

BRUCE ACKERMAN

LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

Traducción e introducción de
Carlos M.^a Enrígue

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2011

Este trabajo es una versión revisada de las Conferencias Oliver Wendell Holmes, impartidas en la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard los días 3 al 5 de octubre de 2006. Agradezco enormemente los comentarios críticos de mis muchos amigos de las facultades de Derecho de Harvard y de Yale, y al trabajo sobresaliente de mis asistentes de investigación: Tendayi Achiume, Lawrence Benn, Kate Brubacher, Julien Cantegreil, Eric Citron, Dawn Hewett, Marin Levy, Jennifer Nou, Jessica Roberts, Solene Romieu, Justin Slaughter, Bartolomiej Szwczyk y Taisu Zhang.

Bruce ACKERMAN *

* *Nota sobre el autor:* Profesor Sterling de Derecho y de Ciencia Política en la Universidad de Yale.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	11
I	
PRIMERA CONFERENCIA: ¿SOMOS UNA NACIÓN?	15
II	
SEGUNDA CONFERENCIA: LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES	41
III	
TERCERA CONFERENCIA: LA CONVERSACIÓN ENTRE GENERACIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	115

INTRODUCCIÓN

Carlos M.^a ENRIGUE

Como cuando uno habla sobre Mozart o Víctor Hugo, el negarle al doctor ACKERMAN la categoría de autor consagrado resulta ocioso después de tantos años de notable labor académica. Autor de dieciséis libros y más de ochenta artículos especializados en derecho y de política, de los cuales varios se han traducido a otros idiomas, nuevamente exhibe su trabajo ante el público con la intención de brindar al foro algunas perspectivas novedosas sobre las realidades y potencialidades constitucionales norteamericanas.

El presente trabajo, publicado originalmente en el *Harvard Law Review* núm. 120, del año 2007 de las *Holmes Lectures* de octubre de 2006, aborda el conflicto medular de los últimos tiempos de la teoría constitucional de los Estados Unidos con un enfoque seductoramente conciliatorio: ¿Cómo casar los avances y compromisos de los últimos tiempos a una constitución que se precia de ser «exclusivamente» escrita?

El problema no es banal, y más aún existiendo tantos países que hemos decidido seguir el modelo norteamericano —en particular México—. Por ello es importante el encontrar medidas de calificación de compromisos populares que no siempre se hacen a través de las formas preestablecidas sin que por ello deban de ser considerados compromisos de segunda categoría.

Todo esto suena bien, sin embargo el foro norteamericano parece estar fracturado por unas posturas aparentemente antagónicas: por una parte el originalismo del ministro Hugo BLACK propugnando por una lectura de la constitución escrita tal como fue escrita —bajo la premisa elemental de que la historia, en este caso las palabras, se juzga con los ojos de la época—; y por otra el ministro Wendell HOLMES, quien, adaptado al cambio filosófico de los pesos y contrapesos newtonianos, propugna por un darwinismo jurídico con la evolución de las especies (¿constitucionales?) como grito de guerra.

La verdad es que, a juicio del autor, ambos estaban en lo correcto a la vez que ambos se equivocaban rotundamente. ¿O será quizá que el ánimo de la gente de obtener las respuestas absolutas en una sola fuente fue lo que llegó a cegar a sus seguidores, quienes se vieron obligados a adaptar respuestas fantasiosas y elaboradas para los huecos que tienen sus respectivas doctrinas?

En este trabajo, y en una postura que me suena más a intervención de abuelo que de padre autoritario, el doctor ACKERMAN llama a las partes a sentarse y buscar el hacer un reconocimiento de las virtudes ajenas sin por ello allanarse a la doctrina del otro. Para que, hecho dicho reconocimiento, se proceda a la edificación de algo nuevo, qué sin saber bien a bien qué sea manifieste con verdad el estado actual del canon constitucional norteamericano. En manifestar que tanto los seguidores de BLACK como de HOLMES son parte de «Nosotros el pueblo» y que ese pueblo surge de mestizajes tanto físicos como ideológicos el autor hace la afirmación más cruda de la esencia norteamericana.

