

ORIGINALISMO SORPRENDENTE: LA CONFERENCIA REGULA*

LAWRENCE B. SOLUM**

§ 1. *INTRODUCCIÓN: PREJUICIOS SOBRE EL ORIGINALISMO*

Nuestra impresión es que la mayoría de los estadounidenses cree que ya saben todo lo que deben saber sobre el originalismo constitucional. El originalismo se basa en dos ideas: el significado del texto de la Constitución queda fijado en el momento en que cada una de sus cláusulas fue redactada y ratificada, y ese significado fijo es vinculante para jueces y funcionarios¹. Estas ideas son simples, pero

* Traducción del inglés al español de JUAN PABLO ALONSO y PEDRO A. CAMINOS, con la colaboración de CAMILA FIORITO, DÉBORA GONZÁLEZ ÁREA y MILAGROS GRAINO, de *Surprising originalism: the Regula Lecture*, *ConLawNOW*, vol. 9, n° 1, 2017, p. 235 a 277.

Copyright 2018 del autor. Se otorga permiso para realizar copias de este artículo (incluidas copias en formato electrónico) con fines académicos y educativos. Este artículo está basado en la Conferencia Regula 2018, brindada en la Universidad de Akron el 8/4/2018. El video de la conferencia puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=tIcRvIjuk38&feature=youtu.be>.

** Carmack Waterhouse Professor of Law, Centro de Derecho, Universidad de Georgetown. Agradezco a los participantes de la Conferencia Regula por sus preguntas y comentarios y a RANDY BARNETT y MICHAEL DORF por sus comentarios sobre los borradores anteriores.

¹ Este artículo es parte de un proyecto más extenso que se encuentra en proceso. El tratamiento aquí es informal y breve. El proyecto extendido es más amplio, formal y teórico. Ver SOLUM, *Originalist theory and precedent: a public meaning approach*, "Constitutional Commentary", vol. 33, n° 3, 2018, p. 451; *Triangulating public meaning: corpus linguistics, immersion, and the constitutional record*, "Brigham Young University Law Review", vol. 2017, n° 6, p. 1621; *Originalist methodology*, "The University of Chicago Law Review", vol. 84, n° 1, 2017, p. 269; *The fixation thesis: the original meaning of the constitutional text*, "Notre Dame Law Review", vol. 91, n° 1, 2015, p. 1; *Intellectual history as constitutional theory*, "Virginia Law Review", vol. 101, n° 4, 2015, p. 1111; *Originalism*

muchos estadounidenses se sorprenderían al conocer lo que los originalistas realmente piensan hoy sobre muchos tópicos, incluyendo la naturaleza del significado original, las implicaciones del originalismo para una variedad de cuestiones y las justificaciones en favor del originalismo. Incluso juristas sofisticados se sorprenderían por el contenido del originalismo contemporáneo. El “originalismo de significados públicos” de hoy no es la “doctrina de la intención original” de ayer.

Muchos estadounidenses reverencian la Constitución², pero tienen desacuerdos respecto del originalismo³. Tanto conservadores como libertarios tienen la seguridad de que es un correctivo necesario a los excesos progresistas de la Corte Warren⁴. Los progresis-

and constitutional construction, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 453; *Communicative content and legal content*, “Notre Dame Law Review”, vol. 89, n° 2, 2013, p. 479; *Construction and constraint*, “Jerusalem Review of Legal Studies”, vol. 7, n° 1, 2013, p. 17 a 22; *The interpretation-construction distinction*, “Constitutional Commentary”, vol. 27, n° 3, 2011, p. 95; “Whats originalism?”, en HUSCROFT - MILLER (eds.), *The challenge of originalism: theories of constitutional interpretation; Incorporation and originalist theory*, “Journal of Contemporary Legal Issues”, vol. 18, 2009, p. 409 a 440; *District of Columbia v. Heller and originalism*, “Northwestern University Law Review”, vol. 103, n° 2, 2009, p. 923 a 981. Además de los artículos publicados y por publicar, el trabajo en proceso incluye: SOLUM, *The public meaning thesis* (trabajo no publicado, 20/8/2015); *The constraint principle: original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215. La primera versión de este proyecto fue desarrollada en un trabajo que aún se encuentra en curso, *Semantic originalism*, 22/11/2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244.

² HUTSON, en TUSHNET - GRABER - LEVINSON (eds.), *The Oxford handbook of the U.S. Constitution* (“Los estadounidenses veneran la Constitución como texto sagrado justificando su creencia continua en una fe constitucional”).

³ Ver, en general, DEVINS - MANSKER, *Public opinion and State Supreme Courts*, “University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law”, vol. 13, n° 2, 2010, p. 455 a 457; WALTERS, *Fragmenting the judiciary: shifting implementation of Supreme Court doctrine from Federal Courts to State Courts*, “Capital University Law Review”, vol. 42, n° 4, 2014, p. 951 y 952.

⁴ SMITH, *Originalism and level of generality*, “Georgia Law Review”, vol. 51, 2017, p. 485 a 556 (“El antiguo originalismo fue principalmente una respuesta a los excesos percibidos de la Corte de Warren”); O’NEILL, *Originalism in american law and politics: a constitutional history*, p. 92 a 110; CALHOUN, *Measuring the fortress: explaining trends in Supreme Court and Circuit Court dictionary use*, “Yale Law Journal”, vol. 124, n° 6, 2014, p. 484 a 514 (“El textualismo y el originalismo se desarrollaron, en parte, en respuesta a la disconformidad con lo que se percibieron como excesos de la Corte de Warren”).

tas, a su vez, creen, de manera casi inmovible, que el originalismo es una ideología de derecha, que busca dar legitimidad a decisiones conservadoras invocando el prestigio de los padres fundadores⁵. Un distinguido jurista llegó incluso a sugerir que usar la palabra “originalismo” para describir una teoría que no conduzca inevitablemente a resultados conservadores es orwelliano⁶. Tanto en la izquierda como en la derecha, las posiciones ya están configuradas, pues la mayoría de nosotros está bastante segura de que no hay nada sorprendente para aprender sobre el originalismo.

Nuestro objetivo en la Conferencia Regula de este año es proponer algunas ideas para reflexionar. El originalismo contemporáneo tanto en la teoría como en la práctica constitucional se ha vuelto sorprendente. No sería exagerado afirmar que el originalismo es de hecho muy sorprendente. Salvo que usted haya seguido muy de cerca la doctrina constitucional, es muy probable que muchas de sus creencias sobre el originalismo sean inexactas, incompletas o, sencillamente, incorrectas.

Este artículo conduce al lector a una visita guiada al originalismo contemporáneo. A lo largo del camino, haremos algunas especulaciones sobre el significado original de varias cláusulas constitucionales. Permítasenos ser prístinamente claros: este artículo no llega a ninguna conclusión sobre el significado original de ninguna disposición constitucional en particular.

Alcanzar conclusiones firmes en tal sentido requiere investigación y análisis meticulosos, que no hemos realizado, y solo pueden ser presentadas de un modo extenso, es decir, mediante un extenso artículo para cada tópico. En lugar de ello, presentaremos nuestro punto de vista provisional, basado en una larga experiencia con el originalismo y en un profundo conocimiento del texto de la Constitución, pero no en una rigurosa aplicación de la mejor metodología origi-

⁵ TERBEEK, *Originalism's obituary*, *Utah onLaw*, vol. 2015, n° 1, p. 33 a 35; POST - SIEGEL, *Originalism as a political practice: the right's living Constitution*, “Fordham Law Review”, vol. 75, n° 2, 2006, p. 545 a 549 y 567; POLLACK, *Constitutional interpretation as political choice*, “University of Pittsburgh Law Review”, vol. 48, n° 4, 1987, p. 989 a 1003; FLEMING, *The new originalist manifesto*, “Constitutional Commentary”, vol. 28, 2012, p. 539 a 544; ver, también, WHITTINGTON, *Is originalism too conservative?*, “Harvard Journal of Law and Public Policy”, vol. 34, n° 1, 2011, p. 29 a 38.

⁶ REDISH - ARNOULD, *Judicial review, constitutional interpretation, and the democratic dilemma: proposing a “controlled activism” alternative*, “Florida Law Review”, vol. 64, n° 6, 2013, p. 1485 a 1509.

nalista⁷. Estamos preparados para sorprendernos cuando la investigación haya sido realizada. De hecho, ese es precisamente el punto: el originalismo tal como hoy es practicado no encaja con nuestros prejuicios. El originalismo puede sorprendernos, y de hecho lo hace, en el momento en que entendemos lo que realmente es.

Este artículo presenta tres formas en las que el originalismo es sorprendente: la teoría sorprendente es el tópico del § 2; las implicaciones sorprendentes son exploradas en el § 5, y las justificaciones sorprendentes son el tema del § 6. La conclusión reflexiona sobre las implicaciones del originalismo sorprendente.

§ 2. *UNA TEORÍA SORPRENDENTE*

La palabra “originalismo” apareció por primera vez en el vocabulario de la teoría constitucional estadounidense en 1981 en un artículo del profesor PAUL BREST⁸. Pero el núcleo de las ideas originalistas era anterior al neologismo acuñado por BREST⁹. Desde sus inicios, la doctrina constitucional estadounidense reconoce que el significado del texto constitucional no cambia; esto es, que las ideas¹⁰ comunicadas a través del texto quedan fijas en el momento en que cada cláusula de la Constitución es plasmada en el papel¹¹. Adicionalmente,

⁷ SOLUM, *Originalist methodology*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 84, n° 1, 2017, p. 269.

⁸ BREST, *The misconceived quest for the original understanding*, “Boston University Law Review”, vol. 60, 1980, p. 204 a 209.

⁹ BREST escribió luego de que los críticos de la Corte de Warren y del “constitucionalismo viviente” comenzaran a desarrollar ideas que luego se convirtieron en la teoría constitucional originalista contemporánea. Esta etapa temprana de la teorización originalista ha sido llamado “protooriginalismo”. Podemos llamar a estas tempranas versiones de originalismo “protooriginalismo”. Ver SOLUM, *Originalism and constitutional construction*, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 462 y 463.

¹⁰ La palabra “ideas” tiene connotaciones filosóficas que no tengo la intención de transmitir aquí. La palabra “contenido” sería más precisa, pero podría sonar extraña para lectores que no estén familiarizados con la filosofía contemporánea del lenguaje o la lingüística teórica. El contenido de un texto o una comunicación oral es el conjunto de conceptos y proposiciones transmitidas. Por lo tanto, el “contenido comunicativo” público del texto constitucional es el conjunto de proposiciones transmitidas al público por el texto al momento que cada disposición fue formulada y ratificada.

¹¹ Esta idea es la tesis de la fijación. Ver SOLUM, *The fixation thesis: the original meaning of the constitutional text*, “Notre Dame Law Review”, vol. 91, n° 1, 2015, p. 1. MICHAEL DORF sostiene que la fidelidad a la Constitución no requiere la adhesión al significado fijo original del texto constitucional, pero podría en cambio

el significado fijo del texto constitucional no es un mero consejo: ¡es obligatorio! Los jueces no tienen el poder de promulgar “enmiendas furtivas” de la Constitución bajo el disfraz de una “interpretación”¹². La Constitución debe restringir a los jueces. No es un cheque en blanco. Nada en estas ideas debería resultar sorprendente: creemos que es muy probable que la mayor parte de los abogados y de los jueces estaría de acuerdo con el núcleo de ideas originalistas sobre la fijación y la restricción, aunque las cosas pueden ser diferentes en la atmósfera enrarecida de la torre de marfil y en los gabinetes augustos de las Cortes Supremas.

§ 3. **LA PREGUNTA EQUIVOCADA: ¿QUÉ HARÍA JAMES MADISON?**

Muchos estadounidenses, que están de acuerdo con las ideas centrales del originalismo, la fijación y la restricción judicial, están en desacuerdo con el “originalismo” según entienden esa palabra. En algún punto del camino, la percepción que del originalismo tienen los abogados, los jueces, el público en general e, incluso, la mayoría de los profesores de derecho está distorsionada. En parte, ello se debe a que los primeros críticos de la Corte Warren pusieron énfasis en lo que denominaron “las intenciones originales de los redactores de la Constitución”¹³. La reacción inicial al originalismo en el ámbito académico fue veloz: la idea de una “intención original” carece de sentido¹⁴, pero, incluso si tuviera sentido, no nos gustaría basar nuestra jurisprudencia constitucional en los pensamientos de hombres blancos propietarios que vivieron en un mundo muy diferente al nuestro¹⁵.

ser fidelidad al significado contemporáneo del texto (*The undead Constitution*, “Harvard Law Review”, vol. 125, n° 8, 2012, p. 2040 a 2044). Este argumento no niega la tesis de la fijación, pero sí desafía el principio de restricción. Ver nota 12.

¹² Esta idea es el principio de restricción. Ver SOLUM, *The constraint principle: original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

¹³ Estas tempranas formas de originalismo podrían ser llamadas “protooriginalismo” (SOLUM, *Originalism and constitutional construction*, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 462).

¹⁴ Además de BREST, hubo muchos otros críticos prominentes del enfoque intencionalista. Ver, por ejemplo, POWELL, *The original understanding of original intent*, “Harvard Law Review”, vol. 98, n° 5, 1985, p. 885; DWORKIN, *The forum of principle*, “New York University Law Review”, vol. 56, 1981, p. 469 y 470.

¹⁵ WRIGHT, *Originalism and the problem of fundamental fairness*, “Marquette Law Review”, vol. 91, n° 3, 2008, p. 687 a 693; KISSAM, *Explaining constitution-*

En efecto, la noción de intención original de los redactores de la Constitución ha sido parodiada mediante la equiparación del originalismo con la pregunta: “¿Qué haría James Madison?”¹⁶. Sin embargo, el originalismo contemporáneo no plantea esa pregunta. Hace más de treinta años, la corriente dominante dentro de la teoría constitucional originalista se alejó del intencionalismo para acercarse al textualismo. Uno de los hechos más importantes en esa transformación fue una conferencia dictada por el juez SCALIA, en la que instó a los originalistas a “cambiar la denominación de la doctrina de la intención original a la doctrina del significado original”¹⁷.

De ese modo, casi todo el desarrollo concreto del originalismo después de la publicación de la crítica de BREST asumió que no deberíamos preguntarnos qué es lo que JAMES MADISON haría, o qué es lo que habría pensado sobre los problemas contemporáneos, o en qué creían los miembros de la Convención de Filadelfia respecto de los propósitos, fines o aplicaciones imaginables de la Constitución que propusieron para ser ratificada. Ya para los años 90 del siglo xx, estaba claro que existía un “nuevo originalismo”, preocupado por el significado público original del texto de la Constitución. Este nuevo originalismo fue elaborado, en primer lugar, por GARY LAWSON¹⁸, y seguido por muchos otros, incluyendo a los profesores GUIDO CALABRESI y SAIKRISHNA PRAKASH¹⁹.

¿De dónde provino la idea de que los originalistas desean saber qué haría JAMES MADISON? Una fuente de dicho pensamiento podría

al law publicly or, everyman's Constitution, “UMKC Law Review”, vol. 71, 2002, p. 77 a 89; LLOYD, “Original” means old, “original” means new: an “original” look at what “originalists” do, “National Lawyers Guild Review”, vol. 67, 2010, p. 135 a 149.

¹⁶ Ver, por ejemplo, STRANG, *How big data can increase originalism's methodological rigor: using corpus linguistics to reveal original language conventions*, “UC Davis Law Review”, vol. 50, n° 3, 2017, p. 1181 a 1190; WHITTINGTON, *Originalism: a critical introduction*, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 375 a 382; KARLAN, *Constitutional law as trademark*, “UC Davis Law Review”, vol. 43, n° 2, 2009, p. 385, a 396; ROWAN, *Equality as a constitutional concept*, “Maryland Law Review”, vol. 47, n° 1, 1987, p. 10 a 12.

¹⁷ SCALIA, “Address before the attorney general's conference on economic liberties in Washington, D.C.” (14/6/1986), en *Original meaning jurisprudence: a sourcebook*, p. 101 a 106.

¹⁸ LAWSON, *Proving the law*, “Northwestern University Law Review”, vol. 86, 1992, p. 859 a 875.

¹⁹ CALABRESI - PRAKASH, *The president's power to execute the laws*, “Yale Law Journal”, vol. 104, n° 3, 1994, p. 541 a 553.

ser la temprana influencia de RAOUL BERGER, cuyo libro *Government by the judiciary* (*El gobierno de los jueces*) incluía un capítulo titulado “¿Por qué la intención original?”²⁰. BERGER fue caracterizado por PAUL BREST como “intencionalista estricto” y originalista en 1981, el mismo año en el que BREST acuñó el término “originalismo”²¹. El fiscal general EDWIN MEESE promovió la doctrina de la intención original en una serie de discursos prominentes²².

Es más, la idea de las “intenciones originales” nunca desapareció completamente. Siguiendo la crítica de BREST, el intencionalismo fue defendido por RICHARD KAY²³, y existe ahora un “nuevo intencionalismo” basado en algunos trabajos muy sofisticados de filosofía del lenguaje. El nuevo intencionalismo se funda en la idea de que el redactor de una cláusula de la Constitución posee una “intención comunicativa”, es decir, el significado que el redactor de cada cláusula constitucional tuvo la intención de transmitir a los lectores²⁴.

Esta nueva versión del intencionalismo evita muchos de los problemas de la versión antigua: no requiere que identifiquemos cuáles eran las preferencias políticas de los redactores de la Constitución.

²⁰ BERGER, *Government by judiciary*, cap. 21.

²¹ BREST, *The fundamental rights controversy: the essential contradictions of normative constitutional scholarship*, “Yale Law Journal”, vol. 90, n° 5, 1981, p. 1063 a 1089. La primera vez que se utilizó la palabra fue en BREST, *The misconceived quest for the original understanding*, “Boston University Law Review”, vol. 60, 1980, p. 204 a 209.

²² MEESE III, “Speech before the American Bar Association”, en CASSELL (ed.), *The great debate: interpreting our written Constitution*; ver, también, MEESE III, *The case for originalism*, 6/6/2005; CLEMETSON, *Meese’s influence looms in today’s judicial wars*, “New York Times”, 17/4/2005.

²³ KAY, *Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses*, “Northwestern University Law Review”, vol. 82, n° 2, 1988, p. 226.

²⁴ Para ser más precisos, el nuevo intencionalismo es la idea de que el significado original del texto constitucional es el significado que los redactores intentaron transmitir a los lectores a los que se dirigían por medio del reconocimiento del lector de la intención comunicativa de los redactores. Esta idea está basada en el trabajo de GRICE, *Studies in the way of words*, p. 3 a 143. Para un acercamiento griceano al originalismo de las intenciones originales, ver ALEXANDER, “Simple-minded originalism”, en HUSCROFT - MILLER (eds.), *The challenge of originalism*, p. 87; ver también, MANNING, *What divides textualists from purposivists?*, “Columbia Law Review”, vol. 106, n° 1, 2006, p. 70 a 72; GOLDSWORTHY, *Legislative intentions, legislative supremacy, and legal positivism*, “San Diego Law Review”, vol. 42, n° 2, 2005, p. 493 a 510.

