

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

29

(2000)



giuffrè editore milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

CONSTITUYENCIA DE DERECHOS ENTRE
AMÉRICA Y EUROPA:

*Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American
Constitution, Constitution of Europe* ⁽¹⁾

1. *Creation*: el *Bill of Rights* como génesis. — 1.1. Una pieza original: la criatura inexistente. — 1.2. Generación nada espontánea: entre enmiendas, el texto. — 1.3. Una historia redoblada: primer acto, de los poderes. — 1.4. Recreación en el arranque: segundo acto, de los derechos. — 1.5. Ilustraciones someras: prensa, jurado y *common law*. — 2. *Reconstruction*: el *Bill of Rights* como deuteronomio. — 2.1. Punto de partida definitivo: la esclavitud abolida. — 2.2. Presentación de los sujetos: varones blancos y demás. — 2.3. Todo un trayecto: del pueblo al individuo y viceversa. — 2.4. Constitución documentada y enmendada: texto y origen. — 2.5. Estaciones en vía muerta: España, 1869, y otras europeas. — 3. Epílogo: autoridad constitucional y dependencia cultural.

1. Creation: *el Bill of Rights como génesis*

No man is allowed to be a judge in his own cause,
because his interest would certainly bias his judgment.

Nadie puede ser juez y parte porque el interés sesga
el juicio.

JAMES MADISON (1787)

The Bill of Rights, la Declaración de Derechos, de Akhil Amar es un libro que se presenta dividido en dos partes como el subtítulo debidamente anuncia: *Creation y Reconstruction*, creación y reconstrucción, con un *afterword* o epílogo. Es un primer aviso de que una

(1) Para abordaje y tratamiento me sirvo, lo confieso, de pretextos, el principal, AKHIL REED AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998, al que se remiten mis citas directas entre paréntesis en texto; el segundo y el tercero, BRUCE ACKERMAN, *We the People*, Cambridge, Mass., Harvard

materia que en principio pudiera parecernos a nuestras alturas más bien sencilla, la de formular unos derechos de libertad para un sistema de Constitución, tal vez no lo sea tanto o no lo resulte en absoluto. Así ocurre al menos en los Estados Unidos de América, en esta entidad sin nombre propio a la que el libro se dedica en exclusiva no sintiendo necesidad mínima de que el título haga la advertencia. *American Constitution* se le dice sin empacho a esa concreta. Quizás, ya veremos, el desliz no sea tan indebido y pueda hacerse en efecto gracia de este otro aviso. No empecemos desconfiando. Como gesto adopto el índice, el desdoble de entrada con epílogo de salida, aunque las categorías que lo articulan, las de creación sin constitución y recreación con reconstitución, pues así de asimétrico se sustanciará el binomio, no vayan luego a resultar del todo coincidentes entre libro y lectura.

Entre libros y lecturas varios trato de *constituyencia*, esto es, de agencia constituyente. *We the People*, nosotros el pueblo, se determina por medio inicialmente de *Bill of Rights*, de declaración de derechos, para logro finalmente de *Freedom's Law*, de ordenamiento de libertad, todo esto que ha venido en acreditarse con la calificación de constitucional. Pues *Constitution*, Constitución con la mayúscula distintiva, es hoy la expresión básica y sintética del empeño, mientras que *constituency*, constituyencia, el sujeto que se expresa y la forma de expresarse, ambos extremos. ¿Resulta todo esto así de sencillo? No lo es para nada en el caso de la *American Constitution*, la de los Estados Unidos, que contemplo no tanto por interés intrínseco

University Press, 1991-1998, I, *Foundations*, II, *Transformations*, hasta el momento, y RONALD DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, New York, Oxford University Press, 1996, con los que cometo la flagrante injusticia de relegarlos a notas, como corresponsal activo el uno y contrapunto pasivo el otro, y para los cuales, como en general, no pagino las remisiones a fin de paliar desatención con incitación a visita y trato sin intermediario; el penúltimo, Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, Foundation Press, tercera edición actualizada en curso, es víctima de la injusticia mayor, pues figura sólo para ubicarnos en la *American Constitution* que se dice por él, DWORKIN y en general. Para localizaciones cruzadas, la edición académica estadounidense suele ofrecer buenos índices. A la entrada última del pentateuco de mi subtítulo, JOSEPH H. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1999, acudiremos con los bártulos, ahora quizás mejor dicho, de las lecciones americanas.

como por una determinada transcendencia exterior, la que puede presentar ahora de cara a Europa. Procedamos con las dos partes, la de *Creation* y la de *Reconstruction* de una *Constitution*, y el *afterword* o epílogo. *With a little help from my friends*, con la ayuda decisiva de unas lecturas amigas, espero no desentonar gratuitamente.

1.1. *Una pieza original: la criatura inexistente*

El *Bill of Rights* o Declaración de Derechos de los Estados Unidos de América, esta pieza primordial de la Constitución, representa como texto, sin género alguno de dudas, una criatura sumamente peculiar. De entrada, no existe. No se le tiene literalmente. Lo que por tal puede pasar ni se cualifica a sí mismo con la denominación, ni encabeza una Constitución, ni tan siquiera consiste en un documento, capítulo o conjunto alguno de pronunciamientos o artículos bien determinado, reconocible y manejable sin problemas tan primarios como éste de la identidad. A pesar de ello, pese a todo esto y a las derivaciones, desde hace al menos un medio siglo, dicho *Bill* incierto está prestando fundamento a la jurisprudencia constitucional de libertades y garantías más incisiva en sus dominios y más influyente fuera de sus fronteras. Luego haberlo, haylo. De algún modo, aunque sea por su propia interpretación, se ha producido. Un texto puede ser producto de la lectura.

Tamaño peculiaridad comporta problemas serios desde luego. Puede por supuesto que sean primordialmente internos, estadounidenses en exclusiva, pero unos intereses, si la influencia existe, han de trascender. La cuestión entonces no sólo importa a los Estados Unidos de América. Cuando Akhil Amar, tras una década de estudios y publicaciones destacando entre la abundante literatura consagrada al asunto durante los últimos tiempos ⁽²⁾, nos asegura en su libro homónimo que con el *Bill of Rights*, con este americano

(2) Con este bagaje sobre el que ahora puede producirse, *Bill of Rights* es un libro sumamente manejable y legible. Entre los trabajos previos, ha habido anticipación del núcleo que me dirijo en especial a valorar: A.R. AMAR, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, en *Yale Law Journal*, 101, 1992, pp. 1193-1284. Mis referencias a A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, son siempre al libro. Anunciándolo en su obra precedente, lo titulaba *The Creation and Reconstruction of the Bill of Rights*, con este otro orden de factores el producto.

concreto o más bien inconcreto, se afrontan los interrogantes de un destino, “where we are, where we come from” (p. 288), de dónde venimos y dónde nos encontramos, puede que en ese sujeto de *we*, de nosotros, estemos en algún grado comprendidas constituyencias y ciudadanías, agencias sociales constituyentes y constitucionales, no estadounidenses. Seríamos así bastantes más que *We the People*, el cuerpo político proclamado como constituyente en la cabecera y arranque del texto constitucional: “We the People of the United States (...) do ordain and establish this Constitution”. Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos disponemos e implantamos esta Constitución. Mas puede que *we*, nosotros, y *the people*, el pueblo incluso más mayúsculo, sean ahora entidades escindidas y que la esquizofrenia afecte de modo neurálgico a los derechos mismos, a unos *rights* americanos, los estadounidenses, y tal vez además a unos nuestros, a los europeos de nación varia. Ya veremos sobre una y otra cosa, sobre *Bill of Rights* y también sobre *We the People*.

Akhil Amar viene del derecho y va al derecho, pero durante la excursión realiza una cuidada obra de historia. Una cosa y la otra, lo juroológico y lo historiográfico, confluyen para el caso en el objeto, en un texto ya vetusto además de siempre incierto que, inexistente y todo, sigue vigente y pujante. Por tiempos cercanos se ha acentuado incluso presencia e importancia. Durante el último medio siglo, en base a ese peculiar *Bill of Rights*, a esta criatura irreal, se ha consolidado una jurisprudencia de libertades con valor constitucional y hasta constituyente por lo que así toca a los derechos. Y ha habido una reacción. Desde los años ochenta especialmente, viene desarrollándose por los mismos medios jurídicos de los Estados Unidos un planteamiento textualista y originalista, una vuelta al texto y al origen, con el fin paladino de intentar desprender del propio constitucionalismo las adherencias del tiempo que serían unos derechos o unas lecturas liberales de ellos. Así por lo menos se fomenta la historiografía. La evidencia de la historia abonaría la rareza de la libertad.

Frente a una jurisprudencia de libertades no siempre ciertamente establecida con inequívoco respaldo de texto constitucional, volviendo al mismo, la tendencia originalista trata de recuperar un sentido genuino del *Bill of Rights*, de un primer registro de derechos. Hay un acuerdo de base. Una y otra, la jurisprudencia de libertades y la ten-

dencia de orígenes, entienden por tal, por *Bill of Rights*, esencialmente, pues no siempre en exclusiva, las diez primeras enmiendas simultáneas, añadidas casi de inmediato, de la Constitución federal de entonces y, otras adiciones mediante, de hoy. Aquellas primitivas se formularon en 1789, acto seguido de la entrada en vigor del texto constitucional, y quedaron establecidas en 1791. El primer año se proponen por el Congreso federal y el segundo están ratificadas por un número suficiente de Estados ⁽³⁾. De entonces y en tal modo vendría el *Bill of Rights*. Hace dos siglos, no se tenía por supuesto el sentido de la libertad como premisa de Constitución ni tampoco del individuo como sujeto de derecho que tenemos ahora. Con esto, el originalismo puede rendir tan mal constitucionalismo como buena historiografía. Inmediatamente produce lo primero y también bastante en directo conduce a lo segundo ⁽⁴⁾.

Como operación constitucional, la de recuperación originalista del *Bill of Rights* peca ante todo de ingenua. ¿Qué textualismo en directo va a caber cuando el primer problema histórico y así jurídico es el del texto mismo? El *Bill of Rights* estadounidense resulta un documento de problemática identidad material y no sólo formal. Nada se ha establecido jamás bajo tal determinado concepto en este constitucionalismo federal. Hablamos, como habla Amar, del sistema común sin tomar en cuenta la diversidad constitucional entre los Estados, la serie de constitucionalismos estatales que entonces podía ser de entidad más sustantiva y de número además creciente. Hubo incluso variantes constitucionales tan inconcebibles para hoy como las esclavistas, sistemas de libertad conociendo y reconociendo esclavitud, lo cual sólo nos interesará, como interesa a Amar, por lo

⁽³⁾ *US Constitution*, art. V: “The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution (...)”, para la iniciativa federal que ahora importa, pues se admite también de los Estados, requiriéndose en todo caso que sea “ratified by the legislatures of three fourths of the several States, or by conventions in three fourths thereof (...)”, no interesándonos más pormenores de momento, pues alguno que otro lo hará luego. Procedo en el mismo texto, acompañando traducción, y no en notas, a las citas constitucionales y otras cuando requieran comentario para la economía de mi exposición.

⁽⁴⁾ Para muestra significada de lo primero ROBERT H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, 1990; de lo segundo, JACK N. RAKOVE, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, 1996.

que trascienda al constitucionalismo común, el federal, y no por sí mismo. Ya veremos cuánto será, también más de lo que hoy se suela imaginar. He ahí otro síntoma nada leve de ingenuidad. ¿Qué originalismo constitucional cabe cuando el origen fuera esclavista?

Originariamente, la referida decena inicial de enmiendas no fue *Bill of Rights*, billete, declaración o registro semejante de derechos constitucional y constituyente, ni parece con todo que pudiera serlo. “Our Constitution, unlike most modern ones, does not contain any formal declaration or bill of rights”. Al contrario que la mayoría de las Constituciones modernas, la nuestra, la estadounidense, reconocidamente no contiene ninguna declaración o billete formal ni material de derechos. Esto podía decirse por voz autorizada al cabo de un siglo (p. 288). Podría repetirse en rigor todavía hoy. El *Bill of Rights* sencillamente no existe. No es pieza ninguna tangible. Es criatura fantasmagórica. Comenzamos por engañarnos y quizás por defraudar si pensamos y decimos otra cosa. Expresándolo de otro modo, digamos que la cuestión no resulta nada sencilla. Que se tenga algo sin que exista, si no misterio, es complejo en el doble sentido de complicación y de trastorno.

1.2. *Generación nada espontánea: entre enmiendas, el texto*

Un procedimiento previsto de reforma constitucional mediante propuesta federal y ratificaciones estatales a lo primero que conduce, con la serie inicial de la decena, es a sentarse por vía de apéndice lo que parece hoy la base, el *Bill of Rights*, pero que entonces no está nada claro que lo fuese. Unas primeras enmiendas, dichas diez simultáneas y casi inmediatas, fueron especificaciones ulteriores y no fundamentaciones retroactivas de la Constitución. Así fue y así se entendió. Durante un buen tiempo del siglo XIX, la jurisprudencia de interés constitucional tanto de la Corte Suprema federal como de las congéneres estatales entiende claramente por *bill of rights* el propio en su caso del respectivo Estado y no suele aplicar la expresión a las enmiendas federales que ciertamente, desde la primera según ahora por nuestra parte comprobaremos, toman en consideración derechos o tal parece. Como acusa el mismo uso lingüístico (pp. 284-286), por unos primeros tiempos judicialmente

no se asume que las mismas contuvieran un *bill* o declaración de derechos de valor constitucional y alcance constituyente.

Por consideración tanto de libertades como también de poderes, los estatales, por liberalismo como por federalismo o antes y más por lo segundo que por lo primero, tales enmiendas sólo constituían en origen limitaciones para instituciones sobrevenidas, las federales. Como tales cortapisas de dirección unilateral funcionaron durante un buen periodo. No parece que pudieran dar base ni en principio la dieron a un constitucionalismo de libertades compartido y común entre federación y Estados o así a un sistema constitucional integrado y sustantivo. El texto que pasa por *Bill of Rights*, porque hoy parezca serlo y tal vez lo sea ⁽⁵⁾, no lo es en origen. Si fuéramos originalistas y además consecuentes, habríamos de certificar la inexistencia, condolernos con el pésame ante tan onerosa defunción y callar a partir de ahora y para siempre acerca de tamaño impedimento.

En cuanto que pieza constitucional, aquel texto venía a limitar unos determinados poderes existiendo otros en aquel tiempo de más peso que escapaban a sus determinaciones. Procedía además en base a una Constitución, la de entonces y de hoy, que, creando las instituciones federales, habilitándolas, ya hacía lo propio, limitarlas. Frente a tales poderes federales y aparte los otros también virtualmente constitucionales, los estatales, las libertades que se interponían como limitaciones no sólo constaban en unas primeras enmiendas. No esperaron a éstas para operar ni tampoco para manifestarse. En la misma Constitución de arranque, la de antaño y hogaño, se contienen derechos y uno tan primario, aunque no aquí en tal grado, cual el de *habeas corpus*, junto a algún otro de validez incluso frente a los Estados ⁽⁶⁾. ¿Cómo iba a hablarse de un *Bill of Rights* que sólo

⁽⁵⁾ Como muestra, la del mejor banco actual para el caso y además en expansión, la del proyecto *Avalon* de la Universidad de Yale en internet, < <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm> >. Las primeras enmiendas entran mediante el epígrafe de *Bill of Rights* y otros propios de cada una también muy sintomáticos.

⁽⁶⁾ Art. I, sec. 9: "(...) The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it. No bill of attainder or ex post facto law shall be passed (...)"; sec. 10: "No State shall (...) pass any bill of attainder, ex post facto law, or law impairing the obligation of contracts (...)". La obra en conjunto, que seguiré registrando, de A.R. AMAR, no sólo *The*

se iniciase a continuación apendicularmente, a partir de la primera enmienda?

Comenzaría así por arriesgarse pérdidas clamorosas o postergaciones sensibles. Unas piezas constitucionales, la Constitución como sus añadidos, registraban unos derechos no como base ni tampoco exactamente como apéndice, sino como expediente más ocasional y disperso, con la concentración eventual de las primeras enmiendas, para ir restringiendo poderes federales allí donde su propia habilitación por parte de los Estados no dejara suficientemente clara la limitación constitutiva. Tales mismas adiciones, las enmiendas coetáneas y casi inmediatas a la Constitución de partida, la decena de 1789, presentaban fórmulas de restricción directa de poderes federales entre el registro de libertades y también para darles entrada a éstas últimas. Si formarían un *Bill of Rights*, su misma presentación estaría aparentemente invirtiendo unos términos de constituyencia entre libertad y poder.

La primera enmienda es al efecto paradigmática: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

El Congreso federal no hará ley referente al establecimiento de religión ni prohibiendo la libertad de profesión religiosa, como tampoco reduciendo la libertad de expresión ni la de prensa ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y presentar peticiones a las instituciones políticas. No puede el legislativo federal, pero las legislaturas y otros poderes de los Estados, si no se ven eficazmente

Bill of Rights, se ocupa tanto del instrumento en general como de los derechos en particular con dichas garantías de entrada frente a poderes, el *habeas corpus*, presentarse persona para reconsiderarse detención, y la prohibición de *bills of attainder*, juicios parlamentarios, *ex post facto laws*, leyes retroactivas, y las otras que se entienden también lesivas al irrumpir con parcialidad en relaciones tenidas por privadas, *laws impairing the obligation of contracts*, esto último que no se dice respecto a la federación pues entonces no tenía competencia en materia contractual, la que luego le vendrá no por enmienda, sino por interpretación extensiva de la Constitución, particularmente de una cláusula del art. I, sec. 8, sobre comercio entre Estados, que habremos de ver a otro efecto, el de relaciones con *indian tribes* o pueblos indígenas que a su vez será objeto de entendimiento todavía más expansivo.

impedidos por sus propias Constituciones, pueden entonces perfectamente hacer todo ello, tanto establecer religión como limitar libertades, hasta tal punto éstas, las que constaban en las enmiendas federales, no constituían en origen principios de un constitucionalismo. Ni material ni formalmente había un texto ni complejo alguno de artículos o pronunciamientos que pudiera tenerse a dicho nivel por declaración de derechos. No en vano se ahorra jurisprudencialmente la expresión de *Bill of Rights*. Al menos no se defraudaba entonces como quizás se esté haciendo retrospectivamente ahora.

¿De dónde viene entonces la ocurrencia? También de entonces, no se tenga duda. El invento no se debe a textualistas, originalistas ni a clase ninguna de epígonos recientes. No se les regale el mérito o impute el pecado. Si hay una responsabilidad primera, no es de la historiografía ni del constitucionalismo retrospectivo. Fue además una culpa feliz. Desde un primer momento se habla de las enmiendas inmediatas como *bill of rights* manteniéndose la expresión durante décadas con un sentido no técnico por la razón esto de que unas jurisprudencias constitucionales, la federal y las estatales, se resistían a adoptarla. La cuestión ya podemos estar apreciando que no era meramente léxica. Quienes hablaban de *Bill of Rights* con referencia a las primeras enmiendas federales lo hacían por tomarse los derechos en serio y para traerlos así a la posición consiguiente de constituyencia. Intentaban elevar la declaración a las mayúsculas, lograr así para todos los Estados Unidos, y no sólo para algunos de entre ellos, el *Bill of Rights* del que entonces se careciera como orden común (pp. 286-287). No es que dieran gato por liebre, sino que pretendían cobrar la pieza, esta clave esencial del constitucionalismo. Hubo toda una pugna apelativa que fue constitucional pues la denominación implicaba la virtualidad. El nombre podía ser la cosa.

Para la posición de los derechos como libertades constituyentes había base en el mismo texto. Existía un *bill of rights* federal latente, todavía con las minúsculas, entre la Constitución y las enmiendas. Los poderes de este nivel se habían limitado por consideración de los correspondientes del estatal, mas por el trámite de unos elementos de otro género pues no implican apoderamientos a no ser individuales, los de unos derechos de libertad. A los efectos constituyentes propios, con la expresión de *bill of rights* podía tratarse, no de sustituir los textos ni de añadirse alguno inédito, sino de alterar

la relación entre las piezas mediante elevación de las primeras enmiendas. En algún momento la modificación se produjo y ello afectó al sentido y no sólo al alcance de las mismas libertades textualmente registradas. Tal es la historia que Akhil Amar identifica y reconstruye. Comienza por advertirla pues resulta esto realmente necesario. Por lo usual se atribuye a un momento histórico primigenio del constitucionalismo en general y de éste, el estadounidense, en particular un paradigma o una antropología de los derechos de libertad del individuo que resulta posterior dificultándose con ello extremadamente la misma captación de su importancia, percepción de sus implicaciones y conciencia de sus gajes.

A esto acude *Bill of Rights*, el libro; Akhil Amar, el autor. Lo hace de forma textual, centrándose en los documentos de valor constitucional. No es opción de filología, sino de derecho (pp. 295-301), pues al fin y al cabo en los textos se contiene la autoridad de la constituyencia, la que se ejerciera a través de congresos y convenciones, debates y ratificaciones. Otras empresas con similar objetivo no originalista de reconstrucción de historia para la inteligencia de derecho comienzan por no atenerse o por hacerlo menos a dicha constancia textual (7). Pueden pensar que textualismo es originalismo, este pecado mortal de ingenuidad. Pero Akhil Amar ofrece prueba de que la distinción cabe y procede no sólo desde luego en el terreno del constitucionalismo actual, sino también y particularmente para su dimensión histórica no reducida a interpretación presente. Lo hace aunque no siempre sepa apreciarse (8). He aquí ahora el libro, *Bill of Rights*. Ahí está su recorrido por el tiempo conduciendo más acá de los orígenes históricos a partir y a través de los textos constitucionales por consideración precisa de derecho sin confundir con todo ello los términos. Pues se mueve en un medio de constitucionalismo materialmente escrito o documentado, su

(7) Es el caso más significado de la obra en curso de B. ACKERMAN, *We the People*, el segundo de los títulos y motivos sobre los que quiero decir algo más, aunque no sea tanto como de *Bill of Rights*.

(8) Quien nos ubica en el universo de la *American Constitution*, L.H. TRIBE, *Taking text and structure seriously: Reflections on free-form method in constitutional interpretation*, en *Harvard Law Review*, 108, 1995, pp. 1221-1303, tiende a asimilar las posiciones de ACKERMAN y de AMAR en su crítica protextualista sin originalismo al menos deliberado, todo esto como buen constitucionalista al día.

textualismo es punto conveniente de partida y no necesario de llegada ⁽⁹⁾.

Su textualismo es pacífico y sencillo, el de tomarse unos textos, los constitucionales, verdaderamente en serio, más de lo que suele hacerse por la historiografía e incluso por el constitucionalismo sobre todo de mirarse al pasado como en el caso estadounidense es obligado dada la propia antigüedad (pp. 301-307). La razón básica de la seriedad es que tocan a derechos. *Rights as Constitution*, Derechos como Constitución, es la idea de arranque de *Bill of Rights*, Declaración de Derechos, para el ordenamiento más propiamente tal, constitucional, como para el título de Akhil Amar ⁽¹⁰⁾. Trata del propio caso, de los Estados Unidos de América, pero la fábula también puede que hable de nosotros, de otros sujetos actuales de libertades. Hay una trayectoria constitucional de la que quizás al final participemos unos y otros, unas y otras. No hay un origen que interese además sólo en casa.

Textualismo e incluso originalismo o los dos términos confundidos primándose el segundo pueden traer cuestionario que encierra enjundia pues toca al asunto de la autoridad constituyente con el problema crucial de su situación en el tiempo y la continuidad ulterior hasta hoy entre acción de democracia y garantía de libertad, nada menos todo ello ⁽¹¹⁾, pero en el caso estadounidense, en un caso de constitucionalismo viejo y renovado sin pérdida de tracto, su mero planteamiento como método parece una simpleza. No hay texto, sino textos, ni origen, sino orígenes. Y puede que todo esto no interese en efecto tan sólo a los Estados Unidos de América. Vayamos a verlo. Hagámoslo adoptando nosotros mismos a ultranza, pues hay buenas razones, el textualismo, con la confianza de que Akhil Amar ya se encargará de ofrecernos claves de lecturas para la eventual opacidad de los textos mismos.

⁽⁹⁾ A.R. AMAR, *Our Forgotten Constitution: A Bicentennial Comment*, en *Yale Law Journal*, 97, 1987, pp. 281-298.

⁽¹⁰⁾ A.R. AMAR, *The Bill of Rights as Constitution*, en *Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 1131-1210, adelantando también, como a continuación *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, claves del libro.

⁽¹¹⁾ PABLO DE LORA, *La interpretación originalista de la Constitución: Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, 1998.