A lo largo del estudio vemos críticas y juicios contundentes. Qué se hizo bien y qué se hizo mal, por qué fue positivo y por qué se causó daño. Sin embargo, siendo algo raro en estos días, el doctor ACKERMAN no pretende sermonear a su audiencia, no pretende plantar edificios eternos que sólo sirvan a satisfacer egos académicos, sino que, con la humildad que lo caracteriza, plantea su perspectiva, abierto siempre a nuevas interpretaciones pero negándose rotundamente a dejarse arrastrar por la deriva de la indiferencia. Comprometido con sus ideales, entiende que el mundo es más grande y más rico que un pleito de políticos y busca, de una manera amigable, encontrar el punto donde se represente a la mayor parte posible del pueblo.

En lo particular quiero asumir los errores de la traducción, así como de las notas hechas por mi parte, las cuales traté fueran lo más limitadas posibles.

Esta traducción comenzó como un ejercicio meramente individual, al que fui llevado por el interés que genera la simple lectura de los textos bien escritos. Posteriormente decidí contactar al doctor ACKERMAN para proponerle la posible publicación de su obra traducida al español, y aquí debo decir con plena honestidad que estoy enormemente agradecido con él por la paciencia, atenciones y amabilidades que tuvo para conmigo en todo el proceso. Igualmente agradezco al doctor Íñigo ORTIZ DE URBINA por sus atentas notas y colaboración en este trabajo.

I

PRIMERA CONFERENCIA: ¿SOMOS UNA NACIÓN?

El teléfono sonó y comenzó una conversación familiar: desde 1989, el Departamento de Estado ha estado hostigándome para participar en delegaciones para aconsejar a uno u otro país respecto de su transición constitucional hacia la democracia. Yo me he negado, negado y negado: hacer turismo con los gastos pagados por el erario público no es lo mío, no quiero hablar de cosas que ignoro, a políticos que no conozco, en países que apenas comprendo.

Sin embargo, una vez más, escuché aquel acento del medio oeste norteamericano al otro lado de la línea, hablando con un dejo de importancia en nombre del asistente especial del ayudante del asistente del delegado asistente del secretario de Estado. En esta ocasión, me aseguró, sería completamente diferente.

El Departamento de Estado no me estaba pidiendo que ayudara a redactar una constitución en un lenguaje que no podía leer. Me estaba invitando a participar en una tutoría personal junto con el gran Akhil ALFARABI, un maestro en las tradiciones legales europea e islámica que estaba ansioso de extender su conocimiento al derecho constitucional norteamericano. Nada más que ilustración mutua, garantizaba la alegre voz: ya era tiempo de tender un puente sobre la temible fosa que separa los grandes sistemas jurídicos del mundo. Y todo lo que pedían era una semana de mi tiempo.

¿Por qué no?, me pregunté, y pronto me encontré, fatigado por un largo vuelo, frente a un sonriente ALFARABI en un lugar público. Después de beber infinidad de tazas de té comenzamos a conversar seriamente por donde siempre comienzo: por la Constitución escrita, empezando por las palabras «Nosotros el pueblo» para después seguir trabajando hasta el final del texto.

ALFARABI satisfizo mis más profundas expectativas. Era un maestro en el arte de elaborar profundos principios legales a partir de textos lapidarios y escuchaba atentamente cuando le presentaba las palabras famosas nos dejaron la Fundación de América y su reconstrucción tras la Guerra de Secesión. Pasaron un par de días de alegre conversación y finalmente llegamos a la etapa final: los textos del siglo XX. Pero ALFARABI se estaba impacientando y estaba un poco resentido de que yo le tratara como a un brillante alumno de primer curso. «¿Qué tal si cambiamos los papeles?», sugirió. «¿Qué tal si me dejas a mí llevar la voz cantante al interpretar las últimas enmiendas constitucionales?».

La verdad sea dicha, yo tenía algunas reservas: pese a todos sus conocimientos, él no tenía la más remota idea de la historia de Estados Unidos. Sin embargo, después de todo, yo tampoco tenía la menor idea de la historia de su país, y esto no nos había impedido tener algunas excelentes conversaciones.

«¿Por qué no?», me pregunté, atisbando el fantasma de John DEWEY¹ asentir con entusiasmo su aprobación: «Hemos llegado a la enmienda vigésimo primera ¿Qué crees que quiere decir?».

