

## **POLARIZACIÓN, *THE FEDERALIST SOCIETY* Y EL ORIGINALISMO EN EL PROCESO DE NOMINACIÓN Y CONFIRMACIÓN JUDICIAL**

### **POLARIZATION, *THE FEDERALIST SOCIETY*, AND ORIGINALISM IN THE PROCESS OF JUDICIAL NOMINATION AND CONFIRMATION**

Jorge E. Rosa Vidal  
Programa de Educación Secundaria en Historia  
Facultad de Educación, UPRRP

Recibido: 18/09/2023; Revisado: 18/11/2023; Aceptado: 3/12/2023

#### **Resumen**

Este artículo analiza el desarrollo del proceso de nominación y confirmación judicial desde la incorporación de vistas públicas hasta la confirmación de la jueza Barret, destacando cambios que han polarizado el proceso. En particular, se discuten la tendencia de los nominados a ofrecer respuestas privilegiadas, los cambios al *filibuster* y el discurso contestatario de los senadores. Además, se evalúa el rol de *The Federalist Society* en la promulgación del originalismo como herramienta discursiva para desviar alegaciones de polarización. Por último, se comenta el éxito de esta filosofía jurídica, y se utiliza la historia reciente para responder a argumentos sobre su eventual fracaso.

**Palabras claves:** originalismo, polarización, The Federalist Society, filosofía jurídica

#### **Abstract**

This paper analyzes the development of the judicial nomination and confirmation process from the incorporation of public hearings to the confirmation of Justice Barret, highlighting changes that have polarized the process. Particularly, it discusses the tendency of nominees to offer privileged responses, changes to the filibuster, and the discourse of contestation utilized by senators. Moreover, the article evaluates the role of *The Federalist Society* in promulgating originalism as a discursive tool for diverting allegations of polarization. Lastly, this article comments on the success of this judicial philosophy and employs recent history in responding to arguments about its eventual downfall.

**Keywords:** originalism, polarization, The Federalist Society, judicial philosophy

## Introducción

La polarización en el Congreso de los Estados Unidos de América ha avanzado de manera rápida y forzosa durante los últimos veinte años. El desarrollo de este fenómeno ha sido de tal magnitud que, insertándose en los procedimientos del Comité de lo Jurídico del Senado, cambió generacionalmente la composición de la judicatura en todos sus niveles. Sin embargo, a pesar de este último dato, en ningún instante o proceso la polarización a la que se hace referencia es tan marcada como en el de confirmar jueces a la Corte Suprema.

Esto se vuelve evidente al considerar cómo fueron confirmados los últimos miembros de la Corte Suprema. Los jueces Gorsuch, Kavanaugh, Barret y Jackson—en el orden en que se unieron a la Corte—recibieron un promedio de 52 votos a su favor. En ninguno de estos casos el partido de oposición a la administración presidencial mostró apoyo significativo a los nominados; ningún nominado recibió más de cuatro votos de la oposición. Incluso las dos juezas que les anteceden—Sotomayor y Kagan, en el orden en que se unieron a la Corte—, a pesar de haber sido confirmadas con 68 y 63 votos, recibieron un apoyo mínimo por parte del partido de oposición: nueve votos en el caso de Sotomayor y cinco en el caso de Kagan. Similarmente, el juez Alito fue confirmado con tan solo cuatro votos del partido de oposición. Se requiere retroceder hasta la confirmación del juez presidente Roberts y a las confirmaciones que ocurrieron entre 1970 y 1994, exceptuando a los jueces Rehnquist y Thomas, para presenciar verdaderos momentos de bipartidismo (United States Senate, n.f.).

Como se discute adelante, la transformación del proceso de confirmación ha sido propiciada por una serie de cambios directos e indirectos. La evolución del *filibuster* senatorial ejemplifica los cambios directos, mientras que las estrategias utilizadas por los nominados para evadir preguntas representan cambios indirectos. Adicionalmente, la inserción de *The Federalist Society* como propulsor de la filosofía jurídica originalista en el proceso de nominaciones y confirmaciones es otro cambio indirecto. Más allá de promover el originalismo a través de conferencias y simposios para abogados y estudiantes de derecho, la organización se encarga de cultivar relaciones personales entre sus miembros que permitan evaluar y nombrar candidatos a todo tipo de puestos gubernamentales utilizando como criterio su compromiso con esta metodología de interpretación.