Tomemos los textos formando texto, una Constitución más sus enmiendas, sin otro género de componentes por igual de documentales que sean, como legislación o como también, es decir tampoco, jurisprudencia. A aquellos solos nos atenemos. Ya se cuece bastante en los Estados Unidos entre sus registros constitucionales estrictos. Conocen éstos incidencias acumuladas de repercusiones múltiples sin necesidad de salirse del propio terreno. Experimentan entendimientos e interpretaciones que no sólo se superponen y estratifican, sino que llegan a penetrarse y fecundarse o tal vez también a esterilizarse, ya veremos, alcanzando hasta unas raíces y unos frutos menos naturales que híbridos. Atraviesan reconstituciones que no pasan por la sustitución de los documentos. Permanecen siempre, sin cambio alguno, los textos. Las mismas enmiendas materialmente consisten en meros añadidos, puras adiciones, pudiendo realmente resultar con la simple suma mucho más que complejas reformas. He aquí un constitucionalismo que evoluciona manteniéndose o se transforma conservándose. En su trayectoria hay origen, pero no alguno que guarde su sentido, uno en singular al que poder acudirse y del que traer causa. Es difícil desde luego imaginar que todo esto tan peculiar pueda interesar fuera de los Estados Unidos. Podrá hacerlo por la misma razón del textualismo, la de los derechos. Mas el comienzo es otro.

1.3. *Una historia redoblada: primer acto, de los poderes*

La historia que ofrece Akhil Amar interesa al derecho o más bien a los derechos y de este modo al constitucionalismo, pero el comienzo es de poderes. Nos expone hasta qué punto resulta engañosa la apariencia actual ya consolidada, por obra básicamente de la jurisprudencia federal, que ofrece un *Bill of Rights* cual declaración originaria de derechos de libertad y además individual, cual posición de principios entendidos en el texto de unas enmiendas mucho más allá de lo que ellas literalmente autorizan por presumirse ahora que los mismos, unos cánones de libertades, las presiden, inspiran, informan y sustentan desde un inicio. El panorama expuesto por Amar, por su *Bill of Rights*, es bien distinto.

Se trata de que en origen las libertades figuran no por sí mismas, sino para limitar unos contados poderes, y también de que entre las mismas no comparecen entonces con valor propio unos derechos de

carácter individual, los que están hoy fundamentalmente presumiéndose. Léanse o reléanse tales enmiendas, la decena primera estadounidense que suele ser lo que se encuentra como *Bill of Rights* en cualquier colección actual de *Declaraciones de Derechos* o similar, y parecerá imposible, por lo que ahí vemos con nuestros propios ojos, dicha ausencia. Sabemos leer y leemos. Comparecen claramente las libertades. ¿Cómo no iban entonces a estar figurando en el momento de redacción del texto hace no mucho más del par de siglos en unos tiempos ya constitucionales? Estar, resulta que estaban y no estaban. La mirada era otra, no la nuestra. Entonces se registran y no operan salvo para la limitación de algunos poderes, tampoco de todos, lo que es decisivo para la propia reducción o incluso neutralización como libertades.

Hay más que Akhil Amar viene a explicarnos. Las libertades individuales no figuraban o al menos no operaban porque las formulaciones de derechos que hoy nos parecen de individuos podían ser entonces más bien de comunidades. Mírese la primera enmienda que acaba de reproducirse íntegra. Decíamos que se dirigía tan sólo, limitándolo, a poder federal, pero ofrece la impresión de que lo hace alegando derechos del individuo y presentando entonces una doble faceta interconectada, la de salvedad por una parte de poderes estatales y por otra de libertades individuales, de ambas cosas relacionadamente, con lo cual, motivándose lo uno por lo otro, lo primero por lo segundo, pudiera resultar que todos los apoderamientos, todos, quedasen limitados por consideración de libertad del individuo en último o entonces primer término, el que importa a constituyencia. Mas puede que no haya esto originariamente, sino una concepción también así de integrada, pero a favor en cambio de poderes. Amar nos advierte.

Las libertades de religión, de expresión, de prensa, de reunión y de petición que están considerándose en la primera enmienda pueden ser originariamente de mayorías, no de minorías ni, aún menos, de individuos. La reserva cabe que sea a favor de las comunidades políticas locales ellas mismas entonces bastante integradas y cuya integración por medio del dominio de la mayoría es lo que está salvándose frente a los poderes federales más distantes o menos comunitarios en este sentido de accesos y controles mayoritarios. Los congresos estatales y, más todavía, los jurados vecinales,

éstos a efectos más locales, no cumplirían entonces otra función constitucional o sería esa la primaria. La primera enmienda o también todo el conjunto de la decena coetánea, con las dos últimas que forman parte del lote y que a veces hoy se excluyen del *Bill of Rights* con mayúsculas porque de forma más clara no parece que registren derechos interesantes a los individuos, cobran así un sentido más integrado en un contexto federal y no libertario ⁽¹²⁾. Entiendo *libertarismo*, como entiende Amar, no en el sentido europeo de anarquista o ácrata, sino en el americano de posición constitucional de libertades como premisa eficaz de ordenamientos. Esta concepción existía y pugnaba desde un inicio, pero se neutralizaba por entonces fácilmente en base al propio constitucionalismo establecido (pp. 137-162). Al asunto no interesa el hecho de las prácticas inconstitucionales, sino el derecho de las posibilidades constitucionales.

People es el sujeto no sólo de Constitución, *We the People*, sino también el de libertades, tal y como comparece en la misma primera enmienda, en el momento concretamente del derecho de reunión pacífica, o según se manifiesta más paladinamente en la novena y la décima, las últimas de la serie inicial que a veces hoy se excluyen por no cerrarse el *Bill of Rights* con pronunciamientos potencialmente adversos al derecho del individuo en aras del pueblo. *People*, sin embargo, hoy puede y suele entenderse en un contexto constitucional de este tipo como expresión general no refundida de los individuos que participan en el ejercicio de libertades, del pueblo en este sentido identificado con ciudadanía de ejercicio ante todo individual. Hoy, términos colectivos pueden flanquear y solapar sin cancelar ni neutralizar sujetos individuales. Esto es ahora, pero no entonces, como tampoco por aquellos tiempos se separaban de la serie primera las enmiendas octava y novena. Tenía un sentido el lote entero. *People* en origen significa exactamente el colectivo refundiendo y ninguneando, imponiendo y brindando posibilidades y

(12) Amendments IX y X: "The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"; "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people". Ambas así remiten a *the people*, y no al individuo, como sujeto último o primero que enseguida veremos.

garantías a la mayoría sobre la minoría inclusive en ésta la última o primera, según se mire, la más minoritaria de todas, el individuo (pp. 20-45, para las libertades de la primera enmienda).

Insisto, como insiste Amar, pues ya matizaré luego, en que nada de ello tiene por qué significar que el individuo hubiera de estar por completo ausente de aquel primer tiempo. Se trata de que al menos no ocupaba la posición constitucional que ahora se le presume. El sujeto operativo de libertad era otro, la mayoría de base, aunque también pudiera figurar el virtual, el individuo al cabo. El mismo referido uso semántico de llamar *bill of rights* a las primeras enmiendas federales, aquel que la jurisprudencia no hacía suyo, tenía también o quizás ante todo, antes que nada, dicha implicación de concebir y predicar como sujeto de libertad al individuo. Mas no era esto por entonces base del constitucionalismo imperante.

Es cosa realmente ya sabida. La visión de Amar se produce sobre un terreno bastante abonado por estudios que vienen poniendo en evidencia la presencia y pujanza de *republicanismo* frente a *libertarismo* para entonces, para la propia formación de aquel constitucionalismo, lo primero, lo de republicano, en el sentido de idea y práctica de la república como comunidad no sólo constituyente por delante del individuo, sino también constituida por encima del mismo, procediendo la ocurrencia de tiempos en los que éste, el personaje individual, ni siquiera era concebible como sujeto de derecho y menos de derechos de libertad. Es corriente a la que no le falta un fuerte impulso de historiografía ⁽¹³⁾. Para el *Bill of Rights* y sus beneficiarios tenemos variantes de lecturas. Cuando no se reduce a las primeras ocho enmiendas, el *people* de las dos siguientes puede hoy entenderse republicanamente como la comunidad política y sus poderes o libertariamente como el conjunto de los individuos y sus derechos. La historia abona la primera lectura.

(13) Sobre todo a partir del amplio recorrido de JOHN G.A. POCKOCK, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, 1975. Para visión crítica, JOYCE APPLEBY, *Liberalism and Republicanism in the Historical Imagination*, New York, 1992. Para ponderación desde perspectiva jurídica, Nomi MAYA STOLZENBERG, *A Book of Laughter and Forgetting: Kalman's "Strange Career" and the Marketing of Civic Republicanism*, en *Harvard Law Review*, 111, 1998, pp. 1025-1084, a propósito de otro abordaje crítico con el republicanismo comunitario, LAURA KALMAN, *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven, 1996.

Podríamos contrastar el panorama ofrecido por Akhil Amar o el republicano en general con el usual hoy en clave también histórica por los medios más sensiblemente libertarios del constitucionalismo estadounidense. El problema no residiría en el seguro contraste, sino en la también segura proyección, en el hecho de que el mismo libertarismo se endose a un origen y que esto parezca esencial para la propia legitimación y autoridad de un constitucionalismo en la actualidad. Aunque no milite en el originalismo, aun en este caso más ordinario, el estadounidense todo parece obligado a un fondo originalista. Así por lo visto, y con sensiblería libertaria desde luego, cabe también concebirse un *freedom's law*, ordenamiento de libertad por la base constitucional de los derechos ⁽¹⁴⁾. ¿No hay otra? Amar va a mostrarnos que la alternativa de procedimiento es posible. ¿Y no se produce o al menos arriesga contaminación de origen con la proyección de destino aun en el caso del constitucionalismo de libertades más convencido? Dejemos esto pendiente para más tarde.

En un constitucionalismo que ha de partir de textos vetustos, los propios predicados de los derechos de libertad y de su sujeto individual se ven obligados a proyectarse en un origen. Constitucionalmente se gana. Historiográficamente se pierde. La ganancia prevalece en valor muy por encima de la pérdida desde luego o al menos para un criterio de derechos, pero ¿por qué perderse nada? ¿Qué necesidad hay? Akhil Amar piensa, por lo que hace, que ninguna. Y no vaya a maliciarse. Con él no estamos frente a un republicano comunitarista dispuesto a sacrificar libertades individuales ante el altar de unas mayorías políticas, capaz de situar al individuo por detrás y por debajo de la república o a tenerlo incluso como resulta y función suyas ⁽¹⁵⁾, todo esto que es característico del textualismo originalista y que ciertamente encuentra sustento entre unos orígenes o más bien así con el origen dicho en singular. Mas Amar comienza por entenderlo en plural. No parece insensible al comunitarismo, pero es sensible al libertarismo. No lo digo por

⁽¹⁴⁾ R. DWORKIN, *Freedom's Law*, es entrega miscelánea de una obra también en curso aun con variedad de títulos girando sobre el motivo desde *Taking Rights Seriously*, Londres, 1977, y ampliada al año siguiente. Ya está reconocida la injusticia de que sea el tercero del pentateuco recibiendo poco más que registro y apunte.

⁽¹⁵⁾ CARLOS THIEBAUT, *Los límites de la comunidad. Las críticas comunitarias y neoaristotélicas al programa moderno*, Madrid, 1992.

conocimiento personal, sino por noticia de su obra ⁽¹⁶⁾. Textualista, pero no de un solo texto, y no originalista, al menos no de un primer origen, Akhil Amar abre horizonte.

1.4. *Recreación en el arranque: segundo acto, de los derechos*

“All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanas de los mismos y del Estado de residencia. Ningún Estado hará ni aplicará ninguna ley que reduzca los privilegios y las inmunidades, libertades y garantías, de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado privará a ninguna persona de vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de derecho, ni denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes. He aquí, mediante ratificación de 1868, la primera sección de la enmienda décimo cuarta de la Constitución de los Estados Unidos.

Observemos ante todo unas novedades de lenguaje que lo son de categorías a este nivel constitucional del federalismo estadounidense. Hay novedad en el sujeto de derechos y en el destinatario de limitaciones como extremos siempre interconectados. El primero, literalmente tal, es *the person*, el individuo, sin cualificación además ni si-

⁽¹⁶⁾ Aparte alguna confesión generacional a la que me referiré luego, el libro ofrece un sumario profesional que resulta en apariencia, como es uso, de lo más neutro, salvo que haya y se tengan claves. La página web de la Universidad de Yale, donde actualmente profesan tanto AKHIL AMAR como BRUCE ACKERMAN, brinda fotos y no mucha más información. Compárese el contrapunto, en el sitio de la Universidad de New York, de la entrada de RONALD DWORKIN, incluyendo materiales complementarios de su obra impresa. Estoy consultando en junio del 2000. Como libros y que ahora interesen a la lectura principal, también se tiene de A.R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, New Haven, 1997; y en colaboración con ALAN HIRSCH, *For the People: What the Constitution Really Says About Your Rights*, New York, 1998.

quiera ciudadana para unas garantías constitucionales de derechos primarios a la vida, la libertad, la propiedad y consiguiente amparo judicial. *Person*, la persona, ya comparecía en las primeras enmiendas, así en la quinta para beneficio de unas garantías judiciales y procesales sin tal alcance de principio, dado el contexto más que los propios incisos y dado también un giro negativo de entrada del posible sujeto. Posibilidad sin embargo había: “No person (...) shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without due process of law” (17). Ninguna persona será privada de vida, libertad o propiedad sin debido proceso de derecho. Así ya rezaba la quinta enmienda. Pero no hubo más al efecto por aquellos concretos incisos.

Comenzaba originalmente por ocurrir que *person* también era término textual para esclavo sin entenderse por ello que se comprendiera en tales otros pronunciamientos, los que pudieran suponer derechos (18). No cabía ni el concepto en plan genérico para significarse individuo. Este último o primer extremo ya hemos detectado que Amar no lo advierte, pero advertirá la esclavitud

(17) Amendment V: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

(18) Art. I, sec. 2: “(...) Representatives and direct taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective numbers, which shall be determined by adding to the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indian not taxed, three fifths of all other persons (...)”, siendo estas últimas *persons* los esclavos, como también se comprenden bajo el mismo término en art. IV, sec. 2: “(...) No person held to service or labor in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due”; e igualmente, pues no otra cosa que tráfico de esclavos es la importación de personas que se dice, en art. I, sec. 9: “The migration or importation of such persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the year one thousand eight hundred and eight (...)”, en lo que se abunda en art. V, el de procedimiento de enmienda: “(...) no amendment, which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight, shall in any manner affect (...)” a dicha cláusula del tráfico negrero, sin nombrarlo nunca, como a la esclavitud tampoco.

como veremos. Se ocupa del efecto. Contempla la evidencia y considera las consecuencias de que tan sólo ahora en los años sesenta del siglo XIX, y no en el origen de varias décadas antes, la expresión de persona pueda venir a primera posición acreditándose ante todo como sujeto de libertad. No asciende al concepto entonces primero de referencia. La antropología del sujeto, la propia categoría del individuo, no le parece cuestión tan histórica ni por tanto con posibilidad de novedosa (19).

Novedad comienza también por haber en la misma ciudadanía declarándose ahora inequívocamente la de los Estados Unidos compatible con la de cada Estado: “citizens of the United States and of the State wherein they reside”, como ya hemos visto. Pueden así los Estados compartir principios constitucionales, unas libertades. Conforme a la historia anterior, no es novedad inferior la de que entonces, ahora, el destinatario principal de la declaración no sean los Estados Unidos en conjunto, unos poderes federales, sino cada Estado en particular, los poderes estatales. *No State*, ningún Estado, hará ni forzará leyes lesivas para los privilegios de los ciudadanos ni para los derechos de las personas, como también hemos visto que se prosigue. He aquí en síntesis y suma, por virtud de la enmienda décimo cuarta, un *Bill of Rights* con mayúsculas que continúa sin investirse formalmente con el nombre. Está remitiéndose de hecho al federal ahora ya así entendido en las primeras enmiendas, pero sin efectuarse expresamente la remisión y sin reconocerse tampoco como tal, como *Bill of Rights*. ¿Lo tenemos realmente? ¿Cómo encajan entonces las piezas?

Mala o buenamente, según se mire. Existe aquí toda una problemática crucial del constitucionalismo estadounidense a la que Akhil Amar acude con evidencias remozadas y en la que se adentra con visión renovadora. Se trata del problema de la *incorporation* que se dirá luego y dice hoy, esto es, de la conversión de un presunto *Bill of Rights* federal por gracia de la enmienda décimo cuarta en pieza constitucional equivalente y menos virtual respecto a todos y cada

(19) JOHN PHILLIP REID, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, 1988, y J.N. RAKOVE, *Original Meanings*, con capítulo de derechos, afinan el sentido histórico de unas manifestaciones de libertad, pero tampoco de la categoría del individuo como sujeto.

uno de los Estados así como al conjunto. Estaríamos con todo esto, con los *Rights as Constitution*, con los Derechos como Constitución, con tal efecto de una tal incorporación, nada menos que ante la aparición del constitucionalismo integrado y sustantivo anteriormente imposible por aquellas latitudes.

Con tan ambicioso objetivo se propuso y progresó dicha enmienda, la décimo cuarta, pero sin poderse especificar la intención en el texto, dadas las dificultades originarias de identificación formal de un *Bill of Rights* federal que incorporar a los constitucionalismos estatales para fundar uno común y las subsistentes para la elevación expresa de los derechos mismos a base de la Constitución entonces realmente compartida y transitiva. El propio texto de la enmienda ofrecía las pistas de unas insinuaciones por paralelismos de lenguaje. La quinta hemos visto que ya habla de que nadie, *no person*, pueda ser privado de *life, liberty, or property, without due process of law*, la misma expresión que se registra en la enmienda décimo cuarta. La relación deliberada podrá ser clave para la eficacia más general que ahora, y no antes, puede alcanzar el principio. Potenciándose el propio alcance, será también la vía principal de la *incorporation* que se dice y las novedades que se producen.

Tal misma intención incorporacionista se ha negado y sigue poniéndose en duda de forma que se devalúa e incluso ignora el valor reconstitutivo de la enmienda (pp. 187-197), pero Amar abunda en la evidencia de que la misma ante todo persigue, aun con notables frustraciones legislativas y reticencias jurisdiccionales ⁽²⁰⁾, dicho efecto de integración entre contitucionalismos por presidencia del federal mediante formulación algo indirecta por la deficiencia de base en el término de un *bill of rights* originario sin mayúsculas de identidad propia (pp. 197-214). Que la *incorporation* no fuera ni con mucho inmediata, con dichas falencias políticas y resistencias jurisprudenciales prevaleciendo durante cerca de todo un siglo, no significa que no quedara constitucionalmente formulada de confor-

⁽²⁰⁾ La cita, que he reproducido y traducido en texto, ofrecida por A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, p. 288: "Our Constitution, unlike most modern ones, does not contain any formal declaration or bill of rights", data de 1880, de tiempo así bien posterior a la enmienda décimo cuarta, perteneciendo además a todo un juez de la Corte Suprema federal. He ahí ya un originalismo, el más consecuente como hemos visto, sin respaldo de razón para su tiempo porque lo tuviera para el origen.

midad además con un indudable propósito reconstituyente. No es que entrara en vía muerta, aunque hasta hoy lleguen posiciones que la niegan hasta tres y más veces ⁽²¹⁾.

Aparte el abanico de teorías entre las negativas o sólo distanciadas y las vindicadoras de una incorporación automática y completa, queda en la práctica la suerte de la enmienda sometida al tenor respectivo de la serie primera, la de 1789, o también más erráticamente a las oportunidades y las derivas de unas jurisprudencias, la federal inclusive y ahora ante todo, supliendo carencias legislativas ⁽²²⁾. Mas de ella y la secuela, de la enmienda décimo cuarta a través de *incorporation* o lo que tal se dice, viene directamente al cabo del tiempo, recobrándose y animándose un paso nunca perdido por entero, el libertarismo constitucional estadounidense de la segunda mitad del siglo XX. Ha llegado a ser de estilo en la historiografía constitucional la negación o la ignorancia de este fenómeno incorporacionista ⁽²³⁾. No abundan evidencias durante un buen tiempo y puede parecer luego un invento ya feliz, ya desgraciado, según posiciones posteriores. Cabe que, produciéndose, no se trate estrictamente de incorporación, esto es, de puro traslado y simple asunción de algo existente previamente, sino de creación de todo un constitucionalismo sobre la base antes imposible de los derechos y con pie en textos precedentes. Aunque defienda y mantenga empeñadamente el término de incorporación, no otra cosa es lo que muestra en definitiva Ahkil Amar, su *Bill of Rights*. Anuncia que viene a depurar y refinar la lectura del fenómeno

⁽²¹⁾ Por significación, como muestrario, RAOUL BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Mass., 1977, y edición viva, con adiciones, de 1997; también, sin la vencida, el mismo R. BERGER, *The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Norman, 1989.

⁽²²⁾ RICHARD C. CORTNER, *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison, 1981; MICHAEL K. CURTIS, *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham, 1986; WILLIAM E. NELSON, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, Cambridge, Mass., 1988; MICHAEL J. PERRY, *We the People: The Fourteenth Amendment at the Supreme Court*, New York, 1999.

⁽²³⁾ Como muestra puntualizada de unos buenos cronistas, W.E. NELSON y J.P. REID, *The Literature of American Legal History*, New York, 1985, pp. 54 (1963) y 180 (1971).

incorporacionista sin ponerlo como tal en duda. Y cumple (pp. 215-230) (24).

Entre unas y otras posturas, las refractarias y las incorporacionistas o también las que entienden que la incorporación no es originaria, sino proyectada, Amar expone un panorama bastante más matizado. Ante todo tenemos lo que ya nos consta de que las enmiendas originarias se dirigían a la limitación de poderes federales en consideración y beneficio ante todo de los estatales. ¿Cómo puede luego, ahora, apuntarse hacia éstos? Véase lo primero, lo ya visto de la prohibición de establecimiento de religión por parte del Congreso federal porque fuera cuestión reservada a la competencia de los Estados. Si a tal propósito se respondía, ¿cómo puede ahora, luego, limitarse lo que en origen potenciaba? ¿Y qué principio preside ahora? ¿El de una libertad religiosa como derecho finalmente del individuo? Pero esto no existía como tal en el texto ni tampoco viene a añadirse de forma expresa. Primitivamente sólo se registraba para reforzarse la limitación del poder federal y no por sí mismo. Mas ahora resulta efectivamente que no sólo se trata de la aplicación general de unas limitaciones particulares, sino de un efecto mucho más profundo, de la transformación que se produce en el mismo registro de los derechos pudiendo pasar así de motivo a principio (pp. 246-257, para la libertad religiosa). El sujeto es finalmente el individuo, *the person*, y las libertades pueden ser al fin predicados y atributos suyos. El *Bill of Rights* con mayúsculas, algo que antes no existía, podrá ser producto y no premisa ni referencia de la presunta incorporación. La lectura crea el texto. Con otras expresiones por no abandonar el término de *incorporation*, lo advierte y expone Akhil Amar.

Derecho por derecho de la enmienda décimo cuarta va comprobando Amar toda una metamorfosis. Punto por punto hace el repaso de posibilidades y problemas de una extensión que, mante-

(24) Simultáneo es el tratamiento también incisivo y en buena parte complementario que B. ACKERMAN, *We the People*, II, *Transformations*, depara a la metamorfosis constitucional que se cifra en la enmienda décimo cuarta. Ambos, tanto ACKERMAN como AMAR, tienen razón al subrayar que ésta no es la perspectiva usual de un constitucionalismo como el estadounidense aquejado del consabido originalismo con antelación, por encima y sin dependencia de su manifestación tendenciosa que también existía antes de recibir el nombre.

niéndose un tracto, no podía plantearse como establecimiento formal de un *Bill of Rights* común e integrador de constitucionalimos estatales con el federal por las mismas deficiencias del propio de éste último, el entendido ahora en las primeras enmiendas. Van poniéndose así también de manifiesto unas dificultades que el mismo Amar no siempre afronta. La principal parece la del propio expediente constitucional de *incorporation* tan incierta como su término de referencia, la de este arrastre de incertidumbres bien reales respecto a los pronunciamientos a la postre constituyentes sobre derechos de libertad. Aquella operación de integración de un impreciso *bill of rights* con minúsculas por causa de su fondo comunitario llegando a cancelar libertades individuales con otro igualmente innominado que ya mereciera en cambio las mayúsculas por su planteamiento libertario situando al individuo como sujeto primordial, todo esto que se encierra en la extensión mediante enmienda, no tenía por qué intentarse necesariamente con tal procedimiento tan cargado de incertezas, lastrado de dificultades y grávido de resistencias.