«Bueno, data de 1933, y Franklin Roosevelt está tomando posesión de la presidencia. Él fue quien anunció el *New Deal*, ¿no es así?».

Asentí entusiásticamente, como suelo hacerlo, muy aliviado de que el tipo supiera mucho más de mi país que yo del suyo.

«Y viendo la enmienda», dijo Akhil, «puedo ver claramente por qué lo llamaban *New Deal* (“nuevo contrato”). Me parece muy lamentable que el pueblo americano abrogara la prohibición de consu-

¹ ¿O eran mis amigos Ian AYRES y Barry NALEBUFF? Véanse NALEBUFF y AYRES, 2003: 115-132 (sugiriendo la utilidad analítica de apreciar situaciones potencialmente simétricas).

mo de bebidas alcohólicas, pero como abogado me parece obvio que está sucediendo algo nuevo: Nosotros, el pueblo, exigimos una reducción de los ambiciosos programas regulatorios del gobierno federal. El principio constitucional más general es claro: se ha acabado la época del *Big Government*». ALFARABI hablaba con confianza, puesto que los grandes juristas nunca carecen de ésta.

Antes de que pudiera pensar en algo que decir, Akhil estaba avanzando hacia la siguiente enmienda. «Esta vigésimo segunda enmienda», explicaba triunfantemente, «solamente confirma mi interpretación. Veo que fue aprobada cuando Harry Truman estaba en la Casa Blanca —¿no era un fiel seguidor de Roosevelt?— y el texto deja claro que el pueblo avanzaba en la dirección señalada por el *New Deal* de Roosevelt. En 1933 repudiaron el *Big Government*; ahora están reduciendo el imperialismo presidencial con la limitación del tiempo de titularidad de la presidencia a dos periodos de gobierno. No queda duda del fin último: adiós al *Big Government*, adiós a la presidencia imperial: se trata, sin duda, de un *New Deal*».

Sonrió, confiado de su dominio de las técnicas interpretativas que le enseñé cuando trabajábamos con los grandes textos de los siglos XVIII y XIX. Hice una pausa antes de responderle y, una vez más, ALFARABI se me adelantó.

Mientras murmuraba algo sobre el Distrito de Columbia, yo miraba de pasada la vigésimo cuarta enmienda, que prohíbe a los estados y al gobierno nacional condicionar el derecho de voto en las elecciones federales al pago de impuestos. Éste es el único texto moderno que apunta la preocupación de la época de los derechos civiles con la justicia racial. ¿Se daría cuenta ALFARABI?

Sí, me complace anunciar: nada escapaba a sus atentos ojos y su mente curiosa. Pero su lectura enfatizó el significado literal del texto. Dicha enmienda marca la primera ocasión en que la Constitución explícitamente condenó la discriminación por riqueza, y ALFARABI se agarró de ahí para seguir: «Si el gobierno no puede imponer una contribución cuando se trata de votar, seguramente tampoco podrá gravar el ejercicio de otros derechos fundamentales. De modo que la cuestión clave planteada por la vigésimo cuarta enmienda es obvia: ¿Cómo definir el rango de intereses básicos protegidos frente a la discriminación económica injusta?».

«Jamás se me hubiera ocurrido», murmuré. Pero Akhil seguía avanzando, y para cuando se encontró con la enmienda vigésimo sexta, la que garantiza el derecho al voto a los mayores de dieciocho años, comenzó a conectar los puntos al gran estilo norteamericano. Preguntó: «¿Cuál es el hilo que une la prohibición de discriminar el voto de los adolescentes con la prohibición de discriminar el voto de los pobres?»².

Sus ojos miraban hacia delante para ver si alguna de las siguientes enmiendas contenía la respuesta, pero quedó conmocionado al saber que había llegado al final de su camino. Han pasado treinta y cinco años desde que se aprobó la vigésimo sexta enmienda en 1971 y el pueblo estadounidense no ha añadido absolutamente nada a su texto escrito (a menos que se tenga en cuenta una extraña provisión, propuesta inicialmente en 1789, olvidada durante casi dos siglos, rediviva y ratificada por los estados en 1992, mediante la cual se prohíbe a los miembros del Congreso subirse sus salarios de manera inmediata)³.

