobre la libertad de expresión en la Era de la Reconstrucción); Gary C. Leedes, “Rediscovering the Link Between Establishment Clause and the Fourteenth Amendment: The Citizenship Declaration”, 26 Ind. L. Rev. 469, 469 (1993) (donde propone que la Cláusula de Establecimiento sea interpretada a través del lente de la igual ciudadanía, como lo garantiza la Enmienda Decimocuarta); Nicholas Quinn Rosenkranz, “The Objects of the Constitution”, 63 Stan. L. Rev. 1005, 1059-1061 (2001) (donde argumenta que el lenguaje de la Enmienda Decimocuarta aplicado a la Primera Enmienda tiene un mayor alcance respecto de actos estatales que aquel que tiene la misma Primera Enmienda respecto de actos federales).

refleja necesariamente más hipocresía deliberada que disonancia cognitiva. La aplicación inconsistente de la metodología de interpretación constitucional que uno prefiere es una característica de la condición humana, y su mera existencia es apenas interesante. Sin embargo, un patrón consistente de inconsistencia conduce al menos a preguntarse si los originalistas en la práctica son fieles a un conjunto coherente de compromisos que el originalismo en la teoría simplemente no reconoce.

Las explicaciones que este ensayo propone emergen en parte de lugares comunes y en parte de lugares menos comunes. Originalistas prominentes, siendo el juez Scalia el más famoso, han concedido que el originalismo requiere negociar con precedentes importantes no originalistas y algunas conjeturas culturales, si sus partidarios pretenden mantener su relevancia.⁷ En algunos casos, el respeto al *stare decisis* puede racionalizar las lagunas del análisis originalista de la Enmienda Decimocuarta. Ello puede acontecer particularmente en el caso de los derechos incorporados. Pero el *stare decisis* es sólo una parte del cuento y, considero, una parte relativamente pequeña.

La propuesta faltante que quisiera presentar, y que resulta menos común, es que el originalismo en la práctica no es sólo un método de interpretación, sino que constituye más bien —y más persuasivamente— una reivindicación normativa de la identidad americana; es decir, resulta mucho más apremiante como ética que como ejercicio hermenéutico. Y por varias razones intrínsecamente relacionadas, la brújula ética de los originalistas en muy raras ocasiones apunta a la Era de la Reconstrucción o al trabajo político de los redactores de la Enmienda Decimocuarta.

Primero, la Enmienda Decimocuarta fue un fracaso en su tiempo. Akhil Amar ha enfatizado que la Constitución original “no era solamente un texto sino un acto”, un *constituirse*.⁸ La Enmienda Decimocuarta fue diseñada, entre otras cosas, para “proteger al hombre negro en sus derechos fundamentales como ciudadano con el mismo escudo que protege al hombre blanco,”⁹ pero el grado en el que se ha cum-

⁷ Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil,” 57 U. Cin. L. Rev. 849, 864 (1989).

⁸ Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography*, p. 5 (2000).

⁹ Cong. Globe, 39th Cong., primera sesión, p. 2763 (1866) (Senador Howard).

plido su objetivo central ha sido responsabilidad de generaciones muy posteriores. La inercia de la enmienda respalda al menos dos rasgos expresivos del originalismo de la Decimocuarta Enmienda que lo hacen normativamente poco atractivo para los originalistas declarados. La primera es que la enmienda constituye un recurso significativo en narrativas de redención constitucional, pero uno muy débil en narrativas de restauración constitucional. Una narrativa de restauración nos exhorta a adoptar los valores del pasado porque el pasado fue mejor y, por ello, tiene una reivindicación normativa más fuerte en la identidad americana. Pero un argumento constitucional que toma la forma de una reivindicación moral sobre la identidad americana hace un uso productivo de la Enmienda Decimocuarta únicamente si dicha reivindicación suena en un registro redentor —la enmienda anuncia principios majestuosos a los que debemos constantemente procurar y aspirar. Aquellos que creen que dichos principios son centrales en la interpretación constitucional no necesitan ni tienden a utilizar el originalismo como un marco justificatorio. Asimismo, el fracaso de los redactores de la Enmienda Decimocuarta en alcanzar sus objetivos durante sus vidas les niega el estatus heroico atribuido a Madison, Jefferson, Hamilton y Washington. Ese estatus heroico es esencial al uso de las apelaciones a la historia como fuente persuasiva de autoridad en la argumentación constitucional moderna.

Segundo, en un número importante de campos, la Enmienda Decimocuarta presupone y refuerza el compromiso con el pluralismo en lugar de la asimilación, y los originalistas tienden a encontrar comodidad en la determinación. El constitucionalismo redentor es atractivo precisamente en la medida en que se niega a atar la interpretación moderna a las decisiones ya tomadas, las avenidas ya bloqueadas y las mentes ya cerradas. El originalismo es atractivo precisamente en la medida en que ata la interpretación a un conjunto fijo y conocido de significados, que impiden la indeterminación y la oportunidad asociada con la construcción constitucional de textura abierta. No resulta sorprendente que los opositores del relativismo moral tiendan desproporcionadamente a apoyar el originalismo, o que los afro-americanos tiendan arrolladora-

mente a no apoyarlo.¹⁰ Así como tampoco resulta sorprendente que una enmienda que compromete a la Nación en los términos más amplios con un conjunto de objetivos ambiguos funcione muy poco como recurso en los argumentos originalistas.

Tercero, la Era de la Reconstrucción es dolorosa y vergonzosa para —y por ello mejor olvidada por— muchos a quienes sus compromisos culturales y políticos conducen al originalismo. La promesa de la Reconstrucción no es sólo, en las memorables palabras de Martin Luther King, Jr., un “cheque sin fondos”.¹¹ Es también un símbolo de la conquista de dos terceras partes del país y su ocupación sobre la tercera. Mientras que la Revolución Americana se mantiene como una poderosa expresión de unificación que permitió la derrota de un enemigo externo común, la Guerra Civil es justamente eso, y la victoria de una parte del país necesariamente significó la derrota de la otra. Esta diferencia obvia debiera, en principio, no tener efecto alguno en la interpretación constitucional en lo general ni en la mecánica del originalismo en lo particular, pero probablemente disminuya el rol de la Era de la Reconstrucción en un relato persuasivo de la ética americana. Este efecto es particularmente probable entre sureños o entre aquellos que simpatizan con el proyecto político centralista pro-estados o el de supremacía blanca que los estados confederados defendían.

Estas explicaciones no sugieren que la Enmienda Decimocuarta esté fuera de las reglas formales del compromiso originalista, sino más bien que, en la práctica, no forma parte (o sólo constituye una pequeña parte) de las formas de argumentación persuasiva de los originalistas. Siendo así, el proyecto de reformar el originalismo para que refleje el profundo impacto de la Enmienda Decimocuarta en el derecho constitucional resonará posiblemente en un público muy limitado.

¹⁰ Una encuesta reciente encontró que sólo el 4% de los americanos-africanos se identifican como originalistas. Véase Jamal Greene, Nathaniel Persily y Stephen Ansolabehere, “Profiling Originalism”, 111 Colum. L. Rev. 356, 406 tbl. 9d (2011).

¹¹ Martin Luther King, Jr., *I Have a Dream*, Discurso pronunciado frente al Memorial de Lincoln en Washington D.C. (28 de agosto de 1963), disponible en <www.abcnews.go.com/Politics/martin-luther-kings=speech-dream-full-text/story?id=14358231>.

I.

La premisa de este ensayo —que los originalistas dedican atención insuficiente a la Enmienda Decimocuarta— les parecerá obvia a algunos, pero desconcertará a otros. A pesar de todo, existe una voluminosa literatura académica sobre los trabajos preparatorios y la historia legislativa de la Enmienda Decimocuarta, sobre las intenciones específicas de sus autores y de los miembros del Congreso 39°, así como sobre los propósitos de sus disposiciones amplias y vagas. El entendimiento original de la Cláusula de Igual Protección respecto de la segregación racial fue extensamente debatido en los informes de *Brown v. Board of Education*¹² y ha sido una preocupación central de los historiadores y teóricos constitucionalistas desde entonces.¹³ Los estudios sobre el alcance de la incorporación que examinan con profundidad el debate legislativo sobre la Enmienda Decimocuarta han aparecido en varias sentencias muy conocidas de la Suprema Corte¹⁴ y en trabajos académicos ortodoxos.¹⁵ El caso reciente de *McDonald v. City of Chicago*, donde la Corte decidió que el derecho fundamental a poseer un arma cargada en el domicilio debe ser respetado también por las autoridades locales y estatales, incluyó un informe extenso sobre el entendimiento original de los redactores de la Enmienda Decimocuarta acerca del derecho a poseer armas y propició opiniones contrapuestas que discutieron y diseccionaron argumentos históricos.¹⁶ La observación des-

¹² 347 U.S. 483 (1954).

¹³ Véase, e.g., Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, p. 76 (1990); Alexander M. Bickel, “The Original Understanding and the Segregation Decision”, 69 Harv. L. Rev. 1, 1, 4-6 (1955); Michael J. Klarman, Brown, “Originalism, and Constitutional Theory: A Response to Professor McConnell”, 81 Va. L. Rev. 1881, 1881-1882 (1995); Michael W. McConnell, “Originalism and the Desegregation Decisions”, 81 Va. L. Rev. 947, 952-953 (1995).

¹⁴ Véase, en lo general, *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct 3020, 3058 (2010) (Thomas, J., en concurrencia parcial con las consideraciones y en concurrencia con el sentido); *Adamson v. Virginia*, 332 U.S. 46, 68 (1947) (Black, J., en disenso).

¹⁵ Véase, e.g., Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, p. 181-187 (1998); Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, pp. 155-189 (1997); Charles Fairman y Stanley Morrison, *The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights: The Incorporation Theory* (1970).

¹⁶ 130 S. Ct. 3020, 3048-3050 (2010). *Id.*, p. 3086 (J. Thomas, en concurrencia parcial con las consideraciones y en concurrencia con el sentido); *id.*, p. 3112 (J. Stevens, en disenso); *id.*, p. 3130-3136 (J. Breyer, en disenso).

calificatoria del juez Scalia durante la etapa de argumentación oral en *McDonald* consistente en que la incorporación de la Cláusula de Privilegios e Inmunities era la “querida del claustro de profesores” podría sugerir demasiada atención al entendimiento original de la Enmienda Decimocuarta, y no mínima.¹⁷

De ahí que se requiera una aclaración. El descuido originalista por la Enmienda Decimocuarta es, más que general, selectivo. El debate sobre si la enmienda tuvo la intención de incorporar algunos o todos los derechos contenidos en el *Bill of Rights* continúa estando presente entre los originalistas,¹⁸ pero no puede compararse a la intensidad con la que se discute el grado en el que cualquier otro derecho fundamental contenido en el *Bill of Rights* era entendido por los redactores y ratificadores de la Enmienda Decimocuarta frente al entendimiento existente en 1791. Tomando nuestro ejemplo anterior, supongamos que el juez Thomas está en lo correcto al decir que la Enmienda Octava no fue originalmente entendida para prohibir un método particular de castigo sobre la base exclusiva de un riesgo, no pretendido, de causar dolor significativo. Supongamos además que aquellos que ratificaron la Enmienda Decimocuarta creían que, de hecho, la Enmienda Octava sí constituía una prohibición constitucional contra dicho método punitivo. En el caso en el que el posible infractor sea un actor local y no federal, sería muy difícil entender una teoría interpretativa bajo la cual la primera opción debiera prevalecer sobre la segunda. Efectivamente, para un originalista que cree que *Barron v. Baltimore*¹⁹ fue resuelto correctamente, sería muy difícil entender por qué el entendimiento original del *Bill of Rights* debiera, en sí mismo, definir un caso constitucional que involucrara actos locales y estatales.

Y sin embargo, interpretar a los derechos incorporados como si fueran derechos originales es la norma tanto entre originalistas como no-originalistas. Abundan los ejemplos tanto en opiniones judiciales como

¹⁷ Versión estenográfica del argumento oral en *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct. 3020 (2010) (No. 08-1521).

¹⁸ Véase *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct. en 3089 n.2 (J. Stevens, en disenso) (recolectando fuentes).

¹⁹ 32 U.S. (7 Pet) 243 (1833) (donde se sostiene que el *Bill of Rights* no es aplicable a los gobiernos estatales).

en la academia. Tómese en consideración el voto del juez Black en *Everson v. Board of Education*²⁰ donde discute como el documento *Memorial and Remonstrance*²¹ de James Madison debiera regir la interpretación correcta de la Cláusula de Establecimiento.²² O el voto del Juez Scalia en *Crawford v. Washington*,²³ que prodiga atención sobre el contexto de *common-law* de la Cláusula de Confrontación de la Enmienda Sexta, pero apenas alude al entendimiento del derecho antes de la Guerra Civil.²⁴ Considérese la exhaustiva excavación del académico originalista Michael McConnell en el entendimiento dieciochesco de los Fundadores sobre el alcance de la exigencia constitucional de tolerancia religiosa.²⁵ Ya que uno comienza a buscar instancias en las que los originalistas han pasado por alto la influencia del pensamiento de la Era de la Reconstrucción en el significado de los derechos protegidos por la Enmienda Decimocuarta, tales instancias aparecen en todas partes.

La posición según la cual sólo las visiones del siglo XVIII son relevantes para descifrar el significado original del *Bill of Rights* incorporado es difícil de sostener, más no imposible de articular. Alguien podría llegar a esta posición con el argumento de que lo que hizo la generación de la Enmienda Decimocuarta respecto del *Bill of Rights* fue

²⁰ 330 U.S. 1 (1947).