¿No hubo planteamientos constituyentes más francos y así más procedentes y en fin halagüeños para los derechos de libertad mismos? El caso es que se produjeron, pujaron e incluso de algún modo, aunque fallidamente, operaron, por cuanto que pudo entenderse que, apoderando expresamente una enmiendas al Congreso o estándolo ya por una precedente cercana como luego veremos, cabría generarse una reconstitución más expedita e inmediata mediante simple legislación con tal base constitucional (25). No era esto tampoco una nueva Constitución, lo que también se planteó sin éxito, pero se acercaba algo más que el resultado definitivo, el de un rosario de tres cuentas como misterios, las enmiendas décimo tercera a décimo quinta con la décimo cuarta por medio, que ahora, tras unas ilustraciones, es lo que contemplaremos. Hubo conciencia de la servidumbre de este procedimiento de rectificaciones constitucionales como sucedáneo del replanteamiento constituyente que el objetivo de los derechos implicaba. Había en el primer origen y puede que se crezca con el tracto de enmienda por el segundo un problema serio de constituyencia.

(25) EARL M. MALTZ, *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869*, Lawrence, 1990.

Mas esto es asunto que Amar no considera. Se evita de este modo afrontar los costos quizás más gravosos de la misma continuidad por el fondo y el encadenamiento del rosario de las enmiendas respecto al texto de la Constitución primitiva con todas sus cargas, lastres y servidumbres, con todo un calvario a las espaldas y mucho de padecimiento también al frente. Ya vimos que se empezaba impidiendo o al menos neutralizando la propia categoría de la persona como individuo y desde luego su actuación en el orden constitucional de una forma y con un alcance que Amar no acaba de reconocer y tratar. Con la conexión entre momentos fundacionales, entre primer y segundo acto, la *incorporation* matizada protagoniza la obra y domina la escena bajo una iluminación de candilejas que resulta finalmente más favorecedora de lo que tal vez mereciera. Hay contraste, pero a mi entender insuficiente, con las sombras de una historia que puede acabar afectando, mediante el continuo constitucional, a nuestro presente o al menos, en todo caso, al suyo.

1.5. *Ilustraciones someras: prensa, jurado y common law*

La principal aportación del *Bill of Rights*, el libro, es a mi juicio la percepción del alcance de la llamada incorporación respecto a la posición constituyente de los derechos y el repaso refinado, como dice, de los mismos entre orígenes, entre primer y segundo acto que tal vez debieran invertirse. No voy a seguirle a todo lo largo de su recorrido. Para eso está el propio trabajo, el libro mismo, no vaya a suplantarle el comentario y encima sin privarse de la crítica. A fin de que pueda apreciarse la entidad del aporte en dicho extremo de la gestación de un *Bill of Rights*, aunque siempre incierto, a la altura de los años sesenta del siglo XIX y no con anterioridad, voy a contemplar un par de apartados de diverso carácter, el de un derecho de libertad, la de expresión mediante la prensa, y el de una garantía de institución, la del jurado. Comienzo por lo primero, por el segundo derecho que hemos visto comparecer, tras el de libertad religiosa, en el primer artículo ahora de un *Bill of Rights*, la primera enmienda, *the freedom of speech* incluyendo *the press*, la divulgación de la expresión por escrito e impreso. Veamos sumariamente.

Dejemos al margen, pues no superan el contraste con la evidencia histórica, las visiones que ven allí, en origen, una libertad

individual de expresarse. Se trataba de bastante menos, de una limitación de poder federal mediante un derecho comunitario de las mayorías. Pudiera ser incluso algo todavía de inferior grado. Respecto al capítulo de la prensa, esto se ha puesto de relieve con respaldo en este caso de la evidencia histórica ⁽²⁶⁾. *Freedom of the press*, libertad de imprenta, había de significar entonces lo que supusiera para el ordenamiento establecido en el momento constituyente de la enmienda, esto es, según se refleja en los propios textos constitucionales, para el derecho inglés o *common law*, donde la facultad susodicha tan sólo constituía proscripción de censura, exclusión de intervenciones preventivas, sin ningún requerimiento de limitación para las represivas que pudieran fácilmente redundar con su severidad en la disuasión llana del ejercicio sobre todo en los campos religioso y político. La limitación federal estaría a su vez limitada dejándose así un amplio espacio a la intervención judicial e incluso a la legislativa. El mismo Congreso federal al que se dirige la primera enmienda, siempre que no entrase en el terreno de la censura previa, podría todavía actuar. De hecho lo hizo enseguida con una legislación antisediciosa que, conforme a la categoría inglesa de libertad, cabría sin mayor problema. Amar no niega realmente nada de esto, pero entra en matizaciones desde un inicio.

En la enmienda primera, entre libertad religiosa y la de expresión por delante y libertades de reunión y petición acto seguido, por mucho que no se declarasen como tales, con esta compañía más cercana limitando poderes, el registro de la libertad de imprenta no podía tener un sentido tan extremadamente limitado. Ya desde entonces, desde un inicio, presenta una potencialidad muy superior a la del *common law*, del cual también se distancia por su alcance comunitario en manos de las mayorías en los Estados. Para el mismo derecho inglés podía tener entonces una implicación relativamente más individualista, lo que luego podrá recobrase por parte de los Estados Unidos. Entre prácticas de los Estados particulares fuertemente lesivas de las libertades registradas en la primera enmienda y el añadido de una federal, la décimo cuarta, de compromiso cons-

(26) LEONARD W. LEVY, *Emergence of Free Press*, New York, 1985, que es versión revisada y ampliada de su *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History* (1960).

titucional para con los derechos de las personas, entre lo uno y lo otro corre toda una historia de reivindicación libertaria a favor de los individuos y de las minorías frente a las imposiciones de las mayorías. Esto también se constitucionaliza por dicha nueva enmienda con la transformación consiguiente del derecho de referencia, la libertad de imprenta, así ya no expediente político de mayorías, sino garantía constitucional de minorías comenzándose por la mínima de todas, el individuo mismo. Frente al poder federal, las libertades eran una cosa; frente a todos los poderes, resultan otra (pp. 159-161, 223-224 y 231-246). Ahora pueden ser principios constituyentes aunque la actuación de tal alcance no se afrontara con franqueza o se solapase de dicho modo bajo la forma de enmienda.

La transformación también afecta al orden institucional mucho más allá de lo que los textos expresan. Ocurre en los dos orígenes, en el primero como en el segundo. Buen índice es el jurado que cobra desde un inicio una significación constitucional muy superior y también distinta a la que tenía en el *common law*. Se convierte en forma de determinación de ordenamiento como contrapeso directo de unos poderes legislativos que así radicalmente se limitan ⁽²⁷⁾. Amar abunda y recalca (pp. 81-118 y 269-274). Habría una verdadera *jury review*, una revisión por los jurados antes que por los jueces, de la legislación y otras actuaciones públicas con el recurso en manos de las mayorías locales como reforzamiento institucional decisivo de las respectivas comunidades. Subrayemos que esta ahora llamada *jury review* podía interesar al amparo de derechos incluso frente a ley, al menos para los sectores establecidos, en grado superior y de modo más eficaz entonces que la revisión por jueces ⁽²⁸⁾. Tal sería en todo caso la significación originaria primordial de la presencia del jurado expresada por lo demás en las primeras

⁽²⁷⁾ Con capítulos ambos sobre la significación constitucional del jurado, J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, I, *The Authority of Rights*, Madison, 1986; SHANNON C. STIMSON, *The American Revolution of the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton, 1990.

⁽²⁸⁾ Para relativización actual de la llamada *judicial review*, la central sin jurado, respecto a la historia, CHRISTOPHER WOLFE, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-made Law*, New York, 1986; ROBERT L. CLINTON, *"Marbury v. Madison" and Judicial Review*, Lawrence, 1989.

enmiendas más pálida y limitadamente pese a la propia insistencia y al registro expreso del *common law* (29).

La institución del jurado, con toda su potencialidad de cara incluso a la ley, pudo llegar a ser al menos en algunos Estados una plaga no muy distante del vigilantismo o matonismo y del linchamiento para unas minorías y para los individuos no identificados con las corrientes dominantes o no pertenecientes a las mayorías o sectores que, siéndolo o no, contaran con la clave de los poderes. En el contexto original de las primeras enmiendas, de aquel presunto *bill of rights* con minúsculas, no es cosa todo esto que contrastara o que tuviera que parecer contraria al propio constitucionalismo, mas sensación y opinión adversas crecerían desde luego entre las víctimas, entre quienes no se resignaban a dichos apoderamientos sociales. El jurado no cumpliría en su caso ni una función de garantía propia del *common law*. Todo esto se experimentaba y debatía antes de la enmienda décimo cuarta. A ello también vino, aunque tampoco es que lo exprese de una forma mínimamente paladina. El texto no siempre ofrece la pista. Si nos redujéramos, a fuer de textualistas, a la lectura exclusiva del estricto corpus constitucional, hay claves que se nos escaparían. Por eso estamos comentando el *Bill of Rights* de Amar y no directamente el texto en bruto.

Con la suma del nuevo texto, con la enmienda décimo cuarta, igualmente se produce la transformación respectiva, la ya sabida. Hemos visto que habla de *due process of law*, debido proceso de derecho, donde venía comprendiéndose, conforme al *common law*, el jurado en posición cardinal. ¿Se entiende ahora incluido de igual forma, con el mismo alcance? Si es así y con su importancia, ¿por

(29) Amendments VI y VII: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district where the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law (...); “In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any Court of the United States than according to the rules of the common law”, esto además de la enmienda quinta ya citada. Y antes en la misma Constitución, art. III, sec. 2: “(...) The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury (...)”. Para las garantías procesales frente a poderes, inclusive el judicial, tratamiento más específico y crítico que en *The Bill of Rights* ofrece el propio A.R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure*, con especial incidencia en el jurado.

qué no se especifica? Si resulta de otro modo y con sus implicaciones, ¿por qué no se puntualiza? Estamos siempre con las dificultades de la incertidumbre de referencia del *bill of rights* federal y de resultas del *Bill of Rights* común. También puede haber incerteza respecto al *common law*. Amar aprecia su recuperación de signo constitucional, lo que más concretamente supondría la revitalización de los *Commentaries* de Blackstone, pero también existía una tradición del propio ordenamiento inglés menos favorable a derechos y la indudable conexión blackstoniana pudiera ser ahora problemática a los concretos efectos constitucionales. Contaba el *common law* con su propio *bill of rights* que tampoco lo era en origen y que dudosamente lo representaba en América aun teniéndose por recibido ya con el nombre desde tiempos de dependencia. Que este ordenamiento, el *common law* de tradición inglesa, fuera uno de los factores genéticos del constitucionalismo estadounidense, no significa ni que respondiera a un signo inequívoco ni que se mantuviese inalterado con la concurrencia de libertades ⁽³⁰⁾.

A nuestros efectos, podría hacerse la comprobación respecto a la cuestión básica del sujeto de libertad que en la obra de Blackstone es *the individual* y no en cambio, como en la enmienda, *the person*, significando allí esto otro la condición jurídica conforme a posición social ⁽³¹⁾, y resultando de este modo todo ello más propio de tiempos de discriminaciones institucionalizadas que de libertades comunes, como en los textos estadounidenses primeros al fin y al cabo. Esto ya lo hemos constatado. Amar sabemos que no se ocupa de este núcleo antropológico, pero la relativa discontinuidad constitucional desde el origen que ha observado con el *common law* en relación a la prensa como libertad podría también haberla detectado respecto al jurado

⁽³⁰⁾ JAMES R. STONER JR., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence, 1992, interesando también la *Constitutional History of the American Revolution* de J.P. REID, particularmente el primer volumen ya citado, *The Authority of Rights*, y el cuarto, *The Authority of Law*, Madison, 1993.

⁽³¹⁾ WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. A facsimile of the first edition of 1765-1769*, Chicago, 1979, libro I, *Of the Rights of Persons*, capítulo I, *Of the absolute Rights of Individuals*, como categoría además así primera *the person* pese a la calificación de *absolute* para derechos del *individual*, habilitándose y discriminándose por la condición social para la propia determinación del sujeto de libertad.

como garantía y con carácter finalmente más general. No lo hace así. Y expreso una duda. ¿No es la compatibilidad primera entre dos sentidos contrarios de *person*, el de hombre tanto libre como no libre, *person* sin más, la *free person*, y *person held to service*, el esclavo ⁽³²⁾, y el mantenimiento ulterior del término, habiendo a la vista alternativa, en este curso textualista, no es ya esto una señal de hipoteca no saldada enteramente por una enmienda como la décimo cuarta? Todavía veremos, pues aún, salvo para el alcance de un término, el de *person*, ni hemos hablado de la esclavitud.

En todo caso, mediante tal movimiento de enmienda y tras la historia habida, el jurado recobra su sentido de garantía de derechos de libertad más característico del *common law*, aun con el tracto de sus restricciones, y menos del primer constitucionalismo estadounidense, al tiempo que se manifiesta como no tan funcional por estos lares americanos a tal determinado efecto garantista de cara ampliada a la generalidad de la población. Y esto también interesa neurálgicamente a una libertad como la de prensa. Tras la enmienda décimo cuarta, para minorías y para individuos no identificados con los sectores dominantes, para el caso concreto de la contramayoría que es siempre piedra de toque del constitucionalismo, unos jueces federales, a pesar de que tampoco es que vinieran precisamente distinguiéndose por la sensibilidad para con los derechos, podrían ofrecer comparativamente mayores garantías que unos jurados vecinales. Podemos estar, más que en ultramar, casi en las antípodas del origen constitucional por efecto de la inversión de las confianzas y desconfianzas

(32) Lo hemos visto en el texto primero, el de la Constitución, *free person* computando como unidad a efectos representativos y contributivos mientras que el esclavo menos identificado, *other person*, contando como tres quintos que así potencian, sobrerrepresentándose en la Cámara de Representantes, la presencia federal de la misma propiedad esclavista (art. I, sec. 2), a lo que también en origen mira la paridad de representación de los Estados entonces directa en el Senado (art. I, sec. 3) y que, en cuanto que paritaria, el art. V, el de enmiendas, declara intangible; el carácter constitutivamente interestatal de esta cámara llega hasta la enmienda XVII, ratificada en 1913. Voy añadiendo detalles porque vayamos apreciando en el propio texto una presencia esclavista que habremos por supuesto y enseguida de considerar. *Person held to service* ya también lo hemos visto en dicho mismo origen textual, el de la Constitución, como condición tan *personal* que niega legitimación para el amparo judicial fuera incluso de la jurisdicción del Estado esclavista (art. IV, sec. 2).

que inspiraron los primeros textos. Fueron antifederales en el sentido de proestatales y ahora pueden cambiar las tornas.

Seguimos en el curso y el tracto de un mismo constitucionalismo que no procede únicamente de evolución y acomodación del *common law*. En su genoma, hay genes más liberales incluso ⁽³³⁾. Potencian no sólo derechos de libertad, sino instituciones de garantía además. También por las mismas filiaciones y adaptaciones podían arrastrarse servidumbres a las que ahora se les ha lanzado la carga en profundidad de una enmienda sin formalizarse ruptura. No hay solución de continuidad en el propio orden constitucional desde un origen de tracto textual. Y esto representa un extremo nada marginal ni desdeñable. Es base y médula con las que no se enfrenta *Bill of Rights*, el libro ni tampoco desde luego, si es que existe, un texto de tal nombre. Amar lo que explica es el alcance para el jurado, la prensa, otros derechos y todo el conjunto de ellos, esto como Constitución, *Rights as Constitution*, la verdadera común de los Estados Unidos, sólo ahora y no antes. Ya es mucho. Pero habrá más. Hay la servidumbre que en esta fase de segundo acto y primera importancia se produce y arraiga, una hipoteca finalmente. Llegamos al meollo.

2. Reconstruction: *el Bill of Rights como deuteronomio*

I have been frequently asked how I felt when I found myself in a free State.

A menudo me preguntan por mis sentimientos tras lograr huir hasta un Estado sin esclavitud.

FREDERICK DOUGLASS (1845)

Reconstruction es término antonomásico por estas latitudes americanas para la reintegración y recuperación de los Estados Unidos, y en especial de los que habían defendido la esclavitud y fueron derrotados, tras la guerra que comportara la abolición.

⁽³³⁾ Es evidencia bien adquirida incluso en un contexto republicano desde BERNARD BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass., 1967, y reforzada en dicho ámbito, frente a la reacción antilibertaria que no es todo el republicanismo historiográfico, desde FORREST MC DONALD, *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*, Lawrence, 1985.

Entendido así, es asunto del que ya nos hemos ocupado, pues la enmienda décimo cuarta fue posible por ese mismo acontecimiento y desenlace de carácter bélico. Akhil Amar en efecto lo trata dentro de su segunda parte. Sin embargo, creación y recreación, construcción y reconstrucción, no son momentos que tome por mi parte exactamente en el mismo sentido que él por la suya. Incluso la fase creativa puede ser que venga en un segundo lugar con el problema entonces de que exista uno primero guardándose la secuencia. Venimos ya detectándolo. Hasta tal punto esto puede ser así que, si no hubiera *incorporation*, no habría *Bill of Rights*; si no hubiera enmienda décimo cuarta, no habría, tal y como se origina, reproduce y presenta, Constitución común en los Estados Unidos.

Aunque Amar de lo que hable es de *new birth* y de *rebirth*, de renacimiento y casi de resurrección (pp. 284-294), crearse y no con exactitud recrearse el mismo *Bill of Rights as Constitution*, el billete de los Derechos como Constitución estadounidense, será quizás ahora, en los años sesenta del siglo XIX, y no en origen, no en 1789, cuando ocurra. Puede así que tengamos todo un deuteronomio, algo que, superponiéndose como estrato superior de un palimpsesto entre textos, podría ser lo verdaderamente normativo para el curso ulterior y hasta hoy en el caso de este constitucionalismo. El génesis pierde importancia si no acaba de crear el mundo o más todavía si resulta un arranque frustrado. Mas puede también seguir siempre pesando si la creación definitiva, la que verdaderamente cuaja, no hace tabla rasa y se plantea como tal, sino que lo hace como recreación que además se presta al recreamiento, a un recreo en el que tal vez al final participemos. Está todavía por ver si todas estas aventuras y desventuras constituyentes en América nos alcanzan e interesan a quienes andamos por Europa sin ser estadounidenses ni tampoco proponérselo.

2.1. *Punto de partida definitivo: la esclavitud abolida*

“Such bills (of rights) generally begin with declaring that all men are by nature born free. Now, we should make that declaration with a very bad grace, when a large part of our property consists in men who are actually born slaves”. Tal género de declaraciones, las de derechos, comienzan por lo común sentando que todos los hombres

nacen iguales por naturaleza, así que con menudo malaje vamos a hacerla nosotros cuando buena parte de nuestra propiedad consiste en hombres nacidos realmente en la esclavitud, he aquí la clave que podía advertirse desde un inicio (p. 294). Cabía hacerse la observación perfectamente por aquellos tiempos entre las primeras enmiendas y la décimo cuarta o más bien la décimo tercera que es la que acababa de proceder, mediante ratificación de 1865, a la abolición de la esclavitud con su primera sección: “Neither slavery, nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”. Ni en los Estados Unidos ni en lugar alguno bajo su jurisdicción podrá haber esclavitud ni trabajo no voluntario salvo esto como pena por convicción de delito mediante proceso debido. La clave de la abolición tampoco representa hoy ningún secreto, pero mérito de Akhil Amar es la recuperación de la evidencia para explicación de la historia e inteligencia así de Constitución. El *Bill of Rights* con mayúsculas por constitucional y por constituyente era imposible sin más mientras que se mantuviera la institución de la esclavitud. Ya hemos visto que, existiendo, no cabía ni la categoría de *person*, persona, como individuo y así sujeto posible de libertad.

Ya por la enmienda de la abolición, por su sección segunda, se apoderaba al Congreso federal para proceder legislativamente como si quedara con ella sentada la base constitucional común de los derechos frente a los Estados, pero, pese a intentos, no fue éste el entendimiento que se impuso e hicieron falta más enmiendas. Se sumará una décimo quinta que habrá también de contemplarse. Todas se verán en la precisión de repetir el apoderamiento del Congreso ⁽³⁴⁾. Establecida con su valor constitucional la primera de la serie, la décimo tercera, la justicia no necesitaba habilitación, pero precisaba un impulso que podía procurar la ley. Unas jurisprudencias, no solamente las propias de Estados esclavistas, sino también la federal, venían avalando la esclavitud y sus secuelas, que las había a la contra del propio constitucionalismo. No sólo es que no pudiera

(34) Amendment XIII, sec. 2: “Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”; XIV, 5: “The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article”; XV, 2, igual que XIII, 2.

predicarse francamente un principio de libertad para premisa de la abolición. Era también que, en un contexto de formulaciones de derechos, el esclavismo obligaba a las prácticas más represivas y además a las preventivas, las menos constitucionales, frente al ejercicio de libertades comenzándose por todas las registradas en la primera enmienda federal. He ahí el factor corruptor de aquel constitucionalismo todo, también del federal con sus dependencias territoriales, entonces importantes, e incluso de los propios de los Estados no esclavistas. Las mismas posibilidades de formación de una ciudadanía estadounidense, con pie en la Constitución ⁽³⁵⁾, se habían neutralizado por un apoyo jurisprudencial que llegara al extremo de la denegación de acceso a la justicia suponiendo presunción de esclavitud por la apariencia del color con cierta base constitucional esto también ⁽³⁶⁾.

“The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude”. El derecho al voto de los ciudadanos de los Estados Unidos no será denegado ni reducido por los Estados Unidos ni por ningún Estado suyo en base a raza, color o condición previa de servidumbre. Es la sección primera de la enmienda décimo quinta, ratificada en 1870, tercera y última de la serie que en pocos años concluye con la esclavitud y,

⁽³⁵⁾ Art. III, sec. 2: “The judicial power shall extend (...) to controversies (...) between citizens of the different States (...)”; art. IV, sec. 1: “Full faith and credit shall be given in each State to the public acts, records, and judicial proceedings of every other State (...)”; sec. 2: “The citizens of each State shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several States (...)”; sec. 4: “The United States shall guarantee to every State in this Union a republican form of government (...)”; art. VI: “(...) The Constitution, and the laws of the United States (...), shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)”; todo esto además del uso ocasional de la expresión de *citizen of the United States* en capítulos también de ciudadanía común como los electorales de legislativo y ejecutivo.

⁽³⁶⁾ Art. IV, sec. 2 ya citada: “(...) No person held to service or labor in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due”, diciendo lo de cierta o relativa porque cabía desde luego la contraposición de la también citada sección cuarta del mismo artículo: “The citizens of each State shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several States (...)” sin acepción alguna, tampoco de color.

una vez que la primera del lote, la décimo tercera, no ha bastado, viene a extraer algunas consecuencias. Así las cosas, a efectos constitucionales la intermedia, la décimo cuarta, resulta la más importante por ser la que permite el nexo con las primigenias, las de 1789, y la metamorfosis del *bill of rights* original en el *Bill of Rights* definitivo al menos hasta hoy.

Digo esto de lo definitivo porque no ha habido ulteriormente otras reconstituciones similares respecto a otros elementos aparte éste más extremo de la esclavitud. Otra cosa se ha pretendido, pero careciéndose de la evidencia al efecto primera, la textual de orden estrictamente constitucional ⁽³⁷⁾. Que quedaban todavía pendientes no afrontados con dicho alcance reconstitutivo lo acusa la propia enmienda décimo cuarta en cuyo texto más extenso se produce por esta sucesión de documentos constitucionales la primera aparición expresa de la exclusión por sexo y la reiteración de otra que ya se registraba en la Constitución primitiva, la de antaño y de hoy ⁽³⁸⁾. Se habla ahora, en la sección segunda de la enmienda décimo cuarta, de *male inhabitants* y de *male citizens*, habitantes varones y ciudadanos varones, para el descarte así explícito de las mujeres, y a análogos efectos excluyentes se hace también referencia a *indians non taxed*, indios no contribuyentes ⁽³⁹⁾. Y no es lo único que lastra este

⁽³⁷⁾ B. ACKERMAN, *We the People*, II, *Transformations*, para quien el *New Deal* o política social de los años treinta del siglo XX produce una mutación constitucional, una tercera a sumarse y mediante la que corregirse la primera fundacional y la segunda reconstitutiva, la consecuente con la abolición, ésta con el efecto final de favor a derecho del individuo centrado en la propiedad, ya no esclavista, sin cabida para tal género de política.

⁽³⁸⁾ Como normas igualmente constitucionales, las enmiendas suelen encontrarse por extenso en las ediciones de la Constitución de los Estados Unidos. A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, pp. 309-312, reproduce las diez primeras y la décimo cuarta también completa, el conjunto que más se acerca a tal cosa incierta, el *Bill of Rights*. En ediciones de *Declaraciones de Derechos* suele incluirse como la estadounidense sólo la decena inicial de enmiendas, como si no existiera *incorporation* o lo que sea que realmente genera este *Bill of Rights*.