«Hmm», dijo ALFARABI. «Supongo que desde la lucha histórica de los adolescentes por sus derechos constitucionales en Estados Unidos no han pasado muchas cosas. Sin embargo, ya estoy en posición de formular la cuestión básica que nos dejó la era moderna: ¿Cómo puede un gobierno federal débil, con una presidencia castigada, hacer justicia al repudio popular de la discriminación por pobreza y su claro apoyo de los derechos de los adolescentes?».

«Nosotros los norteamericanos no vemos exactamente así el legado que nos dejó el siglo XX», dije amablemente.

«¿De verdad?», dijo ALFARABI, «¿en qué me he equivocado?».

«En tomar esas enmiendas tan seriamente y ver en ellas el origen de principios nuevos y amplios».

«Pero eso es precisamente lo que hacen siempre ustedes los norteamericanos. La primera enmienda, según me explicaste, no garantiza explícitamente la “libertad de asociación”, pero ustedes derivan

² Véase, de manera general, AMAR, 1999: 747 y ss. (proponiendo un enfoque holístico de la interpretación textual).

³ Véase LEVINSON, 1994: 101 y ss. (pp. 101-108) (discutiendo la problemática sobre la validez de la vigésimo séptima enmienda).

este derecho de los principios subyacentes al texto escrito. A veces lo llaman penumbra, a veces lo llaman emanación, a veces (como en el caso de la “libertad de asociación”) casi se olvidan de que esas palabras no se encuentran en el texto de la primera enmienda. Eso es algo que ustedes hacen todo el tiempo con sus textos antiguos, y es justo lo que he hecho yo con las enmiendas recientes. ¿No son incluso más importantes, dado que fueron aprobadas más recientemente?».

«Buena pregunta, pero ningún norteamericano se la plantea».

«Eso resulta curioso», dijo ALFARABI, «¿a qué se debe esa ceguera?».

«Quizá tus brillantes interpretaciones sugieren una respuesta paradójica: si tratáramos a las enmiendas recientes como importantes declaraciones de principios, estaríamos falsificando las grandes verdades sobre los logros constitucionales del siglo xx. Verás, el *New Deal* no representó un repudio al *Big Government*, sino su avasalladora afirmación popular. Y la época de los derechos civiles revolucionó el compromiso de Estados Unidos con la igualdad racial, pero no se preocupó de modo central de la discriminación contra los pobres o los jóvenes».

«Puedes decir lo que quieras, querido profesor Ackerman, pero, si me perdonas, todo lo que me estás diciendo parece sacártelo de la manga. Con el mayor de los respetos, es simplemente imposible leer el texto de forma que apoye tus afirmaciones».

* * *

Llegando al siglo xxi, a los norteamericanos nos sucedió algo curioso. Hemos perdido nuestra capacidad de poner por escrito nuestros nuevos compromisos constitucionales como se hacía tradicionalmente. Éste no es un problema menor para un país que se imagina a sí mismo viviendo bajo una Constitución escrita.

Setenta y cinco años de notas discordantes y acordes menores han culminado en una sinfonía de silencios (y el siglo xxi no será diferente). Simplemente miren a su alrededor. Nos encontramos en medio de grandes debates sobre el aborto y la religión, sobre el federalismo y los poderes bélicos de la presidencia. Pero nadie espera que una enmienda constitucional resuelva esos problemas. En lugar

de ello, sólo vemos gestos simbólicos en asuntos como la quema de banderas y el matrimonio homosexual.

Cuando se trata de asuntos serios, los activistas del Partido Republicano buscan modificar la Constitución siguiendo el gran guión legislativo elaborado durante el *New Deal*. Buscan a brillantes juristas que pudieran emular a los jueces BLACK, FRANKFURTER y JACKSON estableciendo sentencias señeras que barran la legislación de la época que les precede y creen un mundo feliz (*Brave New World*) para el futuro constitucional. Si tienen éxito, los presidentes republicanos sumarán más jueces de derechas al Tribunal de ROBERTS hasta que transforme *Roe v. Wade*⁴ en el *Lochner v. New York*⁵ del siglo XXI: el gran anti-precedente que estigmatizó toda una era de derecho constitucional⁶. Son las revoluciones judiciales, no las enmiendas formales, las que sirven como una de las grandes vías establecidas para los cambios fundamentales por la Constitución vigente. A pesar de su insistencia en la primicia del texto escrito, los activistas republicanos no se dejan engañar por su propia retórica cuando se trata de asuntos serios como la transformación de la disputa política sobre la Constitución en derecho constitucional⁷.