El impacto de *The Federalist Society* y la prevalencia del originalismo han generado críticas políticas. Entre ellas, una que ha cobrado popularidad establece que el originalismo es utilizado como una herramienta discursiva que disfraza de imparcial el activismo judicial conservador y su sesgo en contra de políticas públicas que gozan de apoyo popular. A partir de eso esta crítica plantea que el éxito contemporáneo del originalismo no se debe a sus méritos, sino a una falsa noción de neutralidad que es atractiva para la población dada la alta polarización de los procesos políticos.

Una investigación reciente sobre el tema de la filosofía jurídica y su percepción pública provee resultados útiles para evaluar esa crítica. Los hallazgos del estudio parecen ponerla en duda, aunque no logran descartarla de manera concluyente. En particular, el estudio parece destacar una preferencia genuina por los méritos metodológicos del originalismo que va más allá del aspecto discursivo (Krewson & Owens, 2021). Interesantemente, hay quienes señalan, como el profesor Eric Posner, que, aunque esa preferencia metodológica sea genuina, eventualmente será desfavorecida porque produce resultados que, como se mencionó anteriormente, son contrarios a las preferencias populares de política pública. Según Posner (2011), el problema para el originalismo radica en que es incompatible con políticas públicas de “gobierno grande” que son populares; aunque la ciudadanía aprecia que los jueces se ciñan al texto, sus preferencias de política pública toman primacía al evaluar la labor judicial. A continuación, se analizan de manera profunda los hallazgos del estudio realizado por Krewson y Owens (2021), y, considerando tanto desarrollos históricos recientes como aspectos estructurales del sistema político estadounidense, se utilizan para evaluar la predicción de Posner sobre el futuro del originalismo.

### **Desarrollo histórico**

El proceso para nominar y confirmar jueces a la Corte Suprema tiene sus orígenes en la Constitución de Estados Unidos de América. La Sección 2, Artículo II del documento establece que el presidente tendrá el poder de hacer las nominaciones, mientras que le asigna al Senado la tarea de ofrecer su consejo y consentimiento respecto a la nominación. Históricamente, aunque el “consejo y consentimiento” del Senado se ha manifestado de distintas maneras, la más longeva ha sido el voto de los senadores a favor o en contra del nominado. Otros aspectos del proceso, como las vistas públicas de confirmación, son más recientes.

La primera vista de confirmación se llevó a cabo en 1916. El presidente Woodrow Wilson había nominado a Louis Brandeis a una vacante en la Corte Suprema y, de ser confirmado, Brandeis se convertiría en el primer juez judío de la Corte.

Preocupados por lo que percibían como una amenaza etno-religiosa y valores radicalmente alejados de la tradición estadounidense, algunos senadores en el Comité de lo Jurídico instituyeron la vista para expresar sus inquietudes. Brandeis no testificó en la vista, y ningún nominado lo haría hasta 1939 con la nominación de Félix Frankfurter (Boyd, 2023). Curiosamente, este también se enfrentaba a acusaciones de ser insuficientemente estadounidense por razón de su etnicidad austriaco-judía (Boyd, 2023).

Este tipo de consideraciones raciales continuó, y continúa, formando parte del proceso de confirmación. Las vistas sobre la nominación de Thurgood Marshall, confirmado como primer juez negro de la Corte en 1967, estuvieron contenciosamente marcadas por estereotipos raciales y cuestionamientos a su inteligencia y carácter moral (Boyd, 2023). De la misma manera, las vistas sobre la nominación de la jueza Sotomayor incluyeron alusiones a estereotipos latinos cuando se le intentaba desacreditar como demasiado emocional (Boyd, 2023).

Desde las vistas del juez Frankfurter, no es hasta la nominación de Robert Bork en 1987 que el proceso experimenta otro gran instante de polarización. Sus vistas son generalmente consideradas como el momento definitorio de ese desarrollo (Krewson, 2021). Contrario a la norma actual, Bork se mostró en la mejor disposición para contestar las preguntas de los senadores. Sin embargo, la franqueza de sus respuestas y su dependencia de tecnicismos legalistas solo parecían reforzar las acusaciones de extremismo que eran lanzadas en su contra, y que fueron un elemento importante en el rechazo de su nominación (Brannon, 2022). La nominación de Bork estableció un precedente a evitar. Luego de ver el resultado de su estrategia, nominados más recientes se han mostrado menos dispuestos a expresar sus posturas (Brannon, 2022).