⁽³⁹⁾ Amendment XIV, sec. 2: "Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indian non taxed. But when the right to vote (...) is denied to any of the male inhabitants (...), the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole of number of male citizens (...)"

momento realmente generativo del *Bill of Rights* con mayúsculas. Akhil Amar mira a lo primero, a la creación que tiene por recreación, más que a lo segundo, a la implicación generativa. En base y gracias a su misma exposición, digamos primero de los derechos y luego de los sujetos, no sólo así, como tales, de los afroamericanos.

La abolición de la esclavitud es un pie forzado de todo este replanteamiento constitucional solapadamente constituyente y finalmente fundacional. No fue integral ni coordinado ni siquiera para su capítulo de superación de la lacra. Su propia sucesión de fases, el encadenamiento entre la enmienda décimo cuarta y la décimo quinta por la deficiencia sobrevenida de la décimo tercera, produce desarticulaciones y vacíos entre derechos. De allí parece que procede la consolidación de una distinción escindiendo entre los civiles y los políticos, *civil rights* que resultan algunos públicos, como los de expresión y reunión, y otros que también lo son, como los de participación, *political rights*, y facilitándose la sustracción precisamente de éstos (pp. 216-218, 258-261 y 269-274). Tal y como si no fueran libertades humanas inmediatamente activables con la cancelación de la esclavitud y pudieran entonces concesivamente dosificarse, se introducen diferencias entre derechos como categorías distintas porque unos, los dichos civiles, se confieren así, más que se reconocen, con mayor facilidad que los otros, los participativos. Y con esto se arriesga o llega incluso a perderse una conexión que no dejaba de presuponerse por el conjunto de las primeras enmiendas, la de carácter comunitario que vincula estrechamente facultades de pensamiento y conducta con derechos de comunidad y participación. En este constitucionalismo, dado el tracto previo y también este origen definitivo, lo que no será fácil o resultará realmente difícil es que se produzcan planteamientos y prácticas más integradores de concepciones y ejercicios de unas libertades que así comienzan por tomarse como constitucionalmente dispensables.

Hay también así lagunas y nada secundarias. Obsérvese la forma reductiva como se ha definido la participación política por parte de la enmienda décimo quinta: *to vote*, mediante el sufragio. ¿No hay otros derechos de participación constitucional? ¿Y el de ser votado? ¿Y el de participar en la institución del jurado? ¿Y el de acceder indiscriminada y regularmente a funciones públicas? Hoy puede argumentarse que en la expresión de votar cabe entenderse la inclusión

de estas otras participaciones o al menos, pues en él se delibera y vota, la del jurado (pp. 273-274), pero entonces, aun cuando se pretendiera el derecho, no se entendía en el texto. El *right to vote* de la enmienda décimo quinta va en singular y no en plural porque sólo se refiere al sufragio. No se había declarado por este texto un derecho más integral de participación constitucional. Es además cosa que se podía distinguir y escindir de los derechos civiles declarados en la décimo cuarta. Cabía diferenciarse y discriminarse entre el *civil right* a ser juzgado mediante jurado y el *political right* a formar parte del mismo como si esto otro fuera constitucionalmente secundario.

La exclusión tanto en jurados como en legislaturas y en toda la serie existente de nomenclaturas sería un recurso aplicado a fondo con efectos todavía no muy dispares a los de degradación más generalizada de derechos que produjera la esclavitud. También era algo constitucionalmente factible. Cabían las prácticas más segregacionista incluso por medios federales en teoría más comprometidos con las enmiendas décimo cuarta y décimo quinta (40). Akhil Amar se muestra consciente de todo esto, pero no se plantea ni afronta la responsabilidad del procedimiento de enmiendas y de la forma como se produjeron las de un definitivo arranque para la propia concepción y práctica de los derechos de libertad. Para abolirse la esclavitud y con el encadenamiento de enmiendas, comenzaba por partirse de la autoridad constituyente de los esclavistas siguiéndose y así legitimándose su procedimiento constitucional de reforma sin espacio suficiente en orden a una reconstitución más propia.

2.2. *Presentación de los sujetos: varones blancos y demás*

También es Akhil Amar bien consciente de que las enmiendas finalmente fundacionales, las de la serie abolicionista y particularmente la décimo cuarta, no sólo interesan y alcanzan a una población afroamericana. Aparte ya la repercusión más generalizada en el campo mismo de los derechos, hay otros contingentes afectados, especialmente, por lo que Amar contempla, el de las mujeres, el de quienes no pertenecen al género *male*, el masculino. *Bill of Rights*, el

(40) DESMOND KING, *Separate and Unequal: Black Americans and the US Federal Government*, Oxford, 1995.

libro, no considera en cambio el caso de los *indians*, el indígena, aunque hemos visto que su presencia o más bien su ausencia no deja de registrarse por el *Bill of Rights*, la enmienda. Mas un interés suplementario bien apreciable de la obra de Amar es que advierta y trate la cuestión del género, el peso de la construcción social del sexo, en el terreno constitucional con ocasión y a propósito de la transformación que genera la enmienda décimo cuarta. Con razón subraya este particular de que afectara a más población que la afroamericana, comenzándose por la femenina (pp. 304-305, con referencia oportuna a circunstancias históricas personales). Lo hace desde luego a todos y todas por el alcance general que tiene, pero también en particular a otros sectores diferenciados de población.

La afectación viene del primer origen. Frente a la usual narrativa historiográfica del constitucionalismo que no entra a cuestionar los reconocimientos genéricos de derechos, Amar lo hace desde un principio. Aquellas comunidades locales especialmente reforzadas por el federalismo original y por el primero enmendado lo eran de varones blancos, *white males*, los sujetos de igual forma constituyentes de los Estados Unidos y de cada Estado. Ellos formaban legislaturas, jurados y todo el resto de las nomenclaturas. Eran los titulares y agentes de los derechos registrados en declaraciones estatales y enmiendas federales. Fueron quienes constituyeron. La inviabilidad a largo plazo del primer planteamiento constitucional también radicaba en tal reducción extrema de la población constituyente. Una minoría fungía de mayoría o lo era realmente para el constitucionalismo primero. Su identificación y delimitación como comunidad política toda no resultaba cuantitativa, sino cualitativa, de esta forma autoinstituida mediante Constitución. Ilustrando con la prensa y el jurado, he dicho mayoría debiendo decir minoría. Raza y sexo conferían fundamentalmente la credencial. Lo hacían no exactamente estos factores, pues el primero por sí ni tiene existencia, sino la construcción social de una tal apariencia, la racial, y diferencia, la sexual.

De origen, antes de que viniera a especificarlo la enmienda décimo cuarta, ya se entendía la exclusión constitucional de la mujer. Al principio, un término cual el de *person* y todas las formas pronominales en uso, en cuanto que referencia, si no todavía sujeto, de valor constitucional, podía entenderse sin mayor problema que hacía acepción de género, como *the man*, el hombre genérico. Igual

que el ser humano esclavizado, la mujer en cuanto tal podía entrar o no en el término de *person* según tuviera o no implicación activa y autónoma de derecho. Se le podía excluir sin necesidad de manifestarse. Dicha otra enmienda debió en cambio especificar: *male inhabitants* y *male citizens*, habitantes y ciudadanos varones. Ya no era tan pacífica la exclusión. De hecho venía relativizándose por empeño y pujanza de la parte interesada. Mujeres ya estaban ejerciendo unos *civil rights*, derechos públicos que no llegaban a la participación institucional pues el acceso seguía constitucionalmente cerrado y contra esto no bastan unas prácticas sociales.

Por ahí viene también gestándose la esquizofrenia entre derechos que podrá consolidarse inmediatamente tras la abolición de la esclavitud. Tras la enmienda décimo tercera, la abolicionista, presentándose enseguida la alegación de que el contingente de población emancipada accede entonces a los derechos personales y ciudadanos, a todos ellos, un argumento socorrido en contra es, como presunta evidencia, el de la condición de la mujer, la cual demostraría con su ejercicio efectivo de libertades la posibilidad de la distinción no sólo entre lo personal y lo ciudadano, sino también, dentro de lo segundo, entre lo civil y lo político. A tal composición artificiosa responde la misma sucesión de las enmiendas hasta la décimo quinta quedándose a su vez a medio camino. Son datos todos ellos que advierte Amar.

Aun con la superior exclusión formal de la mujer en los derechos de participación tras las enmiendas décimo cuarta y décimo quinta, la asimilación entre color y sexo mantuvo una operatividad. Se vuelve incluso a una suerte de equiparación. En 1920 la enmienda décimo novena garantiza a la mujer el sufragio, *to vote*, tan sólo esto ⁽⁴¹⁾. No es únicamente que también falten en este texto, pese a intentos, otras formas igualmente participativas, otros derechos junto al voto, sino además que no se registra constitucionalmente, a este nivel, un principio de indiscriminación por razón de sexo como el que la enmienda décimo quinta supone para la raza o el color, esta apariencia. Respecto a la mujer en cuanto tal, a este otro sujeto excluido en origen, no ha

(41) Amendment XIX, sec. 1: "The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex"; sec 2, igual que XIII, 2.

habido una reconstitución equivalente por vía de enmienda. Ha podido insinuarse y progresar por medio de una jurisprudencia de interés e incluso valor constitucional, pero esto es interpretación, no texto. Esto plantea también serios problemas de autoridad constituyente en unos tiempos que ya pueden ser, tras la enmienda décimo novena y no antes, de democracia ⁽⁴²⁾. A lo que ahora nos interesa, la abolición de la esclavitud ha sido con todas sus propias servidumbres, con toda su hipoteca, la reconstitución definitiva hasta hoy. Por ella se crea y por ella pasa el *Bill of Rights* actual con la ristra de incertidumbres que así arrastra.

Junto a la mujer, podría hablarse del trabajo que caracteriza, el que se presta por cuenta ajena. Entonces se asimilaban ambos supuestos, el femenino y el laboral, por un estado de subordinación antes doméstica o privada que pública o constitucional. Así ocurría en los Estados Unidos ⁽⁴³⁾. La comunidad política originaria, la constituyente, estaría formada por varones blancos y además propietarios o trabajadores por cuenta propia. Pero el punto no consta en unos textos, los constitucionales, a no ser que lo consideremos como la cara oculta y oscura del registro de la propiedad, *the property* que figura junto a la vida y la libertad tanto en la enmienda quinta como en la décimo cuarta, o que intentemos dar un sentido más general a expresiones que aparecen en la Constitución como *those bound to service for a term of years*, quienes se sujetan voluntariamente a trabajo por cuenta ajena sin reserva de libertad durante un espacio de tiempo, un estado que, afectando usualmente a población blanca endeudada por inmigración, podía asimilarse ocasionalmente, pero no confundirse ni siquiera transitoriamente con la esclavitud ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ De que no suele entenderse datada de este modo la posibilidad de la democracia en su relación misma con los derechos, puede ser también indicio la circunstancia personal de que no conozca, lo que no quiere decir por supuesto que no exista, una sola edición del *Bill of Rights* estadounidense extendiéndose a dicho único pronunciamiento constitucional de derecho de la mujer y haciéndolo así de paso, con la compañía de las enmiendas que vienen recibiendo esta superior consideración, algo más que un detalle de arrepentimiento.

⁽⁴³⁾ CHRISTOPHER L. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, Mass., 1993.

⁽⁴⁴⁾ Art. I, sec. 2 ya citada: "(...) adding to the whole number of free persons,

En el capítulo propietario también se da la transformación (pp. 77-80 y 268-270), la ya sabida por virtud de la enmienda décimo cuarta. En origen, por las primeras, hay limitación de poder federal, pero no derecho de propiedad, el cual cuando se entroniza en realidad, como el primero además que se incorpora y hace valer judicialmente, es tras la abolición de la esclavitud. Ahora es cuando podría darse constitucionalmente dicha identificación propietaria, además de masculina, de la comunidad política con el arrastre incluso amplificado de la consecuente discriminación del trabajo por cuenta ajena. Pero, al contrario que respecto al sexo y aparte de que existiera realmente el problema ⁽⁴⁵⁾, el texto no da pie. También con su consecuencia, Amar no lo considera.

Hay otro caso registrado, éste sí textualmente, en aquellas enmiendas finalmente fundacionales, en la décimo cuarta concretamente. Ya lo hemos advertido, como también que Amar tampoco lo toma en consideración pese en el caso a la misma consigna documental. Bien consta ⁽⁴⁶⁾. Conviene contemplarlo pues complica y enriquece sumamente el panorama. Es un factor superior de incertidumbre. No resulta asimilable a los otros supuestos. Los *indian non taxed*, los indios no contribuyentes, son excluidos de la enmienda creativa de la ciudadanía estadounidense, la décimo cuarta, porque ni eran ciudadanos ni parece que quisieran serlo. Formaban pueblos, *peoples* en plural, con derecho propio. La exclusión ya figuraba con los mismos términos en la Constitución ⁽⁴⁷⁾.

including those bound to service for a term of years, and excluding Indian non taxed, three fifths of all other persons (...)", éstos últimos, *other persons* sin más identificación, los esclavos de quienes así claramente se distinguen dichos otros *bound to service*. Pueden a otros efectos asimilarse, como ha podido apreciarse en el pasaje también conjuntamente ya citado de la sección segunda del artículo cuarto: "No person held to service or labor (...)", donde *service* es en cambio esclavitud y *labor* tal otra forma de servicio también dicho. *Service* además comparece, sin posibilidad de equívoco, con la acepción de función o representación públicas.

⁽⁴⁵⁾ Comparativamente, como menos textualista, B. ACKERMAN, *We the People*, puede entenderlo clave viniendo por ello a dicha consideración constitucional del *New Deal*; como más, parece mostrarse escéptico A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, pp. 299-300.

⁽⁴⁶⁾ JOHN R. WUNDER, "Retained by the People": *A History of American Indians and the Bill of Rights*, New York, 1994; VINE DELORIA JR. y DAVID E. WILKINS, *Tribe, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin 1999.

⁽⁴⁷⁾ Ha podido ya verse en el pasaje doblemente citado de la sección segunda del

Advirtamos la licencia de la misma creación ciudadana por parte de los Estados Unidos con su referida enmienda décimo cuarta: *all persons born or naturalized*, todas las personas nacidas o naturalizadas en su territorio siempre que hagamos abstracción, como entonces se hacía, de la presencia indígena que era primera y así se desplazaba y reducía. Hasta la ciudadanía por mero nacimiento bajo presión inmigratoria, esto que se entiende característico y hasta proverbial de los Estados Unidos ⁽⁴⁸⁾, es algo incierto, como todo el *Bill of Rights* resultante al fin y al cabo. Sólo parecen ciertas a nuestras alturas las mayúsculas en uso. Y para ello, para el capítulo indígena, no hay enmienda constitucional alguna de momento ni tampoco, no cabiendo asimilación con otros supuestos tratándose de pueblos, una jurisprudencia que pueda realmente suplir ⁽⁴⁹⁾. Son cosas todas éstas que Amar sencillamente elude. *Bill of Rights*, el libro, resulta menos definitivo que *Bill of Rights*, la criatura del segundo acto y hasta hoy, pues no hay tercero.

2.3. *Todo un trayecto: del pueblo al individuo y viceversa*

Nos importa la criatura e interesa por ello el libro, *Bill of Rights* uno y otro. Ofrece el último buenos elementos para reflexiones que trasciendan al caso estadounidense. Pone de relieve un doble momento, el comunitario y el libertario, en una historia constitucional que pudiera no ser tan privativa. También ilumina una ilación, la de los derechos precisamente, tal vez menos generalizada en el curso temporal de los diversos constitucionalismos. Esta misma relación entre fases implica que algo finalmente básico, el individuo como sujeto de libertad, esté presente desde un inicio y a todo lo largo de esta historia, al menos de la estadounidense, bien que con un valor tan diversificado

artículo primero: "(...) adding to the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indian non taxed, three fifths of all other persons (...)", excluyendo *indians* e incluyendo esclavos para el cálculo de la representación de las *free persons*, las personas libres, varones blancos, así los esclavistas con premio.

⁽⁴⁸⁾ RUTH RUBIO, *Immigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge, 2000.

⁽⁴⁹⁾ D. E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin, 1997.

que su predicamento resulta en principio compatible no sólo con el despotismo de la mayoría que es además minoría, sino hasta con la esclavitud. La forma originaria de pensarse y actuarse la comunidad política, una comunidad de varones blancos, permite sobrentendidos claves no siempre luego presentes para la historiografía. La historia constitucional sigue teniendo mucho de apologética incluso de forma inconsciente con recursos tan sencillos como el de la lectura ingenua de los textos, comenzando por entender todo individuo cuando se dice, por ejemplo, *person*, o por no plantearse de frente el alcance de la expresión y sus implicaciones.

La imagen que por Amar se nos ofrece de la primera comunidad constitucional creo que encierra una validez trascendente al caso. Hay unos orígenes y unas derivaciones de los que no se tiene la exclusiva. Unos derechos de libertad de sujeto individual están de partida concebidos e incluso consignados, pero más bien como motivación en el sentido de legitimación de una estructura política que comienza por erigir a una minoría en mayoría. El sujeto de referencia, aun formulado genéricamente, no es el individuo y punto, sino una determinada materialización del mismo con cualificaciones bien entendidas como la de color y sexo. Así, con tales mimbres, se forma una comunidad constitucional para la que unas instituciones no sólo políticas como la parlamentaria, sino también judiciales como el jurado, pueden ser mecanismos e instrumentos de poder antes que funciones y garantías de derecho. Aunque tuviera y tenga curso el término, no hay cuestión de democracia ni puede haberla, salvo restricta, cuando se parte de una reducción tan extrema y constitutiva de la comunidad política activa, *People* o Pueblo, *Nation* o Nación y otros términos adornados con mayúsculas que, entendiéndose equivalentes, también se dijera y se diga ⁽⁵⁰⁾.

Los Estados Unidos partieron de unas bases de fuerte tejido y sentido comunitario bajo dicha conformación discriminatoria de toda una mayoría del propio pueblo o de lo que no lo era porque así que-

⁽⁵⁰⁾ B. CLAVERO, *Happy Constitution: Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, 1997, pp. 11-40, para el sujeto, y 46-74, para el jurado. La cuestión prematura de la democracia me la plantea MAURIZIO FIORAVANTI en estos *Quaderni Fiorentini*, 27, 1998, pp. 405-408.

daba excluido del mismo, *We the People* en singular y con mayúscula. Partieron de unas formas también excluyentes de otros pueblos, *peoples* indígenas en plural. Naturalmente no tiene sentido, sin arriesgarse al ridículo fuera de la propia parroquia, un originalismo actual referido a dicho principio productor de los primeros textos. Mas tampoco es alternativa ya no digo para la historiografía, sino ni siquiera para el constitucionalismo, la invención de tradición en consideración de libertades. Se impide así la percepción de unos lastres constitutivos que, tracto mediante, pueden todavía estar gravitando sobre un presente. El individuo como sujeto de libertad que se proyecta en la historia puede y suele contaminarse de forma que dificulta su propia posición actual más constitutiva y menos discriminatoria. *Bill of Rights*, el libro, ofrece prueba de que la depuración historiográfica puede contribuir al esclarecimiento constitucional. A la contra lo es también de que la ficción, cualquiera que fuere, se acaba pagando, aunque sólo sea por la ceguera que inhabilita.

Ya no es mera motivación la presencia del individuo en la enmienda décimo cuarta. Ahí está efectivamente como sujeto de libertades para un *Bill of Rights* así constitutivo, mas no del todo mayúsculo por siempre incierto. Ni siquiera puede plantearse francamente. No quiere perderse el tracto con el origen de la comunidad de varones blancos que lo impedía. Y ello afecta no sólo a la estética, sino también al derecho de unos textos constitucionales y a su misma autoridad constituyente. Se sigue restringiendo el sujeto y discriminando entre libertades. Puede hacerse constitucionalmente, esto que aquí nos importa. La transformación en todo caso es de fondo. Con todos los problemas que se arrastran y los que encima se generan, ahora, tras la susodicha enmienda, existe el individuo y existen sus libertades a unos efectos no sólo legitimadores del sistema, sino también operativos del ordenamiento. También ahora se redefine la comunidad política en los términos de entrada más abiertos: *all persons*, todas las personas, y casi punto. Basta en principio con el nacimiento. ¿Dónde queda *the People*, el pueblo con mayúscula aunque fuera minoría, aquel colectivo de referencia del propio constitucionalismo y el agente bien efectivo, como comunidad de hombres blancos, de uno primero? He aquí también unos problemas.

A partir de la enmienda décimo cuarta, la desarticulación constitucional de los derechos, entre los *civil rights* y los *political*

rights, lo resulta también de la comunidad política a la que ambas categorías crucialmente interesan. No basta el individuo como sujeto para estructurarla. Y no son factores escindibles. La antropología constituyente afecta a la estructura constitucional desde un inicio ⁽⁵¹⁾, como seguirá haciéndolo. El pueblo que en principio había, el de fuerte impronta comunitaria, resulta luego insostenible aunque se resista a disolverse e incluso a desapoderarse. Se mantenía sobre discriminación, segregación y exclusión. Va perdiendo identidad y poder en la medida de unas superaciones, en el grado en que éstas llegan a plantearse y asentarse. No se trata en ningún caso de expansión progresiva de la comunidad constitucional primigenia integrando sucesivamente nuevos sujetos, esto más optimista que suele convencionalmente narrarse por la historiografía constitucional. Es un caso de sustitución nunca cumplida del todo. El pueblo originario resulta inviable. Estaba internamente afectado por los propios confinamientos y ostracismos, los que producía y le sustentaban. No sólo tenían un alcance privado, de privación de derechos personales, la discriminación por sexo, la segregación por color ni la exclusión por nación o naciones, las indígenas. Y no alcanzaban a todos los supuestos unos efectos beneficiosos y también retardados de las enmiendas definitivas, las que permiten la existencia, bien que siempre incierta, de un *Bill of Rights*.

Sobre todo lo último, el capítulo indígena, quedaba todavía fuera de agenda, igual que sigue. Entre *people* estadounidense y *peoples* indígenas no hay modo de formar una comunidad política cuando comienza incluso por faltar el momento constituyente del consentimiento común, la constituyencia entre constituyencias. Aun habiéndose practicado formas de articulación convenidas por iniciativa sobre todo indígena ⁽⁵²⁾, aunque también la Constitución federal excluía a *indians non taxed*, indígenas no contribuyentes, por entender a las *indians tribes*, a los pueblos indios, en una posición

⁽⁵¹⁾ JACK P. GREENE (ed.), *The American Revolution: Its Character and Limits*, New York, 1987; MARYANNE C. HOROWITZ (ed.), *Race, Gender, and Rank: Early Modern Ideas of Humanity*, Rochester, 1992.

⁽⁵²⁾ FRANCIS JENNINGS, *The Ambiguous Iroquois Empire: The Covenant Chain Confederation of Indian Tribes with English Colonies from its Beginnings to the Lancaster Treaty of 1744*, New York, 1984; ROBERT A. WILLIAMS JR., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, 1997.

entre los Estados propios y los extranjeros más bien intermedia o incluso externa ⁽⁵³⁾, una política y una jurisprudencia, las estado-unidenses, entraron enseguida por los derroteros menos considerados bajo la contradicción más flagrante para la pretensión de constituir un pueblo en singular, *We the People* que proclamaba la Constitución, entendiendo que dicha misma mención un tanto neutra de los pueblos indígenas está apoderando sobre ellos a los Estados Unidos, parte y juez. Los tiempos de la abolición de la esclavitud y sus consecuencias constitucionales también dieron paso en este capítulo, pese a todas las enmiendas, al recrudecimiento de intervenciones sin consenso para una integración así desconsiderada con derechos no sólo de individuos sino también de pueblos ⁽⁵⁴⁾. A estos efectos no había constitucionalismo que valiera ni hay enmienda constitucional que valga. Ante el *Bill of Rights*, Akhil Amar hace visible el sexo junto al color, pero sigue cegado para la presencia indígena que, por ser de pueblos, así en plural, plantea un interrogante anterior y superior ⁽⁵⁵⁾.

Hay avatares del individuo, de los individuos, y los hay del pueblo, de los pueblos. No siguen el mismo curso. No lo hacen en el caso de los Estados Unidos abocando a un serio desequilibrio entre escenarios por más constitucional el de los primeros que el de los segundos o éste con diferencia el más incógnito. *We the People*, nosotros el pueblo, este sujeto político entronizado desde el origen primigenio del constitucionalismo federal, constituye hoy, presente y todo siempre en el texto, una referencia aún más incierta que la del

(53) Art. I, sec. 8, en cláusula, la tercera, ya aludida: “The Congress shall have power (...) to regulate commerce with Nations, and among the several States, and with Indian tribes (...)”, que es una segunda y última comparecencia indígena tras la de los *indians non taxed* ya vista, salvo luego la reiteración de enmienda XIV.

