

## CAPÍTULO 3

### EL CONSTITUCIONALISMO ESTATAL DEL SIGLO XVIII

El último cuarto del siglo XVIII fue un periodo de intensa actividad en lo que se refiere a redacción de nuevas Constituciones en los estados de la Unión americana. Para 1800 los dieciséis estados que integraban la Unión federal habían adoptado ya veinticuatro Constituciones pues varios de ellos habían sustituido más de una vez sus cartas constitucionales originales; al dato anterior se debe añadir que cuatro Constituciones más habían sido propuestas en el mismo periodo aunque no fueron aprobadas (véase cuadro 1) (en contraste sólo dieciocho enmiendas a las Constituciones estatales fueron aprobadas durante ese periodo, y diez estados no modificaron en nada sus leyes fundamentales).<sup>233</sup>

Antes de que se formalizara la Declaración de Independencia, algunas colonias percibieron el significado político del acto de aprobar Constituciones, como mecanismo para promover la disolución de los vínculos con la Gran Bretaña. Precisamente cuando Massachusetts se dirigió al Congreso Continental en mayo de 1775 para expresar “el consejo más explícito respecto a hacerse cargo y ejercitar los poderes del gobierno civil”, lo hizo en gran medida para presionar al Congreso Continental a tomar acciones decisivas en este sentido.<sup>234</sup> Exhortos similares de Nueva Hampshire y Carolina del Sur en el otoño de 1775 incrementaron aún más la presión sobre el Congreso Continental, el cual, equivocadamente, recomendó que cada estado diseñara cualquier forma de gobierno que estimara necesaria “por el tiempo que durara la presente disputa entre la

<sup>233</sup> Las enmiendas de las primeras Constituciones estatales han sido compiladas en Swindler, William F., *Sources and Documents of United States Constitutions*, cit., nota 147.

<sup>234</sup> Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Nueva York, Norton, 1969, pp. 129-131.

Gran Bretaña y las colonias”.<sup>235</sup> Siguiendo este consejo, New Hampshire elaboró una Constitución en enero de 1776, y otros tres estados —Carolina del Sur, Virginia y Nueva Jersey— aprobaron sus respectivas Constituciones antes de la Declaración de Independencia.

La Declaración de Independencia aceleró los procesos constituyentes de las trece colonias de tal manera que para mediados de 1777 diez de los estados miembros originales de la Unión federal habían adoptado sus Constituciones. De los otros tres, Massachusetts tomó su tiempo para diseñar su ley fundamental rechazando una versión inicial en 1778 antes de adoptar en 1780 la Constitución que ha mantenido vigente hasta el día de hoy; por otra parte hasta bien entrado el siglo XIX, tanto Connecticut como Rhode Island mantuvieron sus cartas coloniales con algunas modificaciones menores para que funcionaran como sus leyes fundamentales.

CUADRO 1  
*Constituciones estatales, 1776-1800*

ESTADO	AÑO(S) DE APROBACIÓN
Connecticut	Mantuvo su Carta Colonial (1818)
Delaware	1776, 1792
Georgia	1777, 1789, 1798
Kentucky	1792, 1799
Maryland	1776
Massachusetts	1780
New Hampshire	1776, 1784
New Jersey	1776
Nueva York	1777
Carolina del Norte	1776
Pennsylvania	1776, 1790
Rhode Island	Mantuvo su Carta Colonial (1842)
Carolina del Sur	1776, 1778, 1790

<sup>235</sup> Citado en *ibidem*, p. 130. El Congreso Continental pudo haber evitado tratar de imponer un único modelo de gobierno, por temor a que algunos estados no hubiesen consentido tal imposición.

Tennessee	1796
Vermont	1777, 1786, 1793
Virginia	1776

Es de advertir el hecho de que algunas de estas primeras Constituciones estatales expresamente se presentaron como leyes provisionales. Por ejemplo, Nueva Jersey incluyó una sección en la cual disponía que la Constitución perdería su vigencia en el supuesto de que se diera una reconciliación con la Gran Bretaña.<sup>236</sup> Otras de las primeras leyes fundamentales estatales terminaron siendo provisionales aunque no estaban pensadas para serlo; seis estados habían reemplazado sus respectivas Constituciones antes de que hubiese transcurrido dos décadas después de la aprobación de sus Constituciones originales. Y para 1800 los estados de Georgia, Carolina del Sur y Vermont ya iba cada uno por su tercera Constitución. No obstante lo anterior, nueve textos constitucionales redactados antes de 1800 sobrevivieron por más de cincuenta años.<sup>237</sup>

Seis estados sustituyeron sus Constituciones durante el periodo comprendido entre 1788 y 1800, mientras que Kentucky y Tennessee diseñaron sus primeras Constituciones durante la década de los noventa del referido siglo XVIII, dando con ello oportunidad de que los constituyentes se pudieran inspirar en el modelo que para entonces proveía la Constitución federal.

Cabe destacar que los documentos constitucionales del siglo XVIII difirieron de las Constituciones estatales que se promulgarían años más tarde, tanto por su extensión como por su contenido. Si se excluyen los

<sup>236</sup> La Constitución de Nueva Jersey en su artículo 23, establecía: “Queda ordenado en todo momento al ser la intención auténtica de este Congreso, que si la reconciliación entre la Gran Bretaña y estas colonias tiene lugar, y estas últimas son tomadas una vez más bajo la protección y gobierno de la Corona de la Gran Bretaña, esta Carta será nula y perderá su vigor, pero bajo cualquier otra circunstancia permanecerá vigente e inviolable”. Disposiciones similares se encuentran en los preámbulos de las Constituciones adoptadas antes de la Independencia de los estados de New Hampshire y Carolina del Sur.

<sup>237</sup> Algunas de las primeras Constituciones estatales probaron ser las más longevas. Cuatro aprobadas en 1776 —Nueva Jersey, Virginia, Maryland y Carolina del Norte— tuvieron todas ellas una vigencia mayor al medio siglo. La longevidad de dichas Constituciones implica un serio cuestionamiento a la posición asumida por algunos académicos en el sentido de que la experiencia de los estados en la actividad constituyente adquirida con el transcurso de los años, condujo a una mayor profesionalización de la labor constituyente y a mejores resultados.

preámbulos de dichas Constituciones —usualmente largos—, se observa que varios de los documentos iniciales fueron todavía más cortos en extensión que la Constitución federal.<sup>238</sup> Generalmente estas Constituciones se construyeron a crear las instituciones gubernamentales estatales, determinando los procedimientos a través de los cuales operarían, delineando cómo y por cuales funcionarios serían ocupados los cargos públicos, y definiendo los derechos individuales de los gobernados.

En el siglo XVIII fueron bastante escasos varios elementos que en una época posterior serían muy característicos de las Constituciones estatales, o simplemente estuvieron absolutamente ausentes. Por ejemplo, las primeras leyes fundamentales estatales en muy raras ocasiones intentaron establecer principios directivos para las políticas públicas o prescribir cuestiones sobre las finanzas públicas.<sup>239</sup> Asimismo, aunque la mayoría de las Constituciones estatales utilizaron los condados o los pueblos como unidades básicas

<sup>238</sup> Si bien es cierto que estas primeras constituciones al igual que las que le sucedieron fueron duramente criticadas, sus críticos rara vez se han quejado de que tales constituciones fueran excesivamente detalladas o tuviesen en su texto cuestiones impropias de una Constitución. La única crítica en este sentido tuvo que ver con las declaraciones estatales de derechos, las que en la opinión que sobre ellas expresara Hamilton en el artículo no. 84 de *El Federalista*, consistían básicamente en “aforismos... que sonarían mucho mejor en un tratado de ética, que en la constitución de un gobierno”. Véase Rossiter, Clinton (ed.), *The Federalist Papers*, Nueva York, New American Library, 1961, p. 513.

<sup>239</sup> Inevitablemente habían algunas cuestiones legislativas elevadas al rango constitucional. Algunas constituciones se encargaron del tema de la naturalización: véase la Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 42; la de Carolina del Norte de 1776, artículo 40; la de Nueva York de 1777, artículo 42, y la Constitución de Vermont de 1777, sección 38. Vermont proscribió la esclavitud mientras que otras dos Constituciones estatales de la región de Nueva Inglaterra suscribieron disposiciones encaminadas a la abolición: la declaración de derechos de la Constitución de Vermont de 1777, artículo 1o.; la de la Constitución de Massachusetts de 1780, artículo 1o., y la declaración de derechos de Nueva Hampshire, artículos 1o. y 2o. Un buen número de estados —si bien muy brevemente— otorgaron tratamiento a la educación pública: véase, por ejemplo, la Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 44; la de Carolina del Norte de 1776, artículo 41; la de Vermont de 1777, sección 40, y la Constitución de Massachusetts de 1780, capítulo 5, sección 2, (la cual fue copiada en la de New Hampshire de 1784). El tema de políticas públicas que en forma más extensa impulsó su implantación en el rango constitucional fue el de la orientación de los estados en torno a la religión. Comentarios sobre las disposiciones relativas a la religión se pueden consultar en Antieau, Chester J. et al., *Religion under the State Constitutions*, Brooklyn, Central Book Company, 1965; Curry, Thomas J., *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment*, Nueva York, Oxford University Press, 1986; Levy, Leonard W., *The Establishment Clause: Religion and the First Amendment*, Nueva York, MacMillan,

de la geografía electoral para determinar la representación en una o en las dos cámaras de la Legislatura estatal, también destaca que las Constituciones del siglo XVIII no definieron ni la estructura del gobierno local ni sus competencias.<sup>240</sup> Igualmente las Constituciones del siglo XVIII impusieron pocas restricciones sobre las legislaturas además de las contenidas en sus respectivas declaraciones de derechos, e incluso cuatro de ellas ni siquiera contemplaron una declaración de derechos.<sup>241</sup> Por último destaca el hecho de que seis Constituciones omitieron prescribir algún procedimiento para su enmienda o para su revisión.<sup>242</sup>

En cierta medida, las omisiones aludidas se explican por la presión derivada de las circunstancias. Por ejemplo, la Legislatura de Nueva York casi siempre estaba huyendo de las fuerzas británicas, por ello incluso dos miembros de la legislatura maliciosamente sugirieron que quizá fuese mejor “emprender en primer lugar la tarea de garantizar la seguridad de un Estado para poder gobernar, antes que establecer la forma de gobierno a través de la cual sería gobernado”. Otro claro ejemplo del apremio de las circunstancias se presentó en Nueva Jersey donde el temor de una invasión empujó a la legislatura de dicho estado a elaborar y aprobar una Constitución en menos de dos semanas.<sup>243</sup>

1986, caps. 1 y 2, y Miller, William Lee, *The First Liberty: Religion and the American Republic*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1986.

<sup>240</sup> Para una explicación alternativa sobre esta omisión, véase Herget, James E., “The Missing Power of Local Government: a Discrepancy Between Text and Practice in Our Early State Constitutions”, *cit.*, nota 68, y Libonati, Michael E., “Home Rule: an Essay on Pluralism”, *cit.*, nota 68.

<sup>241</sup> Los estados que no contaban con declaraciones formales de derechos en sus Constituciones originales eran New Hampshire, Carolina del Sur, New Jersey y Nueva York, aunque algunas de estas constituciones sí incluían ciertas garantías de derechos en el cuerpo de sus textos. De otro lado Connecticut y Rhode Island, los dos estados que después de declarada la Independencia fueron gobernados con fundamento en sus Cartas Coloniales al haber optado no aprobar una Constitución propia, tampoco contaban con una declaración de derechos.

<sup>242</sup> Los estados que no contaban con procedimientos formales para la enmienda o revisión de sus Constituciones, eran: New Hampshire, Carolina del Sur, Virginia, Carolina del Norte y Nueva York. Por otra parte las Cartas Coloniales de Connecticut y Rhode Island que sirvieron como leyes fundamentales de dichos estados, tampoco contenían procedimientos de enmienda o revisión. Véase Hoar, Roger Sherman, *Constitutional Conventions...*, *cit.*, nota 94, p. 8.

<sup>243</sup> Los dos delegados constituyentes son citados en Adams, Willi Paul, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in*

Otro factor que igualmente puede ayudar a explicar las referidas omisiones constitucionales fue la inexperiencia del constituyente. Prueba de ello es que tres de los cuatro primeros estados en redactar sus Constituciones omitieron declaraciones de derechos y mecanismos para modificar sus leyes fundamentales, en tanto que la mayoría de las Constituciones que vinieron después de éstas los incluyeron.<sup>244</sup> No obstante lo que ha sido apuntado, cabe decir que algunas omisiones reflejan elecciones deliberadas de los estados. Entre éstas se puede citar que en ninguno de los estados que se dieron sus Constituciones en la década de los ochenta o de los noventa del siglo XVIII, o que sustituyeron sus Constituciones durante ese periodo, incorporaron disposiciones sobre el gobierno local o sobre las finanzas públicas,<sup>245</sup> y ningún estado impuso limitaciones detalladas sobre las competencias del Poder Legislativo hasta bien entrado el siglo XIX.<sup>246</sup> De esta manera, el entendimiento sobre el diseño constitucional del siglo XVIII claramente difirió con respecto al de épocas posteriores.

*the Revolutionary Era*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1980, pp. 85 y 86. Alan Nevins ha especulado que el apremio de los delegados constituyentes de New Jersey en parte se debió a las noticias recibidas de que “Howe ha desembarcado en Sandy Point”. Véase Nevins, *The American States During and After the Revolution*, Nueva York, MacMillan, 1924, p. 139. Para un análisis con mayores detalles sobre el proceso constituyente de New Jersey, véase Erdman, Charles Jr., *The New Jersey Constitution of 1776*, Princeton, Princeton University Press, 1929.

<sup>244</sup> Virginia, que fue el tercer estado en aprobar su Constitución, elaboró una declaración de derechos, pero fue redactada y aprobada en forma separada de su “Constitución o marco de gobierno”.

<sup>245</sup> La convención constituyente de Kentucky de 1792, por ejemplo, rechazó un importante esfuerzo por constitucionalizar la política fiscal. Véase Coward, Joan Wells, *Kentucky in the New Republic: the Process of Constitution Making*, Lexington, University Press of Kentucky, 1979, pp. 35 y 36. El artículo 1o., sección 27 de la Constitución de Tennessee de 1796 contenía la primera huella de la regulación de las finanzas públicas con rango constitucional al prohibir la imposición de tributos sobre bienes producidos en el estado.

<sup>246</sup> La Constitución de Georgia de 1789 fue enmendada en 1795 para limitar las competencias del Poder Legislativo a aquellas únicamente expresamente atribuidas en la Constitución; sin embargo, el artículo 1o., sección 28, de la Constitución del estado de 1798 revocó dicha disposición, indicando que: “La Asamblea General tendrá el poder de hacer cualquier ley u ordenanza que estime necesaria y apropiada por el bien del estado, que no sea contraria a esta Constitución”. Para comentarios sobre dichos desarrollos constitucionales, véase Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1980, p. 164, n. 23.