Una de las virtudes del nuevo intencionalismo es que casi siempre tiende a la convergencia con el originalismo de significados públicos²⁵. Los redactores escribían para el público. El texto constitucional fue redactado para ser leído por “Nosotros, el pueblo”. Esta idea fue elocuentemente expresada por el gran juez de la Corte Suprema, JOSEPH STORY, en sus *Commentaries of the Constitution of the United States* [Comentarios de la Constitución de los Estados Unidos]:

En primer lugar, entonces, cada palabra utilizada en la Constitución ha de ser presentada en su sentido claro, obvio y común, a menos que el contexto proporcione algún fundamento para restringirlo, matizarlo o ampliarlo. Las constituciones no están diseñadas para las sutilezas de la metafísica y de la lógica, para las delicadezas de la expresión, para el decoro fundamental, para las elaboradas penumbras del significado, ni para el ejercicio de la agudeza filosófica o la investigación judicial. Son instrumentos de carácter práctico, basados en la empresa común de la vida humana, adaptados a los deseos comunes, diseñados para uso común, y adecuados para entendimientos comunes. Los pueblos las hacen; los pueblos las adoptan; los pueblos deben ser quienes supuestamente las lean, con la ayuda del sentido común; y no debe presumirse que admitan ningún significado oculto, ni ninguna glosa extraordinaria²⁶.

Dado que los redactores del texto constitucional escribieron para el público, el significado que tuvieron la intención de transmitir fue el significado público: el significado público original del texto constitucional.

La ahora pasada de moda doctrina de la intención original jugó un papel importante en la historia temprana del originalismo. Es por ello que la creencia errónea de que el originalismo se refiere a la intención original de los redactores de la Constitución es comprensible, incluso si se trata de una creencia que está treinta años desactualizada.

²⁵ Debido a que la Constitución fue redactada para “Nosotros, el pueblo”, el significado que los autores del texto constitucional intentaron transmitir al público será el significado público en ausencia de algún tipo de error lingüístico. Por esta razón, el nuevo intencionalismo converge con el originalismo de significado público en casi todos los casos.

²⁶ STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, § 451, 1833; ver también, “State of Rhode Island v. Palmer”, 253 US 350, 398 (1920) (declarando, “en la interpretación de leyes y Constituciones, cada palabra ‘debe ser expuesta en su sentido claro, obvio y común, a menos que el contexto proporcione alguna base para controlarlo, calificarlo o ampliarlo’, y no puede serle impuesto a las palabras ‘ningún significado recóndito o ningún matiz extraordinario’”).

§ 4. **LA PREGUNTA CORRECTA: ¿CUÁL ES EL SIGNIFICADO PÚBLICO DEL TEXTO CONSTITUCIONAL?**

“¿Qué es lo que haría MADISON?” es la pregunta incorrecta. He aquí la pregunta correcta: “¿cuál era el significado público original del texto de la Constitución?”. Este es el originalismo del significado original.

En la pregunta “¿cuál era el significado público?”, el “era” es importante. El significado de las palabras cambia con el tiempo: se trata del conocido fenómeno de la deriva lingüística o cambio semántico²⁷. La palabra “satélite” significaba originalmente “guardaespaldas”, pero JOHANNES KEPLER usó “satélite” metafóricamente para describir las lunas de Júpiter, y JULIO VERNE tomó prestada la metáfora y la aplicó a un artefacto ficticio hecho por el hombre que orbitaba la Tierra. El uso de VERNE fue tomado prestado, a su vez, para aplicarlo al Sputnik²⁸. Y ahora, el significado principal de satélite es el de “un objeto o vehículo manufacturado con la intención de orbitar la tierra, la luna o cualquier otro cuerpo celeste”, mientras que su significado original como guardaespaldas ya no está en uso²⁹. El español es como un organismo vivo, que crece y cambia.

¿Qué tiene que ver la deriva lingüística con la Constitución? Pensemos en la expresión “violencia doméstica” que aparece en el art. IV de la Constitución³⁰. En la actualidad, la frase “violencia doméstica” se refiere a “abuso de pareja íntima”, “golpiza” o “violencia de género” y es entendido como “un abuso físico, sexual, psicológico y económico que tiene lugar en el contexto de una relación íntima, incluyendo al matrimonio”³¹.

²⁷ STEINMETZ, *Semantic antics. How and why words change meaning*, p. 49 y 50.

²⁸ STEINMETZ, *Semantic antics, How and why words change meaning*, p. 200.

²⁹ Ver <https://www.merriam-webster.com/dictionary/satellite> [perma.cc/S5PM-8GCH].

³⁰ Constitución de los Estados Unidos, art. IV, cláusula 4: “Los Estados Unidos garantizarán a todo Estado en esta Unión una forma republicana de gobierno y protegerán a cada uno en contra de invasiones; y a solicitud de la legislatura o del ejecutivo (en caso de que no fuese posible reunir a la legislatura), contra la violencia doméstica”.

³¹ Ver Human Rights Watch, “Glosario”, www.hrw.org/reports/2003/nepal0903/3.htm [https://perma.cc/G9BP-FKPW]; SACK, *The domestic relations exception*,

Pero este significado de “violencia doméstica” propio del siglo XXI era desconocido en la última parte del siglo XVIII cuando el art. IV fue redactado. Sería sencillamente un error lingüístico interpretar la violencia doméstica mencionada en el art. IV de la Constitución de 1789 como refiriéndose a la violencia con una esposa o un niño. La lectura anacrónica de “violencia doméstica” sería equivocada porque el significado o, más técnicamente, el contenido semántico queda fijado en el momento en que el texto fue escrito³². Cuando interpretamos el texto constitucional, buscamos el significado original y no algún nuevo significado que sea el producto de un accidente lingüístico.

En el caso de “violencia doméstica”, casi nadie está tentado de reemplazar el significado original por el contemporáneo, aunque un artículo completo en una revista jurídica fue escrito precisamente con ese fin³³. ¿Por qué no? Porque el contexto que rodea al art. IV junto con un poco de información sobre las circunstancias históricas en las que la Constitución fue redactada son suficientes para dirigirnos hacia el significado original. Podemos, por lo tanto, captar intuitivamente que el significado original es el significado correcto del texto constitucional. En caso de que un profesor de derecho intente decirnos que “violencia doméstica” puede significar “violencia intrafamiliar” ¡nos rebelamos! Sabemos que la frase “violencia doméstica”, utilizada en proximidad de la palabra “invasión”, en un documento del siglo XVIII referido a la estructura básica del gobierno y a las relaciones recíprocas entre los Estados y con el gobierno federal, se refiere a cosas tales como “tumultos” o “rebeliones” dentro de las fronteras de un Estado. Nuestra reacción intuitiva frente a argumentos ingeniosos que sostienen que el art. IV se refiere al abuso de pareja no es otra que la de considerar dicha gimnasia verbal como una forma de sofistería³⁴.

domestic violence, and equal access to Federal Courts, “Washington University Law Review”, vol. 84, 2006, p. 1441.

³² JACK BALKIN nos presentó este ejemplo: SOLUM, *Blogging from APSA: the new originalism*, “Legal Theory Blog”, 3/9/2007, el bloggeo en vivo de la reunión de la American Political Science Association, describiendo la presentación de BALKIN (BALKIN, *Living originalism*, p. 37).

³³ STEIN, *The domestic violence clause in “new originalist” theory*, “Hastings Constitutional Law Quarterly”, vol. 37, n° 1, 2009, p. 129.

³⁴ SELLERS, *Think of your latin when hurling accusations*, “The National Law Journal”, 9/2/1998 (“Los abogados se han ganado una mal nombre por el uso de sofismas y la manipulación del lenguaje para engañar a los incautos”).

A nadie le sorprende la noticia de que la “violencia doméstica” del art. IV no significa “abuso de pareja”, pero aquí hay un ejemplo que tal vez sí sorprenda al lector. La Séptima Enmienda de la Constitución usa la palabra “dólar”:

En juicios de *common law*, en los que el valor de la controversia exceda los veinte dólares, se mantendrá el derecho a un juicio por jurados, y ningún hecho juzgado por un jurado será revisado en forma alguna en ningún tribunal de los Estados Unidos, salvo en cumplimiento de las reglas del *common law*³⁵.

Los lectores contemporáneos asumirán, probablemente, que la palabra “dólar” se refiere a las notas de la Reserva Federal, que tienen esta apariencia:



Un estudiante de derecho escribió un artículo sobre la “cláusula de los veinte dólares” de la Séptima Enmienda, basado en la idea de que la palabra “dólar” tenía el mismo significado en 1791 que en la actualidad, lo cual crea un problema pues la inflación redujo el poder adquisitivo del dólar como papel moneda de curso legal³⁶.

Sin embargo, noten que el papel moneda de curso legal no existía a nivel nacional en los Estados Unidos en 1791³⁷: no había notas de la Reserva Federal³⁸. La palabra dólar se refería, casi con total

³⁵ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda VII.

³⁶ *The twenty dollars clause*, “Harvard Law Review”, vol. 118, n° 5, 2005, p. 1665 a 1672.

³⁷ El “lomo verde” fue creado por la Ley de Licitación Legal de 1862, 12 Stat. 345.

³⁸ Para un recuento muy breve de la historia, ver BRUNER, *The changing face of money*, “Review of Banking & Financial Law”, vol. 30, n° 1, 2010, p. 383 y 389 a

certeza, al dólar español de plata que pesaba 416 gramos y posiblemente también a otras monedas que también eran llamadas “dólares”, con un contenido de plata aproximadamente similar³⁹. Rastros de este significado de la palabra dólar persistieron hasta 1965, cuando el Congreso aprobó una ley que dejó sin efecto la posibilidad de canjear certificados de plata por lingotes del mineral⁴⁰.

Este es un ejemplo de un “dólar” tal como el término era entendido por el público en 1791:



Adviertan la fecha y la figura de perfil. Se trata de Carlos IV, rey de España. Esto es un dólar de plata español, también conocido como “peso de ocho”⁴¹.

394; ver, también, KHAN, *The evolution of money: a story of constitutional nullification*, “University of Cincinnati Law Review”, vol. 67, 1999, p. 393; VIEIRA (JR.), *The forgotten role of the Constitution in monetary law*, “Texas Review of Law and Politics”, vol. 2, n° 1, 1997, p. 77; PAI, *Congress and the Constitution: the Legal Tender Act of 1862*, “Oregon Law Review”, vol. 77, 1998, p. 535.

³⁹ En 1791, la palabra “dólar” solía referirse al dólar de plata español. Esto es así ya que las leyes del Congreso de 1786 y 1792 indicaban que el “dólar” era el dólar de plata español. Ver The Coinage Act (la Ley de la Moneda), 2/4/1792, 1 Stat 246 § 9 (1792) (permitiendo al Congreso acuñar “dólares o unidades” –cada una a poseer el valor de un dólar español–); H. R. Rep. n° 23-278 at 65 (1834) (cabe tener en cuenta que los artículos del Congreso de la Confederación usaron el estándar del dólar de plata español en 1786); ver también, SUMNER, *The spanish dollar and the colonial shilling*, “The American Historical Review”, vol. 3, n° 4, jul. 1898, p. 607.

⁴⁰ United States Department of the Treasury, “Silver certificates”, www.treasury.gov/about/history/collections/Pages/silver.aspx [https://perma.cc/E2LD-R4PJ]. Ver, en general, FRIEDBERG - FRIEDBERG, *Paper money of the United States*.

⁴¹ POND, *The spanish dollar: the world's most famous silver coin*, “Bulletin of the Business Historical Society”, vol. 15, n° 1, 1941, p. 12 a 16.

El “lomo verde”, precursor de la moderna nota de la Reserva Federal, no fue creado sino hasta décadas más tarde, y fue objeto de una gran controversia, que culminó en el ir y venir de los casos sobre papel moneda⁴², en los que la Corte Suprema primero invalidó, pero luego respaldó la constitucionalidad del papel moneda de curso legal. Hay una historia larga y complicada que condujo al surgimiento del “dólar” contemporáneo, que hasta hace algunas décadas estuvo conectada con el valor de la plata⁴³.

Los lectores contemporáneos de la Séptima Enmienda pueden tener la fuerte intuición lingüística de que “dólar” significaba lo mismo que significa en la actualidad, pero dicha intuición es incorrecta. El “dólar” del siglo dieciocho era una moneda de metal cuyo valor dependía de su contenido de plata y no de una ley federal que requiere que trozos de papel sean aceptados como un medio de pago⁴⁴. La principal referencia del término “dólar” de la Séptima Enmienda es la del dólar de plata español o, más específicamente, la de cualquier moneda cuyo contenido de plata fuera aproximadamente equivalente al de ese “dólar”.

Los ejemplos de “violencia doméstica” y “dólar” ilustran la importancia de buscar el significado público original del texto constitucional. Algunas de las palabras y las frases del texto constitucional tienen hoy el mismo significado que cuando fueron escritas. Pero otras no. Y por esa razón, siempre debemos confrontar nuestras intuiciones lingüísticas con la evidencia histórica.

¿Qué es lo que haría JAMES MADISON? es la pregunta incorrecta. La pregunta correcta es “¿cuál era el significado público del texto constitucional?”. La palabra “público” es crucial. El originalismo del significado público original es una forma de textualismo: consiste en buscar el significado comunicado al público por el texto⁴⁵. El signi-

⁴² “Hepburn v. Griswold”, 75 US 603 (1869), revocado en parte por *Legal Tender Cases*, 79 US 457 (1870); “Knox v. Lee”, 79 US 457 (1870); “Juilliard v. Greenman”, 110 US 421 (1884).

⁴³ Para fuentes históricas, POND, *The spanish dollar: the world's most famous silver coin*, “Bulletin of the Business Historical Society”, vol. 15, n° 1, 1941, p. 12 a 16.

⁴⁴ SOLUM, *Originalist methodology*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 84, n° 1, 2017, p. 281 y 282.

⁴⁵ Con mayor precisión, el originalismo de significado público tiene como propósito recuperar el contenido comunicativo del texto constitucional. Estas tempranas formas de originalismo podrían ser llamadas “protooriginalismo” (SOLUM, *Originalism and constitutional construction*, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 462).

ficado público está en función tanto del significado semántico de las palabras como del contexto en el que ellas son utilizadas⁴⁶. El significado público del texto es el significado expresado al público en el momento en que cada disposición fue redactada y ratificada (no el significado literal –solo las palabras–, si no el significado completo, incluyendo el papel que juega el contexto para resolver las ambigüedades y enriquecer el texto).

Estamos seguros de que muchos lectores de este artículo no se sorprenden al enterarse de que el originalismo de la intención original ha dejado su lugar al originalismo del significado público. Después de todo, se ha discutido mucho sobre el “originalismo del significado público”, especialmente en los últimos años. La cuestión se planteó en las audiencias de confirmación de NEIL GORSUCH⁴⁷. Dado que el juez SCALIA era una figura muy conocida, incluso para el público en general, su defensa del originalismo del significado público bien pudo haber penetrado en la consciencia colectiva. El experto en derecho constitucional debe conocer sobre el significado público, e incluso muchos lo hacen, aunque, sorprendentemente, incluso escritores sofisticados todavía creen que el originalismo se refiere sobre todo a la intención original⁴⁸.

Incluso no estuvimos completamente conscientes de la transición desde la intención al significado público, que tuvo lugar en los años 80, sino hasta veinte años más tarde. Había aprendido sobre “originalismo” estudiando derecho, por ser secretario letrado y en los dos primeros años de la carrera como profesor. Sabía que el originalismo estaba muerto. No solo muerto, sino muerto muerto. ¡Muerto, muerto, muerto! BREST lo asesinó. DWORKIN atravesó una estaca de madera en su corazón. JOE BIDEN lo demolió en las audiencias de BORK. No se levantaría de nuevo.

¡Pero el originalismo ha vuelto! No un “originalismo zombie”, apoyado por un grupo variopinto de verdaderos creyentes neandertales.

⁴⁶ Para una explicación más detallada de “significado público”, ver SOLUM, *The public meaning thesis* (trabajo no publicado, 20/8/2015).

⁴⁷ SOLUM, *Statement presented at the hearings on the nomination of honorable Neil M. Gorsuch to be an associate justice of the Supreme Court of the United States*, DPConline, 3-2017, p. 575.

⁴⁸ Entre muchos ejemplos está el de GREENHOUSE, *Justice Scalia's fading legacy*, “New York Times”, 15/3/2018 (periodista de la Corte Suprema para el “New York Times” y profesora en la Facultad de Derecho de Yale, que indica que “el punto de vista del juez SCALIA era que la única base legítima para interpretar la Constitución es la intención original que tuvieron los constituyentes”).

El originalismo ha vuelto al escenario central de los debates sobre la Constitución, tanto en el ámbito público como en los tribunales y en la academia jurídica. Y la razón de la vuelta del originalismo es el giro hacia el significado público.

¿Qué es el “significado público” y cómo lo descubrimos? Llegó el momento de otra sorpresa. Los originalistas contemporáneos del significado público no creen que el significado público del texto constitucional pueda ser descubierto de modo confiable buscando las palabras en el diccionario de NOAH WEBSTER de 1828⁴⁹ o en el de SAMUEL JOHNSON de 1755⁵⁰. Ambos son los mejores diccionarios de la época, pero tienen serios problemas.

El primer problema es que ninguno de los diccionarios fue compilado en el momento adecuado. El diccionario de SAMUEL JOHNSON se compiló unas tres décadas antes de la Convención de Filadelfia y reporta el uso del inglés en Inglaterra y no en los Estados Unidos. El diccionario de NOAH WEBSTER se publicó unas cuatro décadas después de la Convención de Filadelfia y bien puede haber sido influenciado por los debates sobre la Constitución.

El segundo problema se refiere a la precisión y completitud de los diccionarios. Cualquiera de estos diccionarios puede haber reportado de una manera inadecuada los significados semánticos convencionales de su época. Cualquiera de estos diccionarios puede haber omitido un significado que era el significado público relevante de una cláusula constitucional una vez que se tiene en cuenta el contexto. Muchas palabras, incluyendo varias de las usadas en la Constitución, no figuran en los diccionarios. Ninguno de los dos diccionarios provee evidencia primaria de los criterios de uso que constituyen significado.

Por lo tanto, los originalistas comenzaron a buscar un mejor modo para investigar el significado de las palabras y frases de finales del siglo XVIII y de mediados del siglo XIX para las Enmiendas de la Reconstrucción. Resulta que expertos en lingüística habían estado trabajando en el mismo problema desde hacía un tiempo. De manera ideal, deseamos examinar evidencia sobre su uso. Pedimos disculpas por utilizar jerga especializada: estamos buscando los “significados semánticos convencionales” de las palabras y frases utilizadas en el texto constitucional. Hasta los años 90, esto implicaba

⁴⁹ KENDALL, *The forgotten founding father*.