Ringhand y Collins (2018) han estudiado el impacto del precedente establecido por Bork empleando el concepto “respuestas privilegiadas”. Con él hacen referencia a aquellas preguntas que el nominado se rehúsa a contestar argumentando que su respuesta crearía la apariencia de sesgos, interferiría con la independencia judicial, o sería inapropiada por alguna otra razón. En específico, más allá de presentar la notoriamente baja cantidad de respuestas privilegiadas que ofreció Bork, los autores destacan un alza significativa en la cantidad de respuestas privilegiadas ofrecidas por candidatos posteriores. Tras haber visto dos cambios directos al proceso—la implementación de vistas y el testimonio de los nominados—la indisposición de los nominados a contestar ciertas preguntas, como se discute con más detalle en la

próxima parte de este trabajo, es el primer cambio indirecto que abre paso a un proceso más polarizado.

El próximo desarrollo significativo en el proceso de confirmación ocurrió en el 2013 cuando el Senado eliminó el *filibuster* para nominados judiciales a cortes de distrito y cortes apelativas, pero no para nominados a la Corte Suprema. Esto significaba que el debate en el hemiciclo sobre una confirmación judicial podía terminarse con una mayoría simple de 51 votos en lugar de 60, y el nominado se confirmaba más fácilmente. La eliminación de esa regla no solo nació de una creciente polarización, sino que generó polarización. Como concluyen Nash y Shepherd (2020), luego de eliminar el *filibuster* los jueces nominados por el presidente Barack Obama fueron más jóvenes, más ideológicamente liberales, y los jueces para quienes habían sido oficiales jurídicos eran más liberales. Además, los jueces de distrito comenzaron a utilizar lenguaje en sus opiniones que resaltaba su capacidad para ser elevados a cortes apelativas. Aquellos que eran Demócratas comenzaron a utilizar lenguaje más liberal, mientras que aquellos que eran Republicanos adoptaron un lenguaje más conservador (Nash & Shepherd, 2020).

Habiéndose llevado a cabo por una mayoría Demócrata y estrecha en el Senado, la eliminación del *filibuster* para nominados judiciales a cortes de distrito o apelativas desató una fuerte oposición en las filas republicanas. En respuesta, los Republicanos realizaron un cambio similar, pero significativo, al proceso de confirmaciones judiciales. En el 2016, tras la muerte del juez Scalia, el presidente Obama nominó a Merrick Garland a la Corte Suprema. El Senado, controlado por el Partido Republicano, invocó la Regla Thurmond y se rehusó a actuar sobre la nominación. La Regla Thurmond no es oficial, pero generalmente establece que, durante un año electoral, después de un tiempo, el Senado debe dejar de actuar sobre nominaciones judiciales a menos que sean incontrovertibles y amasen apoyo de ambos partidos (Chang & Freeman, 2021).

El Partido Republicano tomó control de la presidencia en el 2016, retuvo el Senado estrechamente e intentó llenar la vacante. Luego de lo ocurrido con la nominación de Garland, ningún nominado recibiría apoyo sustancial de la oposición. Por ello, cuando el presidente Trump nominó a Neil Gorsuch en el 2017, la mayoría Republicana del Senado eliminó el *filibuster* para nominados a la Corte Suprema. El resultado de estos dos cambios, aunque intuitivo, también recibe apoyo empírico; que los Demócratas eliminaran el *filibuster* para nominados a cortes de distrito y apelaciones, y que los Republicanos lo eliminaran para nominados a la Corte Suprema dio al público la apariencia de que las confirmaciones solo dependen de la ideología y el partido del nominado (Krewson, 2021). Poco a poco, además de

afectar el procedimiento, la polarización comenzaba a impactar más de cerca cómo se percibía la Corte.

Las nuevas reglas para la confirmación permitieron que el presidente Trump llenara dos vacantes adicionales en la Corte Suprema. De estas, la primera ciertamente fue políticamente controversial puesto que el actual juez Kavanaugh enfrentó acusaciones de agresión sexual. Las mismas fueron un tema contencioso en las vistas realizadas por el Comité de lo Jurídico. No obstante, el nominado fue aprobado en el Senado con un solo voto de la oposición.