Algunos académicos han argumentado que la teoría política de las primeras Constituciones estatales difiere fundamentalmente de la que subyace a la Constitución federal.<sup>247</sup> Insisten que las Constituciones estatales se nutrieron de la teoría política cívica republicana, que enfatizaba un tipo de política participativa, así como el sacrificio de los intereses privados y de los derechos en función del bien común. Por contraste —sugieren— la Constitución federal habría incorporado la teoría política federalista, que partía de la premisa de que las motivaciones que estimulaban a la mayoría de las personas tenían que ver con el interés propio y el éxito en la esfera privada, y que por ello se debía configurar un tipo de arreglo político que garantizara la protección de los derechos individuales; sin embargo, otros académicos niegan que haya habido un cambio tan fundamental hacia finales del siglo XVIII en el pensamiento político estadounidense.<sup>248</sup> Lo que sí es claro es que la mayoría de quie-

<sup>247</sup> Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234. El registro histórico de Wood sobre las Constituciones estatales se encuentra en el centro del debate académico sobre el republicanismo cívico. Otros académicos especialistas en el periodo fundacional de la República norteamericana han insistido en que hubo un distanciamiento ideológico durante dicho periodo histórico entre el republicanismo cívico de una parte y el liberalismo lockeano de la otra, entre dichos académicos se encuentran Bernard Bailyn y J.G. A. Pocock. Véase Bailyn, *Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Belknap Press, 1967, y Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975. Para análisis sobre las primeras Constituciones estatales desde la perspectiva de Wood, consultese Elazar, Daniel J., “The Principles and Traditions Underlying American State Constitutions”, *op. cit.*, nota 10, y Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota anterior.

<sup>248</sup> Algunos académicos han negado que existiera una separación fundamental entre el liberalismo lockeano y el republicanismo cívico. Entre los trabajos elaborados sobre esta premisa se pueden consultar Pangle, Thomas L., *The Spirit of Modern Republicanism: The Moral Vision of the American Founders and the Philosophy of Locke*, Chicago, University of Chicago Press, 1988; Zuckert, Michael, *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, y Rahe, Paul, *Republics Ancient and Modern: Classical Republicanism and the American Revolution*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1992. Akhil Reed Amar ha tomado una postura diferente argumentando que los principios del republicanismo cívico se encuentran en la Constitución federal, particularmente en la declaración de derechos individuales. Véase Reed Amar, Akhil, “The Bill of Rights as a Constitution”, *Yale Law Journal* 100, marzo 1991, pp. 1131-1210. Por último es de destacar la posición de Kruman, Marc W., *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1997.

nes intervinieron en la Convención de Filadelfia de 1787 percibía que la mayoría de las Constituciones estatales presentaban defectos muy serios: eran modelos de diseño institucional que había que desechar en lugar de ser emulados.<sup>249</sup>

Esta última afirmación no sorprende ya que varias Constituciones estatales instituyeron elecciones anuales, evitaron los controles y equilibrios, desapoderaron al Ejecutivo de competencias verdaderamente sustanciosas, y/o concentraron casi todo el poder en la Legislatura, lo que produjo graves abusos del poder público. Sin embargo, no todas las Constituciones estatales compartían dichas características objetables. Algunas ya anticipaban un Poder Ejecutivo fortalecido, los controles y equilibrios, así como períodos legislativos prolongados, además de otras características de la Constitución federal; de hecho estas últimas constituciones estatales pudieron haber servido de modelo a los redactores de la Constitución federal.<sup>250</sup> Y si bien —como algunos sugieren— es concebible que las Constituciones estatales y la federal hayan adoptado disposiciones iguales por diferentes motivos, la diversidad entre las Constituciones estatales y el parecido entre algunas de ellas y la Constitución federal invita a ser precavidos en cuanto a expresar afirmaciones contundentes sobre las di-

<sup>249</sup> En un discurso pronunciado el 4 de julio ante los delegados constituyentes, Benjamin Rush sugirió que los autores de las primeras Constituciones estatales “entendían perfectamente bien los principios sobre la libertad”, pero que la mayoría “ignoraba las formas y combinaciones del poder político en las repúblicas”. Citado en Corwin, Edward S., “The Progress of Constitutional Theory Between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention”, en Loss, Richard (ed.), *Corwin on the Constitution*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1981, vol. 1, p. 58. James Madison hizo eco de estos sentimientos en el artículo 47 de *El Federalista* al observar que las Constituciones estatales “conservan marcas profundas del apremio con que se hicieron, y marcas todavía más profundas atribuibles a la inexperience de sus redactores”. Véase Ossiter, Clinton (ed.), *The Federalist Papers*, cit., nota 238, p. 307. Para valoraciones negativas sobre las Constituciones estatales expresadas en la Convención de Filadelfia, véase Farrand, Max (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Yale University Press, 1966, vol. 1, pp. 26, 27, 48, 133-136, 360, 424, 511-13, 525, 533 y 571; vol. 2, pp. 35, 74, 112, 113, 285 y 288. Por ello no sorprende que la tarea de los padres fundadores haya sido descrita como la “salvación de la revolución”. Véase Kesler, Charles R., *Saving The Revolution: The Federalist Papers and the American Founding*, Nueva York, Free Press, 1987.

<sup>250</sup> Tanto el texto como el diseño de la Constitución federal reflejan el grado con que los constituyentes de Filadelfia tomaron prestado de las Constituciones estatales. Para una revisión detallada sobre esta cuestión, véase Bryce, James, *The American Commonwealth*, cit., nota 12, vol. 1, pp. 609-613.

ferencias de teoría política entre las cartas constitucionales estatales y la federal.

#### EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XVIII: UN REPASO GENERAL

Los primeros años de la actividad constituyente norteamericana fueron únicos en el desarrollo constitucional estadounidense. Todos los estados enfrentaban una agenda común de problemas constitucionales inherentes a la formación de nuevos gobiernos: la justificación del cambio de régimen político, el establecimiento de la autoridad soberana de sus nuevas Constituciones, la determinación de cuáles elementos de sus poblaciones participarían en la gobernación, la creación de instituciones políticas y la salvaguarda de los derechos individuales.

Como se hizo notar en el capítulo primero, históricamente en los estados tres temas han dominado la actividad política, atribuyéndoles tal importancia, que merecieron su proyección al rango constitucional: la distribución intraestatal del poder político, el cuadro de competencias de los tres poderes del gobierno estatal, y la relación del poder público estatal con la economía; sin embargo, sólo el primero de éstos tres temas emergió como un asunto que despertaba gran interés en el siglo XVIII. Pero ello no se debió a la ausencia de controversia sobre el ejercicio de los poderes públicos del estado, o sobre las políticas públicas concernientes a la economía (aunque las exigencias de pelear una guerra atemperaron los conflictos constitucionales en la mayoría de los estados durante la época de la Revolución).<sup>251</sup> Más bien se debió a que simplemente estos temas públicos no se habían convertido en temas *constitucionales estatales*; los ganadores en el juego político estatal raramente elevaron sus prescripciones económicas al texto de las Constituciones estatales, esto cambiaría

<sup>251</sup> Una excepción notable fue la del estado de Pennsylvania que de 1776 hasta 1790 experimentó un conflicto feroz sobre la Constitución estatal. Para un registro histórico de este conflicto, véase Selsam, J. Paul, *The Pennsylvania Constitution of 1776: a Study in Revolutionary Democracy*, cit., nota 216. Pero incluso en Pennsylvania, al menos en apariencia, el conflicto se centró más en cuestiones estructurales de la Constitución —tales como el unicameralismo y la separación de poderes—, que en requisitos para la participación política, en las rivalidades regionales o en las políticas públicas sobre asuntos económicos.

al aprobarse la Constitución federal.<sup>252</sup> En efecto, durante el siglo XVIII las políticas públicas de los estados fueron transformadas en problemas públicos cuyo tratamiento requería ser elevado al rango constitucional, pero ello ocurrió en el ámbito nacional, es decir, se proyectó a la Constitución federal. La explicación se encuentra en los abusos de poder de las legislaturas estatales, así como en la confección de políticas públicas injustas sobre temas económicos impulsadas por las legislaturas de los estados. Estas desviaciones de los poderes legislativos de los estados se contaban entre las quejas primarias de los delegados a la Convención de Filadelfia, y por ello los delegados constituyentes se aseguraron de que la Constitución federal se ocupara de dichos temas.<sup>253</sup>

Una característica apreciable de las Constituciones del siglo XVIII, es su similitud. El origen de algunas de las similitudes entre las Constituciones estatales puede encontrarse en la experiencia común de los estados con respecto a la tiranía británica bajo la que vivieron —tiranía que criticaron y combatieron en términos de una teoría política republicana compartida. El reconocimiento de los estados de que confrontaban problemas comunes también estimuló en ellos la consulta de las Constituciones de los demás estados, además de que su inexperiencia en el diseño constitucional alentó el préstamo extensivo del conocimiento constitucional entre estados. Vermont, por ejemplo, copió largos segmentos de la Constitución de Pennsylvania de 1776, y estados tan diversos como Carolina del Norte, Massachusetts y Pennsylvania incorporaron todos ellos en sus Constituciones la mayor parte de las protecciones establecidas en la declaración de derechos de Virginia.

Las variaciones que efectivamente existían entre los gobiernos estatales de ese periodo pueden ser atribuidas sobre todo a dos factores. Un primer factor fue la retención de los estados de sus diferentes arreglos institucionales y de las prácticas heredadas de sus respectivos gobiernos

<sup>252</sup> Sobre los conflictos económicos en los estados hacia el final del siglo XVIII, consultese Nevins, *The American States During and After the Revolution*, cit., nota 243; Turner Main, Jackson, *The Sovereign States, 1775-1783*, Nueva York, New Viewpoints, 1973, y Hoffman, Ronald y Albert, Peter J. (eds.), *Sovereign States in an Age of Uncertainty*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1981.

<sup>253</sup> El artículo 1o., sección 8, de la Constitución de los Estados Unidos atribuye a las autoridades federales ciertos poderes sobre cuestiones comerciales y monetarias que previamente habían sido ejercidos por los estados; el artículo 1o., sección 10 de la Constitución prohíbe a los estados el ejercicio de varios poderes.

coloniales. Dependiendo del estado, la herencia colonial podía incluir la estructura del sistema de tribunales, la organización del gobierno local, los requerimientos sobre el derecho pasivo y activo del voto, y el sistema de definición de la geografía electoral. Incluso características propias como la legislatura unicameral de Pennsylvania, tuvieron su origen en una época anterior a la Independencia.<sup>254</sup> El segundo factor que explica la variación institucional entre los estados fue el desarrollo de la teoría de la Constitución de los estados como respuesta a sus experiencias políticas concretas. Según Donald Lutz esta evolución se ve reflejada en tres “olas” de actividad constituyente,<sup>255</sup> durante la primera ola (inmediatamente anterior y posterior a la Independencia), la reacción contra los abusos de la Corona llevó a los constituyentes a concentrar el poder público en las legislaturas. Pero una mayor experiencia con dicho diseño constitucional conjuntamente con la breve experiencia de los gobernados de poderes legislativos que no encontraban límites ante sí, generó una segunda ola de actividad constituyente que empezó por la Constitución de Nueva York de 1777, la cual incrementó el poder del Departamento Ejecutivo del Gobierno del estado para oponerlo al Poder Legislativo como medio de control constitucional. Después de 1787 el nuevo modelo de diseño constitucional que ofrecía la Constitución federal inauguró una tercera ola de reformas constitucionales. De esta manera, y de acuerdo a esta perspectiva, la diversidad entre las Constituciones estatales refleja la diferenciación de los diseños constitucionales más apropiados según las fechas en que tuvieron su origen. Si bien nuestro análisis matizará las distinciones tan acusadas que traza Lutz, no se puede negar la evolución del pensamiento constitucional durante la última etapa del siglo XVIII.

#### EL PROBLEMA DE LA AUTORIDAD

Al momento de declararse independientes del gobierno imperial británico, un tema apremiante para aquellos que redactaron las primeras Constituciones estatales fue la justificación de los estados para asumir la autoridad para gobernar en sustitución del monarca inglés. Para resolver

<sup>254</sup> Véase Selsam, J. Paul, *The Pennsylvania Constitution of 1776: a Study in Revolutionary Democracy*, cit., nota 216, pp. 183 y 184.

<sup>255</sup> Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, pp. 44-52.

esta cuestión los constituyentes pudieron haberse referido a la autorización del Congreso Continental como justificación de las acciones emprendidas por los estados. Pero en lugar de ello su justificación se basó en la doctrina de la soberanía popular y en la teoría del consentimiento de los gobernados. Precisamente por estas mismas consideraciones, los constituyentes también se vieron obligados a explicar cómo es que ellos mismos podían proclamar que ostentaban la autoridad para hablar y actuar en nombre del pueblo del estado. La resolución que adoptaron sobre estos temas condicionó a su vez su aproximación al tema del cambio formal de la Constitución.

### *La justificación de la autoridad para gobernar*

Las cuatro Constituciones que se adoptaron antes de la Independencia justificaron la asunción de la autoridad para gobernar como un recurso temporal, absolutamente necesario por el colapso del gobierno imperial de las colonias. La Constitución de New Hampshire promulgada en enero de 1776 estableció un gobierno “para la preservación de la paz y del buen orden, y para la seguridad de las vidas y las propiedades de los habitantes de esta colonia...” que debería “mantenerse durante el presente infeliz y antinatural conflicto con la Gran Bretaña”.<sup>256</sup> Por su parte, la Constitución de Carolina del Sur de 1776 remarcaba que la reconciliación con la Gran Bretaña “era un acontecimiento que... fervientemente deseamos”. Por otra parte, como se ha hecho notar con anterioridad, la Constitución de Nueva Jersey incluía una cláusula de escape que ordenaba el cese de la vigencia de la Constitución en el caso de que se diese tal reconciliación con la Gran Bretaña.<sup>257</sup>

En contraste con estas primeras cuatro Constituciones anteriores a la Declaración de Independencia, las leyes fundamentales estatales redactadas después de la Declaración de Independencia hacia finales de 1776, incluían largos preámbulos justificando la independencia y la formación de los nuevos gobiernos sobre la base de la teoría del contrato social.<sup>258</sup>

<sup>256</sup> Segundo párrafo de la Constitución de New Hampshire de 1776.

<sup>257</sup> Preámbulo de la Constitución de Carolina del Sur de 1776.