²¹ James Madison, "Memorial and Remonstrance", en *The Writings of James Madison*, vol II, pp. 1783-1787, 1783-1791 (Gaillard Hunt, 1901).

²² *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. en la p. 12. En *Lynch v. Donnelly*, caso en el que se sostuvo que la colocación de un nacimiento de figurines en una escuela era constitucional, el Juez Brennan escribió en su voto disidente que "[l]a intención del Constituyente respecto de la colocación pública de escenas relacionadas con la Navidad es virtualmente imposible de conocer o discernir, toda vez que la celebración masiva de dicho acontecimiento no emergió como la conocemos hasta muy entrado el siglo diecinueve." 465 U.S. 668, 720 (1984) (J. Brennan, en disenso). Por supuesto, el Constituyente relevante debería ser aquél que promulgó la Enmienda Decimocuarta.

²³ 541 U.S. 36 (2004).

²⁴ *Id.*, pp. 42-50.

²⁵ Michael W. McConnell, "The Origins and Historical Understandings of Free Exercise of Religion", 103 Harv. L. Rev. 1409, 1413-1415 (1990). Como lo ha señalado Kurt Lash, la perspectiva consistente en que la Cláusula de Libre Ejercicio requiere exenciones religiosas respecto de leyes neutrales de aplicación general corresponde más a la visión de los republicanos de la Reconstrucción, familiarizados con las leyes estatales de alfabetización de los esclavos que impedían la lectura de la Biblia, que con los constituyentes del siglo XVIII. Lash, "Free Exercise", *supra* nota 6, pp. 1109-1110.

aplicar únicamente los primeras ocho enmiendas, como fueron entendidas originalmente, a los gobiernos estatales. Ésta no es, sin embargo, una interpretación plausible de la Decimocuarta Enmienda, ni tampoco la he visto articulada explícitamente por algún originalista moderno. Primero, existe una dificultad conceptual para proceder de tal manera. Como *Barron* deja claro, la generación que ratificó el *Bill of Rights* conceptualizaba dicho documento bajo una óptica federalista. Desde esta posición de ventaja, la creencia sobre el alcance de un derecho no podría ser indiferente a la circunstancia de si tal derecho se puede hacer valer frente al gobierno federal centralizado o frente a un actor local o estatal. La dificultad se presenta con mayor claridad respecto de aquellos derechos que pudieron ser entendidos originalmente como puramente o primordialmente estructurales, como son la Cláusula de Establecimiento o la Segunda Enmienda, pero se mantiene problemática incluso para aquellos derechos intrínsecamente relacionados con libertades individuales. El hecho de que el gobierno federal sea un gobierno de facultades explícitas puede, por ejemplo, influenciar razonablemente el tipo de prácticas regulatorias que califican como expropiaciones a la luz de la Quinta Enmienda.

Aparte de esta dificultad conceptual, todavía persiste el problema de determinar que entendimiento del significado original del *Bill of Rights* es el que rige y controla —la perspectiva del juez moderno o la de la generación que ratificó la Enmienda Decimocuarta. Dicha generación, rota y golpeada por una guerra que bien pudo haberse precipitado por la decisión tomada en *Dred Scott*, no confiaba en los jueces federales.²⁶ Tampoco esos americanos guardaban la consideración que muchos americanos modernos guardan a los Fundadores constitucionales —William Lloyd Garrison, que llamó a la Constitución “un convenio con la muerte y un pacto con el infierno”, fue invitado a izar la bandera federalista en el fuerte de Sumter cuando terminó la Guerra Civil.²⁷ Re-

²⁶ Véase Laurent B. Frantz, “Congressional Power to Enforce the Fourteenth Amendment Against Private Acts”, 73 *Yale L. J.* 1353, 1356 & n. 18 (1964) (“Los constituyentes y partidarios de la Enmienda Decimocuarta estaban particularmente interesados en ampliar los poderes del Congreso, no así del Poder Judicial Federal, al que veían con considerable desconfianza.”)

²⁷ Véase Merton L. Dillon, “The Failure of the American Abolitionists”, 25 *J. Southern Hist.* 159, 159 (1959).

sulta impensable que esta misma generación delegara a los jueces federales la interpretación del *Bill of Rights*, aplicable a los estados, para que determinaran cómo los americanos del siglo dieciocho entendían sus protecciones y derechos (que en aquella época no eran aplicables a los estados). Si esta es la visión que tiene un originalista, me gustaría escuchar su propuesta.

Es necesario calificar un poco mi escepticismo puesto que uno podría, de hecho, imaginarse una especie de originalismo tímido que lleve al resultado criticado párrafos arriba. Considérese al juez Scalia, que creó la etiqueta de originalista “timorato” para describir su propia perspectiva en 1989.²⁸ El juez Scalia ha aceptado ciertos aspectos de la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre la incorporación como derecho firme.²⁹ A pesar de que critique el debido proceso sustantivo en cada posible oportunidad,³⁰ no está dispuesto a reconsiderar si la incorporación —una forma de debido proceso sustantivo— es constitucionalmente legítima o si podría conseguirse de manera más fidedigna por una vía doctrinal distinta.³¹

Existen al menos tres niveles de generalidad en los que podríamos adjudicar el significado de un derecho incorporado como aplicable a un actor estatal o local. En el más alto nivel de generalidad, podríamos considerar si todo el cuerpo de derechos protegido frente al gobierno federal en el *Bill of Rights* también está protegido de la misma manera frente a una infracción estatal. En un nivel medio de generalidad, podríamos considerar que algunos pero no todos los derechos están protegidos exactamente de la misma manera frente a infracciones estatales y federales. En un nivel bajo de generalidad, podríamos considerar el

²⁸ Scalia, *supra* nota 7, p. 864.

²⁹ Véase la versión estenográfica de la Argumentación Oral de *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct. 3020 (2010) (No. 08-1521).

³⁰ Véase, *e.g.*, *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558, 587-92 (2003) (J. Scalia, en disenso) (donde critica la decisión de la mayoría por utilizar el debido proceso sustantivo para decidir en contra de precedentes).

³¹ *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct. en 3050 (2010) (“A pesar mis reservas ante el debido proceso sustantivo, he condescendido en la incorporación por la Suprema Corte de determinadas garantías del *Bill of Rights*, ‘porque así se ha establecido desde tiempo atrás y de manera limitada’. Este caso no requiere que reconsidere mi postura, toda vez que la aplicación de doctrina ya reiterada resulta suficiente para decidir el sentido”. (donde cita *Albright v. Oliver*, 510 U.S. 266, 275 (1994) (J. Scalia, en concurrencia).

grado en el que el alcance y la sustancia de la protección de derechos es la misma según el contexto estatal o federal. En términos amplios, la Corte ha discutido si debe proceder a un nivel alto o medio de generalidad, y se ha acomodado en un nivel medio: la incorporación total ha sido derrotada y la incorporación selectiva (en un umbral bastante bajo) ha ganado.³² Con notables y criticadas excepciones,³³ la Corte se ha enfocado poco en la opción entre un nivel de generalidad medio o bajo; esto es, la Corte no ha discutido mucho el grado en el que los derechos incorporados debieran tener precisamente el mismo contenido en un nivel estatal que federal. Para la gran mayoría de derechos incorporados, la Corte no ha hecho distinción al momento de la incorporación ni en los casos subsecuentes.³⁴

Regresemos ahora a nuestro originalista timorato. Él podría creer que tanto el triunfo de la incorporación selectiva y el rechazo de la consideración individualizada de la diferencia entre derechos federales y estatales ya es derecho firme, y sin embargo afirmar que el significado de derechos *federales* en lo particular aún no lo es. El juez Scalia pareciera calificar en esta descripción: rechaza la jurisprudencia evolutiva de la Corte al considerar el significado de la Enmienda Octava pero acepta que la Enmienda Octava está incorporada y que su significado es idéntico ya sea que sea aplicable a un acto estatal o federal. Se niega a aceptar, con argumentos originalistas, que el despido de (o negativa a contratar a) un servidor o contratista públicos en razón de su ideología política sea una violación a la Primera Enmienda, pero nunca, has-

³² Compárese, *e.g.*, *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 147-149 (1968) (donde destaca que solamente algunos de los derechos comprendidos en el *Bill of Rights* son aplicables a las autoridades estatales) con *id.*, p. 163 (J. Black, en concurrencia) (donde sugiere que todo el *Bill of Rights* fue incorporado mediante la Enmienda Decimocuarta).

³³ *E.g.*, *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356, 366-62 (1976) (J. Powell, en concurrencia) (donde sostiene que la Enmienda Sexta incorporada, a diferencia de la original, no requiere unanimidad en el jurado en los juicios criminales); *cf.*: *Mallow v. Hogan*, 378 U.S. 1, 15-16 (1964) (J. Harlan, en disenso) (“No comprendo... cómo [al interpretar la Cláusula de Debido Proceso] puede causarse un corto circuito con la incorporación del debido proceso, sin un examen crítico, a todo el cuerpo legal relacionado con una prohibición específicamente dirigida en contra del gobierno federal. La consecuencia de tal aproximación es ignorar inevitablemente todas las diferencias relevantes que pudieran existir entre el derecho penal estatal y el federal.”)

³⁴ Véase Mark D. Rosen, “The Surprisingly Strong Case for Tailoring Constitutional Principles”, 153 U. Pa. L. Rev. 1513, 1516 (2005).

ta donde yo sé, ha sugerido que la regla deba ser diferente si se trata de empleadores estatales o federales.³⁵ Puede ser que muchos originalistas sean timoratos en este mismo sentido y tengan pocos motivos para tomar en consideración el entendimiento original de privilegios o inmunidades de ciudadanía en particular. La extensa discusión de la mayoría en *McDonald* sobre las visiones en la Era de la Reconstrucción sobre el derecho a poseer armas ofrece poco respaldo a esta posibilidad: al sugerir que la Segunda Enmienda puede hacerse valer frente a la Federación pero no frente a los estados, los que disintieron en *McDonald* perturbaron el otrora firme rechazo a la incorporación dividida.

Hay razones para dudar, sin embargo, que este grado de pusilanimidad sea una opción deliberada para la gran mayoría de los originalistas. Primero, y más significativamente, nunca he visto al argumento recién descrito articulado en algún escrito, ya sea originalista o no. Se asume, generalmente sin discusión, que el originalismo requiere que el entendimiento original de los derechos federales determine el significado de los derechos incorporados. Segundo, muchos originalistas, incluido el juez Thomas, no son originalistas débiles en el sentido apuntado, y sin embargo, toman las mismas decisiones respecto de la interpretación de los derechos incorporados.³⁶ Tercero, liberar a la práctica originalista de un cuestionamiento sobre el significado de un texto políticamente significativo priva a la teoría de sus justificaciones normativas habituales. En momento alguno de nuestra historia constitucional alguna institución democráticamente responsable ha determinado en algún texto la noción de que los actores estatales y locales están obligados en los términos de la visión del juez Scalia sobre el entendimiento dieciochesco del *Bill of Rights*. Si alguna vez su visión sobre el significado dieciochesco de un derecho particular se ha aproximado a la visión de los ratificadores de la Enmienda Decimocuarta en 1868, ha sido mera casualidad. Entonces lo que sucede no es que la pesquisa originalista tal

³⁵ *Bd. Of County Comm'rs v. Umbehr*, 518 U.S. 668, 686-87 (1996) (J. Scalia, en disenso).

³⁶ Véase Andrew Koppelman, "Phony Originalism and the Establishment Clause", 103 *Nw. U. L. Rev.* 727, 742-743 (2009) (donde recrimina al juez Thomas por ignorar las implicaciones de la Reconstrucción al dotar de sentido a la Cláusula de Establecimiento). Respecto de *McDonald*, aun falta ver si cortes futuras, que se han acercado al originalismo mediante la interpretación de la Segunda Enmienda, acudirán a los ratificadores de la Enmienda Decimocuarta como guía para determinar los alcances del derecho protegido y no únicamente para verificar su incorporación.

y como es conducida sea útil aunque insuficiente para resolver casos sobre derechos incorporados, sino que simplemente es incorrecta. No existe razón, en principio, para que un originalista privilegie el significado en 1791 de un derecho incorporado sobre su significado en cualquier año anterior a 1868.

Adicionalmente, existen otras maneras en las que los originalistas desprecian la Enmienda Decimocuarta. Muchos, por ejemplo, se muestran desinteresados por el entendimiento original de la Cláusula de Igual Protección respecto de acciones gubernamentales basadas en raza. El Congreso que promulgó la Enmienda Decimocuarta también promulgó medidas basadas en raza diseñadas para mejorar la condición de los antiguos esclavos.³⁷ Es razonable suponer que un originalista no tendría problemas en aceptar planes contemporáneos de acción afirmativa que apuntaran a la inclusión más que a la exclusión de minorías raciales. Sin embargo, muchos originalistas, incluidos los Jueces Scalia y Thomas, se oponen a dichos planes con el argumento de que la Cláusula de Igual Protección exige que tanto el gobierno federal como los gobiernos estatales sean “ciegos al color”.³⁸ De lo que conozco, ninguno de los dos jueces ha justificado a través de escrito alguno esa lectura en términos originalistas (tampoco, incidentalmente, alguno de los dos ha justificado la aplicación de la Cláusula de Igual Protección al gobierno federal en dichos términos).³⁹

³⁷ Véase Jed Rubenfeld, “Affirmative Action”, 107 Yale L.J. 427, 427 (1997) (donde afirma que el Congreso de 1860 promulgó varios estatutos que otorgaban beneficios a los hombres liberados en razón de su raza); Eric Schnapper, *Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment*, 71 Va. L. Rev. 753, 754-755 (1985) (donde describe los esfuerzos legislativos en la era de la Reconstrucción para ayudar a los hombres liberados).