La tercera nominación del presidente Trump también es importante en el desarrollo de la polarización. En el 2020, año de elecciones, falleció la jueza Ginsburg. La situación resultante era similar a la del 2017. El presidente Trump rápidamente compartió su intención de llenar la vacante, y los Demócratas en el Senado invocaron la Regla Thurmond—al igual que hicieron los Republicanos en 2017—para argumentar que el próximo presidente debía llenar la vacante (Chang & Freeman, 2021). La diferencia crucial entre el 2017 y el 2020 fue que, durante este último, los Republicanos controlaban el Senado, y tenían los votos para confirmar a un nominado por mayoría simple. Ante esa realidad, Trump rápidamente nominó a Amy Coney Barret, y el Senado la confirmó en 27 días. Su confirmación ocurrió tan solo ocho días antes de la elección (Chang & Freeman). Las circunstancias de este evento fueron tan peculiares y significativas para el proceso de confirmación que incluso la cobertura mediática tenía como temas de enfoque la Regla Thurmond, la filosofía jurídica de la jueza y los votos que emitiría en casos controversiales (Chang & Freeman, 2021). Con la confirmación de la jueza Barret y las distintas invocaciones de la Regla Thurmond, se consolidó la imagen polarizada del proceso.

### **Respuestas privilegiadas y la adaptación senatorial**

Antes se ha discutido cómo, tras la nominación fracasada de Robert Bork, los nominados han limitado sus respuestas ante el Comité de lo Jurídico. A continuación, se abunda con más profundidad sobre la propia evolución de ese fenómeno y su relación con la polarización del proceso de confirmación.

La cautela al contestar preguntas del Comité quedó plasmada de manera más clara con la nominación de Ruth Bader Ginsburg en 1993. Tras su confirmación, pasaron a conocerse como invocaciones de la “Regla Ginsburg” cada vez que un nominado evitaba declarar su postura sobre un caso o controversia porque posiblemente se vería ante la Corte o porque su respuesta podría sugerir prejuicio en el caso (Brannon

& Lampe, 2022). Puesto de otra manera, se dio nombre a lo que Ringhand y Collins posteriormente llamarían respuestas privilegiadas.

Sin embargo, aunque la invocación de la Regla Ginsburg se ha vuelto práctica común y explícita—como lo fue en la confirmación de la jueza Barret (Sherman, 2020)—los autores previamente mencionados resaltan una transformación importante. Para ello, utilizan las confirmaciones de la jueza Ginsburg y la del juez Gorsuch de manera comparativa. Ringhand y Collins encuentran que la primera versión de la Regla Ginsburg tenía dos elementos claves, y el primero era la respuesta privilegiada como ya se ha discutido. El segundo era la afirmación de concordancia con el consenso constitucional del momento, y los autores lo proponen como un mecanismo para balancear el primer elemento. Ahora bien, si en eso consistía la Regla Ginsburg, Ringhand y Collins notan que en las vistas para confirmar al juez Gorsuch quedó omitido el segundo elemento de la regla; el juez Gorsuch en muy pocas ocasiones afirmó su concordancia con el precedente (Ringhand & Collins, 2018). Sin embargo, vale la pena cuestionar la aseveración de balance hecha por los autores ya que presupone un juicio valorativo más favorable a la interpretación jurídica en base a precedente, además de que cataloga como “consenso constitucional” a casos como *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey* a pesar de haber sido controversiales desde el momento en que fueron decididos (Ringhand & Collins, 2018).

Los senadores se han visto obligados a modificar sus estrategias de cuestionamiento en vista de la evolución de la Regla Ginsburg. Algunos han optado por lo que Rogowski y Stone (2021) llaman *contestation*; cuando figuras partidistas hacen declaraciones políticas sobre jueces y proyectan sobre ellos sus diferencias ideológicas. Esto genera polarización. En el caso de confirmaciones a la Corte Suprema, los autores encuentran que las personas evalúan a los nominados de manera similar sin importar sus afiliaciones partidistas, pero cuando son expuestos a la retórica contestataria cambian su evaluación de acuerdo con el discurso favorecido por su partido (Rogowski & Stone, 2018).