Sin embargo, la revolución judicial no es en la época moderna el único camino para transformar los valores constitucionales. Una segunda gran vía es la promulgación de leyes estandarte que expresan los principios básicos del nuevo régimen: la *Social Security Act*⁸, por ejemplo, o las leyes de derechos civiles de los años sesenta⁹. Una vez más la derecha republicana agita en pos de similares leyes estandarte, y tal como ocurrió en los años del *New Deal*, el Tribunal Supremo se resiste a sus esfuerzos iniciales, rechazando, por ejemplo, la prohibición legal de los «abortos avanzados» (*partial birth abor-*

⁴ 410 U.S. 113 (1973).

⁵ 198 U.S. 45 (1905).

⁶ Véase KRISHNAKUMAR: 2000: 781, 788-790 (discute la canonización del voto particular del juez HOLMES en el caso *Lochner*).

⁷ Véase POST y SIEGEL, 2006: 545, 549 (argumentando que el originalismo «provee a sus proponentes de un lenguaje atractivo para buscar los cambios constitucionales a través de la adjudicación y de la política»).

⁸ Pub. L. No. 74-271, 49 Stat. 620 (1935).

⁹ *Civil Rights Act* de 1968, Pub. L. No. 90-284, 82 Stat. 73; *Voting Rights Act* de 1965, Pub. L. No. 89-110, 79 Stat. 437; *Civil Rights Act* de 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241.

tions)¹⁰. Pero si los republicanos más comprometidos continúan ganando elecciones basándose en plataformas electorales altamente ideológicas, el Tribunal reculará, tal como hizo en los tiempos del *New Deal*¹¹. Por el contrario, si el Partido Republicano no mantiene su control sobre la Presidencia y el Congreso¹², la lucha por conseguir legislación estandarte pasará a segundo plano, y el *statu quo* resistirá.

Sea lo que sea lo que nos depare el futuro, no esperen que se hagan grandes cambios a través de enmiendas formales. Nosotros, el pueblo, parecemos incapaces de emitir mensajes utilizando el mecanismo dispuesto por la Sección V de la Constitución. A nuestra herramienta para escribir le ha pasado lo que a la máquina de escribir. Pero ¿por qué?

Existen tres posibilidades: la máquina tiene algún problema, los norteamericanos tenemos algún problema, o ninguno de los dos tiene un problema. La opinión común nos da la respuesta optimista: que sea tan difícil conseguir una enmienda formal es algo bueno; de otra forma, la Constitución se volvería un lío, llena de detalles insignificantes.

La respuesta optimista acierta en un 50 por 100; sí, *debería* ser difícil enmendar la Constitución, pero existen muchas formas distintas de dificultar las cosas. La cuestión es si la planteada por los constituyentes originarios tiene sentido.

Mi respuesta es «sí y no». Tenía sentido para ellos, pero ya no lo tiene para nosotros. Después de dos siglos de desarrollo, la identidad

¹⁰ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

¹¹ Los republicanos conservadores en el Congreso respondieron al caso *Carhart* con la *Partial-Birth Abortion Ban Act* de 2003, Pub. L. No. 108-105, 117 Stat. 1201. El recurso en contra de esta ley estaba pendiente de resolverse en el momento de estas conferencias. Véase *Planned Parenthood Fed'n of Am., Inc., v. González*, 445 F.3d 1163 (9th Cir. 2006), *cert. granted*, 126 S. Ct. 2901 (2006). Si la mayoría sostiene la constitucionalidad de este relativamente pequeño esfuerzo para circunscribir las relaciones doctor-paciente, su decisión motivará a los movimientos pro vida de la derecha para tratar de conseguir un ataque mucho más amplio a *Roe v. Wade* a través del Congreso. En tanto los republicanos conservadores continúen controlando el Congreso y la presidencia, una legislación estandarte que repudie a *Roe* sigue siendo una posibilidad clara, catalizando la confrontación con el (cambiante) Tribunal Supremo de la que se habló en el texto.