³⁸ *Parents Involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 772 (2007) (J. Thomas, en concurrencia); *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 520-521 (1989) (J. Scalia, en concurrencia únicamente con el sentido).

³⁹ El juez Thomas ha sugerido superficialmente que las medidas basadas en raza promulgadas durante la Reconstrucción son consistentes con una Constitución “ciega al color” en tanto fueron diseñadas como remedios por la discriminación histórica fomentada y realizada por el propio estado. *Parents Involved*, 551 U.S., p. 772, n.19 (J. Thomas, en concurrencia). Esto no es lo mismo, obviamente, que defender activamente la visión “ciega al color”, pero sí constituye un comienzo. No es claro a partir de la breve discusión del Juez Thomas sobre los numerosos estatutos en la Reconstrucción que concedían recursos a las personas “de color” que los mismos fueran simplemente medidas reparatorias específicas. Véase Rubenfeld, *supra* nota 37, p. 430-431 (describiendo dichos estatutos). La justificación originalista más articulada sobre la inconstitucionalidad de la acción afirmativa es ofrecida por John Harrison, quien ha argumentado

Otra área de evidente falta de atención a la Enmienda Decimocuarta es el federalismo. Muchos originalistas rechazaron la visión del juez Miller (o más bien, la sabiduría atribuida a su visión) en los casos *Slaughter-House* según la cual la Cláusula de Privilegios e Inmidades no incorpora el *Bill of Rights* frente a los estados.⁴⁰ Las más aplaudidas opiniones disidentes de los jueces Field y Bradley enfatizan ambas, no de manera irrazonable, que las Enmiendas de la Reconstrucción fueron diseñadas para producir una transformación radical en la división de la autoridad y la responsabilidad entre los estados y el gobierno federal.⁴¹ No se requiere un análisis minucioso de la historia legislativa de la Enmienda Decimocuarta —y de las repetidas alusiones a la ilustrativa enumeración por parte del juez Washington de privilegios e inmidades en *Corfield v Coryell*—⁴² para concluir que muchos de los responsables de la codificación de la enmienda creían que ésta aumentaba el poder del gobierno federal para vigilar las posibles infracciones estatales a un amplio espectro de derechos, incluyendo a los específicamente enumerados en el *Bill of Rights* e incluso a más.⁴³ Sin embargo, permanece la práctica, tanto en la academia como en las de-

que mucho de lo que se considera actualmente jurisprudencia sobre igual protección en realidad debe ser analizada mediante la Cláusula de Privilegios e Inmidades, que protege contra la discriminación racial mediante leyes de ciudadanía estatal. Harrison, *supra* nota 6, p. 1388-1389. La legalidad de una medida de acción afirmativa, entonces, dependería de la naturaleza de la privación en juego. *Id.*, p. 1463-1464. Ello no corresponde a una postura “ciega al color” como tradicionalmente se entiende y, en cualquier caso, resulta un tratamiento muy tímido de la acción afirmativa desde una perspectiva originalista. Véase *id.*, p. 1462-1463.

⁴⁰ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 74 (1872). Desde mi punto de vista, la opinión de la mayoría escrita por el juez Miller no supone una posición anti-incorporación (misma que, de cualquier manera, sería *dicta*), pero el juez Miller después acompañó el voto del juez presidente Waite en *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 552 (1876), el cual sin ambigüedades rechaza tal incorporación.

⁴¹ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 74 (1872). Desde mi perspectiva, la opinión mayoritaria del juez Miller no respalda la visión anti-incorporación (lo que, de cualquier manera, sería *dicta*), pero posteriormente el juez Miller se unió a la opinión del juez presidente Waite en *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 552 (1876), que sin lugar a ambigüedades rechazó la idea de la incorporación.

⁴² 6 F. Cas. 546, 551-52 (C.C.E.D. (Pa. 1823) (No. 3230).

⁴³ Véase John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 30 (1980) (donde describe a la Cláusula de Privilegios e Inmidades de la Enmienda Decimocuarta como “una delegación para las siguientes generaciones en la toma de decisiones sobre el significado de la Constitución con el objetivo de proteger derechos que no hayan sido enumerados ni en la Enmienda Decimocuarta ni en el resto del documento”).

cisiones de la Suprema Corte, de que los textos utilizados consistentemente para revelar los entendimientos originales sobre asuntos relacionados con federalismo son los *Federalist Papers*;⁴⁴ en este sentido, no se aprecia un esfuerzo por identificar o celebrar los documentos canónicos relacionados con el federalismo producidos durante la Era de la Reconstrucción.

En ocasiones, algunos miembros de la Corte se han involucrado con la historia de la Sección 5 de la Enmienda Decimocuarta en aquellos casos en los que el alcance de dicha disposición ha estado directamente relacionada con el caso. Por ejemplo, la sentencia *City of Boerne v. Flores*, elaborada por el juez Kennedy, recurrió a la historia legislativa de la Enmienda Decimocuarta para fortalecer su conclusión consistente en que el propósito de dicha sección es reparadora más que sustantiva.⁴⁵ Pero incluso en los casos en los que la Sección 5 es la disposición más relevante a analizarse, prestarle atención a su entendimiento original es la excepción más que la regla. Por ello, en *Fitzpatrick v. Bitzer*, cuando el entonces juez Rehnquist elaboró la sentencia de la Corte en el sentido de sostener que el Congreso tenía el poder de abrogar la inmunidad soberana de los estados vía la Sección 5, su opinión fue de naturaleza profundamente doctrinal, refiriéndose únicamente de manera indirecta al entendimiento original de la Enmienda Decimocuarta.⁴⁶ Y en *United States v. Morrison*, al rechazar la aplicación de la Sección 5 en un patrón de conducta judicial estatal que involucraba violencia motivada por el género, Rehnquist, como juez presidente de la Suprema Corte, se apoyó en parte en casos decimonónicos que exponían la visión de jueces federales sobre el poder de la Reconstrucción, sin explícitamente atender las intenciones o entendimientos de los miembros relevantes del Congreso o del público en general.⁴⁷ Efectivamente, el juzgador sostuvo que limitar la Sección 5 era “necesario para prevenir que la Enmienda Decimocuarta arrasara con el equilibrio de poder en-

⁴⁴ Véase, e.g., *Printz v. United States*, 521 U.S., 898, 914-15 (1997) (donde examina *Federalist Papers* para decidir si el gobierno federal está facultado para exigir a oficiales estatales la ejecución de leyes federales); véase también, e.g., *Federalist Papers*, número 10, 39 (James Madison) y número 32 (Alexander Hamilton).

⁴⁵ 521 U.S. 507, 509, 520-24 (1997).

⁴⁶ 427 U.S. 445, 446, 453-56 (1976).

⁴⁷ 529 U.S. 598, 620-27 (2000).

tre estados y gobierno nacional, mismo que los fundadores habían diseñado tan cuidadosamente”.⁴⁸

Simplemente, la mera afirmación de que sea necesario evitar que la Enmienda Decimocuarta altere radicalmente el equilibrio Federación-Estado demuestra la falacia originalista. Un originalismo sensible a todo el texto constitucional se confrontaría con el grado en el que la Enmienda Decimocuarta fue diseñada para afectar dicho balance, y no únicamente en los casos en los que está directamente implicada la Sección 5. En casos como *Fitzpatrick* y *Seminole Tribe of Florida v. Florida*,⁴⁹ la Corte ha tratado a la Enmienda Decimocuarta más como un addendum que como una enmienda. En el último caso, en el que el juez presidente Rehnquist discutió con el juez Souter sobre el grado en el que los Fundadores dieciochescos pretendían que el Congreso estuviera facultado para abrogar la inmunidad soberana estatal mediante los poderes previstos en el artículo 1,⁵⁰ el juez presidente Rehnquist escribió que “*Fitzpatrick* no puede leerse como una justificación para limitar el principio comprendido en la Enmienda Undécima aludiendo a disposiciones previas de la Constitución”.⁵¹ El juez presidente Rehnquist estaba citando el voto disidente del juez Scalia en *Pennsylvania v. Union Gas Col.*, misma que (como todos los votos del juez Scalia sobre derechos incorporados) trata la Constitución como una serie lineal de disposiciones cuya interpretación no arroja luz alguna sobre otras disposiciones no mencionadas específicamente.⁵² Tal como escribe Charles Black, “al lidiar con cuestiones constitucionales, hemos preferido el método de supuesta exégesis a partir de un pasaje determinado como directiva de acción, en lugar de un método de inferencia a partir de las estructuras y relaciones internas creadas por la Constitución en sus respectivas partes o en su parte principal”.⁵³

⁴⁸ *Id.*, p. 620.

⁴⁹ 517 U.S. 44 (1996).

⁵⁰ *Id.*, p. 66-71 y nota 11.

⁵¹ *Id.*, p. 66 (citando *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 1, 42 (1989) (J. Scalia, en concurrencia parcial y en disenso parcial)) (énfasis añadido).

⁵² *Union Gas Co.*, 491 U.S., p. 41-42 (J. Scalia, en concurrencia parcial y disenso parcial).

⁵³ Charles L. Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, p.7 (1969).

Se requiere cierta creatividad para afirmar que la Enmienda Decimocuarta aumenta el alcance de los poderes del Congreso previstos en el artículo 1, y no estoy sugiriendo que un originalista esté necesariamente equivocado al negar tal afirmación. Considérese, no obstante, la siguiente interpretación: la Sección 1 de la Enmienda Decimocuarta dispone una base para una definición expansiva de la ciudadanía nacional, y la Sección 5 permite la ejecución de la enmienda en cuestión, “mediante legislación apropiada”.⁵⁴ Podríamos interpretar “legislación apropiada” tal y como la Corte en *City of Boerne* hizo: como legislación que hace cumplir y dota de eficacia a los derechos reconocidos judicialmente.⁵⁵ Sin embargo, también podríamos interpretarla en términos menos centrados en el Poder Judicial, es decir, como legislación que hace cumplir y dota de eficacia a los derechos reconocidos por el Congreso.⁵⁶ El significado de la palabra “apropiada” en la frase citada, desde la perspectiva de un órgano jurisdiccional, sería el de preservar otras limitaciones al poder del Congreso impuestas por el *Bill of Rights*, la Cláusula de Necesario y Apropiado, la Sección 9 del artículo 1 y similares.⁵⁷ Ya sea que uno acepte o no esta teoría, es razonable esperar que los originalistas incorporaran la Enmienda Decimocuarta en su recuento sobre federalismo. Si uno de los impulsos originales del federalismo era asegurar que “la sociedad misma estuviera desintegrada en muchas partes, intereses y clases de ciudadanos, por lo que los derechos individuales o de las minorías estarían a salvo de las combina-

⁵⁴ Véase Vicki C. Jackson, “Holistic Interpretation: *Fitzpatrick v. Bitzer* and Our Bifurcated Constitution”, 53 *Stan. L. Rev.* 1259 (2001) (donde considera el argumento de que, si la Enmienda Decimocuarta modifica la Enmienda Onceava, entonces también altera el alcance de los poderes del Congreso bajo el artículo 1).

⁵⁵ Véase *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 519 (1997) (donde explica que el poder del Congreso de conformidad con la Sección 5 se limita a hacer cumplir las disposiciones de la Enmienda Decimocuarta).

⁵⁶ Véase Robert C. Post y Reva B. Siegel, “Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act”, 112 *Yale L. J.* 1943, 2022 (2003) (argumentando que ‘existen poderosas e independientes razones para afirmar la autoridad del Congreso para emplear la Sección 5 con el objetivo de hacer cumplir sus propios entendimientos constitucionales.’)

⁵⁷ *Cfr.* *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, 651 (1966) (“La regla en *McCulloch v. Maryland* es la medida de lo que constituye ‘legislación apropiada’ en términos de la Sección 5 de la Enmienda Decimocuarta”).

ciones interesadas de la mayoría”,⁵⁸ sería útil saber en qué medida una interpretación vasta de los poderes Judicial y Legislativo que prevaleciera por encima del poder policial de los estados transforma este impulso en algo ininteligible.

Debe mencionarse que el descuido selectivo de la Enmienda Decimocuarta no se limita a profesores de derecho y jueces, aunque no es necesario ahondar en el tema. Considero casi evidente que, fuera de las cortes y de los pasillos académicos, la gran mayoría de los participantes en el discurso público que exalta al originalismo fracasa también en discutir la Enmienda Decimocuarta. En su libro *Liberty and Tyranny*, Marc Levin, un locutor de radio y “constitucionalista experto” escribe, “Durante mucho tiempo de la historia americana, el balance entre la autoridad gubernamental y la libertad individual fue entendido y aceptado... Pero durante la década de 1930, en la Gran Depresión, los estatistas consiguieron lanzar una contrarrevolución que alteró radical y fundamentalmente la naturaleza de la sociedad americana”.⁵⁹ En esa elipsis no hay referencia a la esclavitud, la Guerra Civil, la Enmienda Decimocuarta, o algún otro elemento que pudiera haber plausiblemente afectado el balance entre la autoridad gubernamental y la libertad individual hasta el *New Deal*. Levin no discute la esclavitud en el libro, pero insiste que:

La ratificación de la Constitución por los estados del sur marcó el inicio del fin de la esclavitud –logrando la fructificación con su derrota en la Guerra Civil y la adopción subsecuente por parte del Congreso y los estados de las Enmiendas Decimotercera (que formalmente abolió la esclavitud), Decimocuarta (que prohibió la infracción a los derechos de los ciudadanos) y Decimoquinta (que prohibió la raza como impedimento para votar) de la Constitución.⁶⁰

La narrativa de continuidad de Levin, en la que la Enmienda Decimocuarta es concebida como una efigie infructuosa de principios fundacionales, es muy popular entre los originalistas. El libro de W. Cleon

⁵⁸ *The Federalist* núm. 51, en la página 321 (James Madison) (Editorial Clinton Rossiter, 1961).