⁵⁰ BATE, *Samuel Johnson*.

búsquedas laboriosas en textos antiguos y la transcripción de ejemplos: este es el método con el que se produjo el magnífico *Diccionario Oxford* de la lengua inglesa. Pero este enfoque tiene obvias limitaciones.

El sorprendente nuevo enfoque se llama “lingüística de corpus”. Es una semántica de *big data*. THOMAS LEE, vicepresidente de la Corte Suprema de Utah, fue un pionero en el uso de esta técnica⁵¹. La lexicografía de corpus fue utilizada por la Corte Suprema de Michigan en “People v. Harris”⁵². Y existe también un creciente cuerpo de literatura especializada que explora y usa la lingüística de corpus⁵³, incluyendo un importante artículo escrito por el juez

⁵¹ “State v. Rasabout”, 2015 UT 72, 39, 356 P.3d 1258, 1271 (LEE, A. C. J., concurriendo en parte en el fundamento y en la decisión); ver también, “State v. Rasabout”, *Harvard Law Review*, vol. 129, n° 5, 2016, p. 1468. A STEPHEN MOURITSEN, el asistente legal del juez LEE, se le debe reconocer la introducción del corpus lexicográfico a la teoría de la interpretación legal y constitucional (MOURITSEN, *Hard cases and hard data: assessing corpus linguistics as an empirical path to plain meaning*, “Columbia Science and Technology Law Review”, vol. 13, 2011, p. 156, y *The dictionary is not a fortress: definitional fallacies and a corpus-based approach to plain meaning*, “Brigham Young University Law Review”, vol. 2010, n° 5, p. 1915). Aproximadamente al mismo tiempo que la publicación del artículo de MOURITSEN, NEAL GOLDFARB escribió un informe innovador, *Brief for the Project on Government Oversight, the Brechner Center for Freedom of Information, and Tax Analysts as Amici Curiae in Support of Petitioners*.

⁵² “People v. Harris”, 499 Mich. 332, 347, 885 N.W.2d 832, 838-39 (2016): “Teniendo en cuenta que debemos interpretar la palabra ‘información’ como es usada en la DLEOA ‘de acuerdo al uso común y aprobado del lenguaje’, aplicamos una herramienta que puede ayudar en el descubrimiento de ‘cómo se utilizan realmente, en el inglés escrito u oral, ciertas palabras o frases’. El *Corpus of contemporary american english* (COCA) permite al usuario ‘analizar significados ordinarios a través de un método que es cuantificable y verificable’”.

Ver también, “Am. Bankers Ass’n v. National Credit Union Admin”, n° CV 16-2394 (DLF), 2018 WL 1542049, fn. 5 (D.D.C., 29/3/2018) (“La base de datos, llamada Corpus of Historical American English, es un gran depósito de textos que reúne más de 400 millones de palabras recopiladas de textos de ficción, de textos de no ficción, de revistas y de periódicos publicados desde 1810 hasta 2017. Una búsqueda del término ‘distrito rural’ muestra un declive drástico en su uso empezando desde, aproximadamente, 1950”).

⁵³ STRANG, *How big data can increase originalism’s methodological rigor: using corpus linguistics to reveal original language conventions*, “UC Davis Law Review”, vol. 50, n° 3, 2017, p. 1181; SOLAN, *Can corpus linguistics help make originalism scientific?*, “Yale Law Journal Forum”, vol. 126, 2016, p. 57; PHILLIPS - ORTNER - LEE, *Corpus linguistics & original public meaning: a new tool to make originalism more empirical*, “Yale Law Journal Forum”, vol. 126, 2016, p. 21; ORTNER,

LEE y STEPHEN MOURITSEN⁵⁴. El enfoque de corpus fue utilizado recientemente en un caso pendiente de decisión ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, “Lucia v. SEC”⁵⁵, que gira en torno al significado de la frase “funcionario de los Estados Unidos” en la Cláusula de las designaciones⁵⁶.

La lingüística de corpus provee un método riguroso y basado en datos a la semántica constitucional. Permite identificar el rango de los significados posibles de las varias palabras y frases que componen el texto constitucional. En algunos casos, con ello se termina la discusión. Algunas de las palabras y frases comprendidas en el texto constitucional pueden no ser ambiguas y tener uno y solo un significado posible. Pero esto no es habitual. Cuando uno busca una palabra en un diccionario, lo más probable es encontrar múltiples definiciones, que corresponden a múltiples significados. Por lo tanto, el siguiente paso en la determinación del significado público original es la desambiguación: ¿cuál de los significados posibles fue el realmente comunicado al público?

Esto nos lleva a tratar el papel del contexto. Aquí también aparecen algunas sorpresas. Incluso algunos académicos y jueces sofisticados pueden cometer el error de equiparar el originalismo “textualista” con el “literalismo”. Debido a esto, el originalismo podría ser criticado por ser “acontextual”⁵⁷, por ignorar el rol del contexto en la producción de significado. Pero nada está más lejos de la realidad.

The merciful corpus: the rule of lenity, ambiguity and corpus linguistics, “Boston University Public Interest Law Journal”, vol. 25, 2016, p. 101; NÚÑEZ, *War of the words: aliens, immigrants, citizens, and the language of exclusion*, “Brigham Young University Law Review”, vol. 2013, n° 6, p. 1517.

⁵⁴ LEE - MOURITSEN, *Judging ordinary meaning*, “Yale Law Journal”, vol. 127, n° 4, 2018, p. 788.

⁵⁵ “Raymond J. Lucia Companies, Inc. v. SEC. & Exch. Comm’n”, 832 F.3d 277, 283 (D.C., cir. 2016), reh’g en banc granted, judgment vacated (16/2/2017), on reh’g en banc, 868 F.3d 1021 (D.C., cir. 2017), cert. granted sub nom. “Lucia v. SEC”, 138 S. Ct. 736 (2018).

⁵⁶ MASCOTT, *Who are “officers of the United States”?*, “Stanford Law Review”, vol. 70, n° 2, 2018, p. 443 a 453; PHILLIPS - LEE - CRUMP, *Corpus linguistics and “officers of the United States”*, “Harvard Journal of Law and Public Policy”, vol. 42, 2019, p. 871 a 929.

⁵⁷ ORENSTEIN, *Sex, threats, and absent victims: the lessons of Regina v. Bedingfield for modern confrontation and domestic violence cases*, “Fordham Law Review”, vol. 79, n° 1, 2011, p. 115 a 159 (criticando “el originalismo acontextual y atomizado del juez SCALIA”).

El originalismo siempre estuvo preocupado por el contexto. El originalismo aplicado seriamente siempre estuvo involucrado en la investigación histórica exhaustiva que intenta recrear el contexto en el cual el texto constitucional fue redactado. La teoría constitucional reciente ha trabajado mucho para proveer los fundamentos teóricos que permitan conectar el contexto histórico con el significado público original.

Los abogados intuitivamente saben que el “significado” completo de escribir no se reduce al significado literal. Esta misma idea puede ser reformulada usando el vocabulario de la lingüística: el contenido comunicativo de un texto escrito es más rico que su significado semántico. ¿De dónde proviene ese significado “extra”?

Primero, una cosa obvia: el contexto permite resolver ambigüedades. El texto constitucional usa la palabra “Senado”; sin consideración del contexto la palabra podría referirse al Senado romano o al Senado del University College de Londres. Pero, en contexto, está claro que la palabra “Senado” se refiere a una de las dos cámaras del Congreso –el Senado de los Estados Unidos–. La desambiguación contextual es una de las claves para recuperar el significado público.

Segundo, una cosa sorprendente: el contexto enriquece el significado, agrega nuevo significado de modos sorprendentes. Existe un nombre elegante para esto: “enriquecimiento pragmático”. ¿Qué es eso? Comencemos con algunos ejemplos simples:

a) “Jack y Jill están casados”. Normalmente, cuando se dice esto, se comunica más de lo que literalmente se dijo. Jack y Jill están casados –uno con otro–. El “uno con otro” no está formulado, pero está implícito en lo que fue dicho. El nombre elegante para esto es “implicatura”⁵⁸.

b) “Bob ya no es más el decano”. Cuando se dice esto, también se comunica lo que se conoce como “presuposición”: Bob alguna vez fue el decano.

c) Una persona escribe una carta de recomendación para una antigua alumna que aspira a ser secretaria letrada de la Corte Suprema. La carta dice: “Ana era puntual e iba a clases regularmente. La recomiendo”. Y eso es todo lo que dice la carta. Por supuesto, esta carta comunica otro mensaje: ¡no contraten a Ana! El nombre técnico para esta clase de enriquecimiento es “implicatura”.

⁵⁸ Cabe aclarar que “implicatura” se escribe diferente al término similar “implicatura”.

La Constitución está repleta de implicaciones: como ocurre con muchas leyes, la Constitución frecuentemente omite cualquier referencia explícita a su alcance geográfico, pero la mayoría de sus cláusulas se aplican únicamente en los Estados Unidos –la frase omitida, “en los Estados Unidos”, es una implicación–. Uno de los ejemplos más famosos de presuposición es la Novena Enmienda. Estipula: “La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será entendido como la negación o rechazo de otros retenidos por el pueblo”⁵⁹. El texto no dispone explícitamente que hay “derechos [...] retenidos por el pueblo” pero, de todos modos, comunica la existencia de tales derechos.

Incluso sofisticados académicos constitucionalistas puede que no reconozcan el fenómeno lingüístico denominado “modulación”⁶⁰. Es realmente posible modificar el significado de una palabra usándola de un modo en el que el nuevo significado se vuelve claro. Por ejemplo, la Cláusula de las designaciones durante el receso del Senado de la Constitución de los Estados Unidos usa las frases “receso del Senado” y “sesiones del Senado”. Literalmente, el receso puede ser una interrupción de cualquier tipo. De hecho, el diccionario de NOAH WEBSTER proporciona la siguiente como sexta definición de “receso”: “Postergación o suspensión de una negociación o procedimiento; por ejemplo, la Cámara de Diputados tuvo un receso de media hora”⁶¹. Por lo tanto, el presidente podría hacer designaciones durante el receso mientras los senadores estuvieran almorzando. Pero, probablemente, este no es el significado de “receso del Senado”. La Constitución yuxtapone “receso” y “sesión”. Ese es el texto: “El presidente tendrá el poder de completar las vacantes que se produzcan durante el receso del Senado, mediante designaciones en comisión que expirarán al final de la próxima sesión”⁶². Receso y sesión se contraponen de un modo que comunica un nuevo y especial significado de “receso” que se limita a los períodos entre sesiones.

El lector podría estar sorprendido por el hecho de que académicos y jueces originalistas hayan realizado profundos y serios estudios

⁵⁹ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda IX.

⁶⁰ Para las excepciones, ver SOLUM, *Originalist methodology*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 84, n° 1, 2017, p. 269 y 288 a 291; LEE - MOURITSEN, *Judging ordinary meaning*, “Yale Law Journal”, vol. 127, n° 4, 2018, p. 816.

⁶¹ Ver <http://webstersdictionary1828.com/Dictionary/recess> [<https://perma.cc/J25Z-AV2H>].

⁶² Constitución de los Estados Unidos, art. II, § II.

sobre lingüística y filosofía del lenguaje. Por cierto, los juristas han realizado trabajos interdisciplinarios durante muchos años: el movimiento del análisis económico del derecho constituye el ejemplo más prominente de ello. Por lo tanto, no debería sorprendernos que los originalistas del siglo XXI utilicen teorías y métodos empíricos de la lingüística para facilitar la investigación rigurosa y objetiva del significado original del texto constitucional.

§ 5. **ALGUNAS IMPLICANCIAS SORPRENDENTES**

¡Suficiente de la teoría! Volvamos al punto central. ¿Tiene el originalismo implicaciones sorprendentes para el modo en que se resolverán casos?

a) *EL MITO SORPRENDENTE: EL ORIGINALISMO COMO IDEOLOGÍA JUDICIAL INHERENTEMENTE CONSERVADORA*. Comencemos con el mito: el originalismo es una ideología judicial inherentemente conservadora⁶³. Este mito salió de algún lugar; no fue un invento que apareció de la nada. El surgimiento del originalismo está asociado a los críticos conservadores de la Corte Warren⁶⁴. Pero una cosa es identificar el conservadurismo como parte de la “historia sobre los orígenes” del originalismo, y otra bien distinta es afirmar que el originalismo como teoría constitucional es en sí mismo inherentemente conservador.

De hecho, sería bastante sorprendente que el originalismo incluyera una ideología conservadora contemporánea como parte de su ADN. Los críticos de la Corte Warren podrían haber seguido un ca-

⁶³ TERBEEK, *Originalism's obituary*, *Utah onLaw*, vol. 2015, n° 1, p. 33 a 35; POST - SIEGEL, *Originalism as a political practice: the right's living Constitution*, *Fordham Law Review*, vol. 75, n° 2, 2006, p. 545 a 549 y 567; POLLACK, *Constitutional interpretation as political choice*, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 48, n° 4, 1987, p. 989 a 1003; FLEMING, *The new originalist manifesto*, “Constitutional Commentary”, vol. 28, 2012, p. 539 a 544; ver, también, WHITTINGTON, *Is originalism too conservative?*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 34, n° 1, 2011, p. 29 a 38.

⁶⁴ SMITH, *Originalism and level of generality*, “Georgia Law Review”, vol. 51, 2017, p. 485 a 556 (“El antiguo originalismo fue principalmente una respuesta a los excesos percibidos de la Corte de WARREN”); O’NEILL, *Originalism in american law and politics: a constitutional history*, p. 92 a 110; CALHOUN, *Measuring the fortress: explaining trends in Supreme Court and Circuit Court dictionary use*, *Yale Law Journal*, vol. 124, n° 6, 2014, p. 484 a 514 (“El textualismo y el originalismo se desarrollaron, en parte, en respuesta a la disconformidad con lo que se percibieron como excesos de la Corte de WARREN”).

mino bastante distinto al del originalismo: podrían haber argumentado que la doctrina de la Constitución viviente era buena, pero que la Corte debería haber sido cooptada por conservadores extremos que trasladarían su agenda política al derecho constitucional. Ese giro habría sido sumamente contraproducente, pues carecería de todo atractivo para los moderados de ambos partidos. Sin embargo, la crítica se concentró en el Estado de derecho y en la legitimidad democrática. La Corte Suprema estaba actuando por fuera del derecho, porque había ignorado el significado original del texto constitucional. La Corte estaba actuando de manera antidemocrática, porque había declarado la inconstitucionalidad de normas adoptadas por legislaturas electas democráticamente en casos en los que el texto de la Constitución no imponía tal solución. En nuestra opinión, es muy probable que estas críticas fueran sinceras, pero también resultaron atractivas para los defensores del originalismo porque ellas eran más efectivas, tanto estratégica como retóricamente⁶⁵. Estratégicamente, invocar el Estado de derecho podía ser un argumento exitoso para atraer a los moderados. Retóricamente, los valores del Estado de derecho y de la democracia son más atractivos que una llamada a politizar abiertamente el Poder Judicial.

Esto no significa que a los críticos de la Corte Warren no les preocuparan los resultados. Obviamente, tenían una preocupación sobre ello. Pero es significativo que adhirieran a una teoría que, en su núcleo, era ideológicamente neutral. El originalismo nos compromete con la idea de que debemos seguir a la Constitución a donde sea que nos lleve, independientemente de si ese destino es conservador o libertario, liberal o progresista.

b) *LA REALIDAD SORPRENDENTE: ALGUNAS IMPLICACIONES PROGRESISTAS DE UNA CONSTITUCIÓN ANTIGUA.* En este punto, estimamos que a muchos lectores se les ocurrirá la siguiente objeción. Ciertamente, los conservadores propusieron una teoría neutral, destacando el Estado de derecho y la legitimidad democrática, pero lo hicieron únicamente porque creían que tenemos una Constitución muy antigua que favorecería su agenda política. Nunca sabremos si esta conjetura sobre sus motivos es completamente acertada dado que es muy difícil descubrir evidencia decisiva respecto de la motivación profunda. Sin embargo, sí consideramos que ella es parcialmente correcta respecto del apo-

⁶⁵ Para una discusión clarificadora de la retórica asociada con el originalismo, ver GREENE, *Selling originalism*, “Georgia Law Journal”, vol. 97, 2009, p. 657.

yo que los políticos le brindan al originalismo; el originalismo obtuvo apoyo político porque se refería a un texto constitucional que parecía resultarles sensato a sus primeros defensores. ¿Pero es cierto que nuestra Constitución es conservadora de principio a fin, cláusula por cláusula?

Nuevamente, sería sorprendente que una Constitución surgida luego de una revolución y reformada para garantizar los derechos de esclavos recién manumitidos no tuviera cláusulas liberales o progresivas. Lo que es más, estamos bastante lejos del mundo ideológico de fines del siglo XVIII o de mediados del siglo XIX: sería sorprendente, en efecto, si sus ideas políticas tuvieran una semejanza muy cercana con las nuestras. Por supuesto, una evaluación apropiada de las implicaciones ideológicas del significado original del texto constitucional es un trabajo enorme, demasiado para un solo artículo. A pesar de ello, es posible identificar algunas implicaciones sorprendentes del enfoque originalista.

1) *Igualdad de género y la cláusula de los privilegios e inmunidades de la Decimocuarta Enmienda.* Por supuesto, la Constitución incluye una disposición expresa sobre igualdad de género, la Enmienda Decimonovena: “El derecho a votar de los ciudadanos de los Estados Unidos no será suprimido o restringido ni por los Estados Unidos ni por ningún Estado en base al sexo”⁶⁶. Dejando de lado el derecho a votar, la Constitución no crea derechos explícitamente referidos a la igualdad de género. Pero el texto constitucional sí utiliza las palabras “persona” y “ciudadano”. Las mujeres son personas. Las mujeres son ciudadanas. No había duda sobre esto cuando se redactó el texto constitucional en Filadelfia en 1787; o en 1791 cuando se propusieron doce enmiendas, diez de las cuales fueron ratificadas; o durante la Reconstrucción, cuando las Enmiendas Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta pasaron a integrar la Constitución.

La Sección Primera de la Decimocuarta Enmienda estipula:

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción en lo sucesivo, son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado en el que residan. *Ningún Estado sancionará o aplicará una ley que limitare los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos*; ni ningún Estado privará a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin debido proceso de ley; ni le negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes⁶⁷.

⁶⁶ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 19.

⁶⁷ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 14, § 1.

El pasaje en bastardilla es la cláusula de los privilegios e inmunidades. La mayoría de los estadounidenses educados conoce alguna cosa sobre “debido proceso” e “igual protección”, pero, incluso entre los abogados, el conocimiento sobre aquella cláusula es poco común. ¿Por qué? La respuesta es la doctrina de la Constitución viviente: la Corte Suprema adoptó una interpretación de la cláusula que tuvo el efecto de convertirla en letra muerta en dos casos famosos, el caso de los mataderos⁶⁸ y “Estados Unidos v. Cruikshank”⁶⁹. Los originalistas no tienen acuerdos entre ellos respecto de cuál es el significado de la algo misteriosa frase “privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”⁷⁰, pero una interpretación importante y plausible es que estos “privilegios o inmunidades” incluyen tanto los derechos específicos enumerados en la Declaración de Derechos como los derechos fundamentales del *common law* (o derechos naturales), entre los que están los derechos a gozar de propiedad, celebrar contratos y ejercer un trabajo o actividad lícita.