¹² Escribí este trabajo durante el verano de 2006 y lo presenté en octubre de ese mismo año. Decidí dejar para otro momento la discusión de las elecciones de 2006.

política norteamericana se encuentra en guerra con el sistema de revisión constitucional diseñado por los arquitectos constituyentes. Hoy en día nos consideramos primero norteamericanos y luego californianos. Pero el sistema de enmiendas fue escrito por personas que se consideraban primeramente como neoyorquinos o californianos. Nos hemos vuelto un pueblo centrado en la nación, atrapado en un sistema formal de enmienda centrado en los estados.

Esta fisura entre una sustancia centrada en la nación y una forma centrada en los estados sirve como la fuerza dinámica detrás de la constitución viviente. A pesar de que los norteamericanos puedan alabar el texto, no han permitido que se interponga en el camino de su creciente conciencia nacional. Desde la Guerra Civil han apoyado decidida y conscientemente a los políticos nacionales y los jueces a los que éstos designaban cuando éstos repetidamente adaptaban las instituciones con enfoque estatal y los textos constitucionales para expresar propósitos nacionales. El gran reto para el derecho constitucional es desarrollar categorías históricamente sensibles para la comprensión de este desarrollo.

ALFARABI es una creación de mi imaginación¹³, pero existen muchos pensadores y operadores de carne y hueso que creen que los norteamericanos funcionan sobre la base de una Constitución formal. Esto ha causado toda clase de daños cuando han usado a la potencia mundial como modelo para sus propios arreglos (el fiasco de Irak es sólo el último botón de muestra de esta serie de fracasos formalistas). Sin embargo una cosa es engañar al resto del mundo, y otra muy distinta engañarnos a nosotros mismos. No seremos capaces de de-

¹³ Por cierto, ALFARABI era un gran pensador islámico, quien pasó la mayor parte de su vida en el Bagdad del siglo X. Su principal proyecto era la integración de la filosofía griega en el pensamiento islámico, pero también era un importante teórico e intérprete musical. Para una introducción reciente a su pensamiento político, véase VALLAT, 2004. Cualquier parecido entre el ALFARABI histórico y el personaje imaginario es estrictamente una coincidencia.

Esto no es cierto respecto a la referencia no tan sutil a mi amigo Akhil AMAR. Aunque sus opiniones sobre las enmiendas más recientes son muy lejanas a las que yo atribuyo a ALFARABI, sus métodos interpretativos presentan alguna similitud (y diferencias). Véase AMAR, 2005. Más allá de las enmiendas en lo particular y respecto a la última cuestión, el profesor Amar todavía tiene que lidiar expresamente con el estatus constitucional de las grandes transformaciones del siglo XX planteadas por mi diálogo imaginario. De todas formas, está planeando escribir un libro que trate de la constitución no escrita, que clarificará su posición sobre este tema central.

finir, ni hablemos de resolver nuestros problemas constitucionales fundamentales hasta que confrontemos la larga y compleja transformación de la identidad política norteamericana que ha reducido a nuestra Constitución escrita a una expresión radicalmente incompleta de nuestra ley suprema.

Comencemos viendo a los arquitectos constituyentes tal como ellos se veían a sí mismos. Cincuenta y cinco hombres fueron a Filadelfia, pero tan sólo treinta y nueve firmaron el documento¹⁴. Casi todos ellos habían forjado lazos a lo largo y ancho del continente durante y después de la Guerra de Independencia. Una y otra vez, habían dejado de manifiesto que estaban preparados para morir por la Unión. Comparados con el ciudadano promedio, eran nacionalistas revolucionarios, y así lo probaron al salir de sus sesiones secretas en Filadelfia proponiendo una nueva Constitución en el nombre de nosotros, el pueblo de los Estados Unidos. A pesar que los artículos de Confederación requerían que los trece estados aprobaran cualquier cambio, los arquitectos constituyentes declararon que nueve serían suficientes para comenzar una nueva vida política bajo su Constitución. Yendo más lejos, eliminaron a los gobiernos estatales existentes del proceso de ratificación, exigiendo que cada estado tuviera una convención ratificatoria extraordinaria ajena a su propio derecho constitucional¹⁵.