⁵⁹ Mark R. Levin, *Liberty and Tyranny: A Conservative Manifesto*, pp. 5-6 (2009).

⁶⁰ *Id.*, p. 58.

Skousen, *The Five Thousand Year Leap*, que se ha convertido en una especie de documento sagrado para muchos partidarios del *Tea Party*,⁶¹ fue escrito “para catalogar los ingredientes del éxito fenomenal de los Padres Fundadores”, pero incluye una sola referencia a la Enmienda Decimocuarta.⁶² En el capítulo de Skousen sobre el principio de que “Todos los hombres fueron creados como iguales” se afirma, sin hacer referencia a la esclavitud, que “los Fundadores fueron capaces de establecer una sociedad de libertad y oportunidad”.⁶³ En donde Skousen hace una fugaz referencia a la esclavitud, es en una porción del capítulo en la que dice que “los negros” empezar a recibir oportunidades de progreso “mismas que sin duda los Fundadores como Washington, Jefferson y Franklin habrían definitivamente apoyado”.⁶⁴ Skousen no menciona, obviamente, que los tres hombres fueron dueños de esclavos.

Antes de ahondar en las razones de la indiferencia selectiva de los originalistas hacia la Enmienda Decimocuarta, vale la pena hacer una pausa para considerar las razones de su conciencia selectiva. Como ya mencioné líneas arriba, existen áreas relacionadas con la Enmienda Decimocuarta —específicamente el entendimiento original de los efectos de la Cláusula de Igual Protección en instituciones públicas segregadas y la legitimidad de la incorporación— que los originalistas (igual que muchos otros) han aceptado y promovido en el debate doctrinario e histórico.⁶⁵ ¿Puede ser, entonces, que su falta de atención a otras maneras en las que la Enmienda Decimocuarta podría influir en la interpretación moderna sea simplemente un descuido, entendible en una metodología que hasta fechas recientes no tenía la sofisticación analítica que muchos de sus defensores reivindicaban? ¿Puede ser que no haya yo hecho más que identificar un momento “¡Ya los agarramos!”, que será corregido cuando el Originalismo 3.0 llegue a las revistas especializadas de derecho?

⁶¹ Véase Jared A. Goldstein, “The Tea Party Movement and the Perils of Popular Originalism”, 53 *Ariz. L. Rev.* 827, 839 (2011) (calificando los libros de Skousen como “las fuentes más populares sobre los Fundadores y la Constitución entre los simpatizantes del *Tea Party*”)

⁶² W. Cleon Skousen, *The Five Thousand Year Leap* p. 85 (rev. Ed. 2009).

⁶³ *Id.*, p. 81.

⁶⁴ *Id.*, p. 83.

⁶⁵ Véase *supra* el texto que acompaña las notas 12-18.

Será provechoso reconsiderar esta objeción una vez que hayamos analizado más rigurosamente las razones potenciales del descuido selectivo de los originalistas. Por ahora, considérese que las dos áreas en las que los originalistas sí han aceptado la Enmienda Decimocuarta son áreas en que no hacerlo sería una amenaza existencial para el originalismo mismo. Las investigaciones originalistas más célebres sobre el entendimiento original de la Cláusula de Igual Protección respecto de la segregación en las escuelas públicas están precisamente al servicio de la visión según la cual el originalismo no es inconsistente con *Brown* y, que por tanto, dicha teoría interpretativa no es irrelevante. La resucitación originalista de la Cláusula de Privilegios e Inmunidades es necesaria para prevenir al originalismo de rechazar toda aplicación del *Bill of Rights* a los estados. Cualquiera que argumente que el *Bill of Rights* no es exigible a los actos de los oficiales locales y estatales abandona por ese solo hecho la conversación actual sobre derechos. Continuar refiriéndose a la historia de la Enmienda Decimocuarta en este contexto, sostengo, es enteramente consistente con la visión de que el originalismo le debe su prominencia legal y cultural menos a su devoción a un conjunto consistente y persuasivo de reglas interpretativas como a su rol en promover un argumento normativo muy influyente sobre la identidad americana.

II.

Como demuestra la Parte I, la curiosa distancia que existe entre el originalismo en la teoría y el originalismo en la práctica en lo que concierne al papel de la Enmienda Decimocuarta no es solamente un rasgo del comentario popular. Si lo fuera, sería fácil desdeñar la diferencia considerándola algo derivado de una falta de sofisticación respecto de la teoría constitucional. Del mismo modo que los participantes en el discurso popular continúan caracterizando el originalismo en términos de “la intención de los Fundadores”⁶⁶ cuando tantos académicos han

⁶⁶ Véase *supra* el texto que acompaña la nota 25.

virado hacia el significado original,⁶⁷ podríamos suponer que el mal entendimiento de la mecánica de la incorporación o de los imperativos originarios de la Cláusula de Igual Protección sería el resultado de poco más que una falta de voluntad o de una incapacidad para entender qué implica en la práctica la teoría originalista. Podríamos asumir, en otras palabras, que la práctica es tosca a pesar de (y quizá en parte debido a) la riqueza y la complejidad de la teoría. Pero cuando muchos de los practicantes más cuidadosos e influyentes de una teoría parecen estarla captando mal en la práctica, hay que considerar la posibilidad de que la teoría sea menos interesante que la práctica, o de que la teoría que resulte de interés simplemente no sea la que los practicantes dicen que es. Quizá, en otras palabras, Levin está cerca de tener razón.⁶⁸

Esta Parte sugiere razones para explicar por qué los originalistas infravaloran sistemáticamente la Enmienda Decimocuarta. Estas razones no derivan de ninguna de las teorías existentes sobre interpretación originalista; como he argumentado, el originalismo en la teoría no permite esta infravaloración. Tampoco son razones derivadas enteramente del trazado de perfiles culturales, aunque se apoyen en investigación que encaja en los métodos antropológicos.⁶⁹ Las razones emergen en gran parte, más bien, de una evaluación del trabajo que la historia constitucional desempeña de hecho en la argumentación constitucional. Se trata de un trabajo de juristas, en la medida en que los juristas, al excavar y describir la arquitectura del análisis legal, son antropólogos en su ámbito.

Cualquier taxonomista competente de la argumentación constitucional debe incluir la historia entre los recursos por desplegar, y ciertamente los taxonomistas más influyentes —Philip Bobbitt y Richard Fallon— parecen otorgar a los argumentos históricos un lugar prominente en sus propuestas.⁷⁰ Pero debemos tener cuidado en distinguir, como

⁶⁷ Véase, *e.g.*, Thomas B. Colby y Peter J. Smith, *Living Originalism*, 59 Duke L.J. 239, 248-49 (2009) (donde se describe cómo los originalistas han pasado de centrarse en la intención original a enfocarse en desentrañar el significado original).

⁶⁸ Véase *supra* el texto que acompaña las notas 59-60.

⁶⁹ Véase Greene, Persily y Ansolabehere, *supra* nota 10, pp. 408-10.

⁷⁰ Bobbitt discute los argumentos históricos en primer lugar en sus dos libros sobre interpretación constitucional, aunque se resiste a hacer jerarquías explícitas. Véase Philip Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, p. 7 (1982); Philip Bobbitt, *Constitutional In-*

los historiadores están tan frecuentemente dispuestos a hacer, cómo los historiadores y los constitucionalistas usan la historia. “[L]os historiadores[.]” escribe Jack Rakove, “tienen escaso interés en dilucidar el significado original de una disposición como tarea en sí misma, o en tratar de congelar o destilar su significado verdadero, no adulterado, en algún momento prístino de entendimiento constitucional”.⁷¹ Los originalistas, en contraste, están interesados en el uso de la historia como una forma de autoridad democrática normativa, y por ello la búsqueda tras una disposición constitucional de un significado original o de una intención, únicos e identificables, pone mucho en juego; lo que está en juego aumenta, además, en proporción a la calidad o la credibilidad narrativa (en la comunidad legal) de la autoridad invocada. Mientras que, como apunta Rakove, los historiadores pueden “quedarse contentos — incluso regocijarse— con las ambigüedades del caudal probatorio”,⁷² la ambigüedad es una amenaza potencialmente mortal para el proyecto originalista. Sería extraño, dadas estas restricciones, que los originalistas consideraran todas las fuentes de significado igualmente accesibles como igualmente útiles para su análisis. Deberíamos esperar por el contrario, y adecuadamente, una vigorosa discusión sobre el significado de formas particulares de autoridad de alto rédito y una relativa indiferencia respecto de formas de autoridad de bajo rédito (aun siendo, a veces, menos ambiguas).

Deberíamos esperar una discusión de este tipo incluso entre los juristas académicos familiarizados con los métodos históricos (justo como deberíamos esperar encontrarla entre esos historiadores de buena fe que estén en sintonía con las consecuencias que su trabajo tiene para la resolución del debate político y legal).⁷³ En la medida en que el

terpretation, pp. 12-13 (1991). Los argumentos históricos ocupan el segundo lugar (después del texto) en la jerarquía de argumentos constitucionales de cinco ristas de Richard Fallon. Véase, Richard H. Fallon Jr., “A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation”, 100 Harv. L. Rev. 1189, pp. 1243-46 (1987) (quien sitúa los argumentos históricos arriba de los argumentos basados en teoría, precedente y valores).

⁷¹ Jack Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, p. 9 (1997).

⁷² *Id.*

⁷³ Véase Laura Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*, p. 169 (1998) (donde advierte contra el mantenimiento de una fastidiosa segregación entre “la historia jurídica de los abogados” y la “historia jurídica de los historiadores”).

proyecto aspira a otorgar autoridad normativa a una serie de materias históricas, debe negociar necesariamente las divergentes exigencias de la exactitud y del “ethos”. Un estudioso cuidadoso debe documentar la complejidad del acervo histórico, pero un argumentador jurídico debe enfatizar las fuentes de autoridad influyentes dentro de la comunidad de juristas constitucionalistas. No puede ser un *sabermétrico*:* debe ganar todos los juegos y vender todas las entradas. De un juez, que es improbable que sea historiador y que está inserto en una comunidad de pares que no trabaja con las normas de competencia de la academia jurídica, deberíamos esperar conclusiones sobre el significado original aún más fuertemente condicionadas por la necesidad de certeza y por las cargas de la argumentación moral.⁷⁴ Como dijo Robert Cover, “contemplamos las acciones históricas como algo dotado de autoridad precisamente porque leemos en la historia esa parte del pasado a la que decidimos dotar de autoridad, la parte que deseamos emular.”⁷⁵ A esto la historiadora Laura Kalman replica: “Dudo que haya algún historiador que considere al pasado como algo dotado de autoridad”.⁷⁶

Las características que confieren a la historia autoridad en la argumentación constitucional no pueden ser reivindicadas con métodos históricos y pueden no coincidir con las asignaciones de valor de los historiadores.⁷⁷ La afirmación de que la Cláusula de Establecimiento significa X porque Madison tenía X en mente cuando escribió su *Memorial and Remonstrance* deriva de una teoría de la autoridad, no de la historia. Y las razones por las cuales las acciones y creencias de Madison están revestidas de autoridad en el contexto de los argumentos sobre el significado de las cláusulas de religión no necesitan estar relacionadas con la particular relación que Madison tuviera con la Primera

* [N. de las T]. La palabra “*sabermetrician*” es una referencia a la llamada “*sabermetrics*”. La palabra, derivada del acrónimo “SABR” (por *Society of American Baseball Research*) designa la disciplina orientada al análisis especializado y objetivo del baseball mediante el uso de métodos empíricos, fundamentalmente la estadística.

⁷⁴ Véase H. Jefferson Powell, “Rules for Originalists”, 73 Va. L.Rev. 659, 661 (1987).

⁷⁵ Tanina Rostain, “Tributes to Robert M. Cover”, 96 Yale L.J. 1713, 1715 (1987).

⁷⁶ Kalman, *supra*, nota 73, p. 180.

⁷⁷ Véase Powell, *supra* nota 74, pp. 662-64 (donde argumenta que la “[h]istoria en sí misma no probará nada no-histórico”, incluida la cuestión de si la perspectiva originalista es apropiada para la práctica constitucional).

Enmienda.⁷⁸ La identidad de Madison como redactor principal de *otras* cláusulas constitucionales, su ser coautor de los *Federalist Papers*, su servicio al país en calidad de Cuarto Presidente del mismo y de Comandante en Jefe durante la guerra de 1812 y el papel que desempeñó en el cuestionamiento de la Leyes de Extranjería y Sedición refuerzan en conjunto el argumento de que debemos permitir que su legado oriente la interpretación moderna. Y sin embargo, ninguno de estos aspectos de la biografía de Madison es relevante para valorar el significado contemporáneo de *Memorial and Remonstrance*, ni siquiera para ponderar las intenciones que tenía al redactar la Cláusula de Establecimiento.