<sup>258</sup> Ello se hace de lo más explícito en la Constitución de Massachusetts de 1780, al señalar ésta: “El cuerpo político se forma mediante la asociación voluntaria de los individuos; es un contrato social mediante el cual todo el pueblo conviene con cada

Afirmaban que “todo el poder político se encuentra depositado en el pueblo y deriva de él únicamente”, y que por consiguiente el pueblo tiene “un derecho incontestable, inalienable e inabrogable” de “reformar, alterar o totalmente cambiar (el gobierno) cuando así lo exija su protección, su seguridad, su prosperidad y su felicidad”.<sup>259</sup>

La teoría del contrato social había sido asumida con tal convicción que varias Constituciones reafirmaban expresamente el hecho de que incluso el gobierno de la Gran Bretaña sobre las colonias tenía su base en el consentimiento de los gobernados. Connecticut, que conservó su carta colonial de gobierno, adujo que “la forma del gobierno civil” estaba “contenida” en la carta recibida por parte de Carlos II, pero “adoptada por el pueblo del estado”.<sup>260</sup>

La teoría del contrato social incorporada en los preámbulos de las Constituciones se constituyó en poderosos instrumentos políticos de los insurrectos. Cuidadosamente situados en el lugar apropiado para producir el deseado efecto para la emancipación, los preámbulos de las Constituciones de las ex colonias hacían un recuento de las acciones tiránicas y de la violación de derechos perpetrada por el rey y el Parlamento inglés, lo que probaba el rompimiento de las cláusulas del contrato social concertado entre los colonos con el Rey; de acuerdo a la teoría del contrato social ello conformaba el motivo desencadenante que había orillado al pueblo norteamericano a retirar su consentimiento para ser gobernados en lo su-

ciudadano y cada ciudadano con todo el pueblo, que todos serán gobernados por ciertas leyes encaminadas al bien común”. Véase también el preámbulo de la Constitución de Vermont; la declaración de derechos de Virginia, sec. 1, y la declaración de derechos de la Constitución de Delaware, art. 10.

<sup>259</sup> Sobre el poder político basado en la doctrina del consentimiento de los gobernados, véase, por ejemplo, la declaración de derechos de la Constitución de Carolina del Norte de 1776, artículo 1o.; el preámbulo de la Constitución de Massachusetts, y la declaración de derechos de la Constitución de New Hampshire de 1784, artículo 1o. El derecho a alterar la forma de gobierno regulada con el mayor detalle es el que encontró expresión en la declaración de derechos de la Constitución de Massachusetts de 1780, artículo 7o. Para comentarios sobre estas disposiciones constitucionales, véase Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, caps. 2 y 3, y Amar, Akhil Reed, “The Consent of the Governed”, *Columbia Law Review* 94, marzo de 1994, pp. 457-508. Una visión más general la provee Fritz, Christian G., “Alternative Visions of American Constitutionalism: Popular Sovereignty and the Early American Constitutional Debate”, *Hastings Constitutional Law Quarterly* 24, invierno de 1997, pp. 287-357.

<sup>260</sup> Preámbulo de la ordenanza constitucional de Connecticut.

cesivo por los británicos. La Constitución de 1777 de Nueva York incorporó incluso textualmente en su preámbulo largas oraciones extraídas de la Declaración de Independencia.

Como quedó apuntado, el catálogo de ofensas inferidas a los colonos por los británicos cobraba pleno sentido con el trasfondo de la teoría del contrato social, porque la creación de un nuevo contrato social requería la explicación de por qué el viejo contrato no resultaba ya vinculante en lo sucesivo para los gobernados. La disolución de un gobierno debido a la retirada del consentimiento de los gobernados para ser gobernados, obligaba a la formación de un nuevo gobierno que “promoviera su seguridad y felicidad”.

Algunos preámbulos definieron la seguridad y la felicidad en términos de la posibilidad de ejercicio de los derechos individuales. Por ejemplo la Constitución de Pennsylvania de 1776 establecía la formación de un nuevo gobierno como una tarea necesaria para “la protección y seguridad de la comunidad como tal, y para habilitar a los individuos que la componen a disfrutar de sus derechos naturales, y otras bendiciones que el autor de la existencia ha depositado en el hombre”.<sup>261</sup> Y la Constitución de Massachusetts declaró que el fin del gobierno era “asegurar la existencia del cuerpo político, protegerlo, y proveer a los individuos que lo componen con la potestad de disfrutar —con seguridad y tranquilidad— sus derechos naturales y la bendición de la vida”.<sup>262</sup> Los preámbulos de otros estados hablaban en términos más generales de buscar una Constitución que “fuera lo más propicia para promover la felicidad y prosperidad (del pueblo)” o de una que “propiciará de mejor manera la seguridad y la felicidad de sus componentes”.<sup>263</sup>

Para el momento en que los estados sustituyeron sus primeras Constituciones ya no necesitaron justificar la creación de los gobiernos, de tal suerte que la mayoría de ellos borraron las justificaciones antes referidas de sus leyes fundamentales posteriores.<sup>264</sup>

<sup>261</sup> Preámbulo de la Constitución de Pennsylvania de 1776; véase también el preámbulo de la Constitución de Vermont de 1777, y el preámbulo de la Constitución de Massachusetts de 1780.

<sup>262</sup> Preámbulo de la Constitución de Massachusetts de 1780.

<sup>263</sup> Preámbulo de la Constitución de Maryland de 1776; y preámbulo de la constitución de Georgia de 1777.

<sup>264</sup> Por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de Carolina del Sur de 1778 era aproximadamente una sexta parte menor que el preámbulo de la Constitución de dicho estado de 1776.

*La autoridad política para aprobar una Constitución*

Si todo el poder político se encuentra “depositado en el pueblo y deriva del pueblo”, la pregunta que en forma natural emergió en el siglo XVIII fue la de cómo podía el pueblo ejercer ese poder político. Si bien las asambleas legislativas aprobaron las primeras Constituciones, casi inmediatamente surgieron los cuestionamientos sobre la autoridad que éstas ostentaban para actuar en nombre del pueblo.<sup>265</sup> La noción de que una legislatura si bien “conformaba una plena y libre representación del pueblo”, pero que no obstante podía carecer de suficiente autoridad, reflejaba el reconocimiento presente desde el inicio del constitucionalismo de que las Constituciones diferían de las leyes ordinarias. Se entendía que para la aprobación de leyes fundamentales se exigía una participación popular mayor y un control popular más intenso sobre el proceso, que el requerido para aprobar leyes ordinarias.<sup>266</sup>

Ante la ausencia de un mecanismo establecido que asegurara dicha participación del pueblo y el control sobre el proceso constituyente, los estados experimentaron con varias alternativas. Entre aquellos estados que redactaron Constituciones, todos, con excepción de Virginia y Carolina del Sur, convocaron a elecciones especiales para elegir los cuerpos que habrían de redactar los documentos constitucionales como medida para asegurar su autoridad, así como para discutir el texto del instrumen-

<sup>265</sup> Ilustrativo del reconocimiento del problema en ese tiempo es “La alarma: o discurso al pueblo de Pennsylvania sobre la última resolución del Congreso”, reproducido en Hyneman, Charles S. y Lutz, Donald S. (eds.), *American Political Writings During the Founding Era*, Indianapolis, Liberty Press, 1983, vol. 1, pp. 321-327. La descripción que se ha hecho del problema sobre la autoridad constituyente se basa principalmente en Adams, Willi Paul, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, cit., nota 243, cap. 3; Green, Fletcher M., *Constitutional Development in the South Atlantic States, 1776-1860: a Study in the Evolution of Democracy*, cit., nota 196, pp. 61 y 62; Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, cap. 8; Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, cap. 3, y Kruman, Marc W., *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, cit., nota 248, cap. 2. Kruman enfatiza que las asambleas legislativas eran típicamente cuerpos revolucionarios y no legislaturas estatales ordinarias, y por tanto ostentaban de alguna manera cierta representatividad directa del pueblo.

<sup>266</sup> Constitución de Carolina del Sur de 1776, artículo 1o. Varias de las primeras Constituciones estatales también enfatizaron el carácter representativo de quienes las aprobaron.

to de gobierno y generar una corriente de sentimiento público a favor de la ley fundamental.<sup>267</sup> Carolina del Sur estableció un calendario de discusiones públicas de un año de duración antes de proceder a redactar su Constitución de 1778. Pero Delaware se acreditó el mérito de haber sido el estado precursor de la idea de que un cuerpo diferente al legislativo debía redactar una Constitución. Por su lado Georgia y Massachusetts abandonaron los requisitos para votar basados en el censo fiscal con la idea de que todo el pueblo pudiera participar en la elaboración y aprobación de su respectiva Constitución.

Después de la promulgación de su texto constitucional, Nueva Jersey ordenó que fuesen impresas mil copias y que fuesen “dispersadas” entre la ciudadanía para su consideración.<sup>268</sup> Maryland, Carolina del Norte y Pennsylvania superaron la iniciativa de Nueva Jersey al distribuir previamente entre el pueblo copias de los proyectos de sus Constituciones, con el objeto de consultar su opinión antes de que se celebrara la votación final para su respectiva aprobación. Desde luego que eventualmente la participación popular y el control sobre la actividad constituyente se institucionalizaron a través de la elección popular de las convenciones constituyentes —como cuerpos especialmente atribuidos del poder para redactar Constituciones—, y con la ratificación popular de las Constituciones por referéndum; sin embargo, no fue sino hasta 1780 con la promulgación de la Constitución de Massachusetts cuando estos dos elementos fueron empatados en un solo proceso de creación constitucional; antes de 1800 tan solo otra Constitución estatal (la de New Hampshire de 1784) fue promulgada utilizando este procedimiento.<sup>269</sup>

<sup>267</sup> Kruman, Marc W., *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, cit., nota 248, p. 20.

<sup>268</sup> Erdman, Charles Jr., *The New Jersey Constitution of 1776*, cit., nota 243, p. 36.

<sup>269</sup> Puede que no sea una mera coincidencia que la ratificación popular se haya desarrollado en dos estados de Nueva Inglaterra, donde la institución de los *town meetings* (asambleas del pueblo) proveía de un mecanismo para consultar la voluntad del pueblo. Para examinar cómo dicho mecanismo operaba en la práctica, véase Handlin, Óscar y Handlin, Mary (eds.), *The Popular Sources of Political Authority: Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*, Cambridge, Belknap Press, 1966. La remisión al pueblo de las Constituciones para su aprobación no se convirtió en una práctica política consolidada sino hasta 1829, véase Dodd, Walter F., *The Revision and Amendment of State Constitutions*, cit., nota 94, pp. 64 y 65. La tardanza en adoptar el modelo de Massachusetts puede haber reflejado la satisfacción en la idoneidad de otros modelos para reflejar el consentimiento popular.

Los múltiples esfuerzos por institucionalizar una función al pueblo en la actividad constituyente subrayan el reconocimiento de los estados de que la autoridad de las Constituciones reposaba en el consentimiento de los gobernados. La eventual adopción de la convención constituyente y del referéndum como el mecanismo para asegurar tal consentimiento popular, también retrata el proceso de préstamo interestatal de innovaciones constitucionales. Tales innovaciones ganaron gradualmente aceptación en la medida en que antes de adoptar un esquema concreto, los estados experimentaron con soluciones alternativas a un problema común, y esto fue precisamente lo que ocurrió en el caso del procedimiento para la aprobación popular de las Constituciones estatales.

### *Las implicaciones para el cambio constitucional*

El entendimiento compartido de que el pueblo era la fuente de la autoridad constitucional alertó a los estados de un problema ulterior: si una legislatura no podía crear una Constitución, tampoco podía recrearla mediante su modificación. En particular una Legislatura no podía expandir los poderes que la Constitución le había otorgado, ni ejercitar aquellos que le había vedado.<sup>270</sup> Pero para que esta afirmación de principios fuese efectiva, tenía que haber algún medio para asegurar que la legislatura —y también las otras ramas del gobierno— se sujetara a la Constitución.<sup>271</sup>

<sup>270</sup> Esta afirmación no significa que no se advierta el hecho de que en ocasiones las legislaturas estatales actuaron como si estuviesen investidas de autoridad para cambiar unilateralmente sus respectivas Constituciones. Véase por ejemplo, Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, pp. 274 y 275. Empero los ejemplos de Wood se refieren o bien a transgresiones sin importancia —como la sustitución en la Constitución estatal por la legislatura del estado de Nueva Jersey de la palabra “estado” por la de “colonia” inmediatamente después de la independencia—, o bien a acciones tomadas en situaciones de emergencia propias de los tiempos de guerra.

<sup>271</sup> Este análisis enfatiza la violación por el legislativo de los límites constitucionales porque las primeras Constituciones estatales tendieron a concentrar el poder público en las legislaturas. En palabras de James Wilson, “la autoridad ejecutiva y judicial al igual que la legislativa eran a partir de ahora hijas del pueblo. Pero frente a las dos primeras el pueblo se comportaba como madrastra. La legislatura todavía se le trataba con excesiva parcialidad, al depositar generosamente sobre su regazo toda clase de bienes y obsequios apreciados”. Citado en Thach, Charles, *The Creation of the Presidency, 1775-1789: a Study in Constitutional History*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1922, p. 27. Véase también *El Federalista* números 47 y 48.

En adición a ello, y como medida para desalentar la evasión de las limitaciones constitucionales, las Constituciones debían así mismo proveer avenidas para cambios constitucionales legítimos cuando tales cambios fuesen necesarios.

#### FORMAS PARA GARANTIZAR LA FIDELIDAD A LA CONSTITUCIÓN

Varias de las primeras Constituciones estatales buscaron alentar la fidelidad constitucional de los gobernantes mediante exhortos, declarando que la legislatura “no tendrá poder de añadir, alterar, abolir o infringir parte alguna de esta Constitución”.<sup>272</sup> Algunas Constituciones requerían del juramento por parte de los funcionarios públicos estatales de que no violarían la confianza depositada en ellos por la ley fundamental. Pero típicamente estos juramentos demandaban o muy poco o mucho. Un ejemplo del primer supuesto es el requerimiento encontrado en la Constitución de New Jersey en el sentido de que los legisladores juraban no aprobar leyes que “anulen o rechacen” las disposiciones constitucionales sobre sesiones legislativas anuales, libertad religiosa y proceso judicial por jurados;<sup>273</sup> tal redacción dejaba la duda de si otras disposiciones constitucionales podían ser violadas impunemente. Un ejemplo del segundo supuesto se encuentra en el juramento requerido por la Constitución de Pennsylvania a los funcionarios públicos del estado, rogándoles “no hacer directa o indirectamente acto alguno o cosa perjudicial o injuriosa, al gobierno o a la Constitución”. Los opositores a la Constitución de Pennsylvania criticaron tal disposición argumentando que infringía su legítimo derecho de buscar cambiar el texto constitucional; la validez de su queja fue reconocida autorizándoles agregar en forma anexa una reserva a dicho juramento.<sup>274</sup>

Algunas de las primeras Constituciones estatales sí proponían dispositivos institucionales para hacer valer los límites impuestos por la Constitución. Dentro de estos dispositivos el más famoso fue el Consejo de Cen-

<sup>272</sup> Constitución de Carolina del Norte de 1776, artículo 44; declaración de derechos de la Constitución de Maryland de 1776, artículo 59; Constitución de Delaware de 1776, artículo 30; Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 8.