¿Cómo se relaciona todo esto con la igualdad de género? La respuesta originalista a esta pregunta comienza con la muy poco originalista decisión de la Corte Suprema en el caso “Bradwell v. Illinois”⁷¹. Myra Bradwell aprobó el examen que la habilitaba para ejercer la abogacía en Illinois, pero se le negó su derecho trabajar y ejercer una actividad lícita. ¿Qué otra profesión podría ser más “lícita” que la práctica de la abogacía? Una Corte Suprema inspirada en la doctrina de la Constitución viviente rechazó su demanda invocando precedentes, pero la decisión tuvo una disidencia del presidente de la Corte, el juez SALMON CHASE. Dado que estaba muy enfermo, no escribió su opinión, pero, si lo hubiera hecho, creemos que habría sido una disidencia originalista, fundada en que Myra Bradwell era una ciudadana y, por lo tanto, tenía derecho a ejercer la abogacía⁷².

Así es como un académico contemporáneo resume la posición originalista en el caso “Bradwell”:

⁶⁸ 83 US 36 (1873).

⁶⁹ 92 US 542 (1875).

⁷⁰ BARNETT, *Restoring the lost Constitution*; LASH, *The Fourteenth Amendment and the privileges and immunities of american citizenship*.

⁷¹ “Bradwell v. People of State of Illinois”, 83 US 130 (1872).

⁷² Para una descripción del caso, ver ROONEY, *The privileges or immunities clause of the Fourteenth Amendment and an originalist defense of gender nondiscrimination*, “Georgia Journal of Law & Public Policy”, vol. 15, 2017, p. 737.

Los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos incluyen un conjunto de derechos denominados derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales son un conjunto de derechos civiles básicos, que incluyen los derechos de las primeras ocho Enmiendas de la Constitución, los derechos de las Secciones 9 y 10 del art. I, así como el derecho a tener propiedad, celebrar contratos y ejercer profesión o actividad lícita: el goce de todos los derechos fundamentales (ya sea que se los conciba como derechos naturales o como derechos del *common law*) deben ser aplicado también a las mujeres dado el significado original de la Cláusula de privilegios o inmunidades.

Dado que estos derechos eran reconocidos a todos los ciudadanos, la discriminación basada en el género respecto de tales derechos es una violación inconstitucional de la Decimocuarta Enmienda salvo que sea verdad como cuestión de hecho que las mujeres no son capaces de ejercerlos. Este es el mismo principio que se utilizó en el caso *Bradwell* para negarles a las mujeres el derecho a ejercer la abogacía, con el fundamento de que eran incapaces de hacerlo como cuestión de hecho. Del mismo modo, los niños, que obviamente son ciudadanos pero que carecen de capacidad para celebrar contratos según su propia voluntad, también están jurídicamente protegidos por este reconocimiento de derechos. Aunque muchas personas en el siglo diecinueve hayan creído que las mujeres carecían de la capacidad intelectual para ejercerlos, se trata de una creencia indiscutiblemente falsa. Si las mujeres carecieran de la habilidad para ejercer uno de estos derechos fundamentales sustantivos, entonces impedir que lo hagan no sería inconstitucional. Del mismo modo, si la actividad no se refiriese a uno de esos derechos fundamentales sustantivos, impedirles a las mujeres su ejercicio tampoco sería inconstitucional⁷³.

En este punto, imaginamos que algunos lectores pensarán que estamos vendiendo gato por liebre. Muchos de quienes redactaron y ratificaron la Decimocuarta Enmienda habrían estado sorprendidos, e incluso disgustados, por el argumento de Myra Bradwell. ¿Acaso los originalistas no creen que las intenciones de aquellas personas deberían regirnos en la actualidad? Sorprendentemente, la respuesta es ¡no, no y no!

Aun si la Corte Suprema no hubiera vaciado de contenido la cláusula de los privilegios o inmunidades en el caso de los mataderos, de todos modos la Corte habría rechazado la demanda de *Bradwell*. Ello se debe a que los jueces (como probablemente la mayoría de los hombres estadounidenses de la época) creían que las mujeres carecían de la capacidad intelectual para ejercer la abogacía. Pero esa creencia se refiere a hechos, y no al significado original. Los originalistas creen que el significado original del texto constitucional queda fijado y que es obligatorio para nosotros, pero no creen que las creencias

⁷³ ROONEY, *The privileges or immunities clause of the Fourteenth Amendment and an originalist defense of gender nondiscrimination*, "Georgia Journal of Law & Public Policy", vol. 15, 2017, p. 32 y 33.

sobre hechos de los autores del texto resulten obligatorias; ello sería una tontería. El significado del texto es una cosa. Los hechos a los cuales el texto se aplica es algo bien distinto. El originalismo requiere que apliquemos el significado público original a los hechos tal como ocurren hoy, teniendo en cuenta la comprensión actual sobre ellos. Dicho de otro modo, el originalismo rechaza la idea de que nuestra visión sobre los hechos a los que se aplica la Constitución deba permanecer congelada en el tiempo por las creencias que tenían los autores del texto acerca de circunstancias que ya no existen más.

Una vez que combinamos el significado original de la cláusula de los privilegios e inmunidades con la verdad respecto de la capacidad intelectual de las mujeres, el caso “Bradwell v. Illinois” se vuelve fácil de resolver desde una perspectiva originalista. Lamentablemente, incluso si la Corte Suprema hubiera adoptado el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades, ello no habría ayudado a Myra Bradwell pues con ella se cometió una injusticia epistémica⁷⁴: los jueces (con la excepción del presidente de la Corte Chase) no estaban preparados para escuchar a una mujer hablar sobre su propia capacidad intelectual. De todos modos, es destacable que, incluso en 1873, la afirmación de que el significado original de la cláusula de los privilegios o inmunidades protegía a mujeres como Myra Bradwell de una discriminación irracional no era completamente inaceptable.

Pero la sociedad reconoció eventualmente que la capacidad intelectual de las mujeres es igual a la de los hombres. Para la época en que se ratificó la Enmienda Decimonovena, en 1920, el cambio en las creencias se había cristalizado en el derecho constitucional. Si la Corte hubiera seguido el significado original de la cláusula de los privilegios o inmunidades, podríamos haber tenido una jurisprudencia sobre igualdad de género unos cincuenta años antes de que la que

⁷⁴ Existe una importante bibliografía que desarrolla el concepto de injusticia epistémica. Ver, por ejemplo, FRICKER, *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing* p. 27 y 28 (desarrollando una concepción de injusticia testimonial sistémica); MEDINA, *The epistemology of resistance: gender and racial oppression, epistemic injustice, and resistant imaginations* (desarrollando una teoría de la injusticia epistémica); BAILEY, *The unlevel knowing field: an engagement with Dotson's third-order epistemic oppression*, “Social Epistemology Review and Reply Collective”, vol. 3, n° 10, 2014, p. 62 (desarrollando una concepción de un campo de conocimiento inclinado); DOTSON, *Tracking epistemic violence, tracking practices of silencing*, “Hypatia”, vol. 26, n° 2, 2011, p. 236 (desarrollando la noción de “testimonio silencioso”).

elaboró la Corte Suprema inspirada por la doctrina de la Constitución viviente en los años 70.

2) *Los tecnicismos de demandar y la Séptima Enmienda.* La próxima sorpresa solo les interesará a personas que sientan fascinación por el derecho. El significado original de la Séptima Enmienda requeriría que la Corte Suprema dejara sin efecto las famosas decisiones que tomó en los casos “Twombly”⁷⁵ e “Iqbal”⁷⁶, dos sentencias referidas a los tecnicismos de demandar que dividieron a la Corte según criterios ideológicos. Si el lector no es abogado, puede preguntarse “¿a quién le importan los tecnicismos para elaborar una demanda?”. Sin embargo, a todos los estadounidenses les debería importar el rol de los jurados en los casos civiles. Los casos “Twombly” e “Iqbal” establecieron un estándar que les da a los jueces el poder de rechazar casos incluso antes de que la parte actora tenga la oportunidad de solicitar medidas preliminares, con lo cual dichas demandas nunca llegarán ante un jurado. Esto tiene importantes implicaciones pues, como sabe cualquier abogado de un demandante, la posibilidad de acceder a un jurado resulta vital.

Los procesalistas han criticado este criterio en el marco de la interpretación de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, y, en nuestra opinión, tienen razón en hacerlo, con fundamento en argumentos que son esencialmente originalistas en su naturaleza. Pero hay un problema aún más fundamental que surge si nos tomamos seriamente el significado original de la Séptima Enmienda. Dicha disposición estipula:

En juicios de *common law*, en los que el valor de la controversia exceda los veinte dólares, se mantendrá el derecho a un juicio por jurados, y ningún hecho juzgado por un jurado será revisado en forma alguna en ningún tribunal de los Estados Unidos, salvo en cumplimiento de las reglas del *common law*⁷⁷.

En el *common law*, los demandantes tienen derecho a un juicio por jurados si no son derrotados por una excepción de previo y especial pronunciamiento. Pero, para resolver esa excepción, los jueces del *common law* tienen prohibido evaluar la plausibilidad de las cuestiones de hecho y prueba planteadas en la demanda. Desde una perspectiva originalista, la interpretación de la Regla 12 que realizó la Corte Suprema en “Twiqbal” (tal como se conoce a los dos casos

⁷⁵ “Bell Atlantic Corp. v. Twombly”, 550 US 544, 545 y 546 (2007).

⁷⁶ “Ashcroft v. Iqbal”, 556 US 662 (2009).

⁷⁷ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 7.

conjuntamente) parece ser incompatible con el mandato de la Séptima Enmienda de asegurar el derecho a un juicio por jurados en demandas fundadas en el *common law*⁷⁸.

En términos de procedimiento civil, el significado original de la Séptima Enmienda probablemente tenga muchas implicancias que deberían ser bien recibidas por progresistas y liberales. Dos de ellas son especialmente importantes: el arbitraje obligatorio y el juicio sumario. Los liberales han sido sumamente críticos de decisiones de la Corte Suprema respecto a que la Ley Federal de Arbitraje impide la interposición de acciones de clase si los demandantes habían consentido someter la cuestión a arbitraje a través de una cláusula en un contrato predispuesto por la otra parte. La Séptima Enmienda podría ser el fundamento para invalidar estas cláusulas porque no está claro que ellas hubieran sido válidas según el *common law* de 1791⁷⁹. La Corte Suprema convalidó el uso de juicios sumarios previos para impedir que lleguen ante un jurado, pero algunos juristas argumentaron que la práctica contemporánea del juicio sumario es contraria al significado original de la Séptima Enmienda⁸⁰.

El lector podría pensar: “¡Oiga! Si la Séptima Enmienda es tan importante, ¿por qué los jueces SCALIA y THOMAS no lo dijeron?”. Es una pregunta justa. Yo no puedo responderla en representación de ellos, pero sí sé lo siguiente: los abogados en muchos casos recientes no se molestaron en elaborar argumentos originalistas. Tal vez ello se deba a que no conocen el significado original del derecho a un juicio por jurados en casos civiles. Podemos asegurar que muy pocos de ellos estudiaron el significado original de alguna cláusula de la Constitución en la Facultad de Derecho. O, quizá, la falla de presentar argumentos originalistas se deba a que la mayoría de los abogados

⁷⁸ KLEIN, *Ashcroft v. Iqbal crashes rule 8 pleading standards on to un-constitutional shores*, “Nebraska Law Review”, vol. 88, n° 2, 2009, p. 261 y 262 (“es inconstitucional otorgar a un juez el poder de considerar las alegaciones de hecho de una demanda al comienzo de un caso civil y desestimarla como insuficiente”).

⁷⁹ Para una investigación sobre estas cuestiones que no emplea recursos del originalismo, ver SMITH - MOYÉ, *Outsourcing american civil justice: mandatory arbitration clauses in consumer and employment contracts*, “Texas Tech Law Review”, vol. 44, n° 2, 2012, p. 281 y 282.

⁸⁰ La labor fundamental ha sido realizada por SUJA THOMAS, quien no emplea los recursos de las más sofisticadas formas de originalismo del significado público (*The missing american jury: restoring the fundamental constitutional role of the criminal, civil, and grand juries*; cfr., del mismo autor, *Why summary judgment is unconstitutional*, “Virginia Law Review”, vol. 93, n° 1, mar. 2007, p. 139).

liberales y progresistas sencillamente no ve la posibilidad de que el significado original pueda favorecer su posición.

3) *Encarcelaciones masivas y la Octava Enmienda*. ¿Cómo? ¿Encarcelaciones masivas? ¿Cómo es que el significado público original del texto constitucional puede colaborar con la solución del que es seguramente el más importante desafío de nuestro sistema de justicia criminal? La respuesta puede estar en el texto de la Octava Enmienda de la Constitución: “No se requerirá una fianza excesiva ni se impondrán multas excesivas, ni serán infligidos castigos crueles e inusuales”⁸¹. El mejor trabajo originalista sobre la Octava Enmienda pertenece a JOHN STINNEFORD⁸². Dicho autor descubrió algo bastante sorprendente sobre el significado de la palabra “inusual”. El significado contemporáneo de la palabra “inusual” se refiere a la frecuencia. Por ejemplo, el *Diccionario Merriam Webster* define “inusual” como “poco común” o “extraño”⁸³.

Pero ese no era su significado en 1791 cuando la enmienda fue redactada y ratificada. De acuerdo con STINNEFORD, el significado público original de “inusual” era el siguiente:

En conclusión, los tribunales estadounidenses de la primera mitad del siglo diecinueve compartían la comprensión de los autores de la Constitución según la cual la palabra “inusual” en la cláusula de los castigos crueles e inusuales significaba “contrario a una práctica extendida”. En general, respaldaban castigos que fueran consistentes con precedentes del *common law*, y estaban dispuestos a invalidar aquellos que no lo fueran, incluso si ellos no consistieran en infligir dolor físico o propinar un trato degradante. Lo que es más, los tribunales estadounidenses de ese período mostraron preocupación de que, incluso los castigos tradicionales del *common law* pudieran volverse inusuales si dejaban de ser practicados⁸⁴.

Para sustentar esta tesis, STINNEFORD presenta impresionantes pruebas y explica cómo el significado original de “inusual” encaja la forma de entender la naturaleza del *common law* en el siglo XVIII.

⁸¹ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 8.

⁸² STINNEFORD, *The original meaning of “unusual”: the Eighth Amendment as a bar to cruel innovation*, “Northwestern University Law Review”, vol. 102, n° 4, 2008, p. 1739 a 1745, y *The original meaning of “cruel”*, Georgia Law Journal”, 2017, p. 441 a 506.

⁸³ Cfr. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/unusual> [https://perma.cc/PD63-S459].

⁸⁴ STINNEFORD, *The original meaning of “unusual”: the Eighth Amendment as a bar to cruel innovation*, “Northwestern University Law Review”, vol. 102, n° 4, 2008, p. 1814 y 1815.

¿Qué tiene que ver esto con la encarcelación masiva? Dado el significado original de “cruel”, no hay dudas de que condenas a prisión de varias décadas son “cruels” tal como la palabra era entendida por el público en el siglo XVIII: “El significado original de la palabra ‘cruel’ en la cláusula de los castigos crueles e inusuales es injustamente duro”⁸⁵. Evaluadas desde la perspectiva relevante, es decir, prácticas de castigo que habían estado largo tiempo vigentes y que eran aprobadas por el *common law* en 1791, las condenas de muchos años a prisión pueden ser objetadas como “cruels” e “inusuales”. Por supuesto, hay muchas razones por las cuales se produjo el fenómeno de las encarcelaciones masivas, pero la imposición de condenas extensas es claramente una de las principales.

¿Cómo podría elaborarse el argumento? Imaginamos que aproximadamente podría seguirse este camino:

La encarcelación masiva se basa en prácticas de condena que constituyen un castigo cruel e inusual, pero no por alguna nueva y elegante teoría, ni porque hayan cambiado los valores ni las circunstancias, ni porque nos hayamos dado cuenta de que la encarcelación masiva es una mala política. El estado de las cárceles es inconstitucional porque se basa en castigos (condenas a largo tiempo en prisión) que son duros e injustos, y que eran contrarios a las prácticas en uso en 1791. La encarcelación masiva no encuentra fundamento en el significado público original de la Octava Enmienda.

No estamos seguros de que este argumento funcione. No somos especialistas en la Octava Enmienda, y no realizamos un trabajo de lingüística de corpus ni un estudio cuidadoso de los registros de la Convención. Pero sí consideramos que la sorprendente teoría de STINNEFORD es plausible y, si estuviera en lo cierto, entonces el significado público original tendría sorprendentes implicaciones para nuestras prácticas de castigo.

Este artículo se titula “Originalismo sorprendente” y hemos señalado algunas de las implicaciones sorprendentes del originalismo. Pero que no se malentienda. El originalismo tiene implicaciones que no son sorprendentes y muchas de ellas serán bienvenidas por los conservadores y anatemizadas por los liberales. Por ejemplo, creemos que es probable que el significado público original del art. I sería inconsistente con la interpretación expansiva de la cláusula del comercio interestatal. Sospechamos que el significado público original del reconocimiento de “poder legislativo” al Congreso, de “poder

⁸⁵ STINNEFORD, *Original meaning of “cruel”*, “Georgetown Law Journal”, vol. 105, n° 2, 2017, p. 441.

judicial” a los tribunales del art. III y de “poder ejecutivo” al presidente es difícil de reconciliar con la existencia de agencias administrativas independientes que combinan los poderes legislativo y judicial con un poder ejecutivo que está casi enteramente libre de toda dirección presidencial. El valor político del originalismo del significado público es mixto: hay algo para todos, pero nadie se queda con todo.

4) *¿Y la segregación racial?* En este punto, imaginamos que muchos lectores querrán saber cuáles son las implicancias del originalismo para la segregación, es decir, los casos “Plessy v. Ferguson”⁸⁶ y “Brown v. Board of Education”⁸⁷. “Brown” es un ejemplo de lo que los juristas llaman un caso “canónico”, es decir, un caso que se considera un punto fijo, que está correctamente resuelto⁸⁸. “Plessy”, en cambio, es un caso “anticanónico”, pues también es un punto fijo, solo que ubicado del lado de los casos “incorrectamente decididos”⁸⁹. Dado este punto de partida, el originalismo debería ser rechazado si fuera inconsistente con “Brown” o si respaldara la solución de “Plessy”. Cuando los partidarios de la doctrina de la Constitución viviente discuten esta cuestión, el debate normalmente empieza y termina con la cláusula de la igual protección de la Decimocuarta Enmienda, mientras que la cláusula de los privilegios o inmunidades ni siquiera entra en la discusión.