Para que la historia cuente como algo dotado de autoridad debe ser prescriptiva y debe tener resonancia cultural, pero no necesita, de hecho, contar como historia. Debe ser prescriptiva porque tiene una función resolutoria que concede poco o ningún espacio a la ambigüedad. Debe tener resonancia cultural porque es ofrecida como una manera de superar la dificultad contramayoritaria: es una vía mediante la cual nosotros situamos nuestros compromisos constitutivos en el pasado, y ponemos a los jueces en la posición de leales agentes de esos compromisos. No es necesario que cuente como historia porque, como hemos visto antes, el arte de la persuasión jurídica está alineada de modo imperfecto con la narración profesional de la historia.

Entender la función de la historia en la argumentación constitucional nos permite explicar mejor el descuido sistemático de la Enmienda Decimocuarta por parte de los originalistas. La tesis básica es que, si se toman en consideración los criterios que acabamos de mencionar, la Reconstrucción es menos utilizable, menos movilizable que la Era de la Fundación por tres grandes razones. Primero, gran parte de la Reconstrucción fue un fracaso en su propio tiempo.⁷⁹ Segundo, la Enmienda Decimocuarta no encapsula con facilidad proposiciones cons-

⁷⁸ De hecho, el medio más obvio por el cual uno podría elevar tal relación a la condición de reclamo de autoridad —señalando que Madison redactó la Cláusula de Establecimiento— es explícitamente rechazado por muchos académicos originalistas. Véase Thomas B. Colby, “The Sacrifice of the New Originalism”, 99 *Geo. L.J.* 713, 720-21 (donde explica el giro entre los originalistas de las teorías de la intención original a las teorías del significado original).

⁷⁹ Véase *infra*, Parte II. A.

titudinales consolidadas e inequívocas.⁸⁰ Tercero, la Enmienda Decimocuarta ocupa un espacio discutido e incómodo en nuestra memoria nacional.⁸¹

A. Fracaso

Si los antagonistas y los partidarios del Sur de la Reconstrucción son capaces de estar de acuerdo en algo, ese algo es que la Reconstrucción fue un fracaso. Los especialistas han debatido las razones de este fracaso por décadas, con la llamada Escuela de Dunning achacándolo a la supuesta incapacidad de los negros de integrarse a la sociedad civil,⁸² y los disidentes y revisionistas posteriores más inclinados a echar la culpa a la recalcitrancia del Sur, en forma de Compromiso de 1877 y la era de *Jim Crow* que le siguió.⁸³ Nadie podría discutir, en cualquier caso, que la igualdad política y civil que las Enmiendas de la Reconstrucción deseaban garantizar a los negros liberados no llegarían antes de que pasara otra centuria o más. En el centenario de la Proclama de la Emancipación en 1963, una persona negra en la mayor parte del Sur no podía votar y encontraba restricciones en su elección de hotel, restaurante, bebedero de agua, baño, asiento en los cines y pareja matrimonial. Los negros seguían siendo, oficial y literalmente, “considerados seres de orden inferior, e inaptos por completo para asociarse con la raza blanca”.⁸⁴

El fracaso de la Reconstrucción en general, y de la Enmienda Decimocuarta en particular, pone obstáculos significativos al uso del significado original de esa enmienda en calidad de autoridad en casos moder-

⁸⁰ Véase *infra*, Parte II. B.

⁸¹ Véase *infra*, Parte II. C.

⁸² Véase Eric Foner, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution 1863-1877*, p. xviii (2000) (donde escribe que los académicos de la Escuela de Dunning empujaron la idea de que “negros pueriles... no estaban preparados para la libertad y no estaban capacitados para ejercer los derechos políticos que los Norteños les habían extendido”)

⁸³ Véase John A. Powell, “The Race and Class Nexus: An Intersectional Perspective”, 25 L. & Ineq. 355, 376 (2007).

⁸⁴ *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 407 (1857).

nos. Aquí me fijaré en dos de ellos en particular. Primero, la Enmienda Decimocuarta no tiene una presencia prominente en las narrativas de restauración constitucional. Segundo, los héroes de la Reconstrucción están fuera del panteón estadounidense.

Las disputas sobre el “ethos” se articulan en torno a varias dicotomías, lo que Jack Balkin podría llamar “oposiciones apareadas”,⁸⁵ evidentes en el contexto de la argumentación constitucional en los Estados Unidos. Discutimos si nuestra mejor naturaleza es individualista o comunitaria, asimilacionista o pluralista, anclada en el pasado o realizada continua y prospectivamente hacia el futuro. La última de estas dicotomías, a la que podríamos re-caracterizar como una oposición entre narrativas de restauración versus redención, se ha sobrepuesto por largo tiempo a la principal línea divisoria entre originalistas y partidarios de la constitución viva. Los que se afilian con el originalismo tienden a enfatizar las narrativas restauradoras; los que se afilian con el constitucionalismo vivo tienden a enfatizar las redentoras.⁸⁶

Cuando usamos la historia en la interpretación constitucional, las fuentes en las que ponemos énfasis refuerzan la orientación del tipo de narrativa que queremos desplegar. Dado que la Enmienda Decimocuarta no alcanzó sus objetivos inmediatamente —y en algunos sentidos todavía debe alcanzarlos— armoniza bien con las narrativas de redención y mal con las de restauración. Como escribe Balkin, “(m)ediantes la redención constitucional, la Constitución se convierte en lo que siempre había prometido que sería pero nunca fue; cambia en la dirección que marca su interpretación y aplicación correcta; responde apropiadamente a alteraciones en tiempo y circunstancias”.⁸⁷ La fidelidad

⁸⁵ J.M. Balkin, “Nested Oppositions”, 99 *Yale L.J.* 1669, 1671 (1990) (donde reseña a John M. Ellis, *Against Deconstruction* (1989)) (definiendo las oposiciones apareadas como aquellas “que también implican una relación de dependencia, similaridad o contención entre los conceptos opuestos)

⁸⁶ De hecho, una vez contada la influencia de las variables demográficas, las posiciones temáticas y otras variables ideológicas, el nivel relativo de moralismo tradicional de un individuo —su nivel relativo de sospecha de de “estilos de vida más nuevos” y de acogida de la tradición— está entre los predictores más robustos de su afinidad relativa por el originalismo. Véase Greene, Persily y Ansolabehere, *supra* nota 10, pp. 408-10.

⁸⁷ Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption: Political Faith In An Unjust World*, p. 6 (2011) [en adelante Balkin, *Constitutional Redemption*]

a los grandes principios de la sección 1 de la Enmienda Decimocuarta no puede ser confortablemente presentada como fidelidad al mundo que la Enmienda Decimocuarta de hecho creó; todos los participantes en la argumentación constitucional contemporánea están de acuerdo en que ese mundo era profundamente inconsistente con la promesa de la Enmienda. Robert Cover escribe que “la redención se produce dentro de un esquema escatológico que postula: 1) el carácter no redimido de la realidad tal y como la conocemos; 2) la realidad fundamentalmente distinta que debería tomar su lugar; 3) el reemplazo de una por la otra”.⁸⁸ La realidad desafortunada de la Enmienda Decimocuarta implica que, para ser un originalista de la Enmienda Decimocuarta, uno debe contar una narrativa de redención. Pero cuanto más se centra uno en la redención, menos cree uno en el originalismo.

Un segundo obstáculo al originalismo de la Enmienda Decimocuarta que deriva el fracaso de sus redactores es, muy simplemente, que sus redactores fueron fracasos. Consideremos el voto particular del por el entonces juez Rehnquist en *Wallace v. Jaffee*, donde la Corte invalidó una ley de Alabama que obligaba a hacer un minuto de silencio “para la meditación o la plegaria voluntaria” en las escuelas públicas.⁸⁹ La última prueba que el juez Rehnquist enarbola para apoyar la postura de que la Cláusula de Establecimiento no fue originalmente entendida como una prohibición de que las legislaturas estatales animaran la plegaria es el hecho de que “George Washington mismo... proclamó ‘un día de dación de gracias y plegaria pública a ser observado reconociendo con los corazones agradecidos los muchos y significativos favores de Dios Todopoderoso’”.⁹⁰ El juez Rehnquist añadió la siguiente coda: “La historia debe juzgar si fue el Padre de su País en 1789 o la mayoría de esta Corte hoy, quien se ha apartado del significado de la Cláusula de Establecimiento”.⁹¹

La invocación que hace el juez Rehnquist de Washington en estos términos es interesante por varios motivos. Primero, como muchas sen-

⁸⁸ Robert M. Cover, “1982 Term-Foreword: *Nomos* and Narrative”, 97 Harv. L.Rev. 4, 34 (1983).

⁸⁹ 472 U.S. 38 (1985).

⁹⁰ *Id.*, p. 113 (J. Rehnquist, en disidencia).

⁹¹ *Id.*

tencias originalistas ya mencionadas, usa la historia del siglo dieciocho para extraer el “verdadero significado”⁹² de la Declaración de Derechos aplicada a las prácticas estatales —en este caso el respaldo a la plegaria institucional— sin reconocer la relevancia potencial de la Enmienda Decimocuarta en el análisis sustantivo. Con independencia de si Washington o la mayoría en *Wallace* se han apartado o no del significado original de la Cláusula de Establecimiento, como mínimo la Enmienda Decimocuarta se ha apartado de ese significado, y sin embargo es tratada como una mera cuestión técnica.⁹³ Segundo, Washington no es invocado solamente como ejemplo de lector contemporáneo razonable de la Constitución. Su autoridad deriva de, y es reforzada por, su status como “Padre de su País”.⁹⁴ El honorífico es particularmente adecuado aquí porque Washington es el padre de la Nación de múltiples maneras: el general prevaleciente en su guerra por la independencia; el funcionario público presidente en su asamblea constituyente; y su primer presidente, responsable de innumerables decisiones (incluida la decisión de dejar el cargo después de dos términos) que sentarían precedentes significativos y al final del día constitutivos. Washington es el signo de puntuación en el voto particular del juez Rehnquist porque Washington es el Más Grande Héroe Americano. Tercero, el juez Rehnquist contrasta a Washington el héroe con “una mayoría de la Corte hoy”.⁹⁵ La referencia anuncia una afinidad tanto con aquellos que albergan un sesgo anti-elitista como con aquellos inclinados a considerar autoevidente que las opiniones de Washington deben prevalecer sobre las opiniones de “hoy”.

Es imposible imaginar a un juez usando a John Bingham de modo similar. Bingham fue un hábil orador, un abolicionista sin pelos en la

⁹² *Id.*

⁹³ Véase *id.* p. 49 (opinión mayoritaria) (donde se invoca a la Enmienda Decimocuarta como un vehículo para la incorporación).

⁹⁴ Es un apodo común de Washington, y de hecho ha sido usado ante la Suprema Corte. El juez Frankfurter llamaba a Washington “el padre de su País” en sus votos concurrentes en *Yougstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 614, (1952) (J. Frankfurter, en concurrencia), y *United States v. Cong. of Indus. Organizations*, 335, U.S. 106, 124 (1948) (J. Frankfurter, en concurrencia). El título ha sido conferido también a Cicerón, Julio César y César Augusto, Andrea Do`rea y Androni`cus Paleaol`ogus. E. Cobham Brewer, *Brewer's Dictionary of Phrase & Fable*, p. 411 (Ivor H. Evans ed., 14 edición, 1989)

⁹⁵ *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 113 (1985) (J. Rehnquist, en disidencia).

lengua, un fiscal de los asesinos de Lincoln, y el redactor más significativo de la Enmienda Decimocuarta, pero como cuestión descriptiva, no es un héroe nacional. En Cadiz, Ohio, donde Bingham pasó la mayor parte de su vida, la calle principal para salir de la ciudad llevó una vez el nombre de Bingham, pero ahora se llama Calle Este del Mercado. La escuela primaria local se llamaba Escuela de Gramática Bingham, pero ahora se llama Escuela Elemental Harrison Westgate. Los esfuerzos de la Sociedad Histórica del condado de Harrison (Ohio) en los últimos años para que el servicio de correos de los Estados Unidos saque un sello conmemorativo de Bingham no han tenido éxito. La página de Wikipedia de Mercer, Pennsylvania, donde Bingham nació, ni menciona al padre de la Enmienda Decimocuarta, a pesar de señalar que la ciudad es la cuna del “pintor del siglo XIX Samuel Waugh, del actor y empresario J.C. Williamson [y] de Trent Reznor, creador de la banda *Nine Inch Nails*”.⁹⁶ Hay muchas razones por las cuales Bingham no es recordado,⁹⁷ algunas de las cuales discuto en otro lugar en esta sección, pero una de esas razones es sin duda que su logro singular fue un fracaso durante su vida.

⁹⁶ *Mercer, Pennsylvania, Wikipedia*, <http://en.wikipedia.org/wiki/Mercer,_Pennsylvania> (última visita: 30 de enero, 2012)

⁹⁷ Bingham fue demonizado en la versión de la Enmienda Decimocuarta de Charles Fairman, cuya conclusión en el sentido de que la incorporación no había sido pretendida tuvo que confrontar las explícitas manifestaciones de Bingham en contrario. Véase Charles Fairman, “Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?,” 2 *Stan. L. R.* 5, pp. 135-37. (1949) (donde contextualiza las afirmaciones de Bingham sobre la incorporación y argumenta que los debates reflejan un entendimiento distinto de la Enmienda Decimocuarta). Pamela Brandwein, *Reconstructing Reconstruction*, p. 97 (1999). Educado durante el auge de la Escuela de Dunning, Fairman llamó al Comité Conjunto de la Reconstrucción una “conspiración,” y presentó a Bingham como alguien no sofisticado y “confundido” por la sentencia elaborada por el juez Marshall en *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 pet) 243 (1833). *Id.*, pp. 115-16. Fairman también fue profesor de la Escuela de Derecho de Harvard durante la matrícula del juez Scalia. Sin desviar en exceso el tema hacia el psicoanálisis, parece razonable suponer que cualquiera que esté persuadido a adoptar una visión sombría de la incorporación y de Bingham con poca probabilidad, más adelante en la vida, se tomará la incorporación en serio, incluso después de su aceptación de mala gana.