(54) Sidney L. HARRING, *Crow Dog's case: American Indian sovereignty, tribal law, and United States law in the nineteenth century*, Cambridge, Mass., 1994; BLUE CLARK, *Lone Wolf v. Hitchcock: Treaty Rights and Indian Law at the end of the nineteenth century*, Lincoln, 1994; JEFFREY BURTON, *Indian Territory and the United States, 1866-1906: Courts, Government, and the Movement for Oklahoma Statehood*, Norman, 1995.

(55) He ampliado algo las referencias por ser punto ciego bastante común o por quererse incluso elevar a principio constitucional una ceguera que llega a completa para la presencia indígena y se queda en visión de sombras para la afroamericana: ANDREW KULL, *The Color-Blind Constitution*, Cambridge, Mass., 1992.

inexistente *Bill of Rights*. Son dos piezas fundamentales en el arranque que no encajaban entonces, más definida la primera que la segunda, ni encajan ahora, cuando ocurre la inversa. El orden de los factores altera el producto incluso cuando no parece que deba darse una jerarquía entre ellos, sino una relación de pareja por reconocimiento mutuo de partida y con continuidad. La posición final y completa de *Bill of Rights* por delante de *We the People* no afecta menos seriamente al constitucionalismo que la ordenación inversa de otra época porque ahora lo haga de distinta forma y con diversos efectos. Y la hipoteca obliga aunque se eluda el pago. Si no hay atención sobre la marcha, habrá ejecución con transcurso del tiempo. Tenemos gravámenes que están bien a la vista por los terrenos de una cultura jurídica que, como el cine, es de producción americana e importación europea.

Llega a producirse por dichos medios una grave quiebra y polarización entre libertarismo y comunitarismo como si hubieran de ser factores frontalmente incompatibles. ¿Es que cabe sin comunidad realmente libertad que no sea puramente negativa de inmunidades frente a poderes entonces ajenos? Se renuncia realmente a la articulación. Colectividad y autoridad constituyentes, las cuestiones básicas de constituyencia, son extremos teóricamente postergados y prácticamente neutralizados. Jurisprudencia doctrinal y judicial, ésta también al efecto sin jurado, está supliendo. A propósitos constitucionales e incluso a los constituyentes de derechos pueden estar rigiendo ahora más unas magistraturas y hasta unos profesorados que una constituyencia que se viene predicando democrática desde antes de la enmienda décimo novena. La misma jurisprudencia libertaria no encuentra posibilidades de textualizarse por vía de este procedimiento, el que dejara establecido la comunidad primigenia de hombres blancos a favor sobre todo del poder de los Estados, ni por medio de otras formas de autorización que pudieran resultar hoy más democráticas ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ A.R. AMAR, *Of Sovereignty and Federalism*, y *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, ambos en *Yale Law Journal*, 96, 1987, pp. 1425-1520, y 94, 1994, pp. 457-508; también del mismo, *Popular Sovereignty and Constitutional Amendment*, en Sanford LEVINSON (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, 1995. La admisión de

A estas alturas tampoco vamos a extrañarnos de que se eludan cuestiones básicas cuando el propio cuerpo político anda desarticulado sin posibilidad visible de vertebrarse por efecto muy directo del modo como ha venido integrándose sin solución de tracto mediante enmienda o arrepentimiento de dicha misma comunidad primitiva ⁽⁵⁷⁾. Dicho de otro modo, el problema no es el de existencia de ciudadanías compuestas y complejas, sino el de carencia de una constituyencia común por congregación de constituyencias varias. La dada ahí es la sabida, la originaria de varones blancos, la de este originalismo establecido. Tiene su lógica que el asunto, de no afrontarse de hecho, se hurte de derecho. No va a espantarnos a estas alturas otra prueba de que el constitucionalismo tiene puntos ciegos.

Lograremos ganancias y sufriremos pérdidas con la eventual influencia. Tenemos finalmente bien afirmado el principio del individuo humano y sus libertades, pero menos, bastante menos si algo, el de la comunidad política y sus poderes precisos para los derechos mismos ⁽⁵⁸⁾. ¿No está todo ello pesando más allá del propio ámbito del constitucionalismo estadounidense gracias hoy a la propia difusión que se granjea precisamente por registro y constancia de tal principio, el del individuo como sujeto de libertad? De algún modo, figura desde un origen. Con más certidumbre, lo tenemos ahora. Acompaña un resto que puede afectar neurálgicamente al individuo mismo. No voy a proceder ahora a un balance, pues mi conocimiento no alcanza, pero me permito, para ir saludando y despidiendo, una reflexión y un contraste antes de librar y concluir el presente comentario con el debido epílogo.

posibilidades más democráticas de reconstitución, todavía superior en B. ACKERMAN, *We the People*, colaborador igualmente de *Responding to Imperfection*, es motivo importante de la reacción crítica de L.H. TRIBE, *Taking text and structure seriously*. Ahora, A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, no incide en esto.

⁽⁵⁷⁾ B. ACKERMAN, *We the People*, viene a plantear el problema de la propia constituyencia por ausencia originaria de mujeres, afroamericanos e indígenas con la necesidad consiguiente de reconstitución aún pendiente, pero también a entender, con el olvido en este momento particularmente de los últimos o en realidad primeros, los indígenas, que las cooptaciones consecutivas están llevando a unos términos aceptables.

⁽⁵⁸⁾ Para muestrario y contraste nuevamente, R. DWORKIN, *Freedom's Law*, acen tuando lo primero a fuerza de torcer texto y eliminar historia.

2.4. *Constitución documentada y enmendada: texto y origen*

“The tale I have tried to tell in this book is, in some important ways, textual”. El cuento que relato es, más que nada, textual, nos dice Amar (p. 295). Texto ya sabemos que no hay, sino textos; ni origen, sino orígenes, lo que puede aseverarse en especial respecto a unos Estados Unidos por su propio sistema de producción textual. No es sólo que haya pluralidad, sino también que no hay singularidad. Cada texto es, si no legión ni multitud, variedad. Dado el federalismo constituyente y no sólo constituido, los textos se producen, no mediante acuerdo parlamentario y refrendo popular comunes, sino por medio de lo primero, una propuesta, y de las ratificaciones requiriendo debates de asambleas varias, las de Estados, pues no de *peoples*, los indígenas, y no bastando conformidad simple, con lo que ya puede añadirse de lectura creativa de texto en el mismo momento genético. Los textos en último o primer término resultan incluso, además de plurales, más orales que escritos. Así de plural es también el origen, el respectivo de cada texto ⁽⁵⁹⁾.

Texto tenemos y en su forma existe la Constitución misma. No hay otra. Si no es así del todo escrita, si no puede identificársele completamente con la escritura, se le tiene documentada y tal es su existencia. La realidad de la Constitución es el texto, un texto hecho de textos, aunque unos orígenes sean orales ⁽⁶⁰⁾. Inyectados ahora, parece que irreversiblemente, derechos nuevos en documentos viejos por jurisprudencia de la Corte Suprema, la federal estadounidense, ya no es tiempo de unos intentos por contraponer y superponer como Constitución no escrita especie alguna de derecho natural de libertades ⁽⁶¹⁾, sino que lo resulta de afrontar la complejidad misma de un texto como el constitucional viejo y nuevo,

⁽⁵⁹⁾ Son cuestiones que plantea con evidencias el propio A.R. AMAR, *Our Forgotten Constitution*, citado.

⁽⁶⁰⁾ JED RUBENFELD, *Reading the Constitution as Spoken*, en *Yale Law Journal*, 104, 1995, pp. 1119-1185, viniendo a considerarla como escrita, con agradecimientos, entre otros, a BRUCE ACKERMAN y AKHIL AMAR, colegas los tres en Yale.

⁽⁶¹⁾ Como muestra señalada de coyuntura en la que parecía peligrar la jurisprudencia federal de libertades, THOMAS C. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, en *Stanford Law Review*, 27, 1975, pp. 703-717, abundando luego y matizando después: *The Constitution as Scripture*, en la misma revista, 37, 1984, pp. 1-25. Lo primero se convierte en material didáctico sin la contextualización precisa: JOHN H. GARVEY y T.

muerto y vivo, todo en una pieza, o poco menos, mejor o peor articulada.

¿Qué significa entonces el texto vetusto y complejo así actualizado y viviente? ¿Cómo se le entiende hoy? ¿La Constitución dice lo que dijo en su momento, incluso en su gestación oral de foros varios, o lo que manifiestan sus palabras hoy para el lector común o para el experto, para la ciudadanía o para la jurisprudencia, pues tampoco sería lo mismo? ¿Procede el originalismo o el actualismo? Podemos venir viendo que ninguno. Lo primero resulta imposible, además de conductor a evidencias demasiado vergonzosas para ser constitucionales, mientras que lo segundo es ficción y manipulación. ¿Qué cabe entonces? ¿Cómo nos manejamos con textos plurales que forman un texto singular, el constitucional, y que tienen por tanto que significar, para poder regir social y jurisprudencialmente, algo presentable y no contradictorio?

Comencemos por la cuestión del número. Igual que entre pueblo e individuos, la pluralidad y la singularidad, lo referido en singular, el texto, digamos que es la suma no refundida de lo dicho en plural, los textos, unas piezas nada clónicas e incluso potencialmente conflictivas. Mas no hay por qué cancelar ni disimular la variedad constitutiva. Constitución de los Estados Unidos de América no sólo es el documento que se produjera y sigue en pie con dicha específica denominación, sino el mismo y la extensión de sus enmiendas sin excepción alguna, desde las primeras de 1789 hasta la última de momento, la vigésimo séptima, de 1992, según y como no deja usualmente de editarse todo ello bajo la misma rúbrica de *US Constitution* o traducciones. Nada se toca con los añadidos, pero todo puede alterarse. Habrá que comenzar haciéndose cargo.

Hoy forma parte del texto constitucional estadounidense tanto la enmienda décimo octava que prohibía desde 1920 producción, tráfico y consumo de bebidas alcohólicas, como la vigésimo primera que en 1933 abolía a su vez la abolición. Ambos textos han sido texto y todavía lo son. Siguen justamente figurando en las ediciones completas de la Constitución neutralizándose entre sí, de tal modo vivos. ¿Dónde está entonces el origen para hoy? No hay prevalencia

ALEXANDER ALEINIKOFF, *Modern Constitutional Theory: A Reader* (1989), Saint Paul, 1994, pp. 103-115.

en derecho de igual rango, el constitucional, a no ser la temporal, primando entonces la segunda fecha, la más reciente. Para el conjunto, para el complejo, nos situaríamos en 1992, en la última enmienda que ha progresado. La lectura del palimpsesto, de esta formación de estratos antiguos solapados por los nuevos, tendría que comenzar por ser a la inversa, como la árabe o la hebrea. A partir de ahí, de nuestro mismo momento prácticamente, tendríamos que entender toda la ristra de textos formando texto. No es el origen, sino el destino, lo que ha de regir, al menos de entrada, si no por regla general, la lectura del conjunto, la del complejo que forma.

La inteligencia de un palimpsesto nunca resulta sencilla y menos la de uno como éste, el constitucional en general y el estadounidense muy en particular. No basta en su caso ni siquiera la linealidad inversa que puede resultar palingenesia directa, esto tan indeseable, por originalista, además de malsonante. Los estratos se entrecruzan penetrándose de forma que puede ser tanto fecunda como esterilizante y que con todo se presta en efecto a las manipulaciones más varias. De hecho, este constitucionalismo norteamericano, de buena o mala gana, ha de ser intra e intertextual. No puede proceder ni reducirse a la lectura corrida de un texto en marcha ninguna, en directa o en reversa, pues ha de comenzar por componerlo. En la composición consiste la propia tarea de su inteligencia. Igual que del originalismo cuando no se constituye y radicaliza como tendencia, puede decirse que la inter e intratextualidad es un hecho antes que un sesgo. El reto que se plantea entonces es el de adquirir conciencia para aquilatar tratamiento ⁽⁶²⁾.

Mas el propio conjunto textual crea problemas irresolubles para la composición más integrada del texto mediante la necesaria lectura no lineal. Sólo cabe relativamente. No puede casarse indisoluble ni pasablemente lo que se forma de piezas insuficientes, refractarias y algunas hasta inservibles. No es puzle, sino galimatías, ni laberinto, sino trampa. Basta leer a constitucionalistas estadounidenses manipulando jurisprudencia y otros materiales para rellenar huecos y conferir sentido a unos textos imposibles por andar sobrado de lo uno y escaso de lo otro. Tal es la composición. Recomposición realmente no parece que quepa de lo que no ha estado compuesto

(62) A.R. AMAR, *Intratextualism*, en *Harvard Law Review*, 112, 1999, pp. 747-827.

ni se produce para componerse. Ante la suficiencia artificiosa de intertextualismos varios, comiencese también advirtiendo que los fragmentos de Constitución, los textos integrantes del texto, sencillamente no encajan ni pueden (63). Cabe añadirse que ante las carencias se opera mediante dicho uso hoy común de añadirse piezas espurias o al menos impertinentes, el de colacionarse selectivamente sobre todo textos jurisprudenciales como si fuesen de por sí constitucionales. El texto no basta, pero para eso está entonces la lectura, la que realmente lo genera aunque no lo reconozca.

Entremos entonces por la entrada, la del destino, no la del origen, ateniéndonos al texto. Conforme a la lectura inversa, comencemos por la enmienda que ha de ser, por última, la primera. Mas con ella y con el mantenimiento del tracto entre los textos, resulta que este palimpsesto constitucional nos gasta una broma no poco reveladora además de bastante pesada y nada graciosa. Enmienda de 1992 es propuesta de 1789, un texto literal de entonces sin alteración tampoco de una coma ni posibilidad alguna de cambio por origen no sólo material, sino también formal. El proceso de ratificación de la última enmienda ha durado todo este tiempo de más de dos siglos. Es un texto que figuraba entre las primeras de origen y que no ha cubierto hasta esas alturas de 1992 el requisito de la aceptación por una mayoría cualificada de los Estados. Mira al control ciudadano, interponiendo sufragio, de las retribuciones en las legislaturas federales (64). Las últimas ratificaciones, las decisivas, han respondido a un repunte de la reacción frente a ese mundo del federalismo que presiona a los Estados. A su incitación ha concurrido el intento fracasado de una enmienda dirigida a establecer por fin el principio de no discriminación en derecho ninguno por causa alguna, inclusive la de sexo, en el seno de la ciudadanía. Fijaba un término de caducidad para las ratificaciones estatales y no las ha logrado. Es

(63) ADRAIN VERMEULE y ERNEST A. YOUNG, *Hercules, Herbert, and Amar: The Trouble with Intratextualism*, en *Harvard Law Review*, 113, 2000, pp. 730-777, alcanzando también, como Hércules, a DWORKIN, por su trabajo sobre *Hard Cases*, con figura de juez hercúlea, recogido en *Taking Rights Seriously*.

(64) Amendment XXVII: "No law, varying the compensation for the services of the senators and representatives, shall take effect, until an election of representatives shall have intervened", no diciéndose de elecciones al Senado pues los senadores se designaban entonces, como ya hemos recordado, directamente por los Estados.

broma sin gracia, pero tiene método. No es esta nueva reconstitución conforme a los derechos de libertad, sino aquella vieja desconfianza frente a las instituciones federales, algo de origen que parecía superado, la inspiración del texto que figura finalmente como estrato último en la superficie del palimpsesto para la lectura que habría de regir la inteligencia del complejo ⁽⁶⁵⁾.

De 1789 a 1789 pasando por 1992 y todas las fechas intermedias, hemos rizado el rizo, vuelto al origen así en singular nuevamente, como si se cancelara tanta historia que anda de por medio. Mas ya nos consta con creces que el viaje es infactible. No tiene retorno porque tampoco cuenta con la ida. No es que falten las alforjas, sino que ni siquiera hay trayecto. El originalismo usual del constitucionalismo estadounidense, el que no se profesa ni tampoco beligeramente como tal tendencia, se limita a presumir que las libertades de hoy se contienen en los textos de ayer pues la presunción la requiere el propio tracto constitucional. Dejad que los originalistas paladinos desentierren a los muertos resucitando y exponiendo la vergüenza de la comunidad primitiva ahora imposible, la varonil y esclavista. Tengamos la decencia de ignorarla hoy sin más. ¿Qué importa ahora tal origen? 1789 es 1992 y no la inversa. De esta forma el trayecto cabe sin pérdida de autoridad de los textos que integran la Constitución, desde *We the People* hasta la última enmienda. Ahí estarían las categorías germinales de las libertades actuales. A falta de enmiendas que las consagren como la frustrada del principio de no discriminación, la facultad constitucional de hoy, una jurisprudencia doctrinal o judicial, resulta la comadrona que no ha gestado con sudor a la criatura, pero que se ocupa con cariño de ella ⁽⁶⁶⁾. Todo este constitucionalismo nos gasta a su modo la broma, como si 1992 pudiera ser 1789 lo mismo que, según resulta, la viceversa.

¿Reiteramos pérdidas, servidumbres y lastres? Constituyen una hipoteca ruinoso por descompensada para el propio patrimonio, para todo un capital acumulado. El justo repudio de la comunidad

⁽⁶⁵⁾ B. CLAVERO, *¡Aún dicen que la democracia es cara!*, en *Derecho de los Negocios*, 26, 1992, pp. 13-15, sobre esta historia poco donosa de la última enmienda.

⁽⁶⁶⁾ Valga abusivamente, pues está tan anunciado el uso como confesado el abuso, la misma muestra del contrapunto, R. DWORKIN, *Freedom's Law*, sobre tal género de supuestos.

vergonzosa está implicando la renuncia a *We the People* o, tal vez mejor, *we the peoples*, nosotros y nosotras pueblos y personas constituyentes concurriendo sin mayúsculas. Si es necesario comenzar por rectificar el primer pronunciamiento, el que identifica el sujeto primero de la acción constitucional, no es posible ni plantearse con la previsión de que sólo cabe el añadido de enmienda bajo procedimiento además hoy prácticamente bloqueado. Las cuestiones de constituyencia por lo común ni se formulan (67). No hace falta hacerlo si 1789 puede ser 1992 y contamos con quienes saben resolver con la prestidigitación el entuerto. Estamos en manos expertas. Podemos confiarnos.

Así se crea el ambiente más favorable a la dependencia del reconocimiento y garantía de libertades, no de comunidades constituyentes, de la determinación democrática de los individuos en su ámbito, sino de grupos profesionales y sectores institucionales, de escuelas jurídicas y cortes judiciales. Así también se priman las inmunidades frente a los poderes respecto al acceso constitutivo a ellos, a la propia formación participativa de las instituciones a partir y en beneficio de las libertades, tal y como si ésta pudieran todavía limitarse o venir ahora a contraerse a una privacidad. Así consiguientemente acaba teniendo incidencia el propio libertarismo más en el mundo de la economía que en el de la política, aun no llegando ni acercándose a la exclusiva. Así en todo caso presiden, no los textos constitucionales exactamente, sino las lecturas jurisprudenciales, ya doctrinales, ya también o sobre todo judiciales. Así claudicamos por confiarnos. Los mismos textos que forman texto quedan a disposición no de sus teóricos productores, de unas constituyencias ciudadanas, sino de sus actuales manipuladores, de unos responsables judiciales y doctrinales del propio constitucionalismo. Con tracto y desenlace, la reconstitución es entonces la que resulta imposible en unos términos mínimamente democráticos.

Los textos son las lecturas, productos suyos incluso y más todavía cuando el transcurso del tiempo les ha privado sin remedio para hoy de todo sentido genuino. Si no cabe la renovación franca,

(67) Ya hemos dicho que B. ACKERMAN, *We the People*, lo hace, pero descartando finalmente el ejercicio a efectos prácticos de modo que no parece quedar pendiente para el volumen que falta, el de *Interpretations*.

la cuestión que procede es la de quién lee, la de quiénes tienen el poder de hacerlo. Son quienes bautizan sobre mojado, quienes dicen lo que significan las palabras dadas y gastadas, quienes producen 1992 sobre 1789. Para atravesar así el espejo, la credencial no la confiere la historiografía, la capacidad de recuperar origen, pero tampoco la jurisprudencia, la facultad de producir sentido. Ha de ser una cultura desde luego la que permita la lectura necesaria, pero no alguna especializada o restringida, sino la común ciudadana, la efectivamente compartida y experimentada por la misma agencia social de las libertades, la constituyente. El problema reside entonces en la forma como se manifiesta y acredita una vez que el procedimiento reconstituyente a mano, el de las enmiendas o de reforma, no está a la altura de los tiempos ni se encuentra realmente disponible. Es de por sí limitado y está además inoperativo o se halla prácticamente inoperante. Con todo el debate habido durante las últimas décadas en el campo no sólo doctrinal, sino también en el político, cruzándose y frustrándose propuestas de enmiendas de lo más variopintas, no consigue progresar ninguna planteada en nuestros tiempos y a sus alturas desde 1971 (68).

En todo caso, a falta de determinación y de autorización constituyentes, de ambas cosas, la jurisprudencia podría pensarse que debiera adoptar una postura más modesta de interpretación responsable no sólo de texto constitucional, sino al mismo tiempo e igualmente de cultura social o mejor de culturas sociales en plural, las constituyentes. Pero no parece que se encuentre precisamente dispuesta. No da muestras. El cuestionamiento de la autoridad propia es lo primero que rehuye la jurisprudencia cuando está eludiendo los problemas de constituyente como si los derechos se instituyeran por simple predicación. Una doctrina constitucional se construye sobre una jurisprudencia constitucional, constitucionales ambas, cuando la misma cualificación que comparten resulta problemática. Están supliendo y así suplantando la autoridad propia de la comunidad o comunidades

(68) Amendment XXVI, sec. 1: "The right of citizens of the United States, who are eighteenth years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age"; sec. 2, igual que XIII, 2. Para información sobre enmiendas incluyendo las frustradas se cuenta con JOHN R. VILE, *Encyclopedia of Constitutional Amendments, Proposed Amendments, and Amending Issues, 1789-1995*, Santa Bárbara, 1996.

constituyentes y constituidas o por constituir. También inventan al componer los textos recomponiéndolos. Lo mismo que el *Bill of Rights*, la jurisprudencia constitucional, si no es toda sin más, la de todas las jurisdicciones y cortes o tribunales bajo Constitución común, tampoco existe o también es producto de la lectura, la experta desde luego. Ya no digamos de la inconsciencia de la doctrina que se presume constitucional sin el menor escrúpulo.

“This is a book written not just for lawyers and judges but for ordinary citizens who care about our Constitution and our rights. And here, I think, lies perhaps the strongest reason for offering and account of the Bill of Rights that takes text seriously”. Es éste un libro, nos advierte Amar (p. 296), que se ha escrito, no exactamente para juristas y jueces, para doctrina y jurisprudencia, sino para la ciudadanía común que se preocupa por *nuestra* Constitución y *nuestros* derechos, donde puede que resida, nos recalca, la razón más sólida para tomarse en serio el textualismo. Apreciado ya esto segundo, sopesemos lo primero ⁽⁶⁹⁾. Estimemos ante todo la sensibilidad que acusa al dirigirse, no a facultad o especialidad, sino a constituyencia, a la ciudadanía toda o más bien sólo a la propia, la *nuestra*, la *suya* con mi subrayado. Ahí, entre su conciudadanía, busca lectura, audiencia e interlocución. Entre sus previsiones, no se encuentra la de que pudiera haber un *we*, nosotros sin ir más lejos, más ancho que un *people*, su pueblo y además en singular.

⁽⁶⁹⁾ Recordemos también lo dicho de que AKHIL AMAR es autor, junto a ALAN HIRSCH, de *For the People: What the Constitution Really Says About Yours Rights*, prácticamente además en paralelo con *The Bill of Rights*. Según datos que tomo por internet de Amazon.com, el primero aparece en febrero del 98 y el segundo, el que venimos leyendo, en abril del mismo año. Pues no se pone en cuestión el pueblo destinatario, *For the People* podría haberse llamado *We the People* si no existiera con anterioridad no sólo el primer volumen de la serie en curso de ACKERMAN, sino también, al menos y más significadamente, el título de F. McDONALD, *We the People: The Economic Origins of the Constitution*, Chicago, 1958. También se tiene ahora, entre lo ya citado, M.J. PERRY, *We the People: The Fourteenth Amendment at the Supreme Court*. El subtítulo de MC DONALD aludía por su parte a un clásico de cuya introducción se ha encargado luego él mismo, CHARLES A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), New York, 1986, acentuando el peso de grandes intereses propietarios y comerciales. No ha reutilizado McDONALD el título de *We the People* en prosecciones propias sobre orígenes de la Constitución y no sobre ésta como origen, nuestro asunto.