¿Qué es lo que el originalismo tiene para decir sobre “Brown” y “Plessy”? El primer paso es identificar las secciones relevantes del texto constitucional. Y ahora, ¡otra sorpresa! La cláusula de la igual protección es el lugar equivocado para buscar. ¿Por qué? Aquí hay una pista: la comprensión contemporánea de esa cláusula casi siempre separa las últimas tres palabras “de las leyes”. ¿Qué significa “igual protección de las leyes”? La principal función de lo que deberíamos llamar cláusula de la protección de las leyes era asegurar que los esclavos manumitidos recibirían la misma protección de

⁸⁶ “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896).

⁸⁷ “Brown v. Bd. of Ed. of Topeka”, Shawnee City, Kan, 347 US 483 (1954).

⁸⁸ Ver BALKIN, “*Wrong the day it was decided*”: *Lochner and constitutional historicism*, “Boston University Law Review”, vol. 85, n° 5, 2005, p. 677, 681 y 682 (algunos casos canónicos, como “Brown v. Board of Education”, son uniformemente entendidos como puntos fijos que cualquier teoría constitucional seria debe justificar y explicar); SNYDER, *How the conservatives canonized Brown v. Board of Education*, “Rutgers Law Review”, vol. 52, n° 2, 2000, p. 383.

⁸⁹ GREENE, *The anticanon*, “Harvard Law Review”, vol. 125, 2011, p. 379 a 412.

su seguridad personal y de su propiedad que las demás personas. La cláusula asegura esa finalidad exigiéndoles a los Estados que provean a cada persona la protección de las leyes sobre una base de igualdad: “igual protección de las leyes”. Otra sorpresa es que esa lectura les impone un deber positivo de protección a los gobiernos de los Estados: esta consecuencia socavaría el controvertido caso “DeShaney”⁹⁰. En ese caso, el presidente de la Corte Rehnquist concluyó que “las cláusulas del debido proceso no confieren de manera general un derecho positivo a la asistencia gubernamental, incluso si dicha asistencia pudiera ser necesaria para asegurar la vida, la libertad o la propiedad, las cuales no pueden ser privadas a un individuo por el gobierno”⁹¹. Pero, desde una perspectiva originalista, la Corte estaba buscando en la cláusula equivocada. El lugar correcto para buscar una obligación positiva del gobierno de proveer a las personas la protección de las leyes es el texto completo de la cláusula de la igual protección de las leyes, no meramente la cláusula de la igual protección dejando afuera “de las leyes”, sino aquella cláusula para requerir la “protección de las leyes”. Pero ello no fue tratado por el presidente de la Corte Rehnquist.

En síntesis, la cláusula de la igual protección es el lugar incorrecto para buscar. ¿Cuál es el correcto? Una buena manera de responder esta cuestión es examinar qué fue lo que realmente sucedió en “Plessy v. Ferguson”⁹².

A continuación, presentaremos nuestra versión sobre “Plessy v. Ferguson”, pero tengan en cuenta que no somos expertos y que no hicimos suficiente trabajo para asegurar que esta presentación es correcta. Cuando Homer Plessy impugnó la constitucionalidad de la ley de Luisiana que requería la segregación de los vagones del ferrocarril, su principal argumento se fundó en la cláusula de los privilegios o inmunidades⁹³. Esto puede parecer sorprendente para un estudiante

⁹⁰ Para un breve análisis del problema, ver GREEN, *Originalism and the sense-reference distinction*, “St. Louis University Law Journal”, vol. 50, 2006, p. 555.

⁹¹ “DeShaney v. Winnebago”, City Dep’t of Soc. Servs., 489 US 189, 196 (1989).

⁹² “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896).

⁹³ LOFGREN, *The Plessy case: a legal-historical interpretation*, p. 152 a 162 y 164 a 168, citado por TOURGEE - WALKER, *Brief for plaintiff in error*, “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896); por PHILLIPS - MCKENNY, *Brief for plaintiff in error*, “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896). Ver, también, McDONALD, *A reluctant apology for Plessy: a response to Akhil Amar*, “Pepperdine Law Review”, vol. 39, n° 1, 2013, p. 91 a 99.

de Derecho al que le enseñaron en clase que “Plessy” se refiere fundamentalmente a la cláusula de la igual protección⁹⁴.

Planteado en términos contemporáneos, la esencia del argumento de “Plessy” era que el acceso a un transporte público, el ferrocarril, era uno de los privilegios o inmunidades, un derecho fundamental, cuyo ejercicio los Estados no podían impedir a ningún ciudadano⁹⁵. “Plessy v. Ferguson” rechazó de plano este planteo, con base en el caso de los mataderos. Si la Corte del caso “Plessy” hubiera seguido el significado original de la cláusula de los privilegios o inmunidades y si no hubiera tenido una creencia fáctica equivocada respecto de la mezcla entre razas, Plessy podría haber ganado, y la legislación segregacionista Jim Crow no se habría desarrollado⁹⁶.

En cualquier caso, una Corte Suprema inspirada en la doctrina de la Constitución viviente rechazó la demanda de Plessy: la doctrina de separados, pero iguales reflejaba la visión de la Corte de que la segregación era consistente con lo que hoy llamaríamos “circunstancias y valores contemporáneos”. No fue sino hasta “Brown v. Board” que la Corte revirtió el camino: las circunstancias y valores habían cambiado. La Corte de “Brown” no consideró ni siquiera la posibilidad de que la disposición constitucional relevante fuera la cláusula de los privilegios o inmunidades.

⁹⁴ KLARMAN, *The Plessy era*, “The Supreme Court Review”, vol. 1998. 1998, p. 303, ni siquiera menciona la cláusula de los privilegios e inmunidades.

⁹⁵ Como fue resaltado anteriormente en conexión con la igualdad de género, hay una seria disputa sobre el significado público original de la frase “privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos”.

⁹⁶ HARRISON, *Reconstructing the privileges or immunities clause*, “Yale Law Journal”, vol. 101, 1992, p. 1385, 1462 y 1463.

La Corte Suprema confirmó la ley de segregación en vagones de trenes en “Plessy v. Ferguson”. Aunque simétrica, la ley restringió el derecho a contratar al prohibir que un ciudadano blanco compre un *ticket* en un vagón que llevaba negros. También limita el aún más fundamental privilegio de la libertad natural porque el pasajero negro no tenía permitido pasar al vagón para blancos. La ley debería haber sido considerada inválida. Lo mismo se da con respecto a la segregación en la educación pública. Los colegios financiados por los impuestos generales son muy probablemente un privilegio de los ciudadanos. Si es así, darles a los individuos de diferentes razas diferentes versiones del privilegio podría constituir una limitación.

En nuestra opinión, se debe trabajar mucho todavía respecto del significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades, pero en oposición a KLARMAN, HARRISON sí tiene una teoría del significado de la cláusula y un argumento de que este significado es inconsistente con “Plessy” y consistente con “Brown”.

El mundo de 1954 era sustancialmente distinto al de 1868 cuando se adoptó la Decimocuarta Enmienda. El originalismo está comprometido con el significado público del texto constitucional, y el significado público queda fijado en el momento en que cada cláusula es redactada y ratificada. Pero el originalismo no se compromete con la propuesta ostensiblemente ridícula de que sean los hechos sobre el mundo los que quedan fijados, o la todavía aún más absurda afirmación de que la aplicación del significado público a los hechos actuales deba estar guiada por las creencias sobre hechos del público de la época en que las cláusulas constitucionales fueron redactadas y ratificadas. Mucho menos se compromete con la loca idea de que las falsas creencias de los autores de la Constitución, respecto de hechos, sean obligatorias para nosotros en la actualidad. Es por ello que el significado original de la cláusula de los privilegios o inmunidades puede dar apoyo a derechos sobre la igualdad de género, incluso si la mayoría de los hombres pensaba que la capacidad intelectual de las mujeres era como la de los niños, y que por lo tanto aquellas podían ser tratadas como estos por el derecho. El originalismo está comprometido con el texto de la Constitución, no con las creencias sobre hechos que tenían quienes lo redactaron. A esta altura, esperamos que los lectores ya no encuentren sorprendente esta conclusión.

Entonces, ¿qué hay respecto a “Brown v. Board of Education”? ¿Está esa decisión respaldada por el significado público original del texto constitucional teniendo en cuenta el modo en que los hechos eran entendidos en 1954? Esta es una cuestión compleja. El prestigioso constitucionalista MICHAEL MCCONNELL sostuvo, en una síntesis posterior a su famoso artículo, lo siguiente⁹⁷:

Como fue propuesta originalmente por el senador CHARLES SUMNER, la Ley de Derechos Civiles garantizaba la igualdad en el acceso a varias clases de sitios públicos, tales como ferrocarriles, posadas, teatros, barcos de vapor, cementerios y, de modo muy controvertido, escuelas públicas⁹⁸.

En varias votaciones que tuvieron lugar desde la presentación del proyecto de ley en 1870, hasta la sanción de una versión recortada del proyecto en 1875, las mayorías en ambas cámaras del Congreso apoyaron la posición de la desegregación. En la cresta de la ola, en junio y mayo de 1874, el proyecto fue aprobado por el Senado por una mayoría de 29 a 16, y obtuvo el respaldo

⁹⁷ MCCONNELL, *Originalism and the desegregation decisions*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 4, 1995, p. 947.

⁹⁸ MCCONNELL, *The originalist case for Brown v. Board of Education*, “Harvard Journal of Law & Public Policy”, vol. 19, n° 4, 1995, p. 457 a 459.

de la Cámara de Representantes, en un voto de procedimiento, por un margen de 141 a 72, quedando cerca de los dos tercios. El margen de apoyo entre los defensores de la Decimocuarta Enmienda fue mucho más alto. Lo que es más, ambas cámaras rechazaron permanentemente versiones del proyecto que habrían permitido la existencia de espacios “separados pero iguales”. El proyecto fracasó solamente porque las reglas de procedimiento en la Cámara de Representantes, que permitían medidas obstruccionistas y mociones dilatorias, hacían necesaria la mayoría de dos tercios. Los defensores del proyecto estuvieron muy cerca, pero nunca pudieron superar esa barrera. En un día aciago de junio de 1874, el cambio de dos votos podría haber conseguido la sanción y la exigencia de segregación racial en las escuelas hubiera quedado redactada en la ley. ¿No habría sido vista la historia de un modo muy diferente si esos dos votos hubieran cambiado?

Pero el proyecto, en su versión más vigorosa, fracasó. Los demócratas fueron capaces de mantener a raya el proyecto en la Cámara de Representantes durante 1874. Luego, en las elecciones de noviembre de ese año, los demócratas obtuvieron una victoria aplastante. Cuando el Congreso, todavía antes de la asunción de sus miembros recién electos, se reunió a inicios de 1875, la mayoría republicana estaba desmoralizada. Incluso entonces, su último gran proyecto era la sanción del proyecto de ley de derechos civiles. Los demócratas estaban dispuestos a aceptar el proyecto si era modificado para permitir escuelas “separadas pero iguales”, aunque los republicanos denunciaron con enfado que ello introduciría una “discriminación odiosa en las leyes de este país”. Prefirieron directamente eliminar toda referencia a las escuelas del proyecto de ley, antes que incluir una disposición sobre “separados pero iguales” para las escuelas. Ello no significó que su interpretación de la Constitución hubiera cambiado, sino únicamente que su poder político para implementar esa interpretación había cambiado. Los defensores de la educación segregada todavía tenían esperanzas en los tribunales. JAMES MONROE, un republicano de Ohio, afirmó que los estadounidenses negros “piensan que sus chances para buenas escuelas serán mejores bajo la Constitución con la protección de los tribunales, que bajo una ley que contenga una cláusula de ese tipo”.

El rechazo de la cláusula de las escuelas fue fatídico legislativamente, pero viendo el curso de las deliberaciones como un ejercicio de interpretación constitucional ejecutado por personas bien ubicadas para conocer y entender el significado original de la Decimocuarta Enmienda, la evidencia sobre ese significado original va más allá de la derrota del proyecto de ley. Amplias mayorías de las dos cámaras del Congreso, e incluso mayorías más amplias entre los partidarios de la Decimocuarta Enmienda, concluyeron que ella prohibía jurídicamente la segregación en las escuelas públicas. Este hecho refuta la idea de que la Corte Suprema haya tenido que ignorar el significado original de la Enmienda para “hacer lo correcto” en “Brown”⁹⁹.

En este breve artículo, no podemos dar cuenta de todo el caso, pero esperamos que esta extensa cita proporcione una idea adecua-

⁹⁹ McCONNELL, *The originalist case for Brown v. Board of Education*, “Harvard Journal of Law and Public Policy”, vol. 19, n° 4, 1995, p. 463 y 464.

da del argumento de McCONNELL¹⁰⁰. Posteriores trabajos originalistas llegaron a una conclusión similar, basados en evidencia adicional y un énfasis explícito en el significado público¹⁰¹.

Si el lector pertenece “al grupo”, no se habrá sorprendido por nuestra apelación al argumento de McCONNELL, que es bien conocido para los constitucionalistas que debaten sobre los méritos del originalismo. Y es probable que ese mismo lector crea que MICHAEL KLARMAN demostró que McCONNELL estaba equivocado, en otro artículo igualmente famoso¹⁰². E incluso podría creer que el artículo de KLARMAN

¹⁰⁰ El argumento sería presentado de un modo diferente si fuera elaborado usando la versión más moderna del originalismo del significado original.

¹⁰¹ CALABRESI - PERL, *Originalism and Brown v. Board of Education*, “Michigan State Law Review”, 2014, n° 3, p. 429, 436 y 437: “Concluimos que, para 1868, cuando se adoptó la Decimocuarta Enmienda, los ciudadanos de treinta de los treinta y siete Estados tenían un derecho fundamental a la educación en una escuela pública que era un privilegio o inmunidad de la ciudadanía estatal. Como resultado, la Decimocuarta Enmienda prohibió la segregación racial en las escuelas públicas desde el momento en que fue adoptada. Por lo tanto, el significado público original del texto de la Decimocuarta Enmienda prohibió la segregación racial en las escuelas públicas”.

El único que se tomó en serio los argumentos de CALABRESI y PERL fue RONALD TURNER, en *The problematics of the Brown-is-originalist project*, “Journal of Law and Policy”, vol. 23, n° 2, 2015, p. 591 a 637. El argumento de TURNER no está completamente articulado, pero puede ser reconstruido como la afirmación que: 1) el derecho de ir al colegio público es un derecho “social” en contradicción con los derechos “políticos” y “civiles”; 2) los derechos sociales están excluidos de los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos, y por eso 3) “Brown” no se apoya en la cláusula de los privilegios e inmunidades. Estos problemas son complejos e incluso una discusión superficial está más allá del alcance de este artículo. Mi opinión es que no es claro que la frase “los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos” tenga el mismo contenido comunicativo que “derechos civiles” y que la categórica división entre derechos “civiles”, “políticos” y “sociales” era bastante incierta en esos momentos. Si los privilegios o inmunidades incluyen los derechos importantes o fundamentales de los ciudadanos que son legalmente exigibles y si en 1954 existía un derecho general a la educación pública que prevalecía y legalmente era fundamental o importante, entonces el significado público original del texto apoyaría la decisión de “Brown v. Board”. No estamos diciendo que esta visión sea correcta. Más bien nuestra afirmación es que no está bien respaldada la creencia ampliamente aceptada de que se ha demostrado que “Brown” es inconsistente con el significado público original de la cláusula de los privilegios e inmunidades.

¹⁰² KLARMAN, *Brown, originalism, and constitutional theory: a response to professor McConnell*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 7, 1995, p. 1881 a 1883 (indicando que “las cuatro principales dificultades con la defensa originalista de McCONNELL’s en Brown basada en los debates de 1875 de la CRA” son “su enfoque en el principio legal en vez de la práctica real, la priorización del sentir del Congreso

identificó el significado público original del texto constitucional y demostró que respaldaba la segregación racial en las escuelas. Algunos incluso afirmarían que se trata de “sabiduría convencional”.

En este punto, los lectores sofisticados seguramente ya conocen la sorpresa que viene¹⁰³. KLARMAN escribió su artículo en 1995 y, como la mayoría de los constitucionalistas de esa época, parece no haber tenido en cuenta la existencia del originalismo de significado público. La frase “significado público” no aparece en su artículo ni siquiera una vez. El artículo sí menciona la cláusula de los privilegios o inmunidades una vez y solo una vez¹⁰⁴, pero no la cita textualmente ni tampoco la interpreta, ni mucho menos encara una investigación de su significado público. KLARMAN no ofrece ninguna evidencia sobre el significado público de la cláusula. Dudamos que, en los 90, KLARMAN tuviera incluso una vaga idea de que los originalistas buscaran el contenido comunicativo dirigido al público por el texto constitucional. No es una sorpresa, entonces, que no discutiera el significado público de la cláusula de los privilegios o inmunidades. El artículo de KLARMAN no es un fracaso como ejercicio de originalismo de significado público, pues ni siquiera intenta ser tal cosa¹⁰⁵. El principal argumento de KLARMAN es que el público se oponía a la integración en las escuelas, pero esta evidencia no alcanza ni siquiera para establecer que la aplicación esperada originalmente de la cláusula de los privilegios o inmunidades habría respaldado “Plessy” y sería opuesta a “Brown”.

El argumento de KLARMAN no tiene en cuenta la distinción entre el significado público original, que está fijo, y las creencias sobre hechos, que cambian con el tiempo. Incluso si KLARMAN hubiera demostrado que el público creía que la cláusula de los privilegios o inmu-

sobre la opinión popular, su incapacidad de considerar adecuadamente la posibilidad de que los valores cambien a lo largo del tiempo, y su ecuación de lenguaje de ‘disfrute pleno e igualitario’ con el integracionismo”).

¹⁰³ Un ejemplo de acercamiento sofisticado a “Brown” y el originalismo puede encontrarse en DORF, *The undead Constitution*, “Harvard Law Review”, vol. 125, n° 8, 2012, p. 2040 a 2044 (reconociendo que es el originalismo de las aplicaciones esperadas el que tal vez sea inconsistente con “Brown”).

¹⁰⁴ KLARMAN, *Brown, originalism, and constitutional theory: a response to professor McConnell*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 7, 1995, p. 1889.

¹⁰⁵ El fracaso en dar cuenta de las implicaciones del originalismo del significado público en relación con la cláusula de los privilegios e inmunidades se ha repetido recientemente. Ver TURNER, *Justice Antonin Scalia's flawed originalist justification for Brown v. Board of Education*, “Washington University Jurisprudence Review”, vol. 9, n° 2, 2017, p. 179 a 193.

nidades era consistente con la segregación, su argumento no habría estado completo hasta que examinara las *razones* para esta creencia y demostrara que tales razones se basaban en el *significado* de la cláusula de los privilegios o inmunidades y no solo en creencias sobre hechos que ahora sabemos que son falsas. El artículo de KLARMAN apenas menciona la cláusula de los privilegios o inmunidades; ni siquiera sugiere una teoría sobre su significado.