B. Precisión

El objetivo principal de mucha de la interpretación constitucional originalista es producir acuerdo. H. Jefferson Power escribe que “el atractivo del originalismo, en su mayor parte, reside en la posibilidad que parece ofrecer al intérprete judicial de escapar de la responsabilidad personal”;⁹⁸ es una delegación, entonces, a una fuente de autoridad que es suficientemente objetiva para habilitar consenso en torno a las respuestas a preguntas constitucionales difíciles. El “gran atractivo” del originalismo, dice Michael McConnell, es que echa mano de “los principios fundantes de la República Americana —principios que todos podemos percibir por nosotros mismos y que han moldeado el carácter político de nuestra nación —y no de los principios político-morales de quien resulte que ocupa la judicatura”.⁹⁹ No es que el originalismo deba necesariamente emplear criterios de adjudicación transparentes (y en esa medida supresores de debate) pero, como las observaciones de Powell y McConnell implican, desagregar la interpretación moderna del pensamiento moderno sería considerablemente menos atractivo sin este rasgo.¹⁰⁰

La Enmienda Decimocuarta tiende a alejarse del acuerdo. Esto es quizá una reescritura parcial del argumento previo en el sentido de que la Enmienda Decimocuarta habilita más fácilmente las narrativas constitucionales redentoras que las restauradoras, pero la naturaleza abierta de la interpretación de la Enmienda Decimocuarta en modo alguno depende de sus fracasos históricos. La Enmienda representa el compromiso por una serie de principios, más que reglas o incluso estándares, y los principios a menudo no se acoplan a una aplicación definida. Balkin, defendiendo la idea de que el constitucionalismo vivo no es inconsistente con la fidelidad constitucional, observa:

Las palabras “igual protección de las leyes” significan aproximadamente lo mismo que significaban en 1868 cuando la Enmienda Deci-

⁹⁸ Powell, *supra*, nota 74, pp. 659-60.

⁹⁹ Michael McConnell, “The Role of Democratic Politics in Transforming Moral Convictions into Law”, 98 Yale L.J. 1501, 1525 (1989) (donde hace una reseña de Michael J. Perry, *Morality, Politics and the Law* (1988)).

¹⁰⁰ Véase Colby, *supra*, nota 78, pp. 714-15.

mocuarta fue adoptada. Sin embargo, la mejor manera de aplicar estas palabras hoy puede ser muy distinta que lo que la generación que adoptó este texto habría esperado o incluso deseado”.¹⁰¹

Ronald Dworkin ha subrayado por mucho tiempo un punto similar, que las cláusulas de la Enmienda Decimocuarta “deben ser entendidas del modo que sus términos sugieren del modo más natural: se refieren a principios morales abstractos y los incorporan por referencia, como límites al poder gubernamental”.¹⁰² Y, continúa Dworkin, “muy distintas, a veces contrarias, concepciones de un principio constitucional... encajarán con frecuencia con el tenor literal, el precedente y la práctica [...] ...y jueces reflexivos deben entonces decidir por sí mismos qué concepción hace un mejor servicio a la nación”.¹⁰³ El problema es que el entendimiento original es inefectivo como autoridad constitucional en aproximadamente la medida en que la cosecha que produce puede ser razonablemente descrita como “visiones inconmensurables de lo bueno”.¹⁰⁴ Los originalistas buscan respuestas del “Padre de su Nación”, no de jueces reflexivos.

Cuando más persuasivo resulta el originalismo es cuando es, por tomarlo prestado de Cover, “jurispático”.¹⁰⁵ A Cover le preocupaba que el derecho pudiera ser concebido con demasiada facilidad como la búsqueda de la aplicación distintivamente correcta de una norma. Más bien lo que el derecho hace es sentar un concepto del cual existen múl-

¹⁰¹ Balkin, *Constitutional Redemption*, *supra*, nota 87, p. 231.

¹⁰² Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, p. 7 (1996).

¹⁰³ *Id.*, p. 11

¹⁰⁴ En trabajo reciente, los originalistas John McGinnis y Michael Rappoport resisten este argumento, sosteniendo que se apoya en una “falacia” que confunde lenguaje abstracto con significado abstracto. Véase John McGinnis y Michael B. Rappoport, “The Abstract Meaning Fallacy”, U. Ill.L.Rev (en prensa, 2012) (manuscrito, p. 2), disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1959668>>. McGinnis y Rappoport observan, correctamente, que un texto puede emplear términos abstractos que hubieran sido entendidos por los contemporáneos como dotados de un significado ampliamente conocido. *Id.*, p. 7. Esta posibilidad apunta a una posible fusión entre originalismo y constitucionalismo vivo, pero en anda disminuye la observación de que los términos amplios son susceptibles de aplicaciones en competencia e incompatibles incluso si su significado semántico es bien entendido.

¹⁰⁵ Mientras que el derecho iusgenerativo emerge de comunidades que proporcionan significado jurídico mediante normas culturales distintivas, el derecho jurispático “impone una jerarquía” sobre las diversas interpretaciones del derecho.

tiples concepciones en competencia, distribuidas a lo ancho de diversas comunidades normativas. Si Balkin y Dworkin están en lo correcto, la Enmienda Decimocuarta es entonces fundamentalmente iusgenerativa: la fidelidad a la Enmienda exige precisamente de un juez que reconozca la inestabilidad de las normas jurídicas en el tiempo y en las distintas comunidades. Este atributo le confiere a la Enmienda Decimocuarta un carácter pluralista –las personas marginadas de la Nación pueden reivindicar la esperanza de redimir sus ofertas de ciudadanía, de igualdad, de debido proceso, sin cuestionar la *legitimidad* de la doctrina prevaleciente y sin sacrificar fidelidad a la Constitución. En contraste, el originalismo en su forma jurispática niega no solamente la corrección normativa sino la legitimidad misma de las lecturas alternativas del texto. Su objetivo es asimilar visiones normativas en competencia dentro de una realidad descriptiva única. Para ser aplicado con efectividad a la Enmienda Decimocuarta, esta forma de originalismo debe negar la naturaleza básica de la Enmienda.

C. Memoria

El académico iraquí Kanan Makiya ha observado que “[r]ecordar es una elección que hacemos..., un acto político”.¹⁰⁶ El tratamiento cultural e histórico de Bingham es quizá un testamento a la verdad de esta observación. Los contornos de las memorias estadounidenses sobre la Guerra Civil y la Reconstrucción han sido por largo tiempo modeladas tanto por la necesidad de los sureños al menos de justificar y a lo más glorificar las acciones de sus antepasados y la necesidad tanto del Norte como del Sur de reconstituirse como un estado unificado. Al contar la historia acerca de la significación, dentro de la memoria colectiva de la Nación, de la guerra y sus repercusiones, David Blight nos recuerda que los dos objetivos gemelos de la Reconstrucción estaban fundamentalmente uno en contra del otro: “los Americanos encaraban una tarea apabullante después de la Guerra Civil y la emancipación: cómo en-

¹⁰⁶ “The Brian Lehrer Show: The Memory Industry” (Retransmisión de la WNYC, 5 de mayo, 2011), disponible en <<http://www.wnyc.org/people/kanan-makiya/>>.

tender la enmarañada relación entre dos ideas profundas —*curación y justicia*”.¹⁰⁷ La curación parecía exigir actos y omisiones de la memoria que la justicia no permitía.

La sangre estaba apenas seca en Appomattox cuando los temas centrales del movimiento de la Causa Perdida empezaron a tomar fuerza en el Sur. En su primer editorial posbélico después de la reapertura en diciembre de 1865, el *Richmond Dispatch* sostenía que la guerra había sido librada contra los derechos de los estados; que los estados de la Confederación habían luchado con “coraje y constancia”; y que el destino de los *Grays* había sido sellado por “números y recursos superiores”.¹⁰⁸ El editorial no mencionaba la esclavitud o la emancipación.¹⁰⁹ Bien lejos en el siglo pasado, el movimiento de la Causa Perdida contó la historia dominante de la Guerra Civil en el Sur: la esclavitud no era la causa de la guerra; la mayoría de los esclavos tenían una relación benevolente con sus amos; Robert E. Lee era un héroe caballeroso, casi santo; y el fracaso de la Reconstrucción debía achacarse a “oportunistas” corruptos del Norte que habían impuesto el trapicheo y la subyugación, impidiendo al Sur civil lograr la reconciliación a su modo.¹¹⁰

Los Veteranos Confederados Unidos y las Hijas de la Confederación Unidas (“HUC”) formaron comités de historia dedicados a rebatir los supuestos sesgos del relato de los historiadores nortños respecto de la guerra y la Reconstrucción.¹¹¹ Los líderes de la HUC pronunciaron discursos, escribieron editoriales, y respaldaron libros de texto pro-sureños (al tiempo que condenaban todos los demás) llevando a Blight a concluir que “a nivel popular [la HUC] puede haber conseguido más que los historiadores profesionales al presentar durante décadas (en el seno de las familias y las escuelas) una concepción del Sur victimizado, luchando noblemente por altos principios constitucionales y defendiendo una civilización de benevolentes amos blancos y contentos es-

¹⁰⁷ David W. Blight, *Race and Reunion: The Civil War in American Memory*, p. 3 (2001).

¹⁰⁸ *Id.*, pp. 37-83.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 38.

¹¹⁰ Véase Ken I. Kersch, “Beyond Originalism: Conservative Declarationism and Constitutional Redemption”, 71 *Md. L. Rev.* 229, 260-67 (2011).

¹¹¹ *Id.*, pp. 227.

clavos africanos”.¹¹² Las historias aprobadas por la HUC enfatizando, entre otras cosas, que “la Reconstrucción fue la viciosa opresión de un Sur inocente y la explotación de negros ignorantes” se convirtió en el Sur en la sabiduría común heredada, finalmente propugnada no solamente por organizaciones explícitamente partisanas sino también por los departamentos estatales de educación.¹¹³

La continua influencia de esta historia intelectual queda reflejada en las recientes discusiones que se han desarrollado en torno a la conmemoración del Mes de la historia confederada. Desde 1995 a 1997, el Gobernador de Virginia George Allen emitió una proclama en relación con la conmemoración en la cual se refería a la guerra civil como “una lucha de cuatro años por la independencia y los derechos soberanos”, a “los honrosos sacrificios de los líderes, soldados y ciudadanos [de Virginia] por la causa de la libertad [;]” y a los soldados que se vieron “sobrepasados por los insuperables números y recursos de sus decididos oponentes, ... [quienes] regresaron a sus casas y familias para reconstruir sus comunidades en paz,...”¹¹⁴ La proclama no mencionaba la raza ni la esclavitud ni (no hace falta decirlo) los Códigos Negros ni el Ku Klux Klan, que fue fundado por veteranos confederados al principio de la Reconstrucción. El sucesor de Allen, Will Gilmore, respondiendo a las críticas que se habían hecho a la proclama de Allen, emitió una proclama menos hagiográfica de un “Mes de recordatorio de los sacrificios y honor de todos los virginianos que sirvieron en la Guerra Civil”, en la cual la esclavitud era explícitamente citada como causa secundaria de la guerra.¹¹⁵ En respuesta a ello, el capítulo de Virginia de los Hijos de los Veteranos Confederados emitió una proclama rival defendiendo la participación de Virginia en la guerra; haciendo referencia a las tropas federales como “un ejército invasor”; haciendo referencia a Richmond como “el hogar de guerra de nuestro querido presidente Jefferson Davis”; y anunciando la re-dedicación de sus esfuerzos

¹¹² *Id.*, pp. 278-282.

¹¹³ *Id.*, pp. 282-83.

¹¹⁴ Katherine D. Walker, “United, Regardless, and a Bit Regretful: Confederate History Month, and the Slavery Apology, and The Failure of Commemoration”, 9 *Am. Nineteenth Century Hist.* 315, 315-16 (2008).

¹¹⁵ *Id.*, pp. 323-24.