Otros han optado por una dirección que, a primera vista, parece menos polarizada. Reconociendo la futilidad de preguntar a un nominado cómo votará en un caso específico, estos senadores enfocan sus preguntas en la filosofía jurídica del nominado, sus declaraciones previas, casos que ha decidido y su perspectiva sobre procesos judiciales y éticos (Brannon & Lampe, 2022). No obstante, el propósito sigue siendo el mismo: auscultar cómo votará el nominado.

De esos temas, el que ha cobrado más importancia es la filosofía jurídica: el acercamiento de cada juez a la interpretación estatutaria y constitucional (Brannon & Lampe, 2022). Por ejemplo, el juez Thomas recibió preguntas sobre el rol que la ley natural ejercía en la interpretación constitucional, el juez Gorsuch fue interrogado sobre su filosofía originalista y la jueza Kagan explicó su creencia en aplicar la Constitución a nuevas circunstancias, pero su discrepancia con lo que tradicionalmente se asocia al “constitucionalismo vivo” (Brannon & Lampe, 2022).

La razón por la que este acercamiento a las vistas de confirmación puede aparentar neutralidad es que se enfoca en lo que parece ser meramente procesal (la filosofía o metodología jurídica de cada juez) en lugar de lo sustantivo (los resultados de esas metodologías y sus impactos en la política pública). Aun así, circunstancias que son producto de la polarización del proceso de confirmación hacen de esta neutralidad una apariencia cuestionable. En primer lugar, ambos partidos favorecen filosofías jurídicas que son incompatibles entre sí, de manera que los nominados incontrovertibles han sido relegados al pasado (Shapiro, 2021). Además, las filosofías jurídicas encajan muy claramente con resultados de tipo ideológico; no hay muchos originalistas liberales, ni muchos conservadores que se suscriban a la “constitución viviente” (Shapiro, 2021). Por último, este cambio de discurso no ha dificultado que organizaciones liberales y conservadores se inserten en el proceso para impulsar sus intereses. Ambos bandos se han adaptado al nuevo terreno de juego. Como menciona Shapiro (2021) sobre el conservadurismo, este movimiento ya no busca únicamente candidatos con posturas de centro y derecha, sino que se ha enfocado en reclutar posibles nominados cuyo historial judicial muestra un compromiso sólido con el originalismo y el textualismo. Sobre este fenómeno no hay mejor ejemplo que el de *The Federalist Society*.

### **Exportación del consejo y consentimiento: *The Federalist Society***

La participación de grupos de interés en el proceso de nominación y confirmación no es nueva y mucho menos insignificante. De hecho, va en aumento. En el 2005, la nominación del juez Alito generó una inversión de \$2.3 millones en campañas a su favor y en su contra. Ya para el 2020, ante la nominación de la jueza Barret, esa cifra era de \$20 millones (Krewon & Schroedel, 2022). Además, grupos como la *American Constitution Society*, de tipo liberal, operan con presupuestos anuales de \$6 millones. Sin embargo, ese presupuesto difícilmente compara con los \$20 millones que dispone anualmente *The Federalist Society* para sus fines (Toobin, 2017). Por ser actualmente más influyente, este artículo se enfoca en *The Federalist Society*.

Esta organización surge en las escuelas de derecho de la Universidad de Chicago y la Universidad de Yale, donde los consejeros eran Antonin Scalia y Robert Bork, respectivamente. En el contexto académico, la organización se imaginaba a sí misma como un espacio para resistir el liberalismo legal, promover corrientes originalistas y textualistas, y defender la separación de poderes como el mejor mecanismo para la protección de la libertad (Toobin, 2017). Luego, con el crecimiento de la organización, se instituyeron capítulos de abogados a través de la nación para mantener las relaciones entre los miembros (Toobin, 2017). Instrumental en la conformación de estos fue Leonard Leo, vicepresidente de la organización y su figura más prominente. Él no solo ha ayudado a agrupar estudiantes y abogados de manera que se refuercen los valores de la organización, sino que también ha intervenido directamente en el proceso de nominación y confirmación de múltiples jueces, y en particular cinco actuales jueces de la Corte Suprema.