La idea de que el originalismo es inconsistente con “Brown” se ha convertido en un dogma entre los juristas. RICHARD FALLON, uno de los constitucionalistas más minuciosos e imparciales, escribió en 2018 que “la mayoría de quienes examinaron la evidencia concluyeron que el significado contextual original permitía la existencia de las escuelas segregadas”¹⁰⁶. La frase de FALLON “significado contextual original” es su forma de expresar lo que la mayoría de los académicos denomina “significado público original”. Pero, de hecho, no hay trabajos académicos de los que tenga conocimiento (y no hay evidencia que sea citada por FALLON¹⁰⁷) que demuestren que el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades sea consistente con la segregación, dados los hechos como son (opuestos a las

¹⁰⁶ FALLON, *Law and legitimacy in the Supreme Court*, p. 52.

¹⁰⁷ La única excepción prominente es MCCONNELL, *Originalism and the desegregation decisions*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 4, 1995, p. 1881 y 1885 a 1893; FALLON, *Law and legitimacy in the Supreme Court*, p. 186, n° 21. También, KLARMAN, *Brown, originalism, and constitutional theory: a response to professor McConnell*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 7, 1995, p. 1889. FALLON no estaba solo aquí. Como WILLIAM ESKRIDGE observaba: “El consenso entre profesores de Derecho es que Brown es difícil de defender mediante fundamentos originalistas” [ESKRIDGE (JR.), *Original meaning and marriage equality*, “Houston Law Review”, vol. 52, n° 4, 2015, p. 1067 a 1088]. (Por otro lado, ESKRIDGE mismo no acompañaba el consenso). El punto aquí es que este consenso está basado en el trabajo de KLARMAN que no trataba el originalismo del significado público. Puede haber consenso en que “Brown” es inconsistente con el significado público original de la Decimocuarta Enmienda, pero en realidad la literatura sobre la cual se basa el consenso no hace alusión a la cláusula de los privilegios o inmunidades. Parece probable que FALLON no conociera el trabajo de JOHN HARRISON sobre la cláusula de los privilegios o inmunidades que precede el debate entre MCCONNELL y KLARMAN. Ver HARRISON, *Reconstructing the privileges or immunities clause*, “Yale Law Journal”, vol. 101, 1992, p. 1385, 1462 y 1463. La discusión de FALLON está enmarcada en los términos de la cláusula de igual protección y ni siquiera menciona la cláusula de los privilegios e inmunidades. Ver FALLON, *Law and legitimacy in the Supreme Court*, p. 52. FALLON no discute otros trabajos, incluyendo a CALABRESI - PERL, *Originalism and Brown v. Board of Education*, “Michigan State Law Review”, 2014, n° 3, p. 429, 436 y 437, pero es posible que FALLON conociera este trabajo y no lo considerara “destacado”.

creencias falsas de 1868). Nos permitimos afirmarlo una vez más: el artículo de KLARMAN no provee ningún argumento que demuestre que “Brown” es inconsistente con el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades. Ni uno. Nada. Cero¹⁰⁸.

Tal vez KLARMAN pueda ser disculpado por su fracaso al entender el estado de la teoría originalista en 1995. Esperamos que así sea, porque éramos igual de ignorantes. En nuestro caso, no estamos seguros de poder invocar una defensa por negligencia disculpable. Si nos hubiéramos molestado en leer los textos clave, habríamos tomado conocimiento del giro hacia el significado público. Dado que enseñábamos derecho constitucional, la negligencia es difícil de disculpar. Sea como sea, ya no hay excusa para la creencia de que el artículo de KLARMAN de 1995 demostró que “Brown v. Board” es inconsistente con el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades. Una creencia tal solo podría ser el resultado de negligencia epistémica. Indudablemente, hay más para decir sobre el tema, pero todavía es una cuestión que deberá ser argumentada en el futuro que

¹⁰⁸ Esto no significa que la evidencia de KLARMAN no tiene soporte en el significado público original de la Decimocuarta Enmienda. La evidencia de que el público se oponía a la integración es una evidencia secundaria de que el público hubiera esperado que la aplicación de la cláusula de los privilegios e inmunidades invalidaría la segregación en colegios públicos. No es evidencia muy fuerte, porque parece poco probable que los miembros del público de hecho tuvieran expectativas determinadas en un sentido u otro con respecto a este asunto. Las expectativas son estados mentales, y no hay evidencia que yo conozca sobre la existencia de tales estados mentales con respecto a la aplicación de la cláusula de los privilegios e inmunidades a la segregación escolar. Parece mucho más probable que la mayoría de los miembros del público no tenían una posición con respecto a esta pregunta –simplemente porque no habían pensado sobre este asunto del todo–. Más aún, las creencias originales sobre la aplicación esperada no constituyen el significado público original; aquellas no son obligatorias. Las creencias originales sobre la aplicación esperada, no obstante, sí proveen evidencia que es relevante para el significado público original. Por ejemplo, si una disposición constitucional es ambigua y una interpretación es consistente con las expectativas de aplicación, la otra no lo es, entonces las expectativas son evidencias en favor de la interpretación con la que son consistentes. Pero, para que funcione el argumento, KLARMAN necesita proporcionar un abordaje del contenido comunicativo de la cláusula de los privilegios e inmunidades que incluya una ambigüedad, demostrar la existencia de las expectativas de aplicación y después demostrar que esta evidencia apoya la desambiguación que es inconsistente con la posición en “Brown”. La distinción entre expectativas originales y significado original fue articulada por primera vez en GREENBERG - LITMAN, *The meaning of original meaning*, “Georgia Law Journal”, vol. 86, 1998, p. 569, 573 y 574; ver también, SOLUM, *Incorporation and originalist theory*, “Journal of Contemporary Legal Issues”, vol. 18, 2009, p. 414.

“Brown v. Board” sea inconsistente con el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades.

Demos un paso atrás. Nuestra investigación sobre las posibles implicancias de la cláusula de los privilegios o inmunidades para la igualdad de género y la segregación reveló un hecho sorprendente: ¡las personas que redactaron y ratificaron dicha disposición podrían sorprenderse por sus aplicaciones! Pero ¿cómo es que las aplicaciones sorprendentes son posibles? Cualquiera que haya redactado una norma o una directiva conoce bien el fenómeno de las consecuencias no intencionales. La norma o directiva se redacta en un papel y uno piensa que conoce cuáles serán sus efectos; pero entonces uno se enfrenta con un caso que no había anticipado, y en ese momento advierte que la norma provoca algo que no había anticipado y que a uno no le gusta. Si pudiera hacerlo otra vez, escribiría la norma de otra forma.

El problema de las consecuencias no intencionales se alza imponente una vez que tomamos en cuenta los hechos. La regla se escribe para los hechos de hoy, pero los de mañana son diferentes. Se escribe la regla de acuerdo con las creencias sobre los hechos, pero resulta que el autor estaba equivocado, los hechos no son como él creía. Y, por ello, la misma regla que uno escribió tiene consecuencias no intencionales, es decir, consecuencias que uno no imaginó al escribirla. Esto es especialmente cierto en los casos en que se trata de una regla escrita en lenguaje muy general y abstracto. Consideremos otra vez el texto de la cláusula de los privilegios o inmunidades: “Ningún Estado sancionará o aplicará una ley que limitare los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”¹⁰⁹. ¿Es de extrañar que una redacción tan poderosa pudiera producir consecuencias no intencionales, teniendo en cuenta las cambiantes circunstancias y creencias sobre los hechos a los que la cláusula será aplicada?

Pero ¿qué ocurriría si “Brown v. Board” no pudiera ser justificada con argumentos originalistas? La pregunta parece simple y, por ello, parece conducir a una respuesta simple: si “Brown v. Board” es inconsistente con el originalismo, entonces el originalismo está obviamente equivocado. Pero no tan rápido. La segregación racial era consistente con la comprensión de la Corte Suprema de las circunstancias y valores durante unos setenta años: si la doctrina de la Constitución viviente nos dio “Plessy”, entonces ¿qué? De nuevo, una pregunta

¹⁰⁹ Constitución de los Estados Unidos, art. IV, cláusula 2.

simple sugiere una respuesta simple: la doctrina de la Constitución viviente sería obviamente incorrecta. Los lectores perspicaces habrán advertido que estamos en una pendiente resbaladiza, pues toda teoría constitucional puede conducir a resultados inaceptables en algunas circunstancias. La doctrina de la Constitución viviente respalda los resultados producidos por las circunstancias y valores contemporáneos, tal como son entendidos por los jueces de la Corte Suprema en el momento en que un caso particular es decidido. Una Corte que adhiera a esa doctrina y que crea en la segregación correrá del medio la Decimocuarta Enmienda en nombre de las circunstancias y valores contemporáneos. De hecho, el argumento de KLARMAN sobre “Brown v. Board” provee una crítica devastadora a la doctrina de la Constitución viviente, aun cuando haya fracasado en utilizar el originalismo del significado público. Honestamente, esa sorpresa sí que no la vimos venir.

Estos puntos pueden sonar obvios ahora para algunos lectores, pero de todos modos parecerán sorprendentes para muchos críticos del originalismo que tienden a afirmar: “¿Originalismo? ‘Brown v. Board’. ¡Jaque mate!”. Sorprendentemente, sin embargo, la partida no ha terminado. Sería más apropiado decir que, en verdad, recién ha comenzado.

5) *¡Eso no es originalismo! ¿O sí lo es?* En este punto, algunos lectores pueden estar en estado de *shock*. Según parece, estamos sugiriendo que sus “preconcepciones” sobre el originalismo estaban equivocadas. No solo un poco, sino real, verdadera y profundamente equivocadas. Adicionalmente, el originalismo podría tener implicancias sorprendentes, algunas de las cuales podrían ser progresistas o liberales si se las juzgara desde el punto de vista actual. Una reacción posible frente a esta situación podría consistir en afirmar lo siguiente:

Bueno, la teoría de la que usted habla no está tan mal, pero eso no es lo que entiendo por “originalismo”. El “originalismo” responde a la pregunta “¿qué es lo que James Madison haría?”. El “originalismo” produce resultados a los que me opongo. El “originalismo” es una ideología conservadora. No me confunda estipulando una nueva definición de “originalismo”. Yo podría estar de acuerdo con la idea de que los jueces deben respetar el significado público del texto constitucional. ¿No podríamos darle otro nombre a esa concepción? Tal vez “constitucionalismo viviente moderado” o “nuevo textualismo” o “constitucionalismo de sentido común”. Todos mis amigos son antioriginalistas. No me gustaría quedar en el lugar de tener que explicar por qué simpatizo con el “originalismo”. Necesito ser capaz de decir: “El originalismo es una teoría loca”.

Si esa fuera la posición del lector, deberán creernos si decimos que la entendemos. La sugerencia del profesor MICHAEL DORF de que el originalismo necesita un nuevo nombre nos parece tentadora¹¹⁰. Pero, al final del día, consideramos que una movida tal sería simplemente deshonesta y no engañaría a nadie por demasiado tiempo. La corriente central del originalismo ha sido la del significado público por más de treinta años. Ya es demasiado tarde para actuar de otra manera.

§ 6. **JUSTIFICACIONES SORPRENDENTES**

Si todavía el lector continúa su lectura hasta este punto, podría verse asaltado por el siguiente pensamiento:

Entiendo que el originalismo no es tan malo, pero ¿por qué debería importarme? Asumamos, por mor de la argumentación, que el originalismo tiene sentido como teoría y que conduce a resultados que son buenos en algunos casos y malos en otros. A la doctrina de la Constitución viviente también le ocurre lo mismo. Y no veo cómo es que el originalismo produciría los resultados que prefiero en cuestiones que me importan mucho. ¿Qué hay de “Obergefell”¹¹¹ y el derecho al matrimonio? ¿Qué hay de “Roe v. Wade”¹¹² y el derecho a decidir? Los constitucionalistas vivientes apoyaron esas decisiones y los originalistas se opusieron a ellas. ¿Por qué no debería adherir a una teoría constitucional que le permite a la Corte Suprema alcanzar resultados progresistas (o liberales) sobre las cuestiones que me importan?

En efecto, muchos de nosotros podríamos ser “votantes con una única preferencia relevante” cuando se trata de teoría constitucional. Si tenemos un único tema que nos preocupa profundamente, la tentación es elegir la teoría constitucional que produce “el resultado correcto” sobre esa cuestión en particular. O, quizás, el lector podría unirse a una coalición de grupos cada uno de los cuales se preocupa especialmente por una única cuestión y entonces se articula con los otros persiguiendo la designación de jueces que promoverán la agenda de la coalición. ¿Por qué el derecho constitucional no podría ser el resultado de la acción de movimientos sociales que persiguen fines políticos?¹¹³. Esta pregunta sobre el originalismo plantea pun-

¹¹⁰ DORF, *Advice to conscientious originalists: rebrand*, “Dorf on Law”, 13/4/2017.

¹¹¹ “Obergefell v. Hodges”, 135 S. Ct. 2584 (2015).

¹¹² “Roe v. Wade”, 410 US 113 (1973).

¹¹³ Para ejemplos de discusiones académicas de la relación entre cambio constitucional y movimientos sociales, ver NEJAIME, *Constitutional change, Courts*,

tos importantes, pero, nuevamente, las respuestas pueden parecer sorprendivas.

a) *UN EXPERIMENTO MENTAL: “MALOS” CONSTITUCIONALISTAS VIVIENTES.* Comencemos con el siguiente experimento mental:

Imaginemos una Corte Suprema que adoptó abiertamente una forma de constitucionalismo viviente: todos los jueces creen que las cuestiones constitucionales deben ser resueltas sobre la base de “valores constitucionales”, esto es, sus creencias fundamentales sobre los principios de moralidad que deberían gobernar la sociedad. Imaginemos ahora que la Corte está integrada por jueces con cuya ideología el lector está en desacuerdo. Si el lector es demócrata, imagine una Corte compuesta por nueve jueces republicanos muy conservadores. Si el lector es republicano, imagine nueve jueces demócratas muy liberales. Ellos deciden según sus valores en los casos constitucionales y el lector no está de acuerdo con esos valores. Desde la perspectiva del lector, son “malos” constitucionalistas vivientes.

¿Este experimento pone nervioso al lector? El lector está a favor del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, pero la Corte Suprema está compuesta por nueve jueces que piensan que el embrión tiene derecho a que su subsistencia no sea interrumpida. Sostienen, por lo tanto, que las leyes estatales que permiten el aborto violan la Constitución porque infringen el derecho constitucional a la vida de la persona por nacer. El lector está a favor de modificar las normas que regulan el financiamiento de las campañas electorales, pero la Corte Suprema decide que la Constitución reconoce un derecho absoluto a hacer donaciones anónimas y sin límite cuantitativo a los candidatos.

O, desde el otro lado del clivaje ideológico, el lector cree en el derecho a portar armas, pero la Corte Suprema decide que la legislación de los Estados que permite la tenencia particular de armas de fuego de cualquier clase viola la cláusula del debido proceso porque priva a las personas de su vida sin debido proceso de ley. El lector cree que la decisión de un sacerdote o rabino de celebrar una ceremonia de matrimonio puede razonablemente limitarse a aquellos supuestos que estén permitidos por la doctrina religiosa de la fe a la que pertenezca el oficiante. Pero la Corte Suprema decide que quienes offician un matrimonio, sean religiosos o seculares, deben

and social movements, “Michigan Law Review”, vol. 111, n° 6, 2013, p. 877; BALKIN - LEVINSON, *Understanding the constitutional revolution*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 6, oct. 2001, p. 1045, y *Principles, practices, and social movements*, “University of Pennsylvania Law Review”, vol. 154, n° 4, 2006, p. 927.

realizar la ceremonia para todos los que la solicitan, con independencia de la fe, estado civil previo o preferencias sexuales de los contrayentes.

El experimento mental podría conducir a la siguiente reflexión:

No deseo que jueces con valores opuestos a los míos los conviertan en derecho constitucional. Solo estoy a favor de la doctrina de la Constitución viviente cuando los valores de los jueces coinciden con los míos. Estoy dispuesto a conceder que el originalismo no es una mala idea en ocasiones, pero solo cuando la Corte está controlada por jueces que no comparten mis valores, es decir, “malos” constitucionalistas vivientes.

¿Funcionaría esta propuesta? ¿Puede haber una jurisprudencia constitucional estable que descanse en un doble estándar, es decir, un conjunto de reglas para los amigos y otro para los enemigos?

b) *LOS RIESGOS DE LA POLITIZACIÓN*. Este doble estándar, “constitucionalismo viviente para nosotros, originalismo para los demás”, plantea el problema de que “los demás” no lo aceptarán por mucho tiempo. Sería irracional cumplir con el Estado de derecho mientras el partido del lector controla la Corte si el otro grupo no lo respetará una vez que tome el poder. Por supuesto, este es un ejemplo de lo que, en la teoría de los juegos, se llama “dilema del prisionero”¹¹⁴. La respuesta racional al dilema se denomina “tit por tat”, pero existe un problema con las represalias. Lo que una persona piensa que es una respuesta proporcionada, la otra lo verá probablemente como una escalada. Una vez que comienza la espiral de la politización, es muy difícil que termine.

Por supuesto, la doctrina de la Constitución viviente puede tratar de disfrazarse, escondiendo el rol de las creencias personales de los jueces sobre cuestiones valorativas detrás de una cortina de frases hechas, adagios y muletillas jurídicas. Pero, en algún momento, los senadores y los presidentes se darán cuenta y comenzarán a subir las apuestas. Cuando un partido controle tanto la presidencia como el Senado, designará a correligionarios de paladar negro que seguramente votarán de acuerdo con sus preferencias ideológicas. Cuando se esté en un supuesto de gobierno dividido, el Senado puede negarse a confirmar a los jueces propuestos por el presidente, simplemente congelando el proceso de confirmación hasta la próxima elección. En tal caso, la integración de la Corte podría caer de nueve a ocho, o incluso

¹¹⁴ SOLUM, *Legal theory lexicon 007: the prisoners’ dilemma*, “Legal Theory Lexicon”, 13/4/2017.

a siete o seis, el número mínimo con el que se forma el *quorum* en el tribunal¹¹⁵. ¿Qué pasaría si se redujera a cinco? Las cosas seguirían igual, con las Cámaras Federales de Apelación y los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados funcionando como los tribunales que efectivamente tienen la última palabra para resolver cuestiones constitucionales.

En un mundo con una Corte Suprema sumamente politizada, sería tonto para un partido que controla la presidencia y el Congreso nominar candidatos que antepongan los precedentes o el texto constitucional a la ideología. En un contexto de polarización electoral y con una Corte Suprema politizada, la oportunidad de asegurarse una mayoría por décadas es demasiado tentadora para dejarla pasar. El candidato ideal para ser juez sería un ideólogo comprometido menor de cuarenta años.

Pero hay más fintas y contrafintas. Si un partido tuviera éxito en designar nueve ideólogos en la Corte que servirían por cuarenta años o más, el otro partido puede aumentar el tamaño de la Corte Suprema de nueve a diecinueve miembros, creando una mayoría de diez sobre nueve para sus propios partidarios. ¿Por qué detenerse allí? Una vez que el otro partido gana la mayoría, agregará tantos cargos como sean necesarios para recuperar el control del tribunal. No hay un punto que sirva para detener este juego: ¿por qué no una Corte con noventa y nueve miembros? Nos permitimos repetirlo: una vez que empieza, el descenso por la espiral de la politización es difícil de detener.