Mal podía hacerlo cuando, respecto al propio *Bill of Rights*, a propósito de esta cuestión tan primera que puede interesar a cualquier individuo, a toda persona, no se plantea problema actual de constituyencia, esto entonces primerísimo. Con razón comete la inconsciencia de no advertir en título que el libro versa sobre los Estados Unidos de América sin sospecha al parecer ninguna de que ello pueda resultar procedente porque el asunto trascienda más allá del propio pueblo.

2.5. *Estaciones en vía muerta: España, 1869, y otras europeas*

Hay en la trayectoria del constitucionalismo estadounidense una valiosa originalidad indudablemente o tal creo. ¿En qué otro caso aparte de éste se produce con continuidad un registro textualizado de todo un canon constitucional, el hilo rojo de libertades, entre motivación y fundación con algún grado de actividad siempre, sea límite o principio? ¿En cuál otro existe secuencia y variedad de tratamiento entre extremos interesantes a tal base del constitucionalismo, la de unos derechos de libertad y su prevalencia última frente a ley y otros poderes por muy constitucionales que fueren? ¿No hay así constancia por aquella América en este ámbito jurídico determinado, para tal capítulo básico de los *rights*, de una cultura entre social y profesional que ha fallado en cambio por Europa y de la que ahora ésta se beneficia y no, como suele presumirse, al contrario? Esto parece sin duda ⁽⁷⁰⁾.

La cuestión es actual y ha sido también pasada. En los mismos años cuando se producía por los Estados Unidos la abolición de la esclavitud y comenzaba así aquel constitucionalismo a rehabilitarse públicamente también hacia el exterior con la generación definitiva de su *Bill of Rights*, el inexistente que cobra entonces no sólo cuerpo, sino también espíritu, en aquellos mismísimos años, por

⁽⁷⁰⁾ Es el punto justo de arranque de B. ACKERMAN, *We the People*, I, *Foundations*. Mas no conozco algún tratamiento en concreto del remozamiento doctrinal del constitucionalismo estadounidense tras la abolición de la esclavitud no menos o más decisivo, con su mismo hilo de continuidad, que el famoso de primer momento. Entre los volúmenes, como muestra, de Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law*, I, 1780-1860 (1977), y II, 1870-1960: *The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York, 1992, la cuestión se escapa.

España se planteaba una reconstitución mirando en dicha dirección americana, y no a otra alguna en Europa, para adoptar la base debida de *Declaración de Derechos*. Se llega en la inspiración a la traducción. Cuerpo y también espíritu podían trasladarse. Por Europa puede ofrecerse caso que cabe entonces contrastar. Recorre su propio camino no poco significativo entre libertades y poderes, las primeras ya netamente concebibles como individuales en el propio terreno constitucional (71). No en su concepción, sino en su practicabilidad, estará por Europa entonces el problema.

“La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquiera otro no consignado expresamente”, dice la Constitución española de 1869 en un artículo, el vigésimo noveno, del título de las libertades, que es el primero, *De los españoles y sus derechos*. “The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”, había dicho unas décadas antes la enmienda federal novena de los Estados Unidos. El intento español iba en serio y por ello ahora se copiaba. No se hace al pie de la letra. Hay diferencias en el texto y también, alcanzándolo, en el contexto. No existe aquí el federal, con lo que el pronunciamiento no cabe que se hiciese ni entendiera a favor de unos poderes como allí los estatales. En la copia española, la reserva es claramente, sin posibilidad de equívoco, en beneficio de los derechos del individuo.

¿Es ésta la razón de que no se le diera traducción al término del pueblo, *the people*? ¿No podía mantenerse como expresión ahora de la comunidad política que así reconocía y garantizaba libertades? ¿No estaba ya cobrando en los mismos Estados Unidos una significación compatible, aparte desencajes, con la posición como sujeto del individuo o incluso potenciadora del mismo? ¿Por qué realmente, teniéndose a la vista y pudiendo guardar un sentido, no se incluye? Literalmente, en tal pronunciamiento español, en esta traducción, no hay identificación alguna de sujeto, ni individual ni colectivo. Si he dicho que es el individuo es porque se desprende, sin

(71) B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo y razón de historia*, Madrid, 1991, pp. 129-158.

género posible de dudas, del registro constitucional de derechos donde se contiene, dicho título primero ⁽⁷²⁾.

El trasplante provoca síntomas acusando problemas similares, inclusive el de la persistencia de esclavitud en las colonias para lo que la Constitución, su título décimo, tan lejos del de los derechos, tiene sus previsiones bien ajenas en principio a algún compromiso abolicionista por motivo de libertad, afectando con la inhibición, cuando menos, a toda la población no metropolitana: “Las Cortes Constituyentes reformarán el sistema actual de gobierno de las provincias de Ultramar, cuando hayan tomado asiento los Diputados de Cuba o Puerto Rico, para hacer extensivo a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución. El régimen por que se gobiernan las provincias españolas situadas en el Archipiélago filipino será reformado por una ley”. Esto es el título entero. La disponibilidad política de los derechos es todo su contenido. Y tampoco es que esto chocara de frente con el título de los derechos, cuyo artículo último, aun con plazos y otras precauciones, ya permitía una más generalizada disposición política. Por otra parte, la declaración de libertades cuidaba de discriminarlas entre *españoles* al alza y *extranjeros* a la baja. Y como para las *indian tribes* en los Estados Unidos, cabría esa tercera posición para la población colonial, para toda ella o más bien quizás tan sólo para la de procedencia europea y mestiza, pues de la indígena se hacía abstracción y no entraba ni en cuenta. La esclavitud, existente en las colonias, tampoco era visible para la Constitución.

He aquí una buena puesta en cuestión por parte de la propia Constitución tanto del pueblo en cuanto que comunidad política, con la discriminación de unas colonias, como también del individuo en su calidad de sujeto de libertad, con la supeditación de sus derechos. Mas no son extremos nuevos a estas alturas. En relación con la referencia americana, la de los Estados Unidos, tenemos los problemas sabidos y alguno más añadido que diré. Quizás sea por aquí el principal. A esto vamos, pues el resto resultaría reiterativo o también podría desviarnos. Como pretendo regresar, no quiero

⁽⁷²⁾ Puede verse en RAQUEL RICO (ed.), *Constituciones históricas: Ediciones oficiales*, Sevilla, 1989.

alejarme totalmente del *Bill of Rights*, ni de la criatura del libro. Y no interesa ahora desde luego esta historia particular española como pueda hacerlo, por su influjo actual, aquella estadounidense.

Se miraba por España a los Estados Unidos en busca de algo que escaseaba o que incluso puede decirse que faltaba a lo ancho de Europa, esto era una cultura de derechos de libertad para sujeto individual, bien que todavía restringido por razón no sólo exterior de colonialismo, sino también y ante todo interior de sexismo, pues no deja de haber más inclusive la repercusión colonial en la metrópolis. Como el *male citizen*, tenemos desde el mismo anuncio del epígrafe en el catálogo constitucional de importación un sujeto limitado de libertades, *el español*, significándose así el género masculino con exclusión entendida del femenino. Por latitudes europeas se conocía y experimentaba por supuesto la limitación del sujeto con construcción social del sexo y demás elementos, pero no una cultura de libertades que aun con todo esto cabía y que también se había planteado en los orígenes constitucionales respectivos de las diferentes experiencias, naufragando y hundiéndose en profundidades por entonces imposibles.

Eso, tal programa extraviado por estos lares, por todo un continente prácticamente, es lo que se encuentra entonces formulado en el referido título, *De los españoles y sus derechos*, donde tal pronunciamiento de libertad no numerada identificativo de toda una precedencia de derechos sobre ordenamiento se comprende en el texto por estos penates hispanos. Y el puerto de origen de la importación ya consta, como constaba. Lo que se buscaba para unos fundamentos podía ofrecerse efectivamente desde América y no en cambio entonces por Europa. Se sabía donde se miraba. Mas un texto, por muy constitucional que sea, no genera sin más ni de por sí cultura y menos si social y no sólo académica o profesional, que a la corta tampoco. No puede en suma improvisarse ⁽⁷³⁾. Es el problema añadido y principal que digo.

(73) Hay trabajos, incluso recientes, sobre la cultura del constitucionalismo en España a lo largo del XIX, pero ahorro el registro pues vagan y divagan con la carga pesada de la indefinición del propio objeto, del sustantivo cultural como del adjetivo constitucional o viceversa, esto sustantivo y aquello adjetivo, no sirviendo así a nuestros efectos. Para introducción a un punto de arranque que alcanza a América y no resulta

Se venía por Europa, al menos por la continental, de un sistema que se profesaba constitucional primando poderes y no derechos. Perdiéndose hasta el espacio de la motivación de libertades, incluso esto, el propio constitucionalismo se cifraba, aparte prácticas más laxas, en identificación de ordenamiento con legislación y en correspondiente reducción de la justicia a función de ley, poder al cabo (74). No quedaba espacio ninguno o alguna cabida efectiva para derechos de libertad con amparo judicial. Era una forma más descompensada de imposición de minoría como si fuera mayoría y como si en esto consistiera el sistema cualificado con la denominación de constitucional. En este cuadro, que ya se estaba haciendo y acabaría por ser característicamente europeo, ¿de qué forma cabía que se produjera el implante de los derechos como Constitución, de las libertades como motivos y principios del sistema, aunque fuera todavía con hipotecas como la del género, la de construcción social del sexo? Es lo que se intentó a aquellas alturas en España y por lo que se miró a los Estados Unidos de América. La vía muerta es entonces Europa.

Entonces se cosechó en España el más sonado de los fracasos no sólo por adversidades más o menos contingentes que ahora no vienen al caso, sino también por la contrariedad de fondo, lo que aquí interesa. Por mucha presunta ciencia jurídica que se tuviera, tampoco ciertamente excesiva, se carecía por completo de cultura operativa de derechos. No la había política para plantearse una legislación que no se les sobreordenara, como tampoco jurídica para desempeñarse una justicia que los amparase. Se careció también de tiempo para que la importación diera fruto, pero el poco que se tuvo fue suficiente para provocarse el cortocircuito más sombrío en el propio ordenamiento teóricamente regido por derechos de libertad. La frustración fue la evidencia y el legado (75).

muy disimilar al estadounidense o no lo es tanto como suele presumirse, sólo que pronto fallido y luego no recuperado: JOSÉ MARÍA PORTILLO, *La Nazione Cattolica. Cadice 1812: Una Costituzione per la Spagna*, Manduria, 1998.

(74) B. CLAVERO, *La Paix et la Loi ¿Absolutismo constitucional?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69, 1999, pp. 604-645, a propósito de Paolo GROSSI *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998, o también, como ahora, a despropósito, pues me sirvo del libro, lo confieso, para tratar por mi parte del motivo.

(75) CARMEN SERVÁN, *“Como losa de plomo”: El derecho a la libre emisión del*

Resulta el caso una parábola. Puede hacerlo. Aquel avatar no es nada singular sobre todo a la larga y hasta hoy. Aquí, en España, no existe entonces originalidad. Ha habido más estaciones no sólo desde luego españolas. Hay toda una serie por renovación textual que la implica efectivamente constitucional tras la guerra europea de principios del siglo XX alcanzando a la neutral o al menos no beligerante España en 1931. Con traducciones también por medio, aquí se hace acopio de textos con vistas a la propia reconstitución (76). ¿Qué tenemos a la vista? ¿Qué se tenía entonces?

Se hablaba de nuevo constitucionalismo y se producían ciertamente novedades. No todas importan por igual. Lo hace menos la que más suele destacarse, la de extensión no generalizada a derechos sociales y garantías institucionales, atenciones para sectores o grupos y avales para corporaciones u organizaciones. Porque figuren entre derechos constitucionales, no lo son constituyenciales. No interesan ni afectan a constituyencia como los de libertad más netos. Importa más el fuerte acento que se aprecia en éstos mismos con expresiones incluso de no discriminación, pero también con bastante marcada reclusión en la propia ciudadanía, y con previsiones de implantación y desenvolvimiento, pues no de eficacia inmediata ni tampoco de garantía judicial en especial esto frente a legislación, por cuyo medio exclusivo, el de la ley de carácter parlamentario, suele programarse puesta en práctica y resultar con ello, justicia mediante, subordinación. Hay entonces casos de establecimiento de algún tipo de jurisdicción constitucional sobre legislación, con esta virtualidad, pero no constitutivamente por mirarse al amparo de libertades. No es el compromiso con derechos, sino la instalación de poderes,

pensamiento en el constitucionalismo de 1869, en JOSÉ MARÍA INURRITIGUI y J.M. PORTILLO (eds.), *Constitución en España: Orígenes y destinos*, Madrid, 1998, pp. 397-423; JESÚS VALLEJO, *Orden, libertad, justicia: Figuración constitucional republicana (1873)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1997, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, I, pp. 821-845. También lo es, igual homenaje, el primero.

(76) Adolfo POSADA (introducción), NICOLÁS PÉREZ SERRANO y CARLOS GONZÁLEZ POSADA (selección y traducción), *Constituciones de Europa y América*, Madrid, 1927; BORIS MIRKINE-GUETZEVITCH (ed.), *Las Nuevas Constituciones del Mundo. Textos íntegros de las de Alemania, Baviera, Prusia, Austria, Checoslovaquia, Dantzig, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Méjico, Polonia, Rumania, Rusia, Turquía, Uruguay, Vaticano y Yugoslavia*, Madrid, 1931, todo ello en portada e inclusive así Italia y el Vaticano.

diciéndose que así vienen a racionalizarse, lo que suele textualmente encabezar una hornada europea de nuevas Constituciones. Son novedades en suma importantes, pero también insuficientes ⁽⁷⁷⁾.

En tal oleada constituyente no puede decirse que se concibiesen ni funcionalizasen los poderes respecto a libertades. Figuran éstas claramente aunque no siempre con la distinción. Se les reserva lugar relevante de capítulo identificado de derechos, mas no presiden. No acaban de venir a posición de constituyencia como *Bill of Rights* que merezca mayúsculas. Abunda en el impedimento la misma concurrencia de derechos constituyenciales junto a otros que no reúnen la condición ni pueden. El propio ejercicio constituyente resulta de poder más que de derecho. Incide ante todo sobre los libertades mismas sin reconocimiento suficiente ni consecuente de la primacía. Y fueron experiencias fallidas tanto la de España, 1931, como la mayoría apabullante del resto, salvo alguna americana. Tampoco es ahora que hubiera originalidad excesiva por parte ni mérito de ninguno de los casos por Europa.

Ni a unos efectos limitados parecen aprovecharse por entonces los posibles préstamos del patrimonio constitucional de los Estados Unidos de América. El caso suele estar ausente de colecciones textuales que miran por un nuevo y no un viejo constitucionalismo. No sería ajena a esta indiferencia la circunstancia palpable de que por allá en aquellos años no hubiera más innovación de texto que la prohibición del alcohol seguida tan sólo por el sufragio femenino y de que no se diera tampoco una suplencia jurisprudencial como la que se ha producido más tarde. La jurisprudencia, al contrario que la legislación, no era huésped ni anfitrión de colecciones. Por los Estados Unidos hubo cambios, pero no se elevaron ni trascendieron a este nivel y efectos, los constitucionales ⁽⁷⁸⁾. Existía el hilo de

⁽⁷⁷⁾ PEDRO CRUZ, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1919-1939*, Madrid, 1987. De la época, como puede ante todo interesar, ofrece capítulos elocuentes sobre derechos, tampoco primeros y también traducidos entonces, el mismo B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, Madrid, 1934; *Derecho constitucional internacional*, Madrid, 1936.

⁽⁷⁸⁾ El autismo usual de la *American Constitution* y de sus tratadistas, palmario no sólo respecto a otras experiencias, sino también en relación al derecho internacional que está afrontando unos mismos problemas de *rights* y *peoples* desde hace medio siglo, puede ser factor solapado incidiendo seriamente en la equiparación práctica por parte de

los derechos de libertad con posibilidad de acceso directo y ordinario al amparo judicial bajo la cultura jurídica y social que la práctica ya implicaba, pero esto es lo que no estaba por entonces muy expuesto ni disponible para vistas exteriores ⁽⁷⁹⁾. Porque en Europa se diera algún debate académico de un pasado, como el de los orígenes americanos de los derechos, no había por ello constancia constitucional de un presente. Comunicación de este orden faltaba. Si una influencia americana en su caso no hubiese salvado de la debacle europea, tampoco es que quepa entonces achacarle responsabilidad alguna en la quiebra. Podrá confluirse luego contribuyendo también la historiografía al tanto de aquella incomunicación ⁽⁸⁰⁾.

Por la envergadura de la apuesta y la inmensidad del fracaso, la parábola de aquellos años podría representarla Alemania, 1919, la Constitución de Weimar, con la tradición propia de identificación entre constitucionalismo e imperio de la ley sin premisa ni espacio de derechos de libertad y la frustración ahora de unos escenarios y

B. ACKERMAN, *We the People*, II, *Transformations*, entre enmiendas abolicionistas y, sin forma equivalente, política social del *New Deal*, pues para la perspectivas exterior como para la superior, con el efecto imaginable de una textualización formal de dicho otro cambio, no parece que quepa comparación.

⁽⁷⁹⁾ Todavía hoy lo que viene a revalorizarse para entonces desde perspectiva exterior puede ser la influencia de Europa como si no cupiera cultura en rigor jurídica de otra matriz. Valga la muestra del primer *classico* americano para una revista europea de planteamiento constitucional en un ámbito necesitado: THOMAS WOODROW WILSON, *Lo studio dell'amministrazione* (1887), en *Storia. Amministrazione. Costituzione*, 1, 1993, pp. 17-41, traducción de FABIO RUGGE y ubicación, pp. 43-60, de ARNALDO TESTI. Mas no se contó con término americano de comparación en momento ulterior de confrontación entre experiencias: *Amministrazione e Costituzione. Storiografie a confronto* (1995), en dicha revista, 5, 1997, pp. 69-314.

⁽⁸⁰⁾ El repaso no sólo del iuspublicismo, sino también del iusprivatismo de la Europa occidental por aquellos tiempos, del francés como del alemán, del italiano como del español, no creo que depare más sorpresa que la singularidad de quienes, muy contados, se interesan e informan de aquel mundo constitucional americano como excepción que confirma la regla de una ignorancia por entonces generalizada. Para lo que se tenía por ciencia del derecho en Europa, el constitucionalismo estadounidense no parece que fuera materia no ya curricular, sino tampoco especializada. Y es capítulo que ha de desbrozarse el de esta incomunicación además mutua. Viene introduciéndose, como puede verse en estos mismos *Quaderni Fiorentini*, CARLOS PETIT, "A Contributor to the Method of Investigation": *Sobre la fortuna de Gény en América*, 20, 1991, pp. 201-269, y *La anécdota americana de Federico Cammeo*, 22, 1993, pp. 547-560.

medios parlamentarios y jurisprudenciales abiertos desde dicha fecha, también éstos segundos con las posibilidades y, sobre todo, las servidumbres de una doctrina jurídica y política muy desenvuelta y activa ⁽⁸¹⁾. Podríamos contemplar esta experiencia frustrada y frustrante. Cabría proseguirse con otras ilustraciones europeas del trayecto realmente en corto entre fletes constitucionales de derechos de libertad y naufragios ordinarios de las libertades mismas mediante la adversidad decisiva del ambiente y la meteorología que se tiene por ciencia jurídica, a veces ciertamente mucha, o por cultura sin más en el respectivo mundo del derecho, a favor en definitiva de instituciones y poderes. Cada lector o lectora podrá sumar a su gusto y conforme a sus conocimientos, pues los míos son limitados. El protagonismo de España en este apartado es fungible a nuestro efecto, no a otros desde luego. Ciudadanía constitucional obliga. Si fuera alemán, hubiera tratado seguramente en directo de la esperanza y el revés de Weimar ignorando España, 1869, como tantos otros casos. Así es al fin y al cabo como suele plantearse un derecho comparado o una historia constitucional general más incipiente.

3. *Epílogo: autoridad constitucional y dependencia cultural*

Federal courts have a special mission in defending substantive personal interests from governmental action that overreaches because of its unduly limited constituency.

Unos tribunales intensifican su misión de defender al individuo frente al Estado por defecto de constituyencia política.

LAURENCE TRIBE (1978)

La frustración de cosecha llevará a la importación de mercancía. Viene aconteciendo con la jurisprudencia constitucional estadounidense durante la segunda mitad del siglo XX. Escarmentándose también por supuesto y ante todo en carne propia, con la ayuda

⁽⁸¹⁾ Tratando el caso desde tales perspectivas e intereses, PETER C. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, 1997.

americana de la última postguerra para Europa occidental vino a la postre, pese al propio orgullo, constitucionalismo. Del planteamiento y la experiencia, con el fracaso incluido, de aquel que se dijo nuevo tras la primera guerra generalizada del siglo se ha sacado desde luego algún provecho por la misma Europa ⁽⁸²⁾, pero hay toda una cultura jurídica en casa que ha de proceder a su propia enmienda debiéndose mirar fuera del continente. Se hace a los Estados Unidos no siempre confesadamente y a veces hasta con inconsciencia. Para constituyencia de libertades, para la posición de unos *Rights as Constitution*, de los Derechos como Constitución, ¿qué otra experiencia viva se tenía? Hoy es una entre otras distinguiéndose si acaso por su activismo ⁽⁸³⁾, pero no entonces, no cuando se recupera en forma ya continua el constitucionalismo por Europa desde hace no mucho más de medio siglo.

Capítulo más ilustrativo podría aún ser el de libertad de prensa, como cabe que ahora muestre un caso algo postrero en estos menesteres de una recuperación constitucional, el de España sin ir para mí más lejos en espacio ni tiempo ⁽⁸⁴⁾, pero ya no vamos a hacer parada y fonda ni aquí ni en sitio alguno. Añadamos un solo ejemplo por primero, el del derecho a la vida sin debido proceso en contra que valga. ¿Qué modelo va a ofrecer una Constitución que sigue teniéndola, igual que en 1789, como competencia de los Estados inclusive los internos, sin principio común, en lo que se refiere a disposición pública por vía de pena de muerte? Además ocurre que se cuenta con base para su abolición desde aquellos mismos tiempos y así para el originalismo ordinario de hoy ⁽⁸⁵⁾. Pues bien, pese a

⁽⁸²⁾ Respecto a Alemania es la consideración última, la de que el constitucionalismo logrado de la postguerra debe mucho al fracasado de Weimar, de P.C. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*. Igual podría decirse del español de 1978 respecto al de 1931.

⁽⁸³⁾ LOUIS HENKIN y ALBERT J. ROSENTHAL (eds.), *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, New York, 1990; THOMAS CAROTHERS, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, 1999.

⁽⁸⁴⁾ PABLO SALVADOR (director), *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990; *El derecho de libertad*, Madrid, 1993.

⁽⁸⁵⁾ Amendment VIII: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted". Pero adviértase también algo ya citado y esto es que, por la sección primera de la enmienda décimo tercera, la mismísima de abolición de la esclavitud, ha quedado expresamente aceptada la servidumbre como

todo, en lo que toca a otra disposición más primaria, la propia, la jurisprudencia constitucional estadounidense puede ofrecer actualmente posiciones y criterios mereciendo atención ⁽⁸⁶⁾.

Sin mucho temor a la hipérbole, cabe decir que el constitucionalismo de los Estados Unidos está hoy marcando por medio de un desenvolvimiento jurisprudencial, pues no del planteamiento textual, un horizonte fuera también de sus fronteras no sólo por estilo, sino también por contenido y ante todo por la presuposición de una autorización constituyente, esta jurisprudencial, al margen de previsiones constituciones, aquellas textuales ⁽⁸⁷⁾. La misma Europa viene integrándose por vía jurisprudencial que encubre inconstitucionalidad ciudadana haciendo virtud de la necesidad y no dejando de mirar a los Estados Unidos sobre todo cuando quiere empeñadamente convencerse de que se trata de tal cosa, de procedimiento virtuoso y no viciado. Ahora también por Europa se suple a manos llenas constituyencia con jurisprudencia ⁽⁸⁸⁾. Llegamos como *afterword*, por esta vía de epílogo, a la *Constitution of Europe*, nuestra última rúbrica ⁽⁸⁹⁾. Viene produciéndose de modo que agradece el ejemplo de suplencia entre autoridad constitucional y dependencia cultural.

La historia jurídica de la integración europea corre por cauces más institucionales a partir de los Estados que constituyenciales con base en los respectivos *peoples* o de un pueblo en singular por común. Entre acuerdos por gobiernos de comunidad económica en los años cincuenta y de unión política en los noventa, transcurre todo un proceso integrativo sustancialmente en manos de la rama

pena, el trabajo forzado como cosa muy distinta a la reducción de condena. En términos generales, pues no para estos extremos, respecto al derecho penal hoy procesalmente descompensado entre partes pública y acusada con perjuicio adicional de las víctimas, interesa particularmente de A.R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure*, aunque se ciña al caso estadounidense o tal vez por ello y su influencia.