Como destaca Southwick (2020), el trabajo relacionado a las nominaciones judiciales con el tiempo se ha concentrado en la Oficina del Consejo Legal de la Casa Blanca. Leo, como figura prominente en *The Federalist Society*, logra entablar relaciones con los miembros de la organización desde que están en escuela de derecho, siguen en contacto mediante las actividades para abogados, y cuando alcanzan puestos en la Oficina del Consejo ya existe una vía de comunicación abierta y eficiente. En base a eso, Leo y la organización se han vuelto prácticamente contratistas para el proceso de nominación bajo administraciones republicanas. Más allá de formar a juristas originalistas y textualistas, la organización sirve como filtro para el reclutamiento y la validación de posibles nominados a los tres niveles de la rama judicial (Southwick, 2020). *The Federalist Society* tiene los recursos para buscar y revisar el historial de posibles nominados cuyo trabajo sea consistente con las metas de la organización, y que no generen controversias sorpresivas o innecesarias en su proceso de confirmación (Southwick, 2020).

Varios casos ilustran el impacto y la misión de la organización. Tomemos por ejemplo la decisión de la Corte en *Planned Parenthood v. Casey*. En esa controversia, la jueza O'Connor, junto a los jueces Kennedy y Souter—todos nominados por presidentes Republicanos—fallaron a favor de *Planned Parenthood* y la preservación de un derecho al aborto. Ninguno de esos tres jueces tenía lazos con *The Federalist Society*. Por el contrario, seis de los miembros de la Corte que revocó ese precedente en el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del 2022 participan de la organización; los seis miembros que votaron por revocar el precedente (Green, 2022).

La participación de Leo fue particularmente importante en las nominaciones de los jueces Gorsuch, Kavanaugh y Barret. Leo se reunió con el entonces candidato presidencial Donald Trump y conformó para él una lista de posibles nominados a la Corte Suprema que estarían considerando en caso de que ganara la presidencia. Según expresa Leo, Trump solicitó jueces que interpretaran la Constitución de la manera en que los fundadores la entendían (Toobin, 2017). Sin embargo, los discursos políticos del candidato enfatizaban la nominación de jueces que revocarían los casos de *Roe* y *Casey*. Esto es crucial para Toobin (2017) puesto que refleja la utilización del enfoque en la filosofía jurídica para desviar la atención de resultados legales enteramente predecibles. Los jueces Gorsuch, Kavanaugh y Barret aparecían en la lista que Leo preparó y luego Trump publicó (Southwick, 2020).

### **El triunfo del originalismo**

Conuerdo con Toobin cuando expresa que parte del éxito de la organización se debe a la separación entre la filosofía jurídica y los resultados que esta produce. Sin embargo, añado que también influye independientemente el ofrecimiento de una apariencia de imparcialidad en un proceso sumamente polarizado. El trabajo de Krewson y Owens sobre la percepción pública de las filosofías jurídicas es vitalmente informativo para explicar esto.

La literatura sobre este tema sostiene que los ciudadanos son conscientes de que existen elementos extralegales que influyen en el trabajo de los jueces. Sin embargo, favorecen generalmente que estos se mantengan cercanos a la ley (Krewson & Owens, 2021). El apoyo a los jueces disminuye a medida que sus votos se entienden como estratégicos y no el resultado de argumentos legales. No obstante, la oposición o el favorecimiento a un nominado depende fuertemente del partido, la ideología, las cualificaciones y la identidad compartida (Krewson & Owens, 2021). Aun así, la filosofía jurídica es un factor de injerencia significativa.

En general, las personas no tienen mucho conocimiento sobre el concepto “filosofía jurídica” o sus variantes. Sin embargo, cuando estas reciben información básica sobre el tema, Krewson y Owens (2021) encuentran que la categoría se convierte en un elemento de juicio. Esto es importante porque el tema es frecuente en las vistas, ocupando entre el 10% y el 20% de los comentarios, y la cobertura mediática del proceso de confirmación (Krewson & Owens, 2021).

Para determinar cuál de las filosofías jurídicas es preferida por la ciudadanía, Krewson y Owens informaron a un grupo de sujetos sobre las tres corrientes

principales de interpretación legal. Importantemente, no utilizaron los nombres comúnmente asociados con ellas para evitar que se reconociera el lenguaje utilizado por los líderes de los partidos con los que los participantes se identificaban (Krewson & Owens, 2021). Describieron el originalismo como la búsqueda por la intención de los fundadores, o la interpretación de la Constitución de acuerdo con lo que las palabras significaban en el momento en que se escribieron. En segundo lugar, se describió el constitucionalismo vivo como la interpretación de la Constitución según la evolución de los valores de la ciudadanía. Por último, describieron el *stare decisis* como la interpretación de la Constitución de acuerdo con los casos previamente decididos (Krewson & Owens, 2021). Luego de compartir esa información, los investigadores presentaron a los participantes una serie de nominados hipotéticos con distintas filosofías, partidos, ideologías y demás características, para que escogieran a cuáles preferían y así poder evaluar los elementos de juicio (Krewson & Owens, 2021).