El lector podría decir que estamos describiendo una amenaza hipotética. ¿Pero no es obvio que ella ya se ha materializado? Los republicanos bloquearon a MERRICK GARLAND. Estamos seguros de que el lector conoce cómo los demócratas responderán si vuelven a controlar el Senado: ninguna propuesta de un presidente republicano será considerada. Y la propuesta de ampliar la composición de la Corte ya fue sugerida. He aquí un ejemplo:

Es imposible saber cuándo los demócratas podrían recuperar el control de todo el gobierno de los Estados Unidos. Pero asumiendo que la democracia sobreviva la estresante prueba que le impone la presidencia de Trump, los demócratas estarán en la misma posición de poder en la que están los republicanos hoy. Cuando lo estén, deberían estar preparados para sancionar una ley aumentando la integración de la Corte de nueve a once y para com-

¹¹⁵ Supreme Court, R. 4.

pletar luego esos dos cargos con los liberales más extremos del Poder Judicial federal¹¹⁶.

Otro ejemplo:

No sería sabio para los demócratas descartar algún curso de acción. Deberían ser cuidadosos para no destruir el poder de revisión judicial sin una buena causa. Pero, si republicanos desesperados intentaran establecer una retaguardia antidemócrata en la Corte Suprema antes de abandonar el gobierno, los demócratas deberían tener disponibles todas las opciones¹¹⁷.

Detengámonos un momento para pensar sobre esta propuesta. Se está considerando seriamente “destruir el poder de revisión judicial”. ¿Alguien cree que la ampliación de la composición de la Corte por los demócratas será el último paso? ¿No es completamente implausible pensar que los republicanos no responderán cuando tengan la oportunidad? El fondo del descenso por la espiral de la politización no es un lugar ameno. Dejamos al lector que imagine el “desfile de monstruos” que habrá allí. Estamos seguros de que podrá imaginar algo lo suficientemente horrible.

c) *LA PROMESA DEL ORIGINALISMO IMPERFECTO*. Una Corte Suprema que se ve a sí misma como limitada por el texto constitucional reduce lo que está en juego. Reemplazar a un juez moderado, que solía ser decisivo en la formación de mayorías, no provocará una batalla por el futuro constitucional de la República. El significado original del texto constitucional conducirá a resultados mixtos, conservadores, libertarios, liberales y progresistas. Como quedará claro que el cambio constitucional ya no podrá producirse a través de doctrinas constitucionales impuestas pretorianamente, que no son otra cosa que reformas constitucionales disfrazadas, los movimientos sociales y las propuestas de reforma constitucional deberían volver a poner su energía en el procedimiento formal de enmiendas. El originalismo puede no ser una primera opción, la cual podría ser una Corte Suprema de guardianes platónicos que están de acuerdo con la ideología del lector, pero sí puede ser la segunda mejor opción de todos.

Necesitamos ser realistas. Supongamos que la Corte está integrada mayormente por jueces originalistas que creen que están limitados por el significado original del texto constitucional y que tienen

¹¹⁶ FARIS, *How democrats can make republicans pay for justice Gorsuch*, “The Week”, 20/3/2017.

¹¹⁷ LEMIEUX, *Democrats: prepare to pack the Supreme Court*, “The New Republic”, 10/5/2018.

una obligación de trabajar duro para descubrirlo en los casos difíciles. Estos jueces intentan no caer en la tentación de un razonamiento motivado. Pero no son perfectos. El mundo de la neutralidad judicial perfecta es seguramente una “torta en el cielo”¹¹⁸. Algún desliz es probablemente inevitable. Indudablemente habrá casos en los que los valores de los jueces influirán sus conclusiones sobre el significado original. Pero cuando comparamos los enfoques imperfectos del originalismo y los de la doctrina de la Constitución viviente, el resultado de la comparación es obvio. El originalismo imperfecto es mejor que un descenso en la espiral de la politización que termina en la destrucción del Estado de derecho.

Una cosa más, nuestra sensación es que algunos críticos de la teoría constitucional originalista la equiparan con las decisiones de los jueces ANTONIN SCALIA y CLARENCE THOMAS, y en un futuro cercano con el juez GORSUCH. Esta identificación del originalismo con las decisiones de tres jueces es problemática en muchos niveles, comenzando por el hecho de que los jueces que integran un tribunal colegiado dominado por constitucionalistas vivientes (conservadores y liberales) no podrán, como cuestión práctica, escribir opiniones originalistas en todos los casos. En muchos casos constitucionales, ninguno de los escritos de las partes utiliza un análisis originalista. Al mismo tiempo, la academia todavía debe proveer información, en la forma de trabajos originalistas de alta calidad, sobre muchas cuestiones constitucionales, tanto teóricas como metodológicas. Cuando nos referimos a la promesa de un originalismo imperfecto, no deseamos sugerir que dicha promesa ya está cumplida o que ANTONIN SCALIA fue el arquetipo de virtud originalista.

d) *ESPEREN, HAY MÁS*. El riesgo de la politización es una justificación para el originalismo, pero hay otras también¹¹⁹. El originalismo es coherente con los valores del Estado de derecho: estabilidad, con-

¹¹⁸ La frase es de JOE HILL, *The preacher and the slave*:

“You will eat, bye and bye,
In that glorious land above the sky;
Work and pray, live on hay,
You’ll get pie in the sky when you die”.

[Vas a comer, adiós y adiós,/ en esa gloriosa tierra sobre el cielo,/ trabajar y rezar, vivir de heno,/ vas a recibir torta en el cielo cuando mueras].

¹¹⁹ El caso del originalismo se examina en SOLUM, *The constraint principle: original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

sistencia, certeza, publicidad y uniformidad del derecho. La doctrina de la Constitución viviente tiende a socavar esos valores especialmente en una Nación sumamente dividida por líneas ideológicas, en las que el control del Senado y la presidencia puede cambiar de manos en cada elección. Si la Corte Suprema estuviera dividida de manera pareja, con cuatro liberales y cuatro conservadores, entonces el reemplazo del noveno juez podría conducir a cambios impredecibles en el derecho constitucional. Cualquier cambio de criterio de ese noveno juez podría ser especialmente dañino para la estabilidad del derecho. Lo que es más, una Corte sumamente dividida es probable que produzca decisiones que sean el resultado de negociaciones, y que mostrarán un razonamiento incoherente, provocando incluso que abogados muy entrenados tengan dificultades serias para decir cuál es el derecho en un momento determinado.

Otra línea de argumentos en favor del originalismo se basa en la legitimidad. La legitimidad democrática es una cuestión de grado, no un blanco o negro. La decisión de cuestiones constitucionales sobre la base del significado original del texto no es perfecta: algunas partes de la Constitución son muy antiguas y fueron adoptadas por procedimientos que excluían a mujeres, esclavos y otros. Pero darle la autoridad de modificar la Constitución a una mayoría de cinco sobre un comité de nueve miembros que sirven en su cargo de por vida es mucho peor. Por cierto, los miembros de la Corte no son demasiado representativos de los Estados Unidos actuales. Por un lado, se trata de un grupo que solo incluye graduados de las facultades de Derecho de Harvard y Yale. Por otro, no incluye a miembros de muchos grupos importantes. Si el sufragio se limitara a ciudadanos semejantes a los jueces de la Corte Suprema, no tendríamos una democracia en ningún sentido aceptable del término.

Adicionalmente, darles a los jueces el poder de crear derecho es inconsistente con visiones ampliamente aceptadas respecto de cuál es la función legítima del Poder Judicial; es por ello que ningún nominado admitirá que cree tener la autoridad para dejar sin efecto el significado original del texto constitucional. Incluso un defensor del originalismo viviente dirá probablemente que “todos somos originalistas ahora”¹²⁰. Los juristas pueden escribir artículos en los que

¹²⁰ Ver INGRAM, *On day 2, Kagan tries to appease republicans*, “National Law Journal”, 30/6/2010 (“En algunas ocasiones se basan en reglas muy específicas. En algunas ocasiones se basan en principios amplios. De cualquier manera, nosotros aplicamos lo que ellos intentaron hacer. En ese sentido, todos somos originalistas”).

abiertamente argumenten que la Corte Suprema no está atada al texto de la Constitución¹²¹, pero esta posición es inconsistente con cualquier concepción ampliamente aceptada sobre la función legítima de los jueces. Esto conduce a otro problema para el constitucionalismo viviente. Dado que un juez que adhiera a la doctrina de la Constitución viviente desearía preservar su legitimidad, es probable que disfrace las verdaderas razones de sus decisiones. El originalismo conduce a la transparencia, pero el constitucionalismo viviente tiende a producir el resultado opuesto, una jurisprudencia de engaño y negación.

He aquí un último experimento mental:

En tiempos de crisis nacional, un presidente popular convence a la Nación de convocar a una Convención Constituyente. Elude el procedimiento del art. V y, en cambio, consigue que el Congreso sancione una ley ordinaria que lo autoriza a nominar a los miembros de la Convención, sujeto a confirmación del Senado. Esa ley fue aprobada rápidamente por el Senado y la Cámara de Representantes. Para asegurar una acción efectiva, la Convención tiene solo nueve representantes y sus enmiendas tienen vigencia inmediata, sin necesidad de ratificación de los Estados.

Nueve representantes a la Convención son nominados y confirmados. Cinco provienen del partido del presidente y cuatro de la oposición. Todos son graduados de las facultades de Derecho de Harvard y Yale. Hay cinco católicos romanos, tres judíos, un protestante, una latina y un afroamericano. Cuarenta y cinco Estados no están representados en la Convención. No hay asiáticos ni nativos americanos. No hay nadie del Sur o de Estados fronterizos. Nadie del Noroeste del Pacífico, Alaska ni Hawái. Ninguna de estas personas tuvo otro trabajo fuera del de abogado, juez o profesor de Derecho.

Se asume que la Convención dejará de sesionar luego de acordar las enmiendas, pero sus miembros no pueden ponerse de acuerdo con el texto. Parece que han asumido cargos de por vida. En lugar de enmiendas, a veces emiten decretos que resuelven asuntos particulares. En algunas ocasiones, esos decretos son muy específicos: deciden una elección presidencial disputada, pero no elaboran una regla para las elecciones futuras. Otras veces, sus decretos son amplios: emiten reglas para los interrogatorios de la policía que incluyen la fórmula que los policías deben pronunciar antes de comenzar. Parecen ser zigzagueantes. Un año crean un derecho al aborto, pero algunos años después decretan que las restricciones razonables al aborto son admisibles. Los Estados pueden criminalizar la quema de una bandera nacional un año, pero luego la Convención cambia de parecer. Algunas veces, no pueden ponerse de acuerdo con el texto del decreto, y entonces dos o tres grupos emiten decretos inconsistentes. Los críticos se quejan, pero el presidente instruye a todos los departamentos del gobierno nacional que cumplan con los decretos de la Convención Constituyente permanente.

¹²¹ STRAUSS, *The living Constitution*.

¿Satisface esta forma de decisión el Estado de derecho? ¿Puede una Convención Constituyente perpetua de nueve miembros poseer legitimidad democrática? ¿Diría el lector que esta Convención tiene la experiencia y el conocimiento para representar al pueblo de los Estados Unidos en su conjunto? Una pregunta final: ¿es muy diferente una Corte Suprema que adhiera a la doctrina del constitucionalismo viviente de esta perpetua Convención constitucional?

El originalismo es imperfecto. La doctrina de la Constitución viviente, también. Y estamos seguros de que muchos oponentes al originalismo dirán que nuestra presentación del constitucionalismo viviente es una caricatura. Los académicos afirmarán que no discutimos versiones sofisticadas de dicha doctrina elaboradas por varios profesores de Derecho. Estas últimas incluyen teorías denominadas “constitucionalismo del *common law*”¹²², “pluralismo constitucional”¹²³ y “lectura moral”¹²⁴. El truco que estas teorías intentan presentar es dar a la Corte Suprema el poder de dejar sin efecto el significado original de la Constitución sin por ello transgredir los límites del Estado de derecho y la legitimidad democrática. No es fácil alcanzar esta hazaña. Somos escépticos de la idea de que decirle a la Corte que realice una lectura moral del texto constitucional proveerá alguna restricción significativa¹²⁵. Dudamos respecto de la capacidad del

¹²² DAVID, *Strauss, the living Constitution*; STRAUSS, *Foreword: Does the Constitution mean what it says?*, “Harvard Law Review”, vol. 129, n° 1, 2015, p. 31 a 57.

¹²³ GRIFFIN, *Pluralism in constitutional interpretation*, “Texas Law Review”, vol. 72, 1994, p. 1753.

¹²⁴ FLEMING, *Fidelity to our imperfect Constitution. For moral readings and against originalisms*; DWORKIN, *Law’s empire*; ver también, DWORKIN, *Freedom’s law: the moral reading of the american Constitution*, y *A matter of principle*.

¹²⁵ DWORKIN claramente afirma que él considera que la lectura moral de la Constitución puede anular el texto constitucional: “[La declaración de LAURENCE TRIBES del rol constrictivo del texto constitucional] es una declaración más fuerte de fidelidad textual que la que yo [DWORKIN] apoyaría, porque, como dije, los precedentes y la práctica pueden con el tiempo, en principio, reemplazar incluso piezas básicas de datos interpretativos como el texto de la Constitución cuando no se puede encontrar una manera de reconciliarlos a todos en una interpretación constructiva global” (DWORKIN, *The arduous virtue of fidelity: originalism, scalia, tribe, and nerve*, “Fordham Law Review”, vol. 83, n° 5, 2015, p. 1259 y 1260). El enfoque de DWORKIN de lecturas morales permite a los jueces adoptar la “interpretación constructiva” del texto constitucional que hace del derecho constitucional “el mejor que puede ser” –y este método requiere que los jueces se basen en sus creencias morales–.

método del *common law* de ofrecer restricciones sustanciales a las visiones políticas de los jueces¹²⁶. Sospechamos que la afirmación de que los jueces que consideran el texto, la historia, la estructura, los precedentes, los valores constitucionales y los factores pragmáticos no terminarán por mezclar sus propias ideologías entre los métodos de interpretación¹²⁷. En síntesis, no estamos convencidos de que la doctrina de la Constitución viviente encuadre dentro del Estado de derecho y la legitimidad democrática, pero estamos preparados para estar sorprendidos¹²⁸.

El argumento completo de que el complejo y cambiante enfoque de DWORKIN no tiene restricciones no puede ser desarrollado en esta ocasión. Ver, en general, SOLUM, *The constraint principle, original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

¹²⁶ Los defensores del constitucionalismo del *common law* podrían argumentar que el precedente y la doctrina de *stare decisis* proveen suficientes restricciones, pero la explicación de STRAUSS sobre la fuerza del precedente deja en claro que estas restricciones son débiles: “Las disposiciones del texto de la Constitución son, en una primera aproximación, tratadas más o menos de la misma manera como los precedentes en un sistema de *common law*. Los efectos de las disposiciones constitucionales no quedan fijados al momento de su adopción –o, para lo que interesa–, en ningún otro momento. En cambio, como los precedentes, las disposiciones son expandidas, limitadas, calificadas, reconcebidas, relegadas o ignoradas, dependiendo de lo que viene después: subsecuentes decisiones y en las consideraciones sobre la dirección en la cual el derecho debe desarrollarse” (STRAUSS, *Foreword: Does the Constitution mean what it says?*, “Harvard Law Review”, vol. 129, n° 1, 2009, p. 1 a 57). STRAUSS no ofrece abordaje alguno sobre la fuerza de las restricciones del precedente en este artículo. Tampoco hace mención de la doctrina de *stare decisis*. Pero, como el pasaje citado demuestra, STRAUSS deja en claro que los precedentes pueden ser “expandidos, limitados, calificados, reconcebidos, relegados al fondo, o ignorados, dependiendo [...] de consideraciones sobre la dirección en la cual el derecho debe desarrollarse” (el destacado nos pertenece).

¹²⁷ El pluralismo constitucional permite a los jueces considerar varios factores, incluyendo texto, historia, estructura, trabajabilidad y valores constitucionales (la lista varía). Ya que el pluralismo niega que haya alguna jerarquía dentro de los factores, las decisiones usando este método pueden justificarse en tanto y en cuanto uno de esos factores apoye ese resultado. Si los valores constitucionales están en esta lista y dado que la identidad, fuerza y prioridad de los valores constitucionales inevitablemente van a ser influidos por la moral y los puntos de vista políticos de los jueces, este enfoque no provee restricciones de importancia.

¹²⁸ Para ampliar en las comparaciones entre el originalismo de significado público y varias formas de constitucionalismo viviente, ver SOLUM, *The constraint principle, original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

§ 7. **CONCLUSIÓN: UNA MENTE ABIERTA**

Los originalistas contemporáneos se concentran en el significado público del texto constitucional y no en las preferencias políticas de sus autores. Una jurisprudencia originalista conduciría a resultados mixtos, es decir, conservadores, liberales, progresistas y libertarios, si el significado original de la Constitución fuera completamente implementado. Las justificaciones para el originalismo pueden ser atractivas para un amplio campo en el espectro político; la mayoría de los estadounidenses creen que el Estado de derecho y la legitimidad democrática son importantes valores políticos. Pocos de ellos tolerarían una Corte Suprema completamente politizada.