⁽⁸⁶⁾ CARMEN TOMÁS-VALIENTE, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999.

⁽⁸⁷⁾ VÍCTOR FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, 1997.

⁽⁸⁸⁾ MAURO CAPPELLETTI, MONICA SECCOMBE y JOSEPH H. WEILER (eds.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlín, desde 1985.

⁽⁸⁹⁾ Quinta lectura del pentateuco, la del recién citado JOSEPH H. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*.

institucional más discreta, la judicial, desde temprano. La Corte comunitaria, la de Luxemburgo, viene sentando, con inspiración de jurisprudencia estadounidense, principios de superioridad, efecto directo y poderes implícitos de un orden europeo granjeándose la complacencia de tribunales y jueces así apoderados con elementos de contraste frente al propio ordenamiento interno, el de los Estados. A la evolución judicial tampoco se resisten los gobiernos en la medida en que conservan y refuerzan su control sobre el proceso político de acuerdos constituyentes de forma que a su vez se apoderan de cara a los respectivos parlamentos mientras que no pierden poder respecto al común europeo, el de Estrasburgo, sin autoridad éste de constituyencia. Constitutivamente hay así para Europa derechos de libertad, mas no *peoples* ni *people*, no pueblos ni pueblo ⁽⁹⁰⁾. ¿No es el caldo ideal de cultivo para el ingrediente jurisprudencial venido de América? ¿Qué más queremos que esa inconstituyencia aún más extremada que la de una receta providencial?

No lo remedia de momento ni tiene visos por ahora, con todo su predicamento y desarrollo, el derecho que se dice internacional. Cuando viene a superar el handicap de orden disponible entre Estados, reproduce a su modo la desarticulación y descompensación entre derechos. A la distinción bien problemática, pues bloquea constituyencia y reduce ciudadanía, entre *political rights* y *civil rights* se ha sumado, con el constitucionalismo de entreguerras, una presunta generación nueva de derechos, los sociales, y luego también, ya en el orden internacional, toda una remodelación que, si agrupa *political and civil rights*, no es para potenciar los primeros, sino para diferenciar conjuntamente unos y otros, políticos y civiles, tanto de los *economic, social and cultural rights* como de otra supuesta generación, la tercera, de unos derechos colectivos entre los que alcanzarían acomodo postrero los *peoples' rights*, los derechos que habrían de interesar a constituyencia. ¿Qué integración o, como

⁽⁹⁰⁾ Sobre todo ello ofrecen perspectivas bien penetrantes, como también acusan síntomas nada inocentes, por cuanto que no contemplan más *peoples* que los Estados o más constituyencias que las constituidas, los ensayos propios que reúne J.H. WEILER en su *Constitution of Europe* bajo el interrogante de fábula nada infantil para el caso: *Do the new clothes have an emperor?*

interrogante previo, qué depuración cabe? La literatura corriente de *human rights*, de los derechos humanos gracias a los cuales el orden internacional ya no se encuentra a disposición de los Estados, se mueve entre tal especie de categorías y tal ocurrencia de generaciones sin concebir el problema de constituyencia ni darle cabida. Tratándose así de un orden sustantivamente constitucional por virtud de los derechos humanos, una jurisprudencia como la estadounidense puede que sirva y sustente más de lo que reconoce y aparenta, pues no suele mostrarse internacionalista. Y el hecho es que también a este nivel supraestatal los Derechos como Constitución, *Rights as Constitution*, priman con la faceta positivísima de la libertad como base y la más bien negativa de falta de otro cimiento ⁽⁹¹⁾.

Una jurisprudencia como la estadounidense está alcanzándonos y más que lo hará. Conviene el esclarecimiento a los efectos constitucionales mismos. Entre libertarismo y comunitarismo, entre actualismo y originalismo, entre conceptismo y textualismo, entre depuraciones y mixturas varias, un constitucionalismo en el sentido de teoría y doctrina con respaldo de jurisprudencia viene atravesando por las últimas décadas por los Estados Unidos la estación más floreciente y también la más polémica con alineaciones y enfrentamientos de indudable implicación política, cuando no de confesión paladina ⁽⁹²⁾. El mismo Akhil Amar, de producirse en forma analítica respecto a momento actual como ocurre para la materia procesal penal, se sitúa en posiciones características ahora, dentro de la

⁽⁹¹⁾ Para la conformación última de momento, por seleccionar en un campo bien vasto dentro de una misma colección que además cuida reediciones actualizadas, DOMINIC MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1991; MATTHEW CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Oxford, 1995; THOMAS D. MUSGRAVE, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997.

⁽⁹²⁾ CLARA ÁLVAREZ, *Debate constitucional norteamericano entre la Guerra de Vietnam y la Guerra del Golfo, o la Constitución como pre-texto, en estos Quaderni Fiorentini*, 26, 1997, pp. 487-547. Véase también ahora en *The New York Review of Books* de 9 de marzo y 27 de abril de este año 2000 la durísima polémica a propósito del *affair* de Bill Clinton y Monica Lewinsky, de su amplia panoplia de implicaciones constitucionales, entre RONALD DWORKIN y RICHARD POSNER, con su calidad éste ahora de juez federal.

política estadounidense, del espectro republicano más que del demócrata. Hay alineamientos adicionales, como el escolástico. Es el propio Amar quien alardea también por escrito, pues supongo que antes en clase, de que el trato menos respetuoso con los textos en el campo constitucional, este enviciamiento metodológico, sea estilo de Harvard y no de Yale, su Universidad. Pero nada de esto, ni lo político ni lo académico en el sentido de lo jurídicamente partidista y lo intelectualmente sectario, creo que tenga aquí por qué importarnos demasiado. Hacia el exterior hay una influencia de menú menos variado en una línea hoy más bien libertaria, actualista y conceptista o no comunitaria, no originalista y no textualista, como si esta serie segunda fuera algo además inescindible en sí e incommunicable con la primera. Esto es lo que puede estar creando dependencia.

Hoy suele caracterizarse el sistema estadounidense por parte de panoramas comparativos trazados desde el exterior, por gracia de historia o de derecho comparados, como constitucional y democrático con prevalencia de lo primero y detrimento de lo segundo en razón de los derechos, de su identificación con Constitución. Si quiere hacerse la indebida distinción, cabe entenderse y explicarse por garantía de libertades, se asuma o se cuestione, que la dimensión constitucional prevalezca sobre la democrática o que la *privacy* quede por encima de cualquier *publicity* o que el libertarismo llegue así a cancelar comunitarismo. Respecto al extremo de la democracia, se incide ante todo en el usual equívoco de reducirse a determinación electoral de mayoría sin cuestión teórica ni necesidad práctica de otra participación ni de comunidad constituyente, pudiéndose de este modo contraponer a constitucionalismo. Ahora nos interesa tanto que tal pueda ser la imagen exterior como que el referente interior ofrezca realmente base por estas alturas, pues tampoco antes, para ese cuadro, aun con toda la pérdida no sólo de historia y trayecto, sino también de perfiles y corrientes, que así usualmente se produce ⁽⁹³⁾.

(93) Como mera muestra, con ocasión del bicentenario respectivo y a propósito de TIZIANO BONAZZI (ed.), *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Bolonia, 1988, MARIA ROSARIA FERRARESE, *Attualità della Costituzione americana*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 19, 1989, pp. 521-531.

Frente a la idea todavía más divulgada por efecto en buena parte de propaganda, los Estados Unidos ofrecen hoy en el terreno constitucional, no un modelo de democracia en realidad minada por fallo de constituyencia, sino concepciones y experiencias de libertades y garantías respecto a la dimensión que ahí se distingue de *civil rights*, de derechos personales y los sociales de pensamiento y debate, y no así en relación a la vertiente de unos *political rights*, los más estrictamente políticos de participación y organización conforme a la misma concurrencia ⁽⁹⁴⁾. Ofrecen un buen cuerpo de jurisprudencia de este determinado interés constitucional. Para la materia básica de unas libertades más y mejor que para otras cosas, una especie de modelo identificado con el caso estadounidense parece, según todos los visos, que hoy está privando y en camino de acabar por arrasar con su constancia de derechos, con su incerteza de *people* o incluso inexistencia de comunidad al efecto básico constituyente, si no también al ordinario de ciudadanía, y con todo esto de la constituyencia advirtiéndose poco y hasta nada. Sobra, pues falta, la ilustración.

Abundan los indicios. Hay síntomas que acusan. Responden ahora realmente al modelo del caso, el de libertad sin pueblo, incluso quienes creen no compartirlo. Acontece así cuando, impugnándose el planteamiento de derechos de libertad y queriéndose a

⁽⁹⁴⁾ Cuando las Casas Americanas, una especie de consulados culturales e intereses más oscuros de los Estados Unidos, fueron clausuradas a finales de los años sesenta entre el ahorro presupuestario y el escándalo político, en el caso de Sevilla la biblioteca fue donada a la Facultad de Derecho, donde, con su agrupamiento de llegada y su sello en portadillas (*United States Information Service. Seville, Spain. Casa Americana. Sevilla*), guarda una cierta identidad dentro de la sección de Derecho Constitucional ofreciendo tal otra imagen de propaganda, la de democracia. A través de dichas mismas Casas se habían organizado generosas excursiones constitucionales por aquellas latitudes para estudiantes de licenciatura de derecho. Fui invitado a la de 1966. Entre nuestras visitas no faltaron de instituciones judiciales, con la Corte Suprema federal comprendida, en aquellos tiempos de pleno vuelo libertario suyo, pero el mensaje de la organización, uno especialmente sensible para quienes vivíamos todavía por Europa bajo dictadura, era el otro, el de democracia. Por la distorsión entre discurso y evidencia más el peso de mis prejuicios europeos, pues no españoles, volví entonces con la impresión de fraude. Aparte contingencias personales o quizás también generacionales, la exposición social a los efectos de propaganda conoce desde luego otras vías más difusas y eficientes que la de hospitalidad y generosidad perdidas de aquellos servicios americanos de casas, bibliotecas y excursiones.

continuación afinar con alarde de conocimiento respecto a la experiencia estadounidense, se identifica el texto del *Bill of Rights* con las primeras ocho enmiendas sin advertirse la implicación sustantiva que ya nos consta en la ocurrencia. Solamente se distinguen de las dos siguientes en el lote primitivo de la decena porque con posterioridad dan más fácilmente pie para presumirse derechos del individuo y no del pueblo o al menos éstos no por delante de los otros, de los individuales. Igual que comunitarismos extremosos por América, hay nacionalismos a ultranza por Europa, algo parecido sólo que respecto al Estado, los cuales ni siquiera, por fortuna para el individuo, saben serlo o no osan ⁽⁹⁵⁾.

Ya es signo de dominio que, sin requerir siquiera conciencia ni complicidad, un caso pueda imperar como si fuera paradigma. Bien lo hace ahora un presunto modelo americano con sus logros y con sus lastres que también alcanzan, éstos como aquellos, a los derechos de libertad. La importación beneficia y la aduana grava con globalización en marcha y todo. Cabe extrañarse ante el peso de la misma carga. ¿Bastan, en el mejor de los casos, los *Rights as Constitution*, los Derechos como Constitución, para fundarse un *Freedom's Law*, un ordenamiento de libertad, uno que no sólo la reconozca y garantice, sino que también la potencie y active, cuando falla *the people*, la comunidad política, y a esto además no se le concede importancia ni constituyente ni constitucional, ni de base ni de función, con el primer efecto de resultar secundaria o incluso indiferente la dimensión participativa o autodeterminativa de la libertad misma? Si bastasen, sobrarían desde luego constituyencias

⁽⁹⁵⁾ Como simple muestra de todo ello, STÉPHANE RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1998, p. 447 para la referencia a “les huit amendments à la constitution américaine formant *Bill of Rights*” puntualizando: “N.B. Il y eut dix amendments adoptés ensemble mais, en dépit d'une affirmation sans cesse répétée, seuls les huit premiers forment *Bill of Rights* selon les auteurs américaines”. También hay ahora muestra tangible de la recepción para el caso: ELISABETH ZOLLER (ed.), *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, París, 2000. Incidentalmente agregó que sobre bases tan precarias como las reflejadas por la puntualización de RIALS suele todavía conducirse la comparación entre billetes americanos y franceses cuyo debate arrancara por mérito de GEORG JELLINEK en el perno penúltimo entre siglos, entre el XIX y el XX, lo cual toca en todo caso a orígenes anteriores a los que aquí nos están ocupando.

y, si me apuran, hasta legislaturas. Sería suficiente la justicia. Es impresión que no raramente se difunde ahora ⁽⁹⁶⁾.

Aparte casos y variantes, fuera de los Estados Unidos con su orgullo constitucional encubriendo textualidad obsoleta, en el supuesto ordinario por Europa con textos renovados pudiendo disimularse dependencia cultural, entre una situación y otra con sus características desde luego bien diversas, ¿de qué sirve toda la problemática provocada por el originalismo con base propia en América o la suscitada también ahí, en tales latitudes, por un comunitarismo que se entiende igualmente incompatible y alternativo al libertarismo con su concreto apoyo textual? Con esta polarización, se execran hoy comunidades en nombre y aras de las libertades más que viceversa. Se entroniza como constituyente y constitucional una base propia cual si pudiera ser universal. Lo cual pesa severamente en la historiografía. Últimamente, desde los años ochenta, su terreno está minándose por la batalla americana entre un republicanismo de signo fuertemente comunitario y un libertarismo de posición beligerantemente contraria trazándose un escenario de incompatibilidad y enfrentamiento que es, con todo, fruto de proyección historiográfica y no de evidencia histórica ⁽⁹⁷⁾.

A nuestros efectos constitucionales, a tales propósitos más importantes desde luego que los historiográficos pues no vamos a

⁽⁹⁶⁾ Para afloramiento de problemática por reducción virtual de constitucionalismo a derechos en variedad de casos, DAVID M. BEATTY (ed.), *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Dordrecht, 1994; PHILIP ALSTON (ed.), *Promoting Human Rights through Bill of Rights: Comparative Perspectives*, New York, 1999.

⁽⁹⁷⁾ No me voy a extender ahora con una historiografía que el propio AKHIL AMAR ha tenido la habilidad de sortear. J. APPLEBY, *Liberalism and Republicanism*, y L. KALMAN, *The Strange Career*, citadas, ejemplos, creo, de reacciones que arrojan al bebé vivo con el agua sucia de la bañera comunitaria. Para conciencia de la distorsión por el enfrentamiento desde los mismos años ochenta en sede historiográfica, F. McDONALD, *Novus Ordo Seclorum*, citado; MICHAEL LIENESCH, *New Order of the Ages: Time, the Constitution, and the Making of Modern American Political Thought*, Princeton, 1988. El título común constituye la leyenda inscrita en el sello de los Estados Unidos en 1782. Pues no va en el panteón de mi subtítulo, puedo excusarme de debatir la originalidad fundacional estadounidense respecto a la historia precedente incluso en su relación con la ulterior, la que aquí miramos. Habría un tanto que decir a propósito del originalismo republicano que se ha inventado su propia tradición historiográfica elevando el pedigreé hasta los *Origins of the American Revolution* de BERNARD BAILYN, ya también citado, y la *Creation of the American Republic* de GORDON WOOD, aún por citar.

poner la profesión académica por delante y por encima de la ciudadanía constituyente, mediante la execración de comunidad, de esto hoy tan común y a la moda en los medios digamos que intelectuales, acaba perdiéndose una dimensión constituyente que no se satisface ni agota con el reconocimiento de los derechos de libertad a la par que empobreciéndose de una forma así radical toda la vertiente constitutiva de una ciudadanía que no puede ser ni nunca de hecho es, aunque se pretenda, indiferenciada por indiferente a la cultura particular en la que se socializan y con la que se identifican de nacimiento o también opcionalmente, de capacitarse, los sujetos mismos de libertades, los individuos. Andan perdidos entre América y Europa los asuntos esenciales de constituyencias ciudadanas comenzándose por los de antropología o concepción y práctica de los sujetos, de los individuales y de los colectivos en su relación necesaria por mutua ⁽⁹⁸⁾.

No se recuperan por mérito de una historiografía polarizada, pero tampoco de alguna filosofía ni de práctica ninguna habida por muy acendrada que se tenga. Fuera de dicho contexto, el estadounidense, ¿a qué vienen, a la contra, artificios teóricos como el afamado que distingue, para la extracción de libertades, entre manifestaciones sólo germinales, lo que vendría dado por el texto, y conceptos hechos y derechos, todo lo que habría de quedar en manos de una jurisprudencia, de la doctrinal y la judicial, de modo que se cancela historia y se fuerzan documentos conservándose prestigio e infundiéndose anacronismo en el texto mismo cuando ha quedado irremediablemente anticuado y sin capacidad generativa propia, como lo testimonia el último vástago, la última enmienda que ha nacido moribunda de vieja? ¿A qué aprovecha el vicio de la necesidad hecha virtud de una suplencia e incluso suplantación del texto constitucional por una jurisprudencia, la doctrinal y la judicial, que pretende compartir y hacerse cargo de condición y rango

⁽⁹⁸⁾ Para muestrario más que triple por variedad y también contrariedad de enfoques y vistas, LEON SHELEFF, *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*, Londres, 2000; WILL KYMLICKA y WAYNE NORMAN (eds.), *Citizenship in Diverse Societies*, New York, 2000; B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid, 2000, siendo mi asunto de *present constituency in diverse societies*, constituyencia actual en sociedades particularmente complejas.

marginándose o hasta imposibilitándose la propia autoridad constituyente de las comunidades democráticas? ¿De qué sirve y, sobre todo, qué implica el cultivo forzado del tracto y de los precedentes? ¿Y dónde quedan las constituyencias que pueden autorizar legítimamente el ordenamiento? ⁽⁹⁹⁾.

Cubriéndose con doctrinas deficiencias de derechos, se minan y subvierten cosas elementales que sólo pueden ser además comunitarias como la determinación y operatividad de las constituyencias. Incertísimo hoy el pueblo, con la incógnita definitiva de la referencia no tan mayúscula, por más amplia, de *we the people*, se priman derechos de privacidad y así también se favorece la libertad en el mundo de la economía de forma definitivamente descompensada con respecto al universo de la política ⁽¹⁰⁰⁾. Sin recordarse por lo usual el acontecimiento por no considerársele el origen hasta hoy definitivo, parece ahora que resulta constitucionalmente de recibo el planteamiento consolidado con la serie de enmiendas abolicionistas de la esclavitud distinguiendo y postergando los *political rights* o derechos políticos más importantes para las vertientes no sólo legitimadora y garantista, sino también para la estructural y la orgánica mismas, para el constitucionalismo todo ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ Por no cansar, no insistiré en que toda esta ristra de insinuaciones particularmente se dirigen, si quiere personalizarse, a la obra en construcción de R. DWORKIN, *Freedom's Law*, tampoco diré que última entrega en volumen pues acaba de publicar *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, New York, 2000. Ignoro en cambio si resultaré cansino de insistir en algo que pienso claro a estas alturas de mi propia obra. No discuto las posiciones concretas de DWORKIN, por las que guardo todo mi respeto y hasta todas mis simpatías, sino su método alegre de imputación textual con pérdida de ubicación en la propia historia y el escoramiento de su concentración en materia de libertad, de *rights*, con ignorancia de constituyencia, de *peoples*.

⁽¹⁰⁰⁾ La muestra al respecto más significada, en este caso por más extrema, podría ofrecerla RICHARD POSNER, el de la actual polémica con RONALD DWORKIN, tras toda su obra de *Law and Economics* nugatoria a la postre de Constitución, pero este ídolo de la economía tampoco figura en el pentateuco de mi subtítulo, así que puedo hacer gracia y ahorrarme el enredo en berenjenal tamaño. Como está advertido, por libertarismo vengo entendiendo el constitucional, el de autonomía del individuo, y no el económico, el de juego del mercado, con sus supuestos éste de tiempo constitucional y signo no constitucional, quedando así fuera de nuestro asunto.

⁽¹⁰¹⁾ La postergación también presenta su dimensión historiográfica comenzándose por la percepción del acontecimiento. Hoy más que ayer, cediendo la revolución francesa posiciones de originalidad e ingenuidad en el ámbito constitucional, se hace viva

Parece que así resulta no sólo en aquellos Estados Unidos con sus secuelas a la vista. Lo privado en solitario o por excelencia, como si no hubiera cuestiones previa y constante de constituyencia activa ni ulterior y necesaria de ciudadanía participativa, puede venir a entenderse *freedom's law*, ordenamiento efectivo de libertad⁽¹⁰²⁾. Y he dicho lo del pueblo no tan mayúsculo y bastante más amplio porque hoy puede ser abrumadora mayoría la que se comprende en el *we*, nosotros sin acepción de género, no estándolo en *the people* de referencia, la conciudadanía de Akhil Amar además así en singular, ni tener por qué quererlo. Una cosa es que nos alcance culturalmente un constitucionalismo; otra que lo haga normativamente una Constitución y encima tan lastrada, inclusive con derechos y todo su predicamento, como es el caso de la estadounidense⁽¹⁰³⁾.

“Great as men like Madison and Jefferson were, they lived and died as slaveholders, and their Bill of Rights was tainted by its quiet complicity with the original sin of slavery”. Grandes y todo que fueran, James Madison y Thomas Jefferson, éstos que siguen considerándose autoridades constitucionales fuera también de los Esta-

para la historiografía general del constitucionalismo la primera formación federal americana, por lo común con el anacronismo de conferírsele entidad propia en lo tocante a derechos. ¿Cuándo en cambio se considera el alcance constituyente de la forma inconstituyente como se produce la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos no sólo para su caso, sino también a la larga para otros? Para éstos también puede decirse que sobran, puesto que faltan, referencias. Una historiografía constitucional general apenas está naciendo y aún esperan muchos pañales para secreciones y excrementos. Puedo decirlo o más bien balbucearlo. Confróntese B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, o la traducción parcial, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra Costituzione e Codice*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 19, 1989, pp. 95-129.

⁽¹⁰²⁾ Frente a las series de títulos mostrencos como *We the People, Novus Ordo Seclorum* o también *Bill of Rights*, DWORKIN tiene la buena costumbre de acuñarlos más originales y no menos sintéticos desde *Taking Rights Seriously*, el de mayor éxito o el mayormente parafraseado, generando a su vez serie de cosas *prese sul serio* de la que hemos tenido una muestra, la de LAURENCE TRIBE, *Taking text and structure seriously*.

⁽¹⁰³⁾ Dentro del campo jurídico tampoco faltan reflejos antineocoloniales, si se me permite la palabrota, en la dirección inversa del arranque referido de BRUCE ACKERMAN, *We the People*, como ahora el broche de cierre de la *prefazione*, dirigida a público anglosajón antes que al doméstico, de PAOLO GROSSI, *Scienza giuridica italiana: Un profilo storico, 1850-1950*, Milán, 2000.

dos Unidos, vivieron y murieron como propietarios de humanidad, quedando su *Bill of Rights*, el estadounidense de las diez primeras enmiendas, empañado por su tranquila connivencia con aquel pecado original, el de la esclavitud, el mayor de todos los que, cual también la pena de muerte, han conocido cabida en el constitucionalismo. Lo advierte respecto a lo uno, pues no a lo otro, el mismo Amar (p. 293). Y hemos visto que el empañamiento pudiera ser con todo incluso mayor, perdiéndose toda transparencia. Definitivo hasta hoy el *Bill of Rights* ⁽¹⁰⁴⁾, aquel que se creara, más que se recreara, en el momento antiesclavista que no suelta del todo amarras, la misma desautorización de unas autoridades de origen pudiera no ser, con el nexa, tan plausible. Dando por tal y por bueno el renacimiento, Amar ofrece alternativas propias de dicho mismo momento abolicionista de una insuficiencia que parece de lo más palmaria ⁽¹⁰⁵⁾.

Entre orígenes en plural como andamos, ¿hacen realmente falta autoridades de origen en singular ninguno y más aún, o menos entonces, entre constituyencias distintas? ¿Tenemos no sólo que adoptar una religión tan reverencial, sino también que hacernos para ejercicio de adoración propia con el altar de los padres fundadores

⁽¹⁰⁴⁾ Para ubicación y documentación contrastadas, sin detrimento del notorio papel de JAMES MADISON, se cuenta con NEIL H. COGAN (ed.), *The Complete Bill of Rights: The Drafts, Debates, Sources, and Origins*, New York, 1997. Y se tienen también ahora reunidos los ensayos de PAUL FINKELMAN, *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*, New York, 1996. Se trata de orígenes que no nos han ocupado de los orígenes que nos han interesado.