Los autores no solo encontraron que la filosofía jurídica era un elemento de juicio, sino que su impacto era comparable al de la ideología y las cualificaciones del candidato. De hecho, la filosofía jurídica quedó como el tercer elemento de juicio más importante (Krewson & Owens, 2021). Más allá de esto, hallaron que el público en general prefiere jueces moderados a liberales o conservadores por 4 puntos porcentuales y favorece por 5 puntos porcentuales el originalismo (que fue la opción preferida) sobre el constitucionalismo vivo (que fue la menos preferida) (Krewson & Owens, 2021).

Estos datos apoyan lo antes planteado; un discurso enfocado en la filosofía jurídica es útil para evadir la polarización en el proceso de confirmación. Más aún, es precisamente la preferencia del público por la neutralidad lo que ha permitido que el originalismo, por ser la filosofía que menos se distancia del texto de la ley, emerja como la corriente preferida. De ahí que *The Federalist Society* sea tan exitoso en la difusión de su filosofía preferida y la adquisición de sus resultados preferidos; el originalismo ofrece un sentido de imparcialidad favorecido por el público.

### **¿El fin del originalismo?**

Como se anticipó en la introducción, el profesor Posner ha comentado la posibilidad de que el originalismo pierda su atractivo. Argumenta que, aunque las personas aprecian la fidelidad judicial al texto de la ley, el originalismo a largo plazo se quedará sin apoyo porque es incongruente con algunas de las políticas de “gobierno grande” que tienen apoyo ciudadano (Posner, 2011, párr. 11). Discrepo de ese

planteamiento, y me parece que el sistema político estadounidense y la historia reciente arrojan duda sobre él.

Para comenzar a enfrentar la predicción de Posner, es útil considerar la decisión de la Corte Suprema en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* que revocó los precedentes sobre el aborto de *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey*. Esta revocación no fue bien recibida por la población en general. Los Demócratas utilizaron el tema para movilizar a los votantes en las elecciones de medio término del 2022 y así sumarse un escaño senatorial. Además, aunque perdieron el control de la Cámara de Representantes, lograron reducir sustancialmente el margen de pérdida esperado. Las consecuencias a nivel estatal son aún más interesantes. En seis estados—California, Michigan, Vermont, Kansas, Kentucky y Montana—se llevaron a cabo referéndums sobre el tema del aborto, y en cada uno los resultados fueron en contra de las limitaciones al aborto o en favor del establecimiento de un derecho al aborto (Ballotpedia, s.f.).

Basado en esos desarrollos, creo que la postura de Posner subestima las posibilidades de la política legislativa estatal y federal. Aunque se asuma que el originalismo llevaría a la Corte a actuar en contra de algunos programas con apoyo popular, no es necesariamente cierto que la llevaría a eliminar la capacidad del gobierno federal para legislarlos en su totalidad. Además, si ese fuera el caso, el gobierno federal aún podría utilizar otros mecanismos para apoyar monetariamente iniciativas estatales que replacen las federales. Todo esto sin considerar que, como ejemplifica la situación respecto al aborto, la ciudadanía retiene la capacidad de expresar sus preferencias a nivel estatal. La predicción de Posner es difícil de aceptar ya que la Corte tendría que severamente limitar la capacidad legislativa del Congreso respecto a los programas de “gobierno grande”, limitar su capacidad para condicionar parte del apoyo monetario estatal a la implementación o el cumplimiento con políticas de “gobierno grande”, y, por último, inmiscuirse en la esfera estatal—cosa que el originalismo federal no favorece—para imponer las mismas limitaciones legislativas. Estos eventos, en conjunto, son improbables.