¡Originalismo! Es una teoría sorprendente. Tiene implicancias sorprendentes. Y está fundado en justificaciones sorprendentes. Nuestro objetivo en este artículo y en la Conferencia Regula sobre el que está basado no es el de persuadir al lector de volverse originalista. Nuestra visión sobre el originalismo está fuertemente atrincherada y es difícil de modificar. Nuestra conversión desde el constitucionalismo viviente al originalismo comenzó en los años 90 y no terminó sino hasta unos diez años después. Las conversiones llevan tiempo. Eso sí, esperamos haberlos sorprendido. Y si lo están, entonces, tal vez, podrán acercarse al originalismo con curiosidad y con mente abierta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, LARRY, "Simple-minded originalism", en HUSCROFT, GRANT - MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The challenge of originalism. Theories of constitutional interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- BAILEY, ALISON, *The unlevel knowing field: an engagement with Dotson's third-order epistemic oppression*, "Social Epistemology Review and Reply Collective", vol. 3, n° 10, 2014, p. 62 a 68, <http://wp.me/p1Bfg0-1Gs> [<https://perma.cc/5A9Q-RC2X>].
- BALKIN, JACK M., *Living originalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.
- "Wrong the day it was decided": *Lochner* and constitutional historicism, "Boston University Law Review", vol. 85, n° 5, 2005, p. 677 a 725.
- BALKIN, JACK M. - LEVINSON, SANFORD, *Understanding the constitutional revolution*, "Virginia Law Review", vol. 87, n° 6, oct. 2001, p. 1045 a 1104.
- BALKIN, JACK M. - SIEGEL, REVA B., *Principles, practices, and social movements*, "University of Pennsylvania Law Review", vol. 154, n° 4, 2006, p. 927 a 950.
- BARNETT, RANDY E., *Restoring the lost Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

- BATE, WALTER J., *Samuel Johnson*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1975.
- BERGER, RAOUL, *Government by judiciary*, Indianapolis, Liberty Fund, 1997.
- BREST, PAUL, *The fundamental rights controversy: the essential contradictions of normative constitutional scholarship*, "Yale Law Journal", vol. 90, n° 5, 1981, p. 1063 a 1109.
- *The misconceived quest for the original understanding*, "Boston University Law Review", vol. 60, 1980, p. 204 a 238.
- BRUNER, CHRISTOPHER M., *The changing face of money*, "Review of Banking & Financial Law", vol. 30, n° 1, 2010, p. 383 a 406.
- CALABRESI, STEVEN G. - PERL, MICHAEL W., *Originalism and Brown v. Board of Education*, "Michigan State Law Review", 2014, n° 3, p. 429 a 573.
- CALABRESI, STEVEN G. - PRAKASH, SAIKRISHNA B., *The president's power to execute the laws*, "Yale Law Journal", vol. 104, n° 3, 1994, p. 541 a 665.
- CALHOUN, JOHN, *Measuring the fortress: explaining trends in Supreme Court and Circuit Court dictionary use*, "Yale Law Journal", vol. 124, n° 6, 2014, p. 484 a 526.
- CASSELL, PAUL G. (ed.), *The great debate: interpreting our written Constitution*, Washington, The Federalist Society, 1986.
- CLEMETSON, LYNETTE, *Meese's influence looms in today's judicial wars*, "New York Times", 17/4/2005, www.nytimes.com/2005/08/17/politics/meeses-influence-looms-in-todays-judicial-wars.html [https://perma.cc/23M5-B2E9].
- DEVINS, NEAL - MANSKER, NICOLE, *Public opinion and State Supreme Courts*, "University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law", vol. 13, n° 2, 2010, p. 455 a 509.
- DORF, MICHAEL, *Advice to conscientious originalists: rebrand*, "Dorf on Law", 13/4/2017, www.dorfonlaw.org/2017/04/advice-to-conscientious-originalists.html#more [https://perma.cc/J63T-UGNY].
- *The undead Constitution*, "Harvard Law Review", vol. 125, n° 8, 2012, p. 2011 a 2055.
- DOTSON, KRISTIE, *Tracking epistemic violence, tracking practices of silencing*, "Hypatia", vol. 26, n° 2, 2011, p. 236 a 257.
- DWORKIN, RONALD, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- *Freedom's law: the moral reading of the american Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- *The arduous virtue of fidelity: originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, "Fordham Law Review", vol. 83, n° 5, 2015, p. 1249 a 1268.
- *The forum of principle*, "New York University Law Review", vol. 56, 1981, p. 469 a 518.
- ESKRIDGE, WILLIAM N. (JR.), *Original meaning and marriage equality*, "Houston Law Review", vol. 52, n° 4, 2015, p. 1067 a 1120.
- FALLON, RICHARD, *Law and legitimacy in the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.
- FARIS, DAVID, *How democrats can make republicans pay for justice Gorsuch*, "The Week", 20/3/2017, <http://theweek.com/articles/681352/how-democrats-make-republicans-pay-justice-gorsuchrhc> [https://perma.cc/N4MA-VJ93].

- FLEMING, JAMES E., *Fidelity to our imperfect Constitution. For moral readings and against originalisms*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- *The new originalist manifesto*, “Constitutional Commentary”, vol. 28, 2012, p. 539 a 560.
- FRICKER, MIRANDA, *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- FRIEDBERG, ARTHUR L. - FRIEDBERG, IRA S., *Paper money of the United States*, Williston, Coin & Currency Institute, 2010.
- GOLDFARB, NEAL, *Brief for the Project on Government Oversight, the Brechner Center for Freedom of Information, and Tax Analysts as Amici Curiae in Support of Petitioners*, www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_briefs_pdfs_09_10_09_1279_PetitionerAmCuPOGO_BrechnerCtr_andTaxAnalystsnew.authcheckdam.pdf.
- GOLDSWORTHY, JEFFREY, *Legislative intentions, legislative supremacy, and legal positivism*, “San Diego Law Review”, vol. 42, n° 2, 2005, p. 493 a 518.
- GREEN, CHRISTOPHER R., *Originalism and the sense-reference distinction*, “St. Louis University Law Journal”, vol. 50, 2006, p. 555 a 627.
- GREENBERG, MARK - LITMAN, HARRY, *The meaning of original meaning*, “Georgia Law Journal”, vol. 86, 1998, p. 569 a 619.
- GREENE, JAMAL, *The anticanon*, “Harvard Law Review”, vol. 125, 2011, p. 379 a 475.
- *Selling originalism*, “Georgia Law Journal”, vol. 97, 2009, p. 657 a 721.
- GREENHOUSE, LINDA, *Justice Scalia’s fading legacy*, “New York Times”, 15/3/2018, www.nytimes.com/2018/03/15/opinion/justice-antonin-scalialeadership.html [http://perma.cc/GG9D-77AN].
- GRICE, PAUL H., *Studies in the way of words*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- GRIFFIN, STEPHEN M., *Pluralism in constitutional interpretation*, “Texas Law Review”, vol. 72, 1994, p. 1753.
- HARRISON, JOHN, *Reconstructing the privileges or immunities clause*, “Yale Law Journal”, vol. 101, 1992, p. 1385 a 1474.
- HUSCROFT, GRANT - MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The challenge of originalism. Theories of constitutional interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- INGRAM, DAVID, *On day 2, Kagan tries to appease republicans*, “National Law Journal”, 30/6/2010, <https://www.law.com/nationallawjournal/almID/1202463159121/On-Day-2-Kagan-Tries-to-Appease-Republicans/> [https://perma.cc/4LND-BLQU].
- KARLAN, PAMELA S., *Constitutional law as trademark*, “UC Davis Law Review”, vol. 43, n° 2, 2009, p. 385 a 410.
- KAY, RICHARD S., *Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses*, “Northwestern University Law Review”, vol. 82, n° 2, 1988, p. 226 a 292.
- KENDALL, JOSHUA, *The forgotten founding father. Noah Webster’s obsession and the creation of an american culture*, New York, Berkleys Books, 2012.
- KHAN, ALI, *The evolution of money: a story of constitutional nullification*, “University of Cincinnati Law Review”, vol. 67, 1999, p. 393.
- KISSAM, PHILIP C., *Explaining constitutional law publicly or, everyman’s Constitution*, “UMKC Law Review”, vol. 71, 2002, p. 77.

- KLARMAN, MICHAEL J., *Brown, originalism, and constitutional theory: a response to professor McConnell*, "Virginia Law Review", vol. 81, n° 7, 1995, p. 1881 a 1936.
- *The Plessy era*, "The Supreme Court Review", vol. 1998, 1998, p. 303.
- KLEIN, KENNETH S., *Ashcroft v. Iqbal crashes rule 8 pleading standards on to unconstitutional shores*, "Nebraska Law Review", vol. 88, n° 2, 2009, p. 261 a 287.
- LASH, KURT T., *The Fourteenth Amendment and the privileges and immunities of american citizenship*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- LAWSON, GARY, *Proving the law*, "Northwestern University Law Review", vol. 86, 1992, p. 859 a 904.
- LEE, THOMAS R. - MOURITSEN, STEPHEN C., *Judging ordinary meaning*, "Yale Law Journal", vol. 127, n° 4, 2018, p. 788 a 879.
- LEMIEUX, SCOTT, *Democrats: prepare to pack the Supreme Court*, "The New Republic", 10/5/2018, <https://newrepublic.com/article/148358/democrats-prepare-pack-supreme-court> [<https://perma.cc/F2NX-ZJ7E>].
- LOYD, HAROLD A., "Original" means old, "original" means new: an "original" look at what "originalists" do, "National Lawyers Guild Review", vol. 67, 2010, p. 135 a 155.
- LOFGREN, CHARLES A., *The Plessy case: a legal-historical interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- MANNING, JOHN F., *What divides textualists from purposivists?*, "Columbia Law Review", vol. 106, n° 1, 2006, p. 70 a 111.
- MASCOTT, JENNIFER L., *Who are "officers of the United States"?*, "Stanford Law Review", vol. 70, n° 2, 2018, p. 443 a 564.
- MCCONNELL, MICHAEL W., *Originalism and the desegregation decisions*, "Virginia Law Review", vol. 81, n° 4, 1995, p. 947 a 1140.
- *The originalist case for Brown v. Board of Education*, "Harvard Journal of Law and Public Policy", vol. 19, n° 4, 1995, p. 457 a 464.
- MCDONALD, BARRY P., *A reluctant apology for Plessy: a response to Akhil Amar*, "Pepperdine Law Review", vol. 39, n° 1, 2013, p. 91 a 99.
- MEESE III, EDWIN, "Speech before the American Bar Association", en CASSELL (ed.), *The great debate: interpreting our written Constitution*, Washington, The Federalist Society, 1986.
- *The case for originalism*, 6/6/2005, <https://www.heritage.org/commentary/the-case-originalism>.
- MEDINA, JOSÉ, *The epistemology of resistance: gender and racial oppression, epistemic injustice, and resistant imaginations*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- MOURITSEN, STEPHEN C., *Hard cases and hard data: assessing corpus linguistics as an empirical path to plain meaning*, "Columbia Science and Technology Law Review", vol. 13, 2011, p. 156.
- *The dictionary is not a fortress: definitional fallacies and a corpus-based approach to plain meaning*, "Brigham Young University Law Review", vol. 2010, n° 5, p. 1915 a 1979.
- NEJAIME, DOUGLAS, *Constitutional change, Courts, and social movements*, "Michigan Law Review", vol. 111, n° 6, 2013, p. 877 a 902.

- NÚÑEZ, D. CAROLINA, *War of the words: aliens, immigrants, citizens, and the language of exclusion*, "Brigham Young University Law Review", vol. 2013, n° 6, p. 1517 a 1562.
- O'NEILL, JONATHAN, *Originalism in american law and politics: a constitutional history*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2007.
- ORENSTEIN, AVIVA, *Sex, threats, and absent victims: the lessons of Regina v. Beddingfield for modern confrontation and domestic violence cases*, "Fordham Law Review", vol. 79, n° 1, 2011, p. 115 a 164.
- Original meaning jurisprudence: a sourcebook*, Washington, US Department of Justice, 1987.
- ORTNER, DANIEL M., *The merciful corpus: the rule of lenity, ambiguity and corpus linguistics*, "Boston University Public Interest Law Journal", vol. 25, 2016, p. 101.
- PAI, AJIT V., *Congress and the Constitution: the Legal Tender Act of 1862*, "Oregon Law Review", vol. 77, 1998, p. 535.
- PHILLIPS, JAMES C. - LEE, BENJAMIN - CRUMP, JACOB, *Corpus linguistics and "officers of the United States"*, "Harvard Journal of Law and Public Policy", vol. 42, 2019, p. 871 a 929.
- PHILLIPS, JAMES C. - ORTNER, DANIEL M. - LEE, THOMAS R., *Corpus linguistics & original public meaning: a new tool to make originalism more empirical*, "Yale Law Journal Forum", vol. 126, 2016, p. 21.
- POLLACK, SHELDON D., *Constitutional interpretation as political choice*, "University of Pittsburgh Law Review", vol. 48, n° 4, 1987, p. 989 a 1024.
- POND, SHEPARD, *The spanish dollar: the world's most famous silver coin*, "Bulletin of the Business Historical Society", vol. 15, n° 1, 1941, p. 12 a 16.
- POST, ROBERT - SIEGEL, SEVA, *Originalism as a political practice: the right's living Constitution*, "Fordham Law Review", vol. 75, n° 2, 2006, p. 545 a 574.
- POWELL, H. JEFFERSON, *The original understanding of original intent*, "Harvard Law Review", vol. 98, n° 5, 1985, p. 885 a 948.
- REDISH, MARTIN H. - ARNOULD, MATTHEW B., *Judicial review, constitutional interpretation, and the democratic dilemma: proposing a "controlled activism" alternative*, "Florida Law Review", vol. 64, n° 6, 2012, p. 1485 a 1537.
- ROONEY, M. FRANCES, *The privileges or immunities clause of the Fourteenth Amendment and an originalist defense of gender nondiscrimination*, "Georgia Journal of Law & Public Policy", vol. 15, 2017, p. 737.
- ROWAN, CARL T., *Equality as a constitutional concept*, "Maryland Law Review", vol. 47, n° 1, 1987, p. 10 a 21.
- SCALIA, ANTONIN, "Address before the attorney general's conference on economic liberties in Washington, D. C." (14/6/1986), en *Original meaning jurisprudence: a sourcebook*, Washington, US Department of Justice, 1987.
- SELLERS, MORTIMER, *Think of your latin when hurling accusations*, "The National Law Journal", 9/2/1998.
- SMITH, CRAIG - MOYÉ, ERIC V., *Outsourcing american civil justice: mandatory arbitration clauses in consumer and employment contracts*, "Texas Tech Law Review", vol. 44, n° 2, 2012, p. 281 a 301.
- SMITH, PETER J., *Originalism and level of generality*, "Georgia Law Review", vol. 51, 2017, p. 485 a 556.

- SNYDER, BRAD, *How the conservatives canonized Brown v. Board of Education*, "Rutgers Law Review", vol. 52, n° 2, 2000, p. 383.
- SOLAN, LAWRENCE M., *Can corpus linguistics help make originalism scientific?*, "Yale Law Journal Forum", vol. 126, 2016, p. 57 a 64.
- SOLUM, LAWRENCE B., *Blogging from APSA: the new originalism*, "Legal Theory Blog", 3/9/2007, <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2007/09/blogging-from-a.html> [<https://perma.cc/6CHC-JPEF>] (bloggeo en vivo en la reunión de la American Political Science Association y describiendo la presentación de BALKIN).
- *Communicative content and legal content*, "Notre Dame Law Review", vol. 89, n° 2, 2013, p. 479 a 519.
- *Construction and constraint, Discussion of living originalism*, "Jerusalem Review of Legal Studies", vol. 7, n° 1, 2013, p. 17 a 34.
- *District of Columbia v. Heller and originalism*, "Northwestern University Law Review", vol. 103, n° 2, 2009, p. 923 a 981.
- *Incorporation and originalist theory*, "Journal of Contemporary Legal Issues", vol. 18, 2009, p. 409 a 446.
- *Intellectual history as constitutional theory*, "Virginia Law Review", vol. 101, n° 4, 2015, p. 1111 a 1164.
- *Legal Theory Lexicon 007: the prisoners' dilemma*, "Legal Theory Lexicon", 13/4/2017, http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/10/legal_theory_le.html [<https://perma.cc/S9TY-RSZF>].
- *Originalism and constitutional construction*, "Fordham Law Review", vol. 82, n° 2, 2013, p. 453 a 537.
- *Originalist methodology*, "The University of Chicago Law Review", vol. 84, n° 1, 2017, p. 269 a 295.
- *Originalist theory and precedent: a public meaning approach*, "Constitutional Commentary", vol. 33, n° 3, 2018, p. 451 a 470.
- *Statement presented at the hearings on the nomination of honorable Neil M. Gorsuch to be an associate justice of the Supreme Court of the United States*, DPCOnline, 3-2017, p. 575.
- *The fixation thesis: the original meaning of the constitutional text*, "Notre Dame Law Review", vol. 91, n° 1, 2015, p. 1 a 78.
- *The interpretation-construction distinction*, "Constitutional Commentary", vol. 27, n° 3, 2011, p. 95 a 118.
- *Triangulating public meaning: corpus linguistics, immersion, and the constitutional record*, "Brigham Young University Law Review", vol. 2017, n° 6, p. 1621 a 1682.
- "Whats originalism?", en HUSCROFT, GRANT - MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The challenge of originalism. Theories of constitutional interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- STEIN, MARK S., *The domestic violence clause in "new originalist" theory*, "Hastings Constitutional Law Quarterly", vol. 37, n° 1, 2009, p. 129 a 140.
- STEINMETZ, SOL, *Semantic antics. How and why words change meaning*, New York - London, Random House Reference, 2008.
- STINNEFORD, JOHN J., *The original meaning of "cruel"*, "Georgetown Law Journal", vol. 105, n° 2, 2017, p. 441 a 506.
- *The original meaning of "unusual": the Eighth Amendment as a bar to cruel innovation*, "Northwestern University Law Review", vol. 102, n° 4, 2008, p. 1739 a 1825.

- STRANG, LEE J., *How big data can increase originalism's methodological rigor: using corpus linguistics to reveal original language conventions*, "UC Davis Law Review", vol. 50, nº 3, 2017, p. 1181 a 1241.
- STRAUSS, DAVID A., *Foreword: Does the Constitution mean what it says?*, "Harvard Law Review", vol. 129, nº 1, 2015, p. 1 a 61.
- *The living Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- STORY, JOSEPH L., *Commentaries on the Constitution of the United States*, Legacy Filiquarian, 1833.
- SUJA, THOMAS A., *The missing american jury: restoring the fundamental constitutional role of the criminal, civil, and grand juries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- *Why summary judgment is unconstitutional*, "Virginia Law Review", vol. 93, nº 1, mar. 2007, p. 139 a 180.
- SUMNER, WILLIAM G., *The spanish dollar and the colonial shilling*, "The American Historical Review", vol. 3, nº 4, jul. 1898, p. 607 a 619.
- TERBEEK, CALVIN J., *Originalism's obituary, Utah onLaw*, vol. 2015, nº 1, p. 29 a 47.
- The twenty dollars clause*, "Harvard Law Review", vol. 118, nº 5, 2005, p. 1665 a 1686.
- TURNER, RONALD, *Justice Antonin Scalia's flawed originalist justification for Brown v. Board of Education*, "Washington University Jurisprudence Review", vol. 9, nº 2, 2017, p. 179 a 218.
- *The problematics of the Brown-is-originalist project*, "Journal of Law and Policy", vol. 23, nº 2, 2015, p. 591 a 647.
- TUSHNET, MARK - GRABER, MARK A. - LEVINSON, SANFORD (eds.), *The Oxford handbook of the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- VIEIRA, EDWIN (JR.), *The forgotten role of the Constitution in monetary law*, "Texas Review of Law and Politics", vol. 2, nº 1, 1997, p. 77 a 124.
- WALTERS, RYANS D., *Fragmenting the judiciary: shifting implementation of Supreme Court doctrine from Federal Courts to State Courts*, "Capital University Law Review", vol. 42, nº 4, 2014, p. 951.
- WHITTINGTON, KEITH E., *Originalism: a critical introduction*, "Fordham Law Review", vol. 82, nº 2, 2013, p. 375 a 409.
- *Is originalism too conservative?*, "Harvard Journal of Law & Public Policy", vol. 34, nº 1, 2011, p. 29 a 41.
- WRIGHT, R. GEORGE, *Originalism and the problem of fundamental fairness*, "Marquette Law Review", vol. 91, nº 3, 2008, p. 687 a 721.