⁽¹⁰⁵⁾ Evitando en todo caso autorizar al abolicionismo militarista o también, pues lo hubo, terrorista, y cuidadoso con la corrección de introducir autoridades tanto femenina como afroamericana, A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, p. 293, *seriously* propone las alternativas de *Uncle Tom's Cabin* de HARRIET BEECHER STOWE, *La Cabaña del Tío Tom* que no era ciertamente en origen literatura infantil; de la vida de FREDERICK DOUGLASS, con su obra periodística, y *last but not the least*, en primer lugar la verdad, de las intervenciones congresuales de JOHN BINGHAM, quien propuso e impulsó la enmienda clave, la décimo cuarta, para la *incorporation*, esto es entonces la sínsolución de continuidad. Para el caso creo que más significativo de esta serie hubo autobiografía, HOUSTON A. BAKER Jr. (ed.), *Narrative of the Life of Frederick Douglass, an American Slave*, Middlesex, 1982, p. 143, en el capítulo último, la cita que encabeza mi segunda parte. La novela también cuenta con un anexo de *Facts and Documents upon which the story is founded* publicado en su día por la misma H.B. STOWE e igualmente con ediciones hoy vivas. La microhistoria no es un invento del siglo XX.

y ninguna madre, de una tal partenogénesis masculina aparte de esclavista nada menos? ¿Hemos de compartir devoción y culto tan desviados? Tampoco vamos a pasarnos sin remisión ni piedad a la maldición y el anatema. No echemos al final por la borda, si logramos venir ejerciéndolas, unas virtudes de ecuanimidad y ponderación. Mi primer encabezamiento quiere representar un paupérrimo recordatorio de que Madison, igual que Jefferson, puede decirnos todavía cosas sensatas, ¿quién lo duda? El problema sin embargo estriba en el detalle menudo de que, incluso para las simplezas ⁽¹⁰⁶⁾, sus manifestaciones vengan y sigan cobrando y recibiendo autoridad constitucional. No ocurre solamente por los Estados Unidos. A Madison no deja de alegársele como voz autorizada por España en 1869 y, entre quienes rehuyen el rigor del textualismo propio, más exigente por renovado, y creen que con ello dan además muestra de cultura superior, hoy todavía. Evito el compromiso de ponerme a ilustrar lo que puede incluso comprarse en manuales o cursos de derecho constitucional.

Ilustraciones huelgan, pero no me resisto a soltar todavía alguna que otra malicia de lo más inocentísima. El responsable y mentor principal de las diez primeras enmiendas que acaban identificándose más o menos, mejor o peor, en superior o inferior medida, para mayor o menor juego y margen de libertad, con el *Bill of Rights*, no otro notoriamente dicho padrino y paladín que James Madison, puede que goce hoy, en nuestro terreno del derecho constitucional a través de historiografía o también directamente, de autoridad más consagrada o al menos no tan contrastada fuera de los Estados Unidos que dentro ⁽¹⁰⁷⁾. Hay citas que son formas de culto más que

⁽¹⁰⁶⁾ La cita de arranque, la de mi primer encabezamiento, la tomo del *Federalist* n. 10, al comienzo del octavo párrafo. Ya sé que a una simpleza, como esa de que nadie es buen juez en causa propia, se le pueden siempre buscar las vueltas y hasta las revueltas. Como ciudadanos, no sería AKHIL AMAR, por concernido, el mejor analista, ni yo, por influido, el crítico óptimo. Lo dejó dicho nada menos que JAMES MADISON: "No man is allowed to be a judge in his own cause, because his interest would certainly bias his judgment", con cuya traducción he cometido una incorrección al verter *nadie* en el lugar de *no man* o ningún hombre, esto es, respecto a expresión que ni siquiera tomaba por implicación ninguna a la mujer en consideración.

⁽¹⁰⁷⁾ Fundamentalmente desde la obra de GORDON S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, 1969, que está en el origen de la renovación

de cultura. Sobre todo en materia de constitucionalismo, si no se conduce en dirección al texto y cuando el uso forma parte propia o más bien impropia del razonamiento, no reduciéndose a respaldo o contraste, la citolatría resulta síntoma grave de dependencia dura. Obsérvese lo extendida que anda la adicción. La misma historia constitucional suele producirse concediendo crédito a quienes menos hubieran de merecerlo según el dicho del propio Madison, el que nos encabeza ⁽¹⁰⁸⁾. En el mejor de los supuestos, resulta fotografía con la pose más agraciada del modelo componiendo figura, el arte ya no digo menos crítico, sino más falsamente realista por todo lo que solapa y así abstrae sin advertirlo. La inconsciencia ante el dominio del caso se reproduce fácilmente por la historiografía.

Incierto y todo que fuese y lo siga siendo, inconsistente incluso en texto como en cita, en autoridad como en autorización, aquel billete de derechos y sus oráculos, cual aquella Constitución y sus mentores, se hallan presentes con sus secuelas. Lo está sobre todo y enteramente el texto. Y el escrito arrastra voz, lo que queda de las voces de entonces como si no hubiera de por medio toda una algarabía, la de tantísimas palabras mereciendo autoridad no inferior por distantes o incluso ajenas de un origen primero que además arranca en falso y no es el definitivo ni mucho menos. Y ante todo,

de la historiografía constitucional estadounidense, viene revalorizándose lo que, por contraste con *The Federalist*, la colección de escritos de JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON y JOHN JAY en defensa y explicación de la Constitución durante el proceso de ratificación, se conoce con no poca injusticia bajo el término negativo de *antifederalism*, el pensamiento producido por quienes de modo no menos razonado plantearon oposición o reservas (HERBERT J. STORING, ed., *The Complete Anti-Federalist*, Chicago, 1981), con lo que se ha abierto notablemente el campo de las posibles autoridades para el originalismo más tendencioso y también de las potenciales evidencias para el constitucionalismo más consciente. Y frente a todo aquel complejo existe también y sobre todo la sensibilidad actual para con los sujetos no originarios del propio constitucionalismo, algo bastante más pujante en medios estadounidenses que en los europeos por su misma presencia social y visibilidad incluso académica.

⁽¹⁰⁸⁾ Como muestra significada de constitucionalista en terreno historiográfico, yendo así también del derecho al derecho pasando por la historia, sin constancia de la revisión en curso y con el Madison oracular de costumbre en el trance, ROBERTO L. BLANCO-VALDÉS, *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994, con versión italiana.

constitucionalmente, importa el texto. Sumando textos para formarlos, el procedimiento de enmiendas bien sabemos que no toca ni una tilde de los que quedan precediendo. Léase o reléase el constitucional originario y actual, de entonces y de hoy, para encontrarse no tan disimuladas la institución de la esclavitud y otras servidumbres, el estigma de las culpas originales, *the original sin* como nos dice Amar ⁽¹⁰⁹⁾, produciendo vergüenza propia y ajena a la ciudadanía no identificada en su fuero interno con la comunidad originaria, la de los colonos blancos, se exteriorice o se guarde. No sólo es cuestión de estética. Resulta historia que no pasa del todo y que aún pesa en algo ⁽¹¹⁰⁾. Mas no se le tema. No es el lobo feroz ni otro

⁽¹⁰⁹⁾ Todos somos al fin incorrectos. Aparte otras impertinencias incluyendo también la del pecado, para estructurar el comentario he hecho uso de expresiones como *génesis*, *deuteronomio* y alguna otra que son ajenas, por lo que infiero de nombre y retrato, pues no de dicha mención de un *original sin*, a la cultura de procedencia de AKHIL AMAR y no en cambio, con el problema consiguiente de eventual desencaje, al constitucionalismo propio más imbuido de religión de lo que ahora confiesa, con *thanksgivings* y todo, o de lo que parece estar diciéndose a estas alturas por la primera enmienda y su jurisprudencia. Con nuestras propias incorrecciones, aunque lo fueran sólo por préstamos alegres de lenguaje, son pistas falsas además lo que sembramos sobre mojado. Ahora intenta asimilar como casos de estudio entre antropológico y etnográfico el textualismo religioso y el jurídico, o más concreta y forzadamente el bíblico y el constitucional, VINCENT CRAPANZANO, *Serving the Word: Literalism in America from the Pulpit to the Bench*, New York, 2000.

⁽¹¹⁰⁾ Art I, sec. 2, ya citada triplemente, si no más: "(...) adding to the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indian non taxed, three fifths of all other persons (...)"; art. IV, sec. 2, ya citada también por partida triple o cuádruple: "No person held to service or labor in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due"; también, sólo citado una vez, art. I, sec. 9: "The migration or importation of such persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the year one thousand eight hundred and eight (...)". Todo esto, la esclavitud y el tráfico de esclavos, sigue figurando literalmente en el texto de la *US Constitution*, como también dicha expresión de *indian non taxed* y la siguiente también ya citada de *indian tribes* entre Estados Unidos y los extranjeros que hoy resulta más ofensiva que en origen por venir sirviendo de apoyo arbitrario de un principio de poder federal sin contraste constitucional sobre los pueblos indígenas de forma que esto se entiende hoy ofensivamente contenido en el texto, mediante el originalismo respectivo, por quienes lo sufren en carne propia. Junto a todo ello, ya no hay que decir, por estar dicho, de los giros del texto constitucional en masculino originariamente excluyente ni tampoco de los que

cuento de terror, sea infantil o adulto, ingenuo o perverso. Es pasado que puede ser presente con más facilidad si se le ignora. Conocerlo y tratarlo viene a situarnos y puede rehabilitarnos, lo que no tiene por qué resultar nada malo. Habilitación de derechos falta y de poderes sobra.

Si se quiere moraleja, hela. No es buena o mala cosa, afectándonos, la historia, pues pasado no hay otro, sino que lo son, alcanzándonos, las historietas, pues la historiografía es varia y marca así la diferencia o puede hacerlo. Pues constituye cultura más neta que bruta, puede interesar a efectos prácticos lo segundo en mayor medida que lo primero. Tal vez importe lo que imaginamos en firme más que lo que heredamos en vuelo, la invención con base más que la tradición con truco ⁽¹¹¹⁾. Del *Bill of Rights* de Akhil Amar, del texto producido por la lectura, cabe extraerse, si lo resulta, la moral del cuento, la enseñanza de la historieta, nuestra moraleja. Nos hemos alejado en momentos del libro o quizás no tanto por estar siempre, entre identificación precaria, incorporación problemática y traducción infiel, con el *Bill of Rights*, con el texto nuclear incierto y todo o, más incluso, inexistente y mucho. Le hemos acompañado en la ronda y visita a la morada del fantasma incorporándonos al séquito comanditaria e informadamente, nosotros y vosotras con las existencias efectivas de volumen y de texto, a fin de ver, como Amar

acercan el trabajo por cuenta ajena, si no a la esclavitud, a la servidumbre, que no es poco. Quienes se identifican más espontánea o pacíficamente, den o no las iniquidades por superadas, con el género de sujeto de partida, el varón blanco, no vamos a extrañarnos de que no encuentren hoy especial problema en nada de ello y entiendan, por decirlo suavemente, que la deconstrucción es artificio, y la corrección, ridículo.

⁽¹¹¹⁾ Frente al maniqueísmo que viene alimentándose por ERIC HOBSBAWM y TERENCE RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983, y acentuándose hasta llegar de momento, pues no se le ve término, a JON JUARISTI, *El bosque originario: Genealogías míticas de los pueblos de Europa*, Madrid, 2000, estoy con el citado L. SHELEFF, *The Future of Tradition*, en hacernos cargo de la evidencia de que no toda tradición es gratuita ni toda invención inconsistente, ya no digo que me acuerde en la forma como concreta la propia sugerencia, pues se empeña en la identificación tribal de unos pueblos sin Estados que resulta radicalmente limitadora de sus posibilidades de constituyencia. Sin ir más lejos, en historia e historiografía constitucionales pueden encontrarse excelentes ejemplos de retroproyección operativa con originalismo y todo. Mas tampoco voy a adentrarme ahora por tamaño berenjenal que AKHIL AMAR, sin la piedra de toque de la presencia indígena a los mismos efectos comparativos de la propia tradición constitucional, ignora supinamente.

quería, de dónde venimos, dónde nos hallamos y también, ya por nuestra cuenta y riesgo, de quiénes nos fiamos o qué podemos esperar de la residencia de nuestra confianza como es el caso actual en manos de jurisprudencia y doctrina de nación norteamericana. De ella procede como a ella pertenece el *Bill of Rights*, el espíritu y el médium, el alma y un cuerpo, Akhil Amar ⁽¹¹²⁾.

Aunque entre luces y sombras el *Bill of Rights* de Akhil Amar no haya sido siempre nuestra guía, nos ha ayudado a cobrar conciencia de sesgos y otros rasgos más o menos agradados o más o menos desgraciados, pues de todo hay, tanto de la criatura como de sus progenitores y de un resto largo de la familia hasta una última generación o quizá penúltima, no otra que la nuestra (pp. 304-305, circunstancias históricas suyas, también en casi todo, salvo constituyencia, mías, aun siendo mayor en edad, y seguramente tuyas, si no por igual, en alguna medida, lector o lectora amigos). Es virtud doble, por ciencia y por derecho, de historiografía que nos alcanza, potenciándose con la duplicación el interés más allá de lo que ella misma parece capaz de imaginarse. Un título no anunciaba la concreción a los Estados Unidos al darlo por supuesto sin sospecha

⁽¹¹²⁾ Como anágrafe también mostrenco, *The Bill of Rights* de AMAR es un libro entre tantos ostentando el mismo título y teniendo que añadir subtítulo, así lo distintivo. La primera idea titular del autor, *The Creation and Reconstruction of the Bill of Rights* como ya dije, podía haber sido preferible y también probablemente más honesta. En la tirada *paperback* (no he visto la *hardcover*), lo que pasa a ser subtítulo, *Creation and Reconstruction*, ni siquiera va en portada, figurando aquí en solitario *The Bill of Rights*, como si no fuera otra lectura entre tantas con vocación e incluso posibilidades de crear texto. De momento, hace unos días, mediado junio del 2000, frente a las expectativas republicanas, la Corte Suprema federal ha ratificado el valor constitucional de las reglas más garantistas en el proceso penal comenzándose desde la primerísima actuación policial, el mantenimiento con dicho rango expreso de unas exigencias cuya disponibilidad legislativa, por democrática, AMAR defiende con buenos argumentos textuales para el único caso que le interesa, el propio. Afortunadamente, ni su libro ni el de nadie, por mucho que se ostente el título con exclusividad incluso de portada, es *The Bill of Rights* y punto. Desafortunadamente, un pequeño colegio judicial es quien determina a efectos que son constituyentes alcanzando a derechos. Su jurisprudencia sólo puede ser modificada por él mismo, por la propia Corte Suprema señoreando sobre precedentes y sobre leyes, o por la vía de enmienda constitucional hoy bastante infactible, como ya también nos consta. Las teorías más abiertas de reforma democrática de ACKERMAN y de AMAR no gozan de un consenso mínimo para pensarse en su práctica ni tampoco es que se enfrenten con las cuestiones más de fondo de comunidad y constituyencia.

aparente de que la materia propia trascendiese. Esto al menos podemos remediarlo. *With a little help from my friends*, con menudo auxilio de amistades nuevas, cabe que nos hagamos cargo. De ti y de mí habla la fábula, no vayas a ponerlo en duda a estas alturas. Todos los casos son un caso y ninguno, tampoco el propio, es paradigma. Si alguno lo resulta, no debiera. No sólo España o también Europa más o menos entera, sino incluso los Estados Unidos de América, los que se han apropiado del nombre por partida doble a falta de mejor apelativo pues no se quería indígena de aquella geografía ⁽¹¹³⁾, pueden resultar dependientes y fungibles. No hay dominio de caso, como si fuera paradigma, que redima ni salve. Así es la historia y su contingencia.

Lo dice la fábula o debiera. Sea nuestra definitiva moraleja. Con minúsculas y en plural la entera serie para que el sujeto de nosotros, inclusive vosotras, el de nosotras y vosotros todas y todos, no opere ni pueda hacerlo de forma excluyente ni discriminatoria en fase

(113) El que se tenía más a mano era el de *Hodensaunee*, el nombre de la liga indígena, de la *Covenant Chain of Indian Tribes* a la que ya he aludido, en la cual comenzaron también a integrarse las colonias británicas con anterioridad a una independencia así doble, respecto a Europa y también respecto a la propia América. De haberse desarrollado sobre dicha base la confederación primera y federación definitiva de los Estados Unidos, según previsión que no dejó de hacerse por entonces en tratados con pueblos indígenas, una constituyencia menos excluyente hubiera sin duda producido un constitucionalismo más equitativo. Imposibilitado otro desenvolvimiento, hoy *Hodensaunee* es nombre ajeno y adverso identificando una confederación de tribus entre Estados Unidos y Canadá que reclaman reconocimiento internacional desde que hubo una organización de este género, pues, antes que de Naciones Unidas, ya lo requirió de la Sociedad de Naciones con formalidad y sin éxito. Para el constitucionalismo sustantivo que así puede aún existir en esta vertiente que, pese al empeño de los Estados Unidos por todos los medios a su alcance desde el efectivo del ejército hasta el no menos eficiente del cinema, no acaba de ser historia contrafactual, B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala*, epílogo. Contrahistoria completa en cambio resultaría que imaginásemos lo que hubiera supuesto de cara a Europa, pues no digamos para la entera América, dicha otra constituyencia entonces posible de unos Estados Unidos. Luego aquí, en estas páginas, no procede. Pero añadamos todavía, con expresión incorrecta, que la imposición de nombre por bautismo tampoco es que redima del pecado. Por parte de México, el caso al que aludí cuando salvaba algún constitucionalismo americano de la cosecha de entreguerras, bien vecina se tiene la suplantación con solapamiento del pueblo mexicana, el de lengua nahua, todavía existente y numeroso. ¿Mas cuántas son las inconstituyencias potenciales entre América y Europa a las que no nos hemos ni asomado?

ninguna ni para paradigma alguno, *we the peoples* acordaríamos *bills of rights* participándonos *freedom's laws* o así pudiendo en libertad comunicarnos libertades. ¿Resulta tan llano y sencillo? Sigue sin parecerlo para la *American Constitution*, para la *Constitution of Europe* ni para el resto largo que quede, la mayoría. Parafraseando títulos y hermanando autoridades, las más amigas ahora de Akhil Amar, Bruce Ackerman, Ronald Dworkin, Laurence Tribe y también Joseph Weiler ⁽¹¹⁴⁾, nos aguarda todavía la tarea de *taking rights, peoples, and texts seriously* y no ocuparnos tan sólo de los dos extremos, la labor de hacerlo para todo ello con pareja seriedad a fin de lograr no otra cosa que *Constitutions* más cumplidas. Habremos de tomarnos la serie en serio de modo sintonizado y equilibrado, tampoco por sí solo lo primero, el factor de los derechos, con el objeto de que lo último, el texto comenzándose por *the bill* y así, como sujeto de constituyencia, por *the peoples*, este intermedio obligado, pueda realmente dar base operativa a *freedom's law*, a ordenamiento comunicante por la vía misma de libertad y no por

(114) El trato aquí bien desigual para con BRUCE ACKERMAN, *We the People*, RONALD DWORKIN, *Freedom's Law*, y LAURENCE TRIBE, *American Constitutional Law*, en relación a AKHIL AMAR, *The Bill of Rights*, e incluso patentemente entre el mismo trió, como interlocutor secundario el de cabeza, contrapunto servicial el del medio y simple figurante el de la cola, es arbitrariedad tan clamorosa que resulta alarde mi confesión en primera nota. De intimar también con ellos podríamos todavía ser justos y extendernos. TRIBE nos sitúa ante los difíciles y casi imposibles requerimientos textualistas del constitucionalismo estadounidense, forzados ahí siempre en lo que toca a derechos. DWORKIN polemiza con el originalismo palingenésico recogiendo en el libro escritos que contribuyeron a frustrar el empeño de Ronald Reagan como presidente por hacer magistrado de la Corte Suprema a ROBERT BORK, el citado por su *The Tempting of America*. ACKERMAN ya he indicado que plantea la cuestión de constituyencia, no digo la de *constituency* ordinaria de habilitación por sufragio de la representación, sino la básica de autorización constituyente por parte de la comunidad política, la de varones blancos en el caso para 1789 y hasta hoy, pues, respecto al *Bill of Rights* o lo que por tal se tiene, no es otra para la *incorporation* o lo que fuere, lo que así persiste en unos fundamentos constitucionales. A lo primero parece reducirse la aguda alusión a inconstituyencia política o base electoral por parte de TRIBE, la cita de mi último encabezamiento, el de este epílogo, tomada de la primera edición de su *American Constitutional Law*. Entre debates mayores y anécdotas menores, entre originalismo corriente, el inevitable con el texto obsoleto, y sustracción por abstracción también común, la conveniente de adversidades para la propia constituyencia, cunde todavía la materia problemática para el presunto modelo. Pero tampoco es caso concreto, ni siquiera el suyo, lo que aquí exactamente nos interesaba.

otra. Con predicarse abstraídamente *the rights* no basta ni a afectos teóricos, ya no digamos a los prácticos.

Resulta la pregunta identificativa de la fábula que nos expone nuestra última lección amiga, la quinta del pentateuco, la europea. No todo va ser enseñanza, buena o mala, mejor o peor, de los Estados Unidos de América. *Do the new clothes have an emperor?* ¿No tenemos por un lado los ropajes y por otro todavía los príncipes más bien desnudos y además tan crecidos como potentes cual se ofrece a la vista pública sin precisión de que sea especialmente penetrante? ⁽¹¹⁵⁾. Necesitamos las miradas ingenuas de una infancia, de este silencio, también para las cosas del constitucionalismo. No sobra para nada la historia desde unos inicios. La madurez satisfecha y con ello olvidadiza ya se sabe que tarda en reconocer la pérdida tanto de visión como de reflejos. Es desgaste de vida incluso aunque fuera bien nacida, lo que no es el caso constitucional.

Tampoco es que la tarea aplazada de unas necesarias investiduras, por la desnudez habida, se reserve exactamente, por muy maduras que se presuman, a especialidades y erudiciones, a quienes escriben y publican o a quienes leen y analizan un género sofisticado de literatura reincidente como el que por profesión y con devoción cultivamos, a quien produce o a quien consume por ejemplo y sin ir

⁽¹¹⁵⁾ En la nota precedente, si no hago mención de nuestro quinto elemento, JOSEPH WEILER, *The Constitution of Europe*, con el subtítulo de la pregunta que es título de unos de sus ensayos, no es por hacer excepción, pues, aparte siempre la injusticia no menos imperdonable por más que confesa, sus respuestas y propuestas, a mi juicio, tienden también a quedarse a medio camino, con el bloqueo de la cuestión constituyente, de toda ella, por la asunción teórica de la realidad presente de los Estados constituidos cuales *peoples* o naciones sin mayor problema en Europa como en América, y porque al fin y al cabo aquí no he intentado ocuparme de ningún caso en particular, tampoco en sí del nuestro, el europeo. Demasiado lejos he venido, aunque resulte ser a casa, con lo que comenzara siendo una reseña a propósito de un *Bill of Rights*, uno más entre otros, el del primer y principal pretexto. Metido ya en repeticiones, ¿he de reiterar también que de nuestros autores amigos, de WEILER, de TRIBE, de DWORKIN, de ACKERMAN y de AMAR, lo que cuestiono no está entre lo que exponen, sino en lo que eclipsan? El problema último a mi entender no radica en que toda obra que produce luz arroja sombra, sino en que falta percepción del claroscuro con toda su importancia, si se me concede que la tiene, para la perspectiva. Así es común y difuso padeciéndolo por doquier el constitucionalismo, si no es que mi propósito resulta un despropósito a mayores efectos que el más inocente de la excusa. Los textos han sido pretextos porque el texto no existe.

más lejos estas resabiadas páginas. A nuestras alturas, también es que pueden sobrar doctrinas e historias constitucionales al tiempo que faltar sujetos y agencias constituyentes, pues no acaban de redondearse por mucho que se vengán dilatando. Entre libros y lecturas, entre estudios y ediciones, puede cobrarse conciencia, pero no suplirse carencia. A cada cual lo suyo, esto ni nos corresponde ni nos cabe en exclusiva ninguna. Para eso está la constituyencia o seguramente debiera.

Comenzándose por constitucionalistas y prosiguiéndose con especialistas en la historia particular o también, de darse, en una común del grado que fuere, mas alcanzándose y afectándose ante todo y sobre todo, en todo caso y con todo efecto, a ciudadanías, nos arrogamos una autoridad impropia por suplente. No contamos con otorificación genuina. Hartamos de sucedáneos porque ayunamos de credenciales. Con tanta ciencia y experiencia entre constitucionalismo e historiografía, falla en la práctica, como también derivadamente en la teoría, un derecho constituyencial, franqueza y expedición de constituyencias.