Para apreciar la magnitud de estas maniobras, supongamos que en la reciente Convención Constitucional Europea se hubieran seguido pasos similares. Al igual que los artículos de Confederación, los tratados actuales que establecen la Unión Europea requieren para cualquier revisión el consentimiento unánime de todos los estados miembros¹⁶. Y, tal y como el nuevo mundo del siglo XVIII, el mundo antiguo del siglo XXI se caracteriza por unos vínculos débiles del ciudadano para con la Unión y unos vínculos fuertes para con los estados-naciones¹⁷. En la Convención de Bruselas, es más, hubo

¹⁴ ACKERMAN y KATYAL, 1995: 475, 514.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Véase versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, art. 48, 24 de diciembre de 2002, O. J. (C 325) 5, 31. La ley actual se basa en la práctica consistente desde la más antigua integración europea. Véase Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, art. 204, 25 de marzo de 1957, 298 U. N. T. S. 169.

¹⁷ Véase, *e. g.*, OPTEM S. A. R. L., 2001: 36-52 (indicando el compromiso con la nación y con la UE a lo largo y ancho del continente). Tal y como ocurría en los Estados Unidos del siglo XVIII, los ciudadanos de los distintos estados varían en su afiliación a la

muchas invocaciones orgullosas del ejemplo que se había establecido en Filadelfia dos siglos atrás¹⁸.

Supongamos entonces que Bruselas hubiera invocado el precedente de Filadelfia y declarara que la Constitución propuesta entraría en vigor una vez que fuera ratificada por poco más de dos tercios de los estados miembros (unos dieciocho de los veinticinco, pongamos, para que así se igualaran los nueve de trece que preveía Filadelfia)¹⁹. Supongamos aún más que Bruselas hubiera seguido el ejemplo de Filadelfia e ignorara los procedimientos estatales de ratificación (al insistir, por ejemplo, en que Alemania celebrara un referéndum respecto de la ratificación, sin importarles lo que la Ley Fundamental Alemana pudiera decir al respecto)²⁰.

Unión; haciendo una generalización, el compromiso con la UE se hace más débil a medida que uno avanza hacia el norte y el oeste. Estas tendencias continúan hasta el presente. Cfr. OPTEM, 2006: 22 (discutiendo los miedos de los europeos a que la Unión Europea perjudique su identidad nacional).

¹⁸ Véanse, e. g., FERENCZI y LAPARMENTIER, 2003. [«*Nous pouvons nous comparer à la convention de Philadelphie...*» (citando al eurodiputado Alain Lamassoure) (se suprimió la cita interna)]. Un habitual comentarista del avance hacia una Unión más estrecha, que escribe bajo el pseudónimo de Publius, analiza críticamente las comparaciones que se hacen con Filadelfia en su carta 27. PUBLIUS, 2003.

¹⁹ Cuando la Convención comenzó sus funciones, sólo había quince miembros de la Unión, pero diez nuevos estados se unieron el 1 de mayo de 2004. Véase Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, 23 de septiembre de 2003, O. J. (L 236) 17. Cuando los nuevos estados se convirtieron en miembros plenos, se requirió que fuera ratificado su ingreso antes de que la nueva Constitución pudiera entrar en vigor. Véase Presidency Conclusions, Copenhagen European Council par. 3, 2002.

²⁰ La Convención de Bruselas no intentó imponer un solo procedimiento ratificatorio a los miembros de la Unión, permitiéndole a cada uno ratificarlo de acuerdo a sus procedimientos constitucionales. Tratado que Establece una Constitución para Europa, art. IV-447 (I), 29 de octubre de 2004, O. J. (C310) I, 191. Algunos estados eligieron el referéndum; otros, la ratificación por el Parlamento. Actualmente, quince estados la han ratificado, véase EUROPA, *Constitución: mapa interactivo* localizable en http://europa.eu/institutional_reform/index_es.htm (visitada el 7 de abril, 2007), y si las reglas hubieran requerido únicamente de la ratificación por parte de trece estados miembros, hubiera sido posible políticamente obtener tres o cuatro votos más sin necesidad de tomar las medidas extremas que tomaron los federalistas norteamericanos para obtener el consentimiento de nueve de los trece estados originales, véanse ACKERMAN y KATYAL, 1995: 529-537 (detallando las tácticas federalistas en las convenciones ratificadorias de varios estados).