“a enseñar la verdadera historia del Sur a las generaciones futuras”.¹¹⁶ Dos administraciones demócratas sucesivas se negaron a emitir proclama alguna, pero el gobernador republicano Rob McDonnell revivió la práctica en el 2010, sacando una proclama que, como la de Allen, no hacía referencia alguna a la esclavitud.¹¹⁷

La huella de la versión de la guerra y la Reconstrucción de la Causa Perdida no se limitó al Sur. En las historias y re-escenificaciones de la Guerra Civil que uno halla en el ámbito de la industria casera es fácil soslayar la ausencia de un reconocimiento similar de la Reconstrucción. La Reconstrucción implicó la ocupación militar del Sur, la comunión política coactiva entre antiguos señores y antiguos esclavos y la emisión, bajo coacción, de una reorganización profunda de la Constitución. Blight escribe que “[d]urante la Reconstrucción, muchos americanos se fueron dando cuenta cada vez más que recordar la guerra... se convirtió, con el tiempo, en algo más fácil que batallar alrededor de las perdurables ideas por las cuales [sus] batallas habían sido libradas”.¹¹⁸ En una ceremonia conmemorativa del cincuenta aniversario de la Batalla de Gettysburg, el presidente Woodrow Wilson, flanqueado por una bandera de EEUU a su derecha y una bandera confederada a su izquierda, dio el siguiente discurso:

¡Cuán plena y curadora ha sido la paz! Nos hemos encontrado los unos a los otros como hermanos y compañeros, sin las armas, ya no más enemigos, sino más bien amigos generosos, nuestras batallas pasadas hace mucho, la disputa olvidada —excepto que no tenemos que olvidar el valor espléndido, la viril devoción de los hombres en ese entonces alineados unos contra otros, ahora agarrándose las manos y sonriéndose en los ojos de los otros. ¡Qué completa es ahora la unión y cuán querida para todos nosotros, cuán poco cuestionada, cuán benigna y majestuosa, a

¹¹⁶ *Id.*, pp. 326-27.

¹¹⁷ En respuesta a la controversia, McDonnell revisó posteriormente su proclama para incluir en ella un debate sobre la esclavitud. Defendió inicialmente su omisión diciendo que “se había enfocado en los [asuntos que] consideraba más significativos para Virginia”. Anita Kumar y Rosalind S. Helderman, “McDonnell Revives Storm Over Va.’s Confederate Past”, *Wash. Post.*, abril 7, 2010, A 1.

¹¹⁸ Blight, *supra*, nota 107, p. 27.

medida que estado tras estado se ha unido a esta, nuestra gran familia de hombres libres!¹¹⁹

Las exigencias de la reconciliación nacional exigían, a expensas de la justicia, un recuento de la Reconstrucción que viera su costoso y fracasado esfuerzo por conseguir la emancipación sustantiva de millones de antiguos esclavos como un error arrogante.

Hasta mediados del siglo XX, la narrativa dominante acerca de la Reconstrucción fue adicionada por los integrantes de la Escuela de Dunning, por William Dunning, cuya obra *Reconstruction. Political and Economic 1865-1877* cuenta una historia de paz retrasada por “radicales y oportunistas”.¹²⁰ Alcanzamos un atisbo de la historia de la Reconstrucción de la Escuela de Dunning en los escritos del influyente escritor Walter Fleming, nativo de Alabama. A decir de Fleming, los Códigos Negros en los estados sureños y el Buró de los Liberados del gobierno federal representaban dos “soluciones propuestas” al “mismo problema”¹²¹ de “guiar a los liberados hacia algún lugar en el orden social”,¹²² y los Códigos Negros podrían haber tenido éxito “si se les hubiera concedido un juicio imparcial”.¹²³ El Buró mismo estaba en gran medida poblado de “hombres de carácter y habilidades inferiores, o partisanos ciegos del negro o corruptos y sujetos a compra por parte de los blancos”.¹²⁴ Fleming era profundamente desdeñoso del liderato republicano en el Congreso. Thaddeus Stevens era “picapleitos y sin escrúpulos”;¹²⁵ Charles Sumner “carente de sentido práctico, teórico y carente de escrúpulos constitucionales”;¹²⁶ los senadores Oliver P. Morton de Indiana y Benjamin Wade de Ohio “pura apariencia, toscos y poco generosos”; el senador George Boutwell de Massachusetts “fanático y mediocre”; y el congresista de Massachusetts Benja-

¹¹⁹ *Id.*, pp. 10-11.

¹²⁰ William A. Dunning, *Reconstruction, Political and Economic 1865-1877*, p. 341 (1907).

¹²¹ Walter Lynwood Fleming, *The Sequel of Appomattox*, p. 89 (1919).

¹²² *Id.*, p. 115.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.*, p. 99.

¹²⁵ *Id.*, p. 122.

¹²⁶ *Id.*, p. 123.

min Butler “un charlatán y un demagogo”.¹²⁷ El Comité conjunto de la Reconstrucción que redactó la Enmienda Decimocuarta no hizo “ningún esfuerzo serio... para examinar la situación realmente existente en el Sur”.¹²⁸ Debido en gran parte a carencias de carácter entre los Republicanos, “apenas un segmento del Congreso fue diseñado o recibido durante la Reconstrucción con un espíritu conciliador”.¹²⁹

Fleming dice que la Reconstrucción dejó destrucción en el Sur, especialmente en los estados con poblaciones negras grandes; estos estados sintieron el embate de las políticas fallidas porque la ocupación implicó que sus gobiernos quedaron controlados por oportunistas y pillos “ignorantes” y “corruptos” que conservaron el poder sólo debido al otorgamiento del voto a los negros y que “no pudieron obtener el apoyo de los segmentos respetables del electorado”.¹³⁰ Las condiciones para los negros emancipados en esos estados y en otros disminuyó “porque la seria cuestión de encargarse de uno mismo y de la familia y de buscar medios de vida apagó el espíritu alegre del negro”.¹³¹ Ignorantes, desposeídos y reivindicativos, muchos negros fueron arrasados a la violencia, escribe Fleming, dejando a los blancos con pocas opciones distintas a fundar las órdenes del Ku Klux Klan. Añade Fleming:

El movimiento del Ku Klux... emanó de una convicción general entre los blancos de que las políticas de la reconstrucción eran imposibles y no debían ser aguantadas... La gente del Sur carecía por ley de posibilidad alguna de tomar medidas encaminadas a establecer algún tipo de gobierno en una tierra infestada por elementos viciosos —desertores federales y confederados, forajidos, delincuentes de todos los pelajes, y negros, algunos de los cuales demostraron ser insolentes y violentos en su nuevo estado de libertad.¹³²

¹²⁷ *Id.*, p. 125.

¹²⁸ *Id.*, p. 126.

¹²⁹ *Id.*, p. 280.

¹³⁰ *Id.*, pp. 220-21.

¹³¹ *Id.*, p. 274.

¹³² *Id.*, pp. 243-44.

Fleming escribe que el Klan era simplemente “un método primitivo de justicia”¹³³ motivado por “[l]a rebeldía de los negros frente a la ley... y por las influencias perturbadoras de las tropas negras, algunos de los funcionarios del Buró [de los Liberados] y algunos de los maestros y predicadores misioneros, que hicieron que los blancos pillaran miedo de las insurrecciones y adoptaran medidas de protección”.¹³⁴

W. E. B. DuBois, a quien difícilmente asustaba la idea de dar un puñetazo, criticó a Fleming pero dijo que, en comparación con otros historiadores de la Reconstrucción, sus trabajos “tienen una cierta justicia y sentido de honestidad histórica”.¹³⁵

Según Eric Foner, la Escuela de Dunning retuvo su influencia en “la imaginación popular” hasta los 1960s.¹³⁶ Vemos sus huellas en los simplistas retratos de los negros (con careta negra) y el reparto heroico del Klan en “*El nacimiento de una Nación*”.¹³⁷ Contemplamos su legado cuando Margaret Mitchell representa a los negros durante la Reconstrucción como desenfrenados y simiescos, y describe al Klan como una “necesidad trágica” en *Lo que el viento se llevó*.¹³⁸ Lo vemos en la vestimenta de la Estatua de la Libertad, que esconde los grilletes rotos que rodean los pies de *Lady Liberty*, un homenaje a la emancipación negra deliberadamente oculto a la vista con el fin de no ofender a los sureños.¹³⁹ Como escribe Blight:

¹³³ *Id.*, p. 264.

¹³⁴ *Id.*, p. 48. Woodrow Wilson ofrece una explicación similar para la aparición del Ku Klux Klan en V Woodrow Wilson, *A History of the American People*, p. 58 (1931) (“Los blancos del Sur fueron impulsados, por puro instinto de auto-preservación, a deshacerse, por medios justos o sucios, de las cargas intolerables de gobiernos sostenidos por los votos de negros ignorantes...”).

¹³⁵ W. E. B. DuBois, *Black Reconstruction in America 1860-1880*, p. 720 (1935).

¹³⁶ Foner, *supra*, nota 82, pp. xix-xx.

¹³⁷ *The Birth of a Nation* (D.W. Griffith Corp. 1915).

¹³⁸ Margaret Mitchell, *Gone With the Wind* 914 (1936) (“Aquí teníamos el asombroso espectáculo de la mitad de la nación intentando, a punta de bayoneta, imponer a la otra mitad a las reglas de los negros, muchos de ellos salidos de las selvas africanas menos de una generación antes”).

¹³⁹ Véase “Making the Case for the African American Origins of the Statute of Liberty”, 27 *J. Blacks in Higher Education* 65, 66 (2000) (donde señala que los modelos tempranos de la mostraban grilletes en la mano izquierda de *Lady Liberty*, que fueron más tarde eliminados)

El recuerdo de la esclavitud, la emancipación y la Enmienda Decimocuarta nunca encajó bien en la incipiente narrativa en la que el Viejo y el Nuevo Sur fueron romantizados y nuevamente bienvenidos a un nuevo nacionalismo, y en cuyo contexto sólo la devoción mostró a todos..., y a ninguno como realmente equivocado, en la recordada Guerra Civil.¹⁴⁰

La Enmienda Decimocuarta es un personaje central en una obra de teatro que la Nación ha decidido olvidar. Este status lisa la capacidad de la Enmienda para hacer el trabajo que la historia originalista le pide que haga. Fundamentalmente ausente de, o reducida a forma disminuida en el contexto de las narrativas que contamos desde hace mucho sobre nuestra identidad nacional, la Enmienda Decimocuarta no puede derivar autoridad de ningún status como punto de referencia compartido. Nosotros no contemplamos el momento de su creación como algo moralmente unívoco, y por lo tanto está incapacitada para resolver la ambigüedad moral que constituye la sustancia misma de los casos difíciles. De hecho, en la medida en que la Enmienda Decimocuarta es vista de modo distinto en el Norte y en el Sur, su tendencia expresiva es reforzar, más que disminuir, la diferencia cultural.¹⁴¹ Al diagnosticar la ausencia de argumentación originalista en casos de acción afirmativa, por ejemplo, podríamos señalar que los originalistas a menudo se oponen a la acción afirmativa como asunto de política pública, pero una historia más completa pondría de relieve que El Buró de los Liberados —el primer ejemplo de acción gubernamental sensible a la raza en los tiempos de la Reconstrucción— fue menospreciado en el Sur.¹⁴² Para los sureños y para todos aquellos educados en la tradición de la Causa Perdida, el Buró evoca ilegalidad. De manera similar, es poco probable que la Enmienda Decimocuarta tenga resonancia entre mucha de ese clase de personas, y es poco probable que la reivindiquen, o incluso que la reconozcan, como autoridad moral.

¹⁴⁰ Blight, *supra*, nota 107, p. 4.

¹⁴¹ *Cfr.* Dan M. Kahan y Donald Braman, “More Statistics, Less Persuasion. A Cultural Theory of Gun Risk Perceptions”, 151 U. Pa. L. Rev. 1291, 1320 (2003) (“[L]o que las personas aceptan como verdad no puede ser divorciado de los valores y prácticas que definen sus identidades culturales.”).

¹⁴² Fleming, *supra*, nota 121, p. 89. El gobernador de Mississippi Benjamin Humphries llamó al Buró de los Liberados “una espantosa maldición”

III.

Hay muchas variantes de originalismo en la academia jurídica, y no todas tratan a la Enmienda Decimocuarta con descuido desproporcionado. La integridad teórica que evidencia alguna de estas variantes es sintomática, sin embargo, de los elementos que faltan en esos proyectos —la autoritatividad y la fuerza narrativa que ha permitido al originalismo estrechar la brecha entre el discurso constitucional profesional y el público. Aquellos que, autodescribiéndose como originalistas, dan adecuada consideración al potencial redentor de la Enmienda Decimocuarta no se equivocan en la hermenéutica, y a menudo resultan convincentes en cuanto al mejor entendimiento de los principios de la Enmienda Decimocuarta. Donde fracasan, sin embargo, y donde temo deben fracasar, es en la articulación de un fundamento para la autoridad de la Enmienda Decimocuarta capaz de salvar la distancia entre originalistas y no-originalistas.

Es oportuno empezar con Balkin, dado que su provocativo trabajo inspira este ensayo y el simposio del que forma parte. Balkin ha propuesto lo que él llama “originalismo de marco”,¹⁴³ en cuyo contexto los intérpretes modernos están obligados por los significados semánticos del texto de la Constitución y por la selección constitucional de reglas, estándares y principios, pero no están obligados por las intenciones originales o las aplicaciones originalmente esperadas por las personas que lo elaboraron o ratificaron.¹⁴⁴ De acuerdo con Balkin, el originalismo de marco abarca plenamente tanto el originalismo como el constitucionalismo vivo porque “la fidelidad al significado semántico original es consistente con una amplio rango de posibles futuras construcciones constitucionales que implementan el significado original y que añaden estructuras institucionales y prácticas políticas nuevas que no entran en conflicto con él”.¹⁴⁵ El originalismo de marco “permite a las personas de cada generación invocar el texto y los principios de la Constitución y llamar al pueblo estadounidense para que restaure y redi-

¹⁴³ Balkin, *Constitutional Redemption*, *supra* nota 87, p. 228.

¹⁴⁴ *Id.*, pp. 228-29.

¹⁴⁵ *Id.*, pp. 231-32.

ma la Constitución”.¹⁴⁶ Para Balkin, el originalismo es en los hechos la práctica de la fidelidad constitucional, de manera que, correctamente ejercido, el originalismo da servicio tanto a las narrativas restauradoras como a las redentoras.