<sup>273</sup> Constitución de Nueva Jersey de 1776, artículo 23.

<sup>274</sup> Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 40; Nevins, *The American States During and After the Revolution*, cit., nota 243, p. 257.

sores establecido por las Constituciones de Pennsylvania y Vermont.<sup>275</sup> El Consejo, que se reunía cada siete años, tenía la encomienda de revisar si habían ocurrido violaciones a la Constitución o, si con base en la experiencia, se habían expuesto deficiencias de la Constitución del estado; sin embargo, como en su mayor parte sólo implicaban recomendaciones de actuar dirigidas al Legislativo, la efectividad de éstas dependía de la presión popular para que se tomaran las acciones apropiadas.

Igualmente ineficaces para asegurar la fidelidad a la Constitución fueron las disposiciones constitucionales que ordenaban la separación de poderes. Aunque estas disposiciones decretaban que ninguna rama del gobierno ejercitaría los poderes que debidamente correspondieran a otra, la experiencia de los estados dejó ver que “la demarcación en un pergamino de los límites constitucionales de los diferentes departamentos del gobierno, no era una salvaguarda suficiente frente a las invasiones de competencias”.<sup>276</sup> Aquellas Constituciones que hicieron dependiente al gobernador de las legislaturas, y que le quitaron poderes constitucionales para resistir las invasiones del Legislativo, en realidad facilitaron la violación de la separación de poderes por parte del Poder Legislativo. Sólo aquellas Constituciones que le otorgaron un carácter independiente a la autoridad del gobernador, así como poderes adecuados, produjeron un esquema perdurable de separación de poderes.<sup>277</sup>

La garantía jurisdiccional de la Constitución fue intencionalmente omitida de la lista de mecanismos de garantías para hacer prevalecer la Constitución. La noción de que los jueces podían invalidar todas las acciones de gobierno inconsistentes con su interpretación de la Constitución, simplemente era desconocida en la década de los setenta del siglo XVIII así como en los primeros años de la década de los ochenta; el control de constitucionalidad por órgano jurisdiccional no aparecía en

<sup>275</sup> El mejor análisis reciente de esta institución se encuentra en Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, cap. 6. James Madison diserta sobre el *Consejo de Censores* en los artículos 48, 49 y 50 de *El Federalista*.

<sup>276</sup> *El Federalista* núm. 48, 313.

<sup>277</sup> Sobre los gobernadores en las primeras Constituciones, véase Thach, Charles, *The Creation of the Presidency, 1775-1789: a Study in Constitutional History*, cit., nota 271, cap. 2, y Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, caps. 4 y 10. Las competencias de los ejecutivos estatales fueron sustantivamente incrementadas durante la décadas de los ochenta y noventa del siglo XVIII.

los textos constitucionales porque hubiese sido considerado como una cuestión fuera del marco de las legítimas competencias del Poder Judicial.<sup>278</sup> Sólo tres estados expresamente le otorgaron al Poder Judicial una función en la revisión de la legislación: New Cork, a través de la participación del Poder Judicial con el Ejecutivo en el Consejo de Revisión, y New Hampshire y Massachussets, a través de opiniones de asesoramiento del Poder Judicial sobre la constitucionalidad de las leyes. Pero es de advertir que las decisiones del Consejo de Revisión de Nueva York podían ser superadas por dos terceras partes de la legislatura, y las opiniones de asesoramiento de los jueces sobre la constitucionalidad de las leyes en New Hampshire y Massachusetts no eran vinculantes;<sup>279</sup> más grave aún resulta ser el hecho de que típicamente los poderes judiciales de los estados se encontraban demasiado subordinados a las legislaturas estatales como para proveer un control eficaz contra el Legislativo. La mayoría de los jueces eran electos por las legislaturas, algunos por períodos muy cortos, y en varios estados podían ser removidos a petición de la mayoría de la legislatura.<sup>280</sup> Es así que cuando un tribunal de Rhode Island se re-

<sup>278</sup> Incluso académicos que difieren en torno al entendimiento sobre el desarrollo de los poderes judiciales están de acuerdo en este punto, al reconocer que los supuestos precedentes estatales de revisión judicial de las leyes durante la década de los ochenta del siglo XVIII fueron decididamente diferentes al entendimiento moderno sobre la revisión judicial de las leyes. Véase, por ejemplo, Snowiss, Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1990, cap. 2, y Clinton, Robert L., *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence, University Press, 1989, cap. 3.

<sup>279</sup> Constitución de Nueva York de 1777, artículo 30.; Constitución de Massachusetts de 1780, capítulo 3, artículo 20., y Constitución de New Hampshire de 1784, parte 2, “Poder Judicial”; las opiniones judiciales consultivas parecen haber servido el mismo propósito que las resoluciones del Consejo de Censores, un ejemplo de dos instituciones con una función común.

<sup>280</sup> Véase Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, pp. 152-161. Las Constituciones estatales fueron muy lentas en el proceso de establecer al Poder Judicial como un poder distinto del gobierno del estado. Por ejemplo el estado de Nueva Jersey no atribuyó la potestad jurisdiccional final a los tribunales pues el gobernador y el consejo legislativo funcionaban como el “Tribunal de última instancia” del estado. Véase la Constitución de Nueva Jersey de 1776, artículo 90., y, en general, Friedman, Lawrence M., *A History of American Law*, cit., nota 11, pp. 139 y 140. Y si bien hubo esfuerzos por incrementar la independencia judicial en las décadas de los ochenta y noventa del siglo XVIII, un académico concluyó que “las constituciones estatales después de 1789 sólo prestaron tributo al principio federal de dientes para afuera, pero cuatro de las siete Constituciones escritas durante la tercera ola constituyente harían del Poder Judicial una creatura del Poder Legislativo”. Lutz, Donald S., *Popular Consent*

husó a hacer valer una ley, los jueces fueron llamados ante la legislatura para que explicaran su decisión, y se les amenazó con removerlos de sus cargos; en la siguiente elección de miembros del Poder Judicial, todos los jueces, menos uno, perdieron sus cargos.<sup>281</sup>

En realidad las Constituciones estatales descansaban primariamente en la ciudadanía del estado para hacer valer los límites impuestos por la Constitución, siendo la elección anual de legisladores el elemento clave de este proceso.<sup>282</sup> Varias Constituciones alentaban “recurrir frecuentemente a los principios fundamentales”, y algunas exhortaban a sus votantes a “prestar atención a estos principios” al momento de seleccionar a sus representantes populares.<sup>283</sup> Esta confianza de garantizar por medio del pueblo la fidelidad a las líneas directivas de la Constitución se correspondía con el carácter fuertemente popular de los primeros gobiernos estatales, lo que será comentado un poco más adelante. También reflejaba la asunción de que las violaciones a la Constitución provenían básicamente de la desviación de las autoridades de la voluntad popular, en lugar de provenir de objetivos contrarios a la Constitución abrigados por un segmento de la población. A su vez, tal percepción se hallaba basada en la noción de que el mayor conflicto político de una sociedad era el existente entre gobernantes y gobernados, en lugar de entre grupos en competencia dentro de la misma sociedad civil.

*and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, p. 97.

<sup>281</sup> Snowiss, Sylvia, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, cit., nota 278, p. 22, reconsiderando a *Trevett v. Weeden* (1786), decisión no publicada que es descrita en Varnum, James M., *The Case of Trevett v. Weeden*, Providence, John Carter, 1787. Para un estudio sobre el desigual desarrollo del Poder Judicial en un estado, véase Rowe, G.S., *Embattled Bench: the Pennsylvania Supreme Court and the Forging of a Democratic Society*, Newark, University of Delaware Press, 1994.

<sup>282</sup> Para una lista de los períodos de los legisladores del siglo XVIII, véase a Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, p. 88, tabla 4.

<sup>283</sup> Véase por ejemplo la declaración de derechos de la Constitución de Massachusetts de 1780, artículo 18; la declaración de derechos de la Constitución de Vermont de 1777, sección 16, y la declaración de derechos de la Constitución de Virginia, sección 15.

## CAMBIO CONSTITUCIONAL FORMAL

El énfasis de las primeras Constituciones estatales en la autoridad del pueblo también se hacía patente en la forma en que éstas configuraban el cambio constitucional formal. Antes de 1800, diecisiete Constituciones establecían ya mecanismos especiales para su enmienda o revisión, en los que favorecían mayoritariamente para ambos casos la elección popular de convenciones constituyentes. Las disposiciones sobre las convenciones iban desde la autorización de una sola convención quince años después de ratificada la Constitución (Massachusetts), pasando por la autorización de una convención constituyente por dos terceras partes del Consejo de Censores (Pennsylvania y Vermont), hasta la discrecionalidad del Legislativo para convocar una convención (Tennessee y Kentucky, entre otros).<sup>284</sup> Tres estados —Maryland, Delaware y Carolina del Sur (1778)— permitían enmiendas parciales a la Constitución por la legislatura estatal, pero requerían de mayorías extraordinarias para aprobar las enmiendas. En un momento u otro siete estados tuvieron Constituciones que no especificaron ningún procedimiento de cambio constitucional, y cinco de dichos textos constitucionales se mantuvieron vigentes hasta 1800. Cabe subrayar que dicha omisión de establecer un mecanismo específico de cambio constitucional no se proponía implicar que tal cambio no fuese posible, más bien reflejaba la inadvertencia del asunto o, más importante aún, la opinión de que tales disposiciones eran innecesarias.

Lo que las Constituciones estatales del siglo XVIII sí incluían era un reconocimiento explícito de que el poder político provenía del pueblo, de lo cual concluían —en palabras de la declaración de derechos de Virginia— que “la comunidad tiene un indubitable, inalienable, e inabrogable derecho de reformar, alterar, o abolir el gobierno, de tal manera como sea juzgado por esa comunidad como lo más conveniente para el bienestar público”.<sup>285</sup> Tal entendimiento confirmaba que el pueblo no necesitaba de

<sup>284</sup> La potestad del Consejo de Censores de convocar una convención constituyente parece que también incluía el poder de establecer la agenda de la convención, aunque existe alguna duda sobre si esa fue la intención. Véase Kenyon, Cecilia M., “Constitutionalism in Revolutionary America”, en Penock, J. Roland y Chapman, John W. (eds.), *Constitutionalism*, Nueva York, New York University Press, 1979, pp. 105 y 106.

<sup>285</sup> Declaración de derechos de Virginia, artículo 3o. La mayoría de las demás Constituciones incorporaban un lenguaje comparable: ver por ejemplo la declaración de derechos de la Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 5; la Constitución de Mas-

disposiciones sobre procedimientos de enmienda o revisión para cambiar la Constitución; tales disposiciones no otorgaban un poder sino simplemente especificaban un procedimiento por medio del cual podía ser ejercido dicho poder constituyente.

Sin duda, la aprobación de las Constituciones estatales originales en ausencia de alguna autorización legal explícita ilustraba justamente este punto. Quizá menos obvio fuese que tal entendimiento también implicaba que la autoridad del pueblo para instituir un cambio constitucional no se veía disminuida incluso en aquellos estados que sí establecieron disposiciones sobre enmiendas constitucionales; dichos procedimientos eran simplemente un medio a través del cual se podía emprender un cambio constitucional, pero no limitaban al pueblo a proseguir por otra vía el cambio a su ley fundamental.<sup>286</sup> La práctica constitucional de los estados hacia finales del siglo XVIII y con posterioridad a dicha época, coincidía con este entendimiento: Georgia en 1788 y Pennsylvania en 1790 ignoraron procedimientos constitucionalmente especificados para sustituir sus Constituciones, y justificaron su acción basados en la autoridad inherente del pueblo de cambiar su forma de gobierno.<sup>287</sup>

En cierto sentido puede sugerirse que las declaraciones constitucionales sobre la autoridad inherente del pueblo para modificar sus Constituciones ha venido a domesticar el derecho lockeano a la revolución. Mediante el reconocimiento constitucional del derecho del pueblo a cambiar pacíficamente su Constitución se ha reducido la necesidad de recurrir a las revoluciones violentas para garantizar el establecimiento de un buen gobierno. Pero en otro sentido tales declaraciones fueron considerablemente más allá de Locke. Violaciones importantes a los derechos, o un plan para tiranizar al pueblo —que precisamente había sido la justifi-

sachusets de 1780 en su preámbulo así como en su declaración de derechos, artículo 7o.; la declaración de derechos de New Hampshire de 1784, artículo 10, y el preámbulo de la Constitución de Georgia de 1776.

<sup>286</sup> Amar, Akhil Reed, “The Consent of the Governed”, *Columbia Law Review* 94, *cit.*, nota 259, y Fritz, Christian G., “Alternative Visions of American Constitutionalism: Popular Sovereignty and the Early American Constitutional Debate”, *cit.*, nota 259.

<sup>287</sup> Dodd, Walter F., *The Revision and Amendment of State Constitutions*, *cit.*, nota 94, cap. 2, y en forma más general, Jameson, John Alexander, *A Treatise on Constitutional Conventions: Their History, Powers and Modes of Proceeding*, *cit.*, nota 118., En “Consent of the Governed”, Akhil Reed Amar argumenta que *El Federalista* núm. 40 también apoya la idea de la autoridad popular de revisar Constituciones sin seguir procedimientos preestablecidos constitucionalmente.

cación esgrimida basada en el rompimiento del contrato social para la emancipación de la Gran Bretaña— no eran ya necesarios para disparar un proceso de sustitución de la Constitución; el cambio de opinión del pueblo sobre aquello que generaría un gobierno mejor sería una justificación suficiente para el cambio constitucional.<sup>288</sup>

## DERECHOS

La declaración de derechos de la Constitución de Virginia inició la práctica de los textos constitucionales estatales norteamericanos de incluir, cada uno por separado, protecciones de derechos individuales. Después de la adopción de la declaración de derechos de Virginia tan solo cuatro estados omitieron incluir declaraciones de derechos en sus Constituciones.<sup>289</sup> Las declaraciones posteriores de derechos adicionaron el

<sup>288</sup> Un argumento similar expone Fritz, Christian G., “Alternative Visions of American Constitutionalism: Popular Sovereignty and the Early American Constitutional Debate”, *cit.*, nota 259, pp. 294-296.

<sup>289</sup> Sobre la derivación a partir de la declaración de derechos de Virginia (y de otras declaraciones estatales de derechos), véase Howard, A. E. Dick, *The Road from Runnymede: Magna Charta and Constitutionalism in America*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1968, y Lutz, Donald S., *The Origins of American Constitutionalism*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1988, p. 62. Los constituyentes de New Jersey, que concluyeron su trabajo tan solo veinte días después de que fuese aprobada la declaración de derechos de Virginia, no tuvieron a la mano la declaración de derechos de Virginia. La Constitución de Nueva Jersey fue omisa en cuanto a la declaración de derechos, sin embargo ciertos derechos, por ejemplo, el derecho a un abogado defensor en casos penales, la libertad religiosa, y el derecho a un juicio por un jurado popular- fueron protegidos en el cuerpo del documento constitucional, y el *common law* continuó protegiéndoles. Véase la Constitución de Nueva Jersey, artículos 16-19 y 22. Otros estados que tampoco contaban con declaración de derechos en sus Constituciones eran Georgia (1777, 1789), Carolina del Sur (1776, 1778, 1790), y Nueva York (1777). Georgia incluyó algunos derechos en sus primeras dos Constituciones y añadió una declaración de derechos en su Constitución de 1789. Véase la Constitución de Georgia de 1777, artículos 56 y 58-61, y la Constitución de Georgia de 1789, artículo 4o., secciones 3-6. La primera Constitución de Carolina del Sur fue anterior a la de Virginia; las Constituciones posteriores de Carolina del Sur incluyeron algunos derechos pero no una declaración de derechos en toda regla. Véase la Constitución de Carolina del Sur de 1778, secciones 40-43, y la Constitución de Carolina del Sur de 1790, artículos 8 y 9. La Constitución de Nueva York reconoció la importancia de proteger los derechos —de acuerdo a su preámbulo su meta era la formación de un gobierno “calculado de la mejor manera para asegurar los derechos y libertades del buen pueblo de este estado”— pero sólo incluyó los derechos de libertad religiosa y de juicio por jurado popular, conjuntamente con la prohibición de la aproba-

inventario de la Constitución de Virginia. Pennsylvania por ejemplo incorporó el derecho del pueblo de instruir a sus legisladores y presentar peticiones de resarcimiento por perjuicios que se les causaran, y Tennessee reconoció el derecho a navegar por el río Mississippi. Otras Constituciones estatales se encargaron de regular con mayor detalle temas como el de la relación de la Iglesia y el Estado.<sup>290</sup> Al respecto es de destacar las similitudes entre las declaraciones de derechos de los estados: todas proclamaban los mismos principios políticos y protegían el mismo elenco de derechos básicos. Más aún, en tanto que todas ellas tomaron inspiración de la declaración de Virginia, las protecciones de sus derechos a menudo se correspondían palabra por palabra unas con otras.

### *El carácter distintivo de las declaraciones de derechos estatales*

Las declaraciones de derechos de las primeras Constituciones estatales diferían de la declaración de derechos federal en muchos aspectos,<sup>291</sup> una diferencia (aunque no consistente) es el uso frecuente del lenguaje exhortatorio *podrá o será*, en las declaraciones estatales de derechos, en lugar del dispositivo *deberá*. La declaración de derechos de Virginia, por ejemplo, declaraba que “no podrá ser requerida una fianza excesiva”; la declaración de Pennsylvania señalaba que “la libertad de prensa no podrá ser restringida”; la declaración de New Hampshire por su parte indicaba que “todas las penalizaciones serán proporcionales a la naturaleza de las ofensas”, y la declaración de Massachusetts que “todas las elecciones serán libres”.<sup>292</sup> Aunque la utilización del lenguaje exhortatorio declinó

ción de leyes penales individualizadas. Lo que sí aprobó expresamente la Constitución de Nueva York fue la vigencia del *common law* heredado de su inmediato pasado colonial, el cual presumiblemente proveía un número mayor de protecciones de derechos. Véase la Constitución de Nueva York de 1777, arts. 35, 38, 41.

<sup>290</sup> Véase la declaración de derechos de la Constitución de Pennsylvania de 1776, artículo 16, y la Constitución de Tennessee de 1796, artículo 11, sección 31.

<sup>291</sup> A pesar de las diferencias, la influencia de las declaraciones estatales de derechos sobre la Constitución federal fue significativa: de las veintisiete garantías contenidas en la declaración federal de derechos, todas, con una sola excepción (la novena enmienda) aparecieron en declaraciones estatales de derechos con anterioridad a 1787 en que se celebra la Convención de Filadelfia. Véase Lutz, Donald S., *The Origins of American Constitutionalism*, cit., nota 289, p. 62.

<sup>292</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Virginia de 1776, sección 9; declaración de derechos de la Constitución de Pennsylvania de 1776, artículo 12; declaración

en la década de los noventa del siglo XVIII —quizá como reflejo de la influencia de la declaración federal de derechos—, algunas Constituciones redactadas en esa década mantuvieron el antiguo lenguaje exhortatorio.<sup>293</sup>

Una segunda diferencia entre las declaraciones estatales y la federal de derechos del siglo XVIII es la inclusión en las declaraciones de derechos estatales de manifestaciones generales de principios políticos, no susceptibles de ser garantizados por medios judiciales. Por ejemplo, la declaración de derechos de Pennsylvania declaraba que “el gobierno es o estará instituido para el beneficio común, protección y seguridad del pueblo, la nación o la comunidad, y no para el emolumento particular o la ventaja de ningún hombre, familia, o grupo de hombres, que conforman tan solo una parte de dicha comunidad”.<sup>294</sup> De manera similar la declaración de derechos de Delaware afirmaba que “una milicia adecuadamente regulada es la defensa propia, natural y más segura de un gobierno libre”, y la declaración de derechos de Virginia que “todos los hombres son por naturaleza iguales e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes los cuales cuando entran en un estado social no se puede privar o desprender de ellos, por ningún tipo de convención a la posteridad”.<sup>295</sup> Pero incluso disposiciones que podían haber sido judicialmente garantizadas incluían algunas veces un lenguaje explicativo o de justificación, la garantía del sufragio de Delaware, por ejemplo, empezaba por hacer notar que “el derecho del pueblo de participar en la legislatura es el fundamento de la libertad y de todo gobierno libre”.<sup>296</sup>

La tercera diferencia entre las declaraciones estatales de derechos con respecto a la federal, es la inclusión de la atención a la comunidad a la vez que a los individuos en las declaraciones de derechos. Una disposición de este tipo puede encontrarse en un artículo de la Constitución de

de derechos de la Constitución de Nueva Hampshire, artículo 18; Constitución de Massachusetts, parte 1, artículo 90. El énfasis ha sido añadido por el autor.

<sup>293</sup> Véase Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, p. 67, tabla 3. Las Constituciones de Kentucky y Tennessee, recién adoptadas en la década de los noventa del siglo XVIII, también utilizaron consistentemente el *deberá* en lugar del *podrá*.

<sup>294</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Pennsylvania de 1776, artículo 50.

<sup>295</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Delaware de 1776, art. 18; y declaración de derechos de la Constitución de Virginia de 1776, sección 1.

<sup>296</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Delaware de 176, artículo 60.

Massachusetts que reconocía la relación entre la religión y el gobierno civil, y permitía al pueblo autorizar a su legislatura apoyar la religión.<sup>297</sup> Otras disposiciones de este mismo tipo han sido las limitaciones encontradas en varias Constituciones estatales contra los abusos de la libertad de prensa y de las prácticas religiosas contrarias al buen orden de la sociedad.<sup>298</sup> Varias de las primeras Constituciones estatales incluso reconocían el poder de policía\* dentro de sus declaraciones de derechos.<sup>299</sup>

La cuarta diferencia de las declaraciones estatales de derechos con respecto a la federal fue la tendencia a redactar lo que hoy son entendidos como derechos individuales en forma de protecciones a la comunidad política. Así por ejemplo la declaración de derechos de Virginia afirmaba que “la libertad de prensa es uno de los grandes valladares de la libertad, y no puede nunca ser restringido sino por gobiernos despóticos”, y la declaración de derechos de Delaware que “el juicio de los hechos por un jurado del lugar en el que ocurrieron es una de las grandes seguridades de la vida, libertad y propiedad del pueblo”.<sup>300</sup>

Una última diferencia entre las declaraciones de derechos estatales y la federal es la mezcla evidente de disposiciones estructurales y de derechos. Algunas cuestiones sobre la estructura y el procedimiento gubernamental estaban contenidas en las declaraciones estatales de derechos, mientras que los que hoy serían entendidos como garantías de derechos ocasionalmente aparecían en el cuerpo de las Constituciones estatales. Como ejemplos del primer caso pueden tomarse las disposiciones sobre la condición de mantener el cargo judicial mientras se observe buen comportamiento,

<sup>297</sup> Constitución de Massachusetts de 1780, parte 1, artículo 3o.

<sup>298</sup> Véase por ejemplo la Constitución de Pennsylvania de 1790, artículo 9o., sección 7, y la Constitución de New Hampshire de 1784, artículo 1o., secciones 4 y 5.

<sup>299</sup> Véase, por ejemplo, la declaración de derechos de la Constitución de Pennsylvania de 1776, artículo 3o.; y la declaración de derechos de la Constitución de Delaware, artículo 4o.

<sup>300</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Virginia de 1776, sec. 12; y la declaración de derechos de la Constitución de Delaware de 1776, art. 13.

\* Nota del traductor: “Poder de Policía” es un concepto por medio del cual se entiende de que las competencias del gobierno estatal derivan no de una lista de materias o poderes enumerados —como es el caso de las competencias del gobierno federal— sino de la responsabilidad del gobierno estatal por velar por la vida, la seguridad, la moral y la salud de las personas, es decir, los poderes reservados del gobierno del estado vienen indicados por los fines del estado y no necesariamente por una lista de materias establecida en la Constitución estatal.

sobre la rotación de los cargos de los funcionarios ejecutivos, y las disposiciones sobre separación de poderes, todas incluidas dentro de las declaraciones estatales de derechos.<sup>301</sup> Como ejemplos del segundo caso pueden ser consideradas las prohibiciones contenidas en el cuerpo de la Constitución de Pennsylvania sobre las fianzas excesivas, o sobre leyes que establecieran derechos de sangre predeterminados sobre la propiedad inmobiliaria, o de leyes estableciendo la prisión por bancarrota.<sup>302</sup>

¿Qué explica estas características de las primeras Constituciones estatales poco familiares en nuestros días? Algunos académicos han sugerido que las primeras garantías estatales revelan inexperiencia e ineptitud en la actividad constituyente, situación que fue superada para el momento en que se aprobó la Constitución federal. Por ejemplo, Leonard Levy concentrándose en la frecuente sustitución de *será* por *deberá* infirió que las garantías estatales eran “débiles”, “emocionales, más que normativas”.<sup>303</sup> Desde este punto de vista, la supresión en la declaración de derechos de la Constitución federal del lenguaje admonitorio y exhortativo característico de las declaraciones de derechos estatales, así como la separación de las disposiciones estructurales de aquellas concernientes con derechos, indican un significativo avance en el diseño constitucional; sin embargo, si se leen las declaraciones estatales de derechos a la luz de la teoría

<sup>301</sup> Sobre la condición de buen comportamiento para mantener el cargo de juez, véase la declaración de derechos de la Constitución de Maryland de 1776, artículo 30, y la declaración de derechos de la Constitución de New Hampshire de 1784, artículo 35; sobre la rotación en la función ejecutiva, véase la declaración de derechos de la Constitución de Maryland de 1776, artículo 31; sobre la separación de poderes véase la declaración de derechos de la Constitución de Virginia de 1776, sección 5, y la declaración de derechos de la Constitución de Massachusetts de 1780, art. 30.

<sup>302</sup> Constitución de Pennsylvania de 1776, secs. 28, 29, 38.

<sup>303</sup> Leonard Levy, *Emergence of a Free Press*, Nueva York, Oxford University Press, 1985, p. 184. Véase también Selsam, J. Paul, *The Pennsylvania Constitution of 1776: a Study in Revolutionary Democracy*, cit., nota 216, p. 204, y Schwartz, Bernard, *The Great Rights of Mankind: a History of the American Bill of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1977, pp. 90 y 91. Esta percepción no es privativa de los analistas contemporáneos. En sus *Commentaries on the Constitution of the United States*, libro 3, capítulo 44, sección 979, el ministro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, Joseph Story, subrayó el hecho de no puede ponerse en duda “que una declaración de derechos puede tener demasiadas enumeraciones, y tan profusas y de tanto detalle que más bien corresponden a la legislación ordinaria de un gobierno. Algunas de nuestras constituciones estatales contienen cláusulas que se ajustan a esta descripción, y que son por su naturaleza y fraseología demasiado laxas, y generales, y ambigüas”.

política republicana, éstas no parecen ser ni primitivas ni inusuales.<sup>304</sup> Más bien las declaraciones de derechos literalmente sirvieron para declarar los principios políticos fundamentales que habrían de guiar la acción del gobierno, y para asegurar que dichos principios fuesen efectivamente observados. Por ello es que típicamente precedían en orden al “marco del gobierno” que creaba las instituciones políticas y distribuía entre ellas los poderes públicos. Para alcanzar estos objetivos, las declaraciones estatales de derechos necesariamente incluían una mezcla de cuestiones estructurales, máximas políticas y garantías de derechos. Por otra parte la imposibilidad de garantizar jurisdiccionalmente algunas de las disposiciones no puede entenderse como una falla, porque las declaraciones de derechos no se dirigían en primer término hacia los poderes judiciales de los estados sino a los representantes populares, quienes deberían ser guiados por ellos al momento de legislar, y todavía más a la vigilante ciudadanía, amante de la libertad, que debía supervisar y controlar el ejercicio de los poderes del gobierno.

Para quienes redactaron las declaraciones estatales de derechos, buscar apoyo en las mayorías populares para asegurar los derechos no presentaba problema alguno. Ellos creían que las mayores amenazas a los derechos, tanto individuales como colectivos, provenían de funcionarios públicos despóticos y de aquellos que buscaban privilegios especiales, en lugar del pueblo actuando como un todo contra una fracción del mismo. La minoría facciosa, no la mayoría facciosa, era la que representaba el mayor peligro para el bienestar general. De esta suerte, si bien las declaraciones de derechos en tono admonitorio se dirigían al pueblo para inculcarles “una firme adhesión a la justicia, a la moderación, a la templanza, a la frugalidad y a la virtud”, ello era para garantizar el “gobierno libre” y la “bendición de la libertad” para el “pueblo”, no para evitar la tiranía de la mayoría.<sup>305</sup> Para proteger la libertad contra amenazas de la autoridad, las declaraciones de derechos enfatizaban el control popular del

<sup>304</sup> Véase Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, capítulo 3, y Palmer, Robert C., “Liberties as Constitutional Provisions: 1776-1791”, en Nelson, William E. y Palmer, Robert C., *Liberty and Community: Constitution and Rights in the Early American Republic*, Nueva York, Oceana, 1987, pp. 61-86. El análisis que sigue se apoya fuertemente sobre ambas fuentes.

<sup>305</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Virginia de 1776, sec. 15. El contraste con el argumento expuesto en el artículo 10 de *El Federalista*, así como con la

gobierno que era entendido como la base de todos los demás derechos. En cierta medida este control se materializaba a través de la implicación del pueblo directamente en tareas de gobierno: el derecho a un juicio por jurado era el único derecho protegido en cada Constitución estatal.<sup>306</sup> No obstante el concepto del gobierno popular también demandaba —y las declaraciones de derechos garantizaban— elecciones frecuentes e ”igualitarias”, con la participación de “todos los hombres que tuvieran evidencia suficiente de tener un interés común permanente con la comunidad y que estuviesen comprometidos con ella”.<sup>307</sup> Los funcionarios públicos debían “rendir cuentas” de la manera más estricta, y obedecer al pueblo, quien podía instruirles o solicitar ante ellos una petición de resarcimiento por perjuicios, y en último término, desapoderarlos, “reduciéndolos a su condición de simples ciudadanos privados”.<sup>308</sup>

Poderes potencialmente peligrosos, como el poder de abrogar leyes, fueron asignados a los “representantes del pueblo”, quienes presumiblemente podían ser controlados por el pueblo.<sup>309</sup> Más aún: dichos representantes populares debían de ser estrechamente vigilados por la ciudadanía, proceso que se facilitaba por el requerimiento constitucional de que la

moderna teoría de los derechos —por ejemplo con la obra de Dworkin, *Taking Rights Seriously*— difícilmente podría ser más agudo.

<sup>306</sup> Nelson, William E., *Americanization of the Common Law: The Impact of Legal Change on Massachusetts Society, 1760-1830*, Cambridge, Harvard University Press, 1975, p. 96. El artículo 15 de la declaración de derechos de la Constitución de Massachusetts de 1780, proveía que “este método procedural será considerado sagrado”.

<sup>307</sup> La declaración de derechos de la Constitución de Virginia, sección 6; véase también la declaración de derechos de la Constitución de Delaware de 1776, artículo 60., y la declaración de derechos de la Constitución de Vermont de 1777, artículos 7o. y 8o. Habiendo establecido el principio de que aquellos que tuviesen intereses en la comunidad deberían participar en la gobernación, la declaración de derechos dejaba la definición de dicho principio a la ley secundaria o al texto de la Constitución en su parte orgánica, y los estados se diferenciaron considerablemente en cuanto a la determinación de qué constituía un interés suficiente en la comunidad al efecto de la participación política.

<sup>308</sup> La declaración de derechos de la Constitución de Virginia de 1776, sección 2 (rendición de cuentas de los magistrados) y 5 (remoción de funcionarios públicos por elección popular). Cuatro estados —Massachusetts, Carolina del Norte, Pennsylvania y Vermont— incluían en sus Constituciones un derecho a instruir a sus representantes populares, véase Cronin, Thomas E., *Direct Democracy: the Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 24.

<sup>309</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Virginia de 1776, sec. 7.

Legislatura regularmente publicara sus votos y resoluciones.<sup>310</sup> Límites a la reelección de los cargos públicos y otras disposiciones estructurales que se encontraban en las declaraciones estatales de derechos servían para promover una identidad de intereses entre el pueblo y sus representantes. El mismo objetivo buscaban los requisitos establecidos en todos los estados —con la excepción de dos de ellos— de que los representantes populares fuesen residentes de los distritos electorales que representaban.<sup>311</sup> Por último, si todos los demás controles establecidos fallaban, las declaraciones de derechos reconocían que “una milicia adecuadamente regulada, compuesta por el cuerpo del pueblo, entrenada en las armas, es la defensa apropiada, natural y más segura de un estado libre”.<sup>312</sup>

El gobierno popular y la rotación en los cargos públicos constituían igualmente una salvaguarda contra los privilegios especiales, contra el gobierno conducido para el beneficio de unos cuantos en lugar de para el bien común.<sup>313</sup> Es por ello que varias Constituciones estatales enfatizaban que el gobierno se instituía para el bien común en lugar de para el bienestar de un segmento de la sociedad. La Constitución de Pennsylvania de 1776 hizo explícita la conexión entre el compromiso con el bien común y la sospecha de los privilegios especiales, requiriendo que se rotaran los cargos públicos para “que se previniera efectivamente el peligro del establecimiento de una indeseable aristocracia”.<sup>314</sup> Las declaraciones estatales de derechos supplementaban estas salvaguardas con un lenguaje imperativo que prohibía los cargos públicos hereditarios e imponía límites a los “emolumentos exclusivos o separados de la comunidad o a los privilegios” para aquellos que los hayan ganado a través del “servicio público”.<sup>315</sup> Algunos estados también incluían —ya fuese en sus decla-

<sup>310</sup> Como Mark Kruman ha hecho notar este requisito representaba un cambio en la práctica con respecto a los tiempos coloniales, cuando las asambleas deliberaban en privado en nombre de la libertad legislativa. Véase su obra *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, cit., nota 248, p. 81.

<sup>311</sup> Edmund S. Morgan ha enfatizado la importancia de esta desviación con respecto a la práctica de los británicos. Véase su obra *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Nueva York, Norton, 1988, p. 247.

<sup>312</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Virginia de 1776, sec. 13.

<sup>313</sup> Sobre la importancia de la antipatía contra la aristocracia y los privilegios en el pensamiento político de la época, véase Wood, Gordon S., *The Radicalism of the American Revolution*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, partes 1 y 3.

<sup>314</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Pennsylvania de 1776, sec. 19.

<sup>315</sup> Declaración de derechos de Virginia de 1776, sec. 4.

raciones de derechos o en el cuerpo de sus Constituciones, disposiciones diseñadas para prevenir la formación de una aristocracia—prevenciones que Robert Palmer ha llamado “las necesidades estructurales básicas para la libertad del republicanismo”.<sup>316</sup> Entre éstas se encontraban la prohibición contra leyes penales desproporcionadamente crueles; la protección del derecho individual de cazar aves y especies mayores en el territorio del estado que no estuviese sujeto al régimen de propiedad privada, así como a pescar en los ríos navegables del estado, y la prohibición de leyes sobre la propiedad que predeterminara una línea específica de herederos a perpetuidad con la consecuente exclusión de la propiedad del comercio.<sup>317</sup> Finalmente, las declaraciones estatales de derechos reconocieron el derecho del pueblo a “reformar, alterar, o abolir” gobiernos que fracasaran en servir al bien común.

El énfasis de las declaraciones estatales de derechos en el gobierno de las mayorías, conjuntamente con el uso menos enfático del *será* al delinear los derechos, podría parecer que indica carencia de compromiso con los derechos individuales. De hecho algunos académicos han concluido que las Constituciones estatales del siglo XVIII “subordinaban al individuo a la sociedad”.<sup>318</sup> Pero esta conclusión es incapaz de distinguir entre lo que es violación a los derechos de restricciones legítimas a los mismos. También asume una incompatibilidad fundamental entre el gobierno de la mayoría y la protección de los derechos, así como entre derechos individuales y el bien común. Estos presupuestos propios de concepciones de nuestros días no eran compartidos por quienes redactaron las primeras declaraciones de derechos.<sup>319</sup> Como ha observado Robert Palmer, “los derechos en las declaraciones de derechos no eran de ninguna manera garantías, sino que eran principios fundamentales de gobierno a los cuales se debería sujetar el gobierno. Sin embargo, precisamente porque eran principios, fueron

<sup>316</sup> Palmer, Robert C., “Liberties as Constitutional Provisions: 1776-1791”, *cit.*, nota 304, p. 67.

<sup>317</sup> Véase por ejemplo la constitución de Pennsylvania de 1776, secs. 38, 43 y 37. Para comentarios a este respecto, véase Palmer, Robert C., “Liberties as Constitutional Provisions: 1776-1791”, *cit.*, nota 304, pp. 66 y 67, y Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, *cit.*, nota 234, p. 410.

<sup>318</sup> Véase, por ejemplo, Peters, Ronald M. Jr., *The Massachusetts Constitution of 1780: a Social Compact*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1980, pp. 193 y 194.

<sup>319</sup> Para una elaboración mayor sobre esta cuestión, véase Novak, *The People's Welfare...*, *cit.*, nota 18, cap. 1.

objeto de mayor consideración para el bienestar de la comunidad”.<sup>320</sup> La pregunta clave en aquellos días era determinar si el gobierno se sujetaba a esos principios, determinar si los derechos eran atendidos en aras del bien común. Para los constituyentes estatales la respuesta no estribaba en hacer los derechos absolutos, sino en diseñar un gobierno con propensión a respetar los derechos y hacer que mediante el control ciudadano el gobierno respondiera con genuino interés a la responsabilidad de salvaguardar los derechos. En resumen, la solución final para proteger los derechos se encontraba en el propio diseño del gobierno democrático.

*Las declaraciones estatales de derechos en la década de los noventa del siglo XVIII*

Es claro que la declaración federal de derechos en su mayor parte prescindió de las máximas políticas, de las guías estructurales, y del lenguaje exhortativo y explicativo que caracterizó a las primeras Constituciones estatales.<sup>321</sup> Pero en su gran mayoría los constituyentes estatales no siguieron el ejemplo federal. Todas las declaraciones estatales de derechos adoptadas en la década de los noventa del siglo XVIII garantizaban algunos derechos específicos que no se encontraban en la Constitución federal. Si bien el lenguaje de algunas protecciones estatales de derechos era idéntico al de las garantías federales, es igualmente probable que ambas hayan prestado de las primeras Constituciones estatales, a que aquellas hubieran prestado de la declaración federal de derechos. De hecho lo que resulta más sorprendente es que ninguna declaración estatal de derechos hablara de “respetar la libertad de cultos” o sobre la “restricción de la libertad de palabra o de prensa”, o haya empleado otras formulaciones que aparecieron por primera vez en la Constitución federal. Es más, ningún estado pretendió para acercarse al modelo federal suprimir de sus declaraciones de derechos las manifestaciones sobre principios políticos cuando en la década de los noventa sustituyeron sus Constituciones, y los dos

<sup>320</sup> Palmer, Robert C., “Liberties as Constitutional Provisions: 1776-1791”, *cit.*, nota 304, p. 66.

<sup>321</sup> Para un análisis que enfatiza la continuidad de las declaraciones de derechos estatales y la federal, dejando al descubierto las características mayoritarias y estructurales en las garantías federales, véase Amar, Akhil, “The Bill of Rights as a Constitution”, *cit.*, nota 248.

nuevos estados de la República federal, Kentucky y Tennessee, incorporaron algunas de estas manifestaciones de principios en sus declaraciones de derechos sin que el asunto se prestara a controversia, copiándolas directamente de la declaración de derechos de Virginia. El modelo federal pudo haber inclinado a Delaware y Pennsylvania a sustituir el *deberá* por el *será* en el cuerpo de las declaraciones de derechos de sus nuevas Constituciones, y Kentucky y Tennessee también copiaron la fraseología imperativa de la Constitución federal, posiblemente para ser aceptados con mayor facilidad por el Congreso federal como nuevos estados de la Unión. Pero tanto New Hampshire como Vermont conservaron el antiguo lenguaje exhortativo.<sup>322</sup> Aunque es muy difícil saber si la retención de los estados de ciertos elementos de las declaraciones de derechos anteriores a la década de los noventa representaba una elección consciente o era producto de la inercia, sí es claro que el modelo federal tuvo sólo un efecto limitado en las declaraciones estatales de derechos adoptadas en la década de los noventa. Como podrá observarse más adelante, la influencia de la Constitución federal sobre otros aspectos de las Constituciones estatales fue igualmente limitada.

## DISEÑO GUBERNAMENTAL

### *Gobierno republicano*

Todos los constituyentes estatales respaldaban la idea de formar un gobierno democrático,\* si bien diferían de alguna manera en cuanto a lo que

<sup>322</sup> Véase Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, p. 67, tabla 3.

\* Nota del traductor: En la versión en idioma inglés de la obra *Understanding State Constitutions* del profesor G. Alan Tarr, se utiliza el vocablo “republicano”. Sin embargo éste se utiliza como sinónimo de “democracia representativa”. En el siglo XVIII la gran cuestión que se les presentaba a los constituyentes de los nuevos estados, era cómo configurar una “democracia representativa”.

En el artículo 39 de *El Federalista*, James Madison define “república” y “gobierno republicano”, en los siguientes términos: “Podemos definir una república, o al menos dar éste nombre a un gobierno que deriva todos sus poderes directa o indirectamente de la gran masa del pueblo y que se administra por personas que conservan sus cargos a voluntad de aquél, durante un periodo limitado o mientras observen buena conducta... Es suficiente para ese gobierno que las personas que lo administren sean designadas directa o indirectamente por el pueblo, y que la tenencia de sus cargos sea alguna de la que acabamos de especificar; ya que, de otro modo, todos los gobiernos que hay en los Estados

su diseño exigía. La Constitución de Pennsylvania de 1776 —“la más publicitada, ponderada y condenada de todas las Constituciones de la época de la Revolución”— ilustra qué tan lejos llegaron algunos constituyentes al intentar eliminar la distancia entre la voluntad popular y la acción del gobierno.<sup>323</sup> La carta constitucional de Pennsylvania virtualmente concentraba casi todo el poder público en una legislatura unicameral, atribuyéndole —en adición a delegaciones específicas de competencias— “cuálquiera de los poderes necesarios para una legislatura de un estado libre o *commonwealth*”.<sup>324</sup> Esta asamblea legislativa distribuía sus asientos de acuerdo al número de habitantes que pagasen impuestos como “el único principio que puede en todo momento asegurar la libertad, y hacer de la voz de una mayoría del pueblo la ley de la tierra”, sus miembros eran elegidos cada año para asegurar con ello que rindieran cuentas ante el pueblo.<sup>325</sup>

Con el propósito de que no se formara un océano que se interpusiera entre gobernantes y gobernados, la Constitución de Pennsylvania dispuso los mismos requisitos de elegibilidad para cargos públicos que para votar, aboliendo los requisitos de propiedad pero conservando como re-

Unidos, así como cualquier otro gobierno popular que ha estado o pueda estar organizado o bien llevado a la práctica, perdería su carácter de República”.

En efecto, como antes se dijo, en *El Federalista*, cuando utilizaban el término “democracia” querían significar *democracia directa*, como la que se practicó en Atenas, y cuando utilizaban “República” querían significar *democracia representativa*. Véase, entre otros, Diamond, Martin, “What the Framers Meant by Federalism”, en Goldwin, Robert F. y Schambra, William (eds.), *A Nation of States. Essays on the American Federal System*, 2a. ed., Chicago, Rand MacNally College Publishing, 1974.

<sup>323</sup> Williamson, *American Suffrage...*, cit., nota 169, p. 92.

<sup>324</sup> Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 9. El contraste con los otros órganos del gobierno de Pennsylvania es sorprendente. El ejecutivo plural, electo popularmente por distritos en forma escalonada cada tres años (sección 20), podía nombrar algunos funcionarios y contaba con un poder limitado de indulto. Pero su principal responsabilidad era ejecutar la voluntad del legislativo. Los “jueces de la suprema corte de la judicatura” eran designados por el consejo del ejecutivo por períodos de siete años (sección 23) pero su dependencia con respecto a la legislatura permanecía ya que podían “ser removidos por la asamblea general en cualquier momento debido a mala conducta” (sección 23).

<sup>325</sup> Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 17. En realidad la disposición sobre la geografía electoral cobró vigencia tan solo siete años después de que fuese aprobada la constitución, pero la distribución de posiciones en la legislatura del estado —incluso en el periodo entremedias— reflejó la distribución de la población de mucho mejor manera que la configuración electoral de la legislatura colonial de Pennsylvania. Véase Kruman, Marc W., *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, cit., nota 248, pp. 73 y 74.

quisito para ejercer el derecho al voto pasivo el de encontrarse inscrito en el censo de contribuyentes. También disponía la rotación de los cargos de miembros de la asamblea o del Consejo del Ejecutivo, tanto para evitar “el peligro de establecer una indeseable aristocracia” como para garantizar que “haya más hombres entrenados en los asuntos públicos”.<sup>326</sup> Por último, esta Constitución tejió varios elementos plebiscitarios en el diseño del gobierno. El control popular sobre la actividad de legislar sería hecho valer por la vía de establecer un periodo de consideración popular para la legislación que fuese propuesta, con “las razones y motivos para hacer tales leyes... expresados íntegramente y con claridad en los preámbulos”. Con excepción “de los casos de impostergable necesidad”, las leyes no cobrarían vigencia antes de que fuese electa una nueva asamblea, de tal manera que se generara la oportunidad para llevar a ella a legisladores comprometidos con la revocación de leyes impopulares.<sup>327</sup>

Todo lo anterior, combinado con el derecho del pueblo a “instruir a sus legisladores”, servía para reforzar la idea de que “solamente el pueblo de este estado tiene el poder exclusivo e inherente de gobernar”, y de que todos los funcionarios de gobierno “son sus fideicomisarios y sirvientes”.<sup>328</sup>

Al igual que la Constitución de Pennsylvania, otras dieciocho cartas constitucionales estatales del siglo XVIII eran igualmente enfáticas en lo concerniente al poder del pueblo para instituir y controlar al gobierno. Éstas también incorporaron las elecciones anuales como un elemento clave del diseño del gobierno democrático. Con la salvedad de Carolina del Sur, todos los estados originales de la Unión federal establecieron elecciones anuales para integrar sus cámaras bajas, y la propia Carolina del Sur finalmente rindió pleitesía a este consenso en 1778. Incluso ni siquiera la “contrarrevolución constitucional” de Pennsylvania de 1790 afectó en nada la anualidad de las elecciones. Y aunque la Constitución de Massachusetts de 1780 a menudo se considera como la antítesis de la Constitución de

<sup>326</sup> La base electoral se amplió no solamente para abarcar a los contribuyentes sino también a los hijos adultos de los propietarios, incluso aunque éstos no pagasen impuestos. Los requisitos de elegibilidad eran los mismos que para votar, véase la Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 6; sobre la rotación de los cargos públicos, secciones 8 y 19.

<sup>327</sup> Constitución de Pennsylvania de 1776, sección 15. Staughton Lynd describió el requisito de que la ley se publicara para que fuese sometida a consideración del pueblo como “bicameralismo desde abajo”. Véase Lynd, Staughton, *Intellectual Origins of American Radicalism*, Nueva York, Panteón, 1968, p. 171.

<sup>328</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Pennsylvania de 1776, artículos 16, 3 y 4.

Pennsylvania de 1776, en ella se establecieron elecciones anuales no sólo para la integración de su cámara baja, sino también para la cámara alta y para el Ejecutivo.<sup>329</sup> De hecho, de los doce estados bicamarales hasta 1789, siete instituyeron elecciones anuales para elegir a los miembros de la cámara alta, y para 1789 once de los catorce estados habían establecido un periodo de un año para sus gobernadores, incluyendo tres de los cuatro estados que contaban con elección popular para gobernador.

La mayoría de los estados siguieron el ejemplo de Pennsylvania de tratar de vincular representación política con población, al menos para la integración de la cámara baja de sus legislaturas. Ello no obstante que en alguna medida las primeras Constituciones estatales pusieron en riesgo la integridad de la igualdad en la representación por haber continuado la práctica colonial de atar la representación política a las unidades de gobierno local, pueblos en Nueva Inglaterra, condados o la combinación de pueblos y condados en las demás partes del país, sin embargo, probablemente ello reflejaba más un asunto de mera conveniencia y tradición, antes que la idea de un estado entendido como confederación de pueblos y condados, dada la ausencia de datos proveídos por un censo.<sup>330</sup> Mientras que una auténtica confederación implicaría la representación igualitaria de cada unidad de gobierno, la mayoría de los estados los consolidaron

<sup>329</sup> Tal desarrollo es conforme con la perspectiva de Lutz quien escribió: “La Constitución de Massachusetts de 1780 fue la constitución más importante suscrita entre 1776 y 1789, porque incorporó la teoría *Whig* del gobierno republicano que dominó la política en el ámbito de los estados; la Constitución de Pennsylvania de 1776 fue el segundo documento en importancia porque representaba la alternativa más consistente al modelo de Massachusetts” (Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, *cit.*, nota 246, p. 129). Para valoraciones similares, véase Kenyon, “Constitutionalism in Revolutionary America”, *cit.*, nota 284; Pole, J. R., *Political Representation in England and the Origins of the American Republic*, Nueva York, St. Martin’s, 1966, parte 3; Williamson, *American Suffrage...*, *cit.*, nota 169, p. 104, y Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, *cit.*, nota 234, pp. 217-231. Tanto la Constitución de Pennsylvania como la de Massachusetts han sido objeto de extensos análisis compilados en voluminosos libros y de discusiones sobre su actividad constituyente durante dicho periodo. Véase Selsam, J. Paul, *The Pennsylvania Constitution of 1776: a Study in Revolutionary Democracy*, *cit.*, nota 216, y Peters, Ronald M. Jr., *The Massachusetts Constitution of 1780: a Social Compact*, *cit.*, nota 318. Para un análisis detallado sobre la influencia ejercida por la Constitución de Pennsylvania, véase Williams, “The Influence of Pennsylvania’s 1776 Constitution on American Constitutionalism During the Founding Era”, *cit.*, nota 197.

<sup>330</sup> El argumento confederal es presentado más persuasivamente por Elazar, Daniel J., “State-Local Relations...”, *cit.*, nota 68.

en determinados números para operar dicho sistema. La Constitución de Nueva York de 1777 disponía tanto la configuración de distritos electorales con un número igual de habitantes, a la vez que reajustes periódicos para encajar los cambios de población, y para 1790 varios estados ya habían adoptado disposiciones similares;<sup>331</sup> sin embargo, en algunos estados las rivalidades seccionales y la búsqueda de ventajas políticas inhibieron una solución basada en el principio de la representación política. Las Constituciones de dichos estados típicamente se caracterizaron por haber delineado al detalle cómo deberían ser distribuidos los representantes populares entre las diversas unidades de gobierno local.

Por último, si bien ningún otro estado copió la serie de dispositivos plebiscitarios que Pennsylvania había diseñado en forma precursora, un número significativo de las primeras Constituciones estatales sí adoptaron algunas de las medidas que aquélla instituyó para impedir que se produjese un distanciamiento entre gobernantes y gobernados. En este orden de ideas, cinco Constituciones estatales siguieron a la de Pennsylvania en cuanto a autorizar expresamente la instrucción de los ciudadanos a sus representantes, y tal práctica se extendió incluso a estados que no reconocían expresamente tal institución en sus Constituciones.<sup>332</sup> Varios textos constitucionales estatales también emularon a la ley fundamental de Pennsylvania en lo concerniente al requerimiento de la rotación de los cargos públicos. Seis estados establecieron en sus primeras Constituciones límites a los períodos constitucionales para los gobernadores, tres para senadores y siete para varios funcionarios públicos locales.

No obstante que las Constituciones estatales compartían una posición de principios con respecto al gobierno democrático, ello no inhibió que hubiese importantes diferencias en cuanto a diseño entre la Constitución de Pennsylvania y las de otros estados, así como entre las Constituciones de los diferentes estados entre sí. Por ejemplo, uno de los aspectos más relevantes

<sup>331</sup> Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, p. 109.

<sup>332</sup> Declaración de derechos de la Constitución de Massachusetts de 1780, artículo 19. Véase Reid, John Philip, *The Concept of Representation in the Age of the American Revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, capítulo 8; Bresler, Kenneth, “Rediscovering the Right to Instruct Legislators”, *New England Law Review* 26, invierno de 1991, pp. 355-394, y Monsell, Margaret E., “Stars in the Constellation of the Commonwealth”: Massachusetts Towns and the Constitutional Right of Instruction”, *New England Law Review* 29, invierno de 1995, pp. 285-309.

en donde se reflejaron tales diferencias fue en la concepción de la representación política. Mientras que todos los estados aceptaron la regla general de que los ciudadanos deberían tener algún tipo de anclaje que asegurara un decidido compromiso con su comunidad para poder participar en el gobierno, todos diferían en cuanto a qué se debía considerar un “decidido compromiso”; esta razón explica el hecho que la mayoría de las Constituciones sureñas definían un electorado aún menor en tamaño que la mitad del electorado definido por las Constituciones estatales de Nueva Inglaterra.<sup>333\*</sup> La mayoría de los estados asumieron que los requisitos para votar basados en el criterio de la propiedad vigentes con anterioridad a la independencia de la Gran Bretaña constituían una medida adecuada de compromiso suficiente con la comunidad: sólo tres estados en sus Constituciones originales siguieron el ejemplo de Pennsylvania en cuanto a reducir los condicionamientos para votar basados en criterios de propiedad, si bien ninguno optó tampoco por el ejemplo de Massachusetts en cuanto a “redondear a la alza” los condicionamientos para votar existentes con anterioridad a la independencia basados en el citado criterio de la propiedad.<sup>334</sup>

En agudo contraste con la sospecha de Pennsylvania sobre “la inde-  
seable aristocracia” que imbuía de sentido su diseño constitucional, va-

<sup>333</sup> Lutz, Donald S., *The Origins of American Constitutionalism*, cit., nota 289, p. 58, y Williamson, *American Suffrage...*, cit., nota 169, capítulo 6.

<sup>334</sup> Para un recuento de los requisitos jurídicos para votar, véase Adams, Willi Paul, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, cit., nota 243, pp. 293-307. Los requisitos que fueron introducidos con anterioridad a la independencia y que algunos estados mantuvieron, deben analizarse en su contexto; algunos estados que conservaron los requisitos basados en la propiedad ya los habían flexibilizado en la década anterior a la independencia. Además debe advertirse que con el paso del tiempo la inflación tuvo el efecto de reducir los requisitos para votar basados en la moneda local, véase Williamson, *American Suffrage...*, cit., nota 169, p. 121. Por último cabe tomar en consideración las conclusiones de algunos académicos en el sentido de que incluso los nuevos requisitos para votar de Massachusetts basados en la propiedad despojaron de este derecho a un número relativamente reducido de votantes adultos del sexo masculino. Véase Pole, J. R., *Political Representation in England and the Origins of the American Republic*, cit., nota 329, pp. 208 y 209; Handlin, Óscar y Handlin, Mary (eds.), *The Popular Sources of Political Authority: Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*, cit., nota 269, pp. 34-39, y Brown, Robert E., *Middle Class Democracy and the Revolution in Massachusetts*, Ithaca, Cornell University Press, 1955.

\* Nota del traductor: Los estados de la región de Nueva Inglaterra, son: Maine, New Hampshire, Vermont, Massachusetts, Rhode Island y Connecticut.

rios estados se dieron a la tarea de crear un gobierno aristocrático que garantizara ser el continente de lo que Gordon Wood ha denominado los “receptáculos del honor y la sabiduría del republicanismo clásico, donde el talento superior y la devoción por el bien común serían reconocidos y recompensados por el pueblo”.<sup>335</sup> Sin embargo, identificar y dar forma institucional a esta aristocracia natural probó ser un asunto arduo. Al carecer de medidas alternativas los estados se ataron a la riqueza como indicador de sabiduría y de virtud. Es así que la mayoría de las Constituciones estatales (en contraste con la de Pennsylvania) establecieron requisitos de propiedad más altos para ocupar un cargo público que para votar, instalando un sistema graduado de propiedad como requisito de elegibilidad que se iba incrementando de la cámara baja a la alta, y de ésta para el cargo de gobernador.<sup>336</sup> Incluso Carolina del Norte y Nueva York impusieron requisitos de propiedad todavía más rigurosos para votar en la elección de sus respectivas cámaras altas.<sup>337</sup> Con la excepción de tres estados, todos los demás erigieron legislaturas bicamarales, esperando que los requisitos de propiedad más elevados para la Cámara de Senadores produciría un cuerpo legislativo con un *ethos* institucional propio y un entendimiento más amplio del bienestar público. Pero tal resultado raramente se materializó.<sup>338</sup> En lugar de ello la justificación por otorgarle voz institucional a la riqueza cambió rápidamente: mientras que originalmente la riqueza se había entendido como indicador de sabiduría y de virtud, posteriormente pasó a ser visto como un interés identificable de la sociedad que merecía tener acceso a la representación política. Esta transformación queda muy bien reflejada por la Constitución de Massachusetts que estableció una cámara alta específicamente dirigida a repre-

<sup>335</sup> Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, p. 209.

<sup>336</sup> Típicamente los requisitos basados en la propiedad para ocupar una posición en la cámara alta eran casi el doble que los requeridos para una posición en la cámara baja. No obstante Virginia y Delaware no establecieron requisitos de elegibilidad diferentes para sus cámaras alta y baja. Véase Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, 90, tabla 5.

<sup>337</sup> Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, p. 91, tabla 6.

<sup>338</sup> El mejor comentario sobre este fracaso se encuentra en Main, Jackson Turner, *The Upper House in Revolutionary America*, Madison: University of Wisconsin Press, 1967.

sentar a los propietarios, con senadores distribuidos entre los condados sobre la base de la cantidad de impuestos pagados.<sup>339</sup>

Las diferencias señaladas en los párrafos precedentes entre las Constituciones estatales reflejan una diferenciación en el entendimiento de la operación del gobierno democrático y de las amenazas potenciales a la libertad. John Adams, el principal arquitecto de la Constitución de Massachusetts, consideraba que la estratificación social era un dato constante y reconocía que un estrato de la sociedad podría intentar tiranizar a otro estrato social. Por consiguiente, Adams trabajó sobre la premisa del pensamiento clásico de los gobiernos mixtos —en el cual diferentes instituciones deben representar diferentes estratos de la sociedad—, buscando construir un gobierno que no sólo minimizaría las posibilidades del establecimiento de una tiranía, sino que propendería al bien común. Con el transcurso del tiempo la mayoría de los estados estuvieron de acuerdo con la teoría de Adams buscando reflejar en sus instituciones la diversidad de sus sociedades.

El principal bastión de oposición institucional al modelo de Adams, cuando menos hasta 1790, fue el estado de Pennsylvania. Los constituyentes de Pennsylvania de 1776 no fueron tan ingenuos como para asumir que no había divisiones sociales en su estado; de hecho los catorce años que estuvo en vigencia la Constitución se caracterizaron por una extraordinaria efervescencia política protagonizada por los simpatizantes y los opositores de la Constitución; sin embargo, en Pennsylvania o bien creían que las diferencias sociales deberían ser superadas, digeridas, en lugar de ser representadas, y que el conflicto político era un problema a ser resuelto en lugar de una característica endémica de la vida política. O bien alternativamente pudieron haber creído que dada la homogeneidad social en Norteamérica, las diferencias fundamentales que dividían a la sociedad no residían en el pueblo, sino entre el pueblo y los elementos aristocráticos de la sociedad que buscaban ubicarse por encima de la voluntad popular. Cualquiera que haya sido la explicación, la Constitución de Pennsylvania acogía la noción de que la democracia sencilla, aquella

<sup>339</sup> Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, cap. 6. Al diseñar su Senado New Hampshire copió el esquema de geografía electoral de Massachusetts.

que traducía directamente la voluntad popular en políticas públicas, conducía al bien común.<sup>340</sup>

### *Estructura del gobierno*

1776-1777

Las Constituciones estatales redactadas durante 1776 y principios de 1777 concentraban virtualmente todo el poder del gobierno en las legislaturas estatales. En lugar de configurar un Poder Ejecutivo al cual se le pudiese conceder competencias ejecutivas con márgenes amplios de protección para su ejercicio, las Constituciones estatales simplemente transfirieron muchas de dichas competencias ejecutivas a las legislaturas.<sup>341</sup> Por ejemplo, la mayoría de ellas ubicaron el poder de nombramiento de los funcionarios superiores del estado en la legislatura. Sólo Carolina del Sur le concedió el poder de veto al gobernador, pero le retiró dicho poder dos años después. Aún incluso aquellos escasos poderes atribuidos al Ejecutivo a menudo eran sujetos de regulación y control por parte de la legislatura. La Constitución de Maryland de 1776 le concedió al gobernador el poder del perdón y del indulto “salvo en aquellos casos que la ley determine en otro sentido”, y el texto constitucional de Carolina del Norte de 1776 autorizaba al gobernador ejercer los poderes ejecutivos solamente “de conformidad con las leyes del estado”.<sup>342</sup>

En cada uno de los estados, el debilitado Ejecutivo se encontraba también bajo el control de un consejo ejecutivo que en la mayoría de los ca-

<sup>340</sup> El entendimiento del gobierno popular subyacente en la Constitución de Massachusetts es identificado en Peters, Ronald M. Jr., *The Massachusetts Constitution of 1780: a Social Compact*, cit., nota 318, pp. 197-222. La primera aproximación al entendimiento del gobierno popular subyacente en la Constitución de Pennsylvania de 1776 se encuentra en Selsam, J. Paul, *The Pennsylvania Constitution of 1776: a Study in Revolutionary Democracy*, cit., nota 216, y la segunda en Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, pp. 230-244.

<sup>341</sup> Thach, Charles, *The Creation of the Presidency, 1775-1789: a Study in Constitutional History*, cit., nota 271, p. 27; Kelly, Alfred H. et al., *The American Constitution...*, cit., nota 2, p. 73, y Vile, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Clarendon University Press, 1967, pp. 133-146.

<sup>342</sup> Constitución de Maryland de 1776, artículo 33, y Constitución de Carolina del Norte de 1776, artículo 19.

sos era elegido por la legislatura. Pero el control más importante sobre el Poder Ejecutivo provenía de la dependencia del Ejecutivo en el legislativo para su elección y permanencia en el cargo. En ocho de los nueve estados que promulgaron Constituciones durante este periodo, los gobernadores eran elegidos por las legislaturas y en siete de ellos los gobernadores tenían un periodo en el cargo de tan solo un año. En tales circunstancias, era casi superfluo que las Constituciones de Virginia y Maryland insistieran que el Ejecutivo no debía “bajo ningún pretexto” ejercitar “cualquier poder o prerrogativa por virtud de ley alguna, estatuto o costumbre de Inglaterra”.<sup>343</sup>

### 1777-1787

La Constitución de Nueva York marcó el inicio de la segunda ola de actividad constituyente en los estados, proveyendo un modelo de gobierno democrático con un Poder Ejecutivo sustancialmente reforzado. La Constitución estatal aseguró la independencia del gobernador frente al Poder Legislativo estableciendo que sería electo directamente por el pueblo para un periodo de tres años, y autorizando la reelección del gobernador. También le otorgó al gobernador poderes ejecutivos tales como el derecho de otorgar indultos, y la potestad de convocar a la legislatura o prorrogar sus periodos de sesiones.<sup>344</sup> Además el gobernador podía participar directamente en el proceso legislativo mediante la recomendación de medidas legislativas para el bienestar del pueblo, dirigidas a la legislatura y expresadas de viva voz con ocasión del informe de gobierno que rendía al estado.<sup>345</sup> Por último, el gobernador ejercitaba poderes muy importantes en concierto con otros funcionarios públicos: conjuntamente con los miembros del Poder Judicial integraba el Consejo de Revisión que tenía el poder de vetar leyes, y con los miembros del Senado, integraba el Consejo de Designaciones encargado de la designación de los funcionarios del Poder Ejecutivo.<sup>346</sup>

<sup>343</sup> Constitución de Virginia de 1776 (no se especifica cuál sección), y Constitución de Maryland de 1776, artículo 33.

<sup>344</sup> Constitución de Nueva York de 1777, artículo 18.

<sup>345</sup> Constitución de Nueva York de 1777, artículo 19.

<sup>346</sup> Constitución de Nueva York de 1777, artículos 30. y 23; John Jay que fue quien propuso el Consejo de Designaciones, pretendía que todos los nombramientos fuesen he-

Las otras cinco Constituciones adoptadas durante este periodo se caracterizan por una lucha por decidir si era posible reconciliar un Ejecutivo fuerte e independiente con la idea del gobierno democrático.<sup>347</sup> Cuatro estados sí siguieron el ejemplo de Nueva York de establecer la elección popular del gobernador, pero en tres estados le otorgaron al Ejecutivo un periodo en el cargo de un año, y ninguno le concedió al gobernador un periodo constitucional más amplio que el de la cámara baja de la legislatura estatal. Los ejecutivos establecidos por las Constituciones de Carolina del Sur (1778) y New Hampshire (1784) se parecían a aquellos de la época precedente, con poderes limitados y constreñidos por consejos ejecutivos electos por la legislatura. Vermont intentó resolver el problema del Poder Ejecutivo tanto en su Constitución de 1777 como en la de 1786 con un ejecutivo plural conformado por el gobernador y un consejo compuesto por doce miembros, que eran electos popularmente en todo el estado para servir en el mismo periodo (de un año). A este Ejecutivo se le otorgaron poderes de designación de funcionarios y de indulto, la responsabilidad de la ejecución debida de la ley, y —bajo la Constitución de 1786— un veto suspensivo sobre la legislación.<sup>348</sup> Por último, en 1780 Massachusetts creó un gobernador fuerte, el primer Ejecutivo en gozar de un poder de veto no susceptible de ser nulificado por un Consejo de Revisión o por un *Consejo Ejecutivo*.

## 1788-1800

Durante la década posterior a la adopción de la Constitución federal, los estados tuvieron la oportunidad de sustituir sus Constituciones

chos por el gobernador y que los senadores los confirmaran o rechazaran, pero la disposición no señalaba expresamente esta intención. Una convención constituyente convocada en 1801 para resolver sobre la división de responsabilidad del Consejo concluyó que el poder de nominar era una potestad concurrente tanto del gobernador como del Consejo, lo que trajo consigo el debilitamiento de los poderes del gobernador. Véase Galie, Peter J., *The New York State Constitution: a Reference Guide*, cit., nota 126, pp. 4-6.

<sup>347</sup> M. J. C. Vile ha hecho la observación de que “la historia de la doctrina constitucional en la década comprendida entre la Constitución de Georgia y la Constitución federal es, al menos en parte, la historia de la búsqueda por una racionalidad para el tratamiento de las antiguas prerrogativas de la Corona”. Véase su obra, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., nota 341, p. 143.

<sup>348</sup> Constitución de Vermont de 1777, capítulo 2, secciones 17 y 18, y Constitución de Vermont de 1786, capítulo 2, secciones 10, 11 y 16.

originales y elaborar nuevas tomando como modelo la carta federal. Si bien seis estados promulgaron siete nuevas Constituciones estatales, y otros estados reformaron parcialmente sus leyes fundamentales, es de notar el hecho de qué tan limitado fue el impacto de la Constitución federal sobre la estructuración del gobierno estatal durante este periodo. Las legislaturas estatales ofrecen un buen ejemplo de ello. Después que la Constitución federal hubiese establecido un periodo de dos años para los representantes populares, sólo un estado (Carolina del Sur) abandonó el esquema de elecciones anuales para la cámara baja, aunque en realidad tal cambio solamente implicó regresar a la posición original que había tenido en 1776 dicha Constitución estatal. La influencia federal sobre los periodos senatoriales fue un tanto mayor. Mientras que once de las diecisiete Constituciones que fueron adoptadas antes de 1787 tenían periodos de un año para los senadores, dos de las cuatro primeras Constituciones adoptadas después de 1787 —la Constitución de Georgia de 1789 y la de Pennsylvania de 1790— establecieron, por primera vez, senados con periodos más prolongados, y las otras dos Constituciones, la de Carolina del Sur y la de Delaware, continuaron con Senados con periodos multianuales. Dos nuevos estados, Kentucky y Tennessee, también introdujeron periodos multianuales en la década de los noventa; sin embargo, la Constitución de New Hampshire de 1792 y la de Vermont de 1793 mantuvieron la disposición de elecciones anuales para senadores, mientras que la de Georgia de 1798 revirtió la decisión tomada nueve años antes al re establecer la elección anual de los senadores.<sup>349</sup> Finalmente cabe destacar que ningún estado emuló el sistema de la Constitución federal de elecciones indirectas para senadores; hasta antes de 1787 sólo un estado, Maryland, se valía de la elección indirecta, aunque finalmente abandonó dicho sistema indirecto debido a las incesantes críticas en el sentido de que no era un método democrático.<sup>350</sup> Kentucky en 1792 optó por un sis-

<sup>349</sup> Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, p. 88, tabla 4. Para una aproximación más general, véase Main, Jackson Turner, *The Upper House in Revolutionary America*, cit., nota 338.

<sup>350</sup> Las críticas iniciales al Senado de Maryland se comentan en Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, pp. 251-254. Críticas posteriores forzaron un compromiso en 1801 por medio del cual la elección indirecta de los senadores sería salvada temporalmente, a cambio de la extensión del sufragio a todos las personas del sexo masculino de raza blanca.

tema de elección indirecta, pero en realidad al buscar orientación sobre este asunto dirigió la mirada a la Constitución de Maryland en lugar de a la Constitución federal, copiando la redacción exacta de la disposición.<sup>351</sup> Siete años después la Constitución de Maryland también abandonó dicho sistema en favor de la elección directa.

La historia es bastante similar en lo que se refiere a los ejecutivos estatales. Kentucky en 1792 sí adoptó el modelo federal: el gobernador era electo en forma indirecta, servía por un periodo de cuatro años, podía reelegirse indefinidamente y poseía amplios poderes; sin embargo, siete años después Kentucky eliminó la elección indirecta así como la reelección del gobernador, y redujo la mayoría necesaria para superar el voto del gobernador. En otras partes el modelo federal contribuyó muy poco en el diseño del Ejecutivo estatal. Pero algunos constituyentes estatales, como sus contrapartes federales, buscaron establecer un Ejecutivo independiente y se apoyaron para ello en la elección directa, continuando así la tendencia de despojar al Legislativo del poder de elegir al Ejecutivo, arreglo institucional este último que había sido precedido por una década la convención constitucional federal. En el periodo comprendido entre la convención constituyente federal de 1787 a 1800, sólo dos estados entonces existentes de la Unión federal —Georgia y Pennsylvania— siguieron el ejemplo federal y alargaron el periodo del cargo de gobernador. También, como antes se había hecho notar, para el tiempo de la convención constituyente federal los poderes de los gobernadores habían sido ya fortalecidos en algunos estados con la introducción del poder de veto y el poder de designación de los funcionarios públicos del Ejecutivo. El ejercicio más notorio de fortalecimiento del poder del gobernador se encuentra en la Constitución de Massachusetts, y durante la última década del siglo XVIII, fue ésta —y no la federal— la que sirvió de principal modelo a los constituyentes estatales.<sup>352</sup>

<sup>351</sup> Coward, Joan Wells, *Kentucky in the New Republic: the Process of Constitution Making*, cit., nota 245, p. 28.

<sup>352</sup> Este párrafo se inspira en el trabajo de Lutz, Donald S., *Popular Consent and Popular Control: Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, cit., nota 246, pp. 93-95; Thach, Charles, *The Creation of the Presidency, 1775-1789: a Study in Constitutional History*, cit., nota 271; Adams, Willi Paul, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, cit., nota 243, pp. 226-274, y Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234, pp. 435-453.

La limitada influencia de la Constitución federal sugiere que un constitucionalismo estatal distinto continuó desarrollándose incluso después de 1787. Los estados se dieron cuenta que sus pares confrontaban problemas similares y por tanto que las Constituciones estatales eran una mejor fuente de instrucción que la Constitución federal. Además de ello aparentemente los constituyentes estatales no compartían la insatisfacción con las Constituciones estatales existentes que habían sido expresadas por varios delegados constituyentes del bando federalista en la Convención de Filadelfia. En efecto, aparentemente muchos norteamericanos estaban bastante satisfechos con sus gobiernos estatales como se ilustra en los comentarios de los más prominentes delegados antifederalistas a la Convención de Filadelfia.<sup>353</sup> Por último es de notar que las Constituciones estatales cambiaron considerablemente en la década siguiente a la de la independencia, de tal manera que muchos de los problemas con las primeras leyes fundamentales estatales ya habían sido atendidos para 1787.

## CONCLUSIONES

Más que amplios principios políticos, algunos académicos han sugerido que las Constituciones estatales reflejan los compromisos y soluciones de corto plazo de la política estatal cotidiana o “política ordinaria”. Sin embargo, por lo que respecta a las Constituciones estatales del siglo XVIII, esta afirmación es simplemente incorrecta. Ciertamente se puede detectar en las Constituciones estatales el estira y afloja de la “política ordinaria”, particularmente porque dichas