## **Conclusión**

El punto de partida que legitima la postura de Posner es asumir que el público evalúa a la judicatura por sus resultados y no por su filosofía. El trabajo de Krewson y Owens, aunque no descarta esa posibilidad, ofrece información que la contradice seriamente. La ciudadanía no solo toma en consideración la filosofía jurídica, sino que valora el distanciamiento de la política en la labor judicial. No obstante, la

tendencia histórica reflejada en los procesos de confirmación para vacantes en la Corte Suprema es hacia mayor polarización. Esa situación ha permitido que el originalismo, por su profesada lealtad al texto, triunfe como una metodología de interpretación que se percibe como apartada de consideraciones políticas o personales. Aun cuando ha sido apoyado por grupos abiertamente conservadores como *The Federalist Society*, las características del originalismo parecen ser lo suficientemente deseables como para que este sea exitoso ante la ciudadanía. En ese sentido, aunque quizás se invoque en contextos políticos como una herramienta discursiva para disfrazar la polarización del proceso de confirmación a la rama judicial, la complejidad y la valorización pública del originalismo no se limitan a una mera apariencia de imparcialidad.

## Referencias

- Ballotpedia. (s.f.). *2022 abortion-related ballot measures*. Recuperado el 4 de mayo de 2023, de [https://ballotpedia.org/2022\\_abortion-related\\_ballot\\_measures](https://ballotpedia.org/2022_abortion-related_ballot_measures).
- Brannon, V. C., & Lampe, J. R. (2022, marzo 17). *Questioning judicial nominees: Legal limitations and practice*. Congressional Research Services. Recuperado el 4 de mayo de 2023, de <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45300>.
- Boyd, C., Collins, P., Ringhand, L., & Pennington, K. (2023). Constructing the Supreme Court: How race, ethnicity, and gender have affected presidential selection and Senate confirmation hearings. *Polity*, 55(2), 400–409. <https://doi.org/10.1086/724163>.
- Chang, C., & Freeman, J. (2021). Supreme Court confirmation of Amy Coney Barrett: "Blatant Act of Bad Faith"? *DttP: Documents to the People*, 49(3-4), 30-36. <https://journals.ala.org/index.php/dtt/article/view/7688/10661>
- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_\_\_\_ (2022). [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf)
- Green, E. (2022, julio 24). How the Federalist Society won. *The New Yorker*. <https://www.newyorker.com/news/annals-of-education/how-the-federalist-society-won>.

- Krewson, C., & Owens, R. (2021). Public support for judicial philosophies: Evidence from a conjoint experiment. *Journal of Law and Courts*, 9(1), 89-110. <https://doi.org/10.1086/712649>.
- Nash, J. R., & Shepherd, J. (2020). Filibuster change and judicial appointments. *Journal of Empirical Legal Studies*, 17(4), 646-695. <https://doi.org/10.1111/jels.12271>.
- Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1991).
- Posner, E. A. (2011, enero 14). Why originalism is so popular. *The New Republic*. <https://newrepublic.com/article/81480/republicans-constitution-originalism-popular>.
- Ringhand, L. A., & Collins, P. (2018). Neil Gorsuch and the Ginsburg Rules. *Chicago-Kent Law Review*, 93(2), 475-504. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4210&context=cklawreview>
- Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>
- Rogowski, J., & Stone, A. (2021). How political contestation over judicial nominations polarizes Americans' attitudes toward the Supreme Court. *British Journal of Political Science*, 51(3), 1251-1269. <https://doi.org/10.1017/S0007123419000383>.
- Shapiro, I. (2021, julio 20). *The politics of Supreme Court confirmations and recommendations for reform*. Cato Institute. <https://www.cato.org/testimony/perspectives-supreme-court-practitioners-views-confirmation-process>.
- Sherman, M. (2020, octubre 13). Barrett cites 'Ginsburg rule' that Ginsburg didn't follow. *AP NEWS*. <https://apnews.com/article/gay-rights-ruth-bader-ginsburg-confirmation-hearings-amy-coney-barrett-us-supreme-court-b970417abe65977bc8031856aa769eda>.
- Southwick, L. H. (2020). A survivor's perspective: Federal judicial selection from George Bush to Donald Trump. *Notre Dame Law Review*, 95(5), 1847-1926. <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol95/iss5/3/>

Toobin, J. (2017, abril 10). The conservative pipeline to the Supreme Court. *The New Yorker*. <https://www.newyorker.com/magazine/2017/04/17/the-conservative-pipeline-to-the-supreme-court>.

United States Senate. (N.F.). *Supreme Court nominations (1789-present)*. Recuperado el 4 de mayo de 2023, de <https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)