Balkin se las ve con cuestiones semánticas. Implícitamente concede que la mayoría de originalistas no son originalistas de marco¹⁴⁷ y establece explícitamente que “la mayoría de los constitucionalistas vivientes son originalistas de marco, aunque no se den cuenta de ello.”¹⁴⁸ Eso es tanto como una admisión por parte de Balkin de que él habla esperanto mientras que el resto de nosotros habla inglés. Ello no quiere decir que Balkin no ofrezca conocimientos valiosos que socavan muchas de los presupuestos teóricos fundamentales tanto de los originalistas como de los partidarios del constitucionalismo vivo —quizá todos deberíamos hablar esperanto— pero implica que su mensaje está muy probablemente destinado a perderse en el proceso de traducción. La dicotomía entre constitucionalistas vivientes y originalistas es un hecho del mundo que no puede ser entendido aisladamente de las otras maneras en las que la gente se divide ideológica y culturalmente. No creo que la intervención de Balkin entre necesariamente en conflicto con el punto según el cual la elección entre constitucionalismo vivo y originalismo tal y como existe en el mundo (angloparlante) refleja entendimientos divergentes de la identidad estadounidense, y con el punto de que la metodología constitucional puede servir como un lenguaje a través del cual esos entendimientos son codificados al interior del discurso jurídico.

Akhil Amar es sólo ocasionalmente descrito como un originalista, y ello se debe en gran medida a que su trabajo no es susceptible de recibir las acusaciones descritas en este ensayo. De hecho, su trabajo más celebrado, *The Bill of Rights*, es precisamente un llamado a los estadounidenses contemporáneos a captar las maneras en las que las primeras diez enmiendas deben ser entendidas a través del lente de la Guerra Civil y la Reconstrucción. El libro es conocido sobre todo por

¹⁴⁶ *Id.*, p. 235.

¹⁴⁷ *Id.*, pp. 230-31.

¹⁴⁸ *Id.*, pp. 234.

el modo en que articula la teoría de Amar sobre la “incorporación refinada”, bajo la cual el *hecho* de la incorporación está determinado por la medida en la cual un derecho puede ser concebido en términos de los privilegios o inmunidades de ciudadanía.¹⁴⁹ Menos apreciado ha sido el hecho de que el libro también intenta defender que el significado y el alcance de un derecho incorporado deben ser entendidos en referencia a las preocupaciones que movían a la generación de la Reconstrucción. Amar sugiere, por ejemplo, que “el significado mismo de la libertad de expresión, de prensa, de petición, y de reunión fue sutilmente redefinido a lo largo del proceso de incorporación”, de modo que el caso paradigmático se movió de gente como John Peter Zenger a gente como Harriet Beecher Stowe (o, hubiera podido decir, Hinton Helper).¹⁵⁰

Amar ha ido más lejos, sin embargo, y ha llegado a sugerir que la doctrina moderna implícitamente reconoce el sutil trabajo transformativo desempeñado por la incorporación incluso aunque la retórica de esa doctrina cite a los Fundadores dieciochescos. Así, la importancia de la causa abolicionista para los entendimientos de la libertad de expresión en la época de la Reconstrucción propugna que los jueces federales tengan un papel más amplio, en comparación con los jurados, en la protección de los derechos de la Primera Enmienda, y la doctrina moderna ha evolucionado en esa dirección.¹⁵¹ En la medida en que Amar está en lo correcto, sus observaciones subrayan todavía más lo incongruente del descuido originalista de la Enmienda Decimocuarta. Porque en la medida en que esté en lo correcto, los originalistas que interpretan los derechos incorporados no solamente trabajan con un texto elaborado durante la Reconstrucción, sino que a menudo avanzan argumentos que, de hecho, y no sólo retóricamente, están profundamente afectados por la Enmienda Decimocuarta.

Amar es frecuentemente descrito como un estructuralista o un textualista más que como un originalista, y Amar no se ha promociona-

¹⁴⁹ Amar, *supra*, nota 15, p. 221.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 236.

¹⁵¹ *Id.*, p. 242. Amar señala, por ejemplo, que *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254 (1964) se basa en la (muy empoderadora de los jueces) Ley de Sedición como precedente negativo paradigmático a pesar de que anuncia una regla de decisión que —en un caso civil, nada menos— empodera a los jueces, más que a los jurados.

do a sí mismo de una manera distinta. Debe ser claro que este impulso por el etiquetado es en sí mismo un síntoma del problema que este ensayo identifica: aquellos que se toman la Enmienda Decimocuarta seriamente, y que (a consecuencia de ello) no asumen el tipo de interpretación atada a las cláusulas descrita en la Parte I, no son considerados realmente originalistas. Vale la pena, en cualquier caso, tomar en cuenta dos ejemplos adicionales de académicos originalistas conservadores que en los años recientes se han involucrado en tipos de análisis que no se inscriben con nitidez en la clase de patrones que este ensayo ha descrito: Kurt Lash y Randy Barnett. Lash ha dedicado atención considerable a la historia de la redacción de la enmienda Decimocuarta,¹⁵² y en una serie de artículos de los años 1990s buscó explícitamente demostrar que la Cláusula del Libre Ejercicio y la Cláusula de Establecimiento eran entendidas de manera notablemente distinta por la generación que ratificó la Enmienda Decimocuarta y por los ratificadores del siglo dieciocho.¹⁵³ Más recientemente, ha enfatizado que cuando discutimos los “derechos incorporados”, “lo que intentamos alcanzar no es la incorporación de los textos de 1789, sino el significado público de los textos de 1868 —en particular el significado de la Cláusula de Privilegios e Inmidades y el alcance de la competencia del Congreso para hacer cumplir esos derechos recién constitucionalizados”.¹⁵⁴

Barnett, que ha estado en la vanguardia de los llamados “nuevos” originalistas, ha empezado a prestar atención a la Enmienda Decimocuarta sólo de manera muy reciente. En un artículo publicado en el 2011, Barnett rastreó los escritos abolicionistas en busca de pruebas de los orígenes de la Sección 1 de la Enmienda.¹⁵⁵ Lo hizo, sin embargo,

¹⁵² Véase, e.g., Kurt T. Lash, “The Origins of the Privileges or Immunities Clause, Part II: John Bingham and the Second Draft of the Fourteenth Amendment”, 99 *Geo. L. J.* 329 (2011); Kurt T. Lash, “The Origins of the Privileges and Immunities Clause, Part I: “Privileges and Immunities” as an Antebellum term of Art”, 98 *Geo. L. J.* 1241 (2010).

¹⁵³ Véase Lash, “Free Exercise”, *supra* nota 6; Lash, “Establishment Clause”, *supra* nota 6. Específicamente, de acuerdo con Lash, los ratificadores de la Era de la Reconstrucción creían que la Cláusula de Libre Ejercicio exigía conceder acomodaciones frente a leyes neutrales de aplicación general y que la Cláusula de Establecimiento había llegado a ser vista en términos de derechos individuales, y no meramente como una previsión sobre federalismo.

¹⁵⁴ Lash, “Beyond Incorporation”, *supra* nota 6, p. 449.

¹⁵⁵ Randy E. Barnett, “Whence Comes Section One? The Abolitionist Origins of the Fourteenth Amendment”, 3 *J. Leg. Analysis* 165 (2011).

no al servicio de la tesis según la cual muchos derechos constitucionales importantes que sin darle muchas vueltas se fundamentan en la Fundación deben ser por el contrario (o además) contemplados a la luz del significado original de la Enmienda Decimocuarta, sino para demostrar que los abolicionistas del siglo diecinueve hacían argumentos constitucionales antiesclavistas sofisticados.¹⁵⁶ El trabajo recuento de Barnett es por tanto consistente con mi insinuación previa en el sentido de que la atención prestada por los originalistas a la Enmienda Decimocuarta es una cuestión de autoconservación: ayuda a la causa originalista a demostrar que los argumentos antigarrisonianos que controvierten la idea de una Constitución proesclavista estaban bien fundamentados.¹⁵⁷

Con todo, el cambio de enfoque de Barnett puede ser considerado más caritativamente como un reconocimiento de su tesis de que “discernir y aplicar el significado original de la Enmienda Catorce es un asunto delicado”.¹⁵⁸ Su trabajo reciente puede no ser sino un paso preliminar e incremental en el camino de la construcción de un conjunto de argumentos más atrevidos.

Yo no dudo de la sinceridad de Barnett ni de Lash (ni, de hecho, de la del juez Scalia), y es posible que su trabajo esté en la vanguardia de un “nuevo, nuevo originalismo” que se tome la Enmienda Decimocuarta mucho más en serio. Es ciertamente en el interés de los nuevos originalistas, muchos de los cuales tienen una inclinación libertaria, revitalizar la Enmienda Decimocuarta como un bastión para los argumentos anti-estadistas, sobre todo en el ámbito económico.¹⁵⁹ Si las tesis de este ensayo son correctas, sin embargo, el éxito que cualquier académico

¹⁵⁶ *Id.*, pp. 173-4.

¹⁵⁷ Véase *supra* nota 100.

¹⁵⁸ Randy E. Barnett, “Underlying Principles”, 24 *Const. Comm.* 405, 411 (2007).

¹⁵⁹ Ciertamente, el hecho que los originalistas más jóvenes tiendan a adoptar una postura distinta respecto de la Enmienda Decimocuarta podría reflejar giros generacionales importantes en la política de oposición que caracteriza al originalismo. Véase Bobbitt *supra* nota 70, p. 24 (donde argumenta que los argumentos históricos con frecuencia “son mejores para la disidencia que para la Corte”). Los originalistas más viejos, formados por Fairman y sus contemporáneos, aceptaron el acuerdo del New Deal pero rechazaron al liberalismo de la Corte Warren, tipificado por una actitud generosa respecto de la incorporación. En contraste, muchos originalistas modernos aceptan mucho del corpus de la Corte Warren pero se sienten cómodos re-visitando el acuerdo del New Deal, que tendía a frenar la capacidad iusgeneradora de la Enmienda Decimocuarta. Doy las gracias a Jack Balkin por haber sugerido este punto.

pueda tener en avanzar una nueva versión de originalismo en el sentido sugerido hará a su análisis más difícilmente identificable como originalista. Lo mejor que tanto Lash como Balkin pueden esperar es que los originalistas actuales concedan la etiqueta pero encuentren otro medio más convincente de auto-identificación, que guarde mayor congruencia con sus valores morales.¹⁶⁰ Aquellos cuyos intereses estén orientados a lo real más que meramente a las divisiones en el seno de la argumentación constitucional perderán entonces, según mi predicción, interés en escribir acerca del “originalismo”.

IV. Conclusión

En uno de los debates de las primarias republicanas para la elección presidencial del 2012, el público presente en la biblioteca presidencial Ronald Reagan en Simi Valley, California, hizo una ovación cuando el presentador Brian Williams le hizo notar a Rick Perry que había supervisado 234 ejecuciones como gobernador de Texas.¹⁶¹ La reacción de la masa fue fuertemente criticada, pero refleja, a grandes rasgos, la división cultural que exagera las diferencias en el plano de las políticas públicas. Aun cuando existen mayorías poderosas que apoyan tanto la pena capital¹⁶² como el uso de estándares de revisión exigentes para los casos de pena de muerte, la orientación de “ley y orden” está, como diría Balkin, “apareada en oposición”¹⁶³ a una orientación igualitaria y

¹⁶⁰ Hay pruebas de que algo parecido a ello ha sucedido ya. Thomas Colby ha argumentado que el originalismo se ha vuelto intelectualmente respetable entre los académicos sólo a expensas de los reclamos de restricción judicial que lo hacen respetable para los miembros del público. Véase, en general, Colby *supra* nota 78. Divorciar el significado original de las intenciones originales de los autores, que es la mayor innovación del “nuevo originalismo” tenía algún sentido estratégico y teórico, pero hizo a la interpretación constitucional mucho más indeterminada. También separó el originalismo de la autoridad de los individuos más directamente responsables de la Revolución Americana y la Constitución original. Un cuarto de siglo después de que esta innovación fuera anunciada por el Juez Scalia, sigue siendo raro para la gente reemplazar la intención original por el significado original.

¹⁶¹ *2012 Republican Debate* (emisión de *NBC Television* del 7 de septiembre, 2011)

¹⁶² “Are You In Favor of the Death Penalty for a Person Convicted of Murder? 1936-2011 Trend”, Gallup, <<http://www.gallup.com/poll/1606/death-penalty.aspx>>.

¹⁶³ Véase *supra*, nota 85 y el texto que la acompaña.

centrada en los derechos. Celebrar las ejecuciones no desencadena tanto un debate político como anuncia una afinidad cultural.

Puede ser del mismo modo que existan solamente diferencias “políticas” marginales entre las prácticas hermenéuticas del originalismo y del constitucionalismo vivo. Pero el originalismo hace mucho más que simplemente ayudar en el análisis textual; anuncia, también, una afinidad cultural. Los que comparten esa afinidad guardan sospecha más que beneplácito por la Reconstrucción y por los republicanos de la era de la Reconstrucción. Para el voto del juez Thomas en el caso *Baze*, abordar esa época en lugar de la Fundación hubiera implicado sacrificar una buena dosis de su propia autoridad. También le hubiera negado a él la oportunidad de dar a la aproximación al derecho y al orden característico de esa época un vótor rotundo.

Recepción: 21/06/2012

Aceptación: 28/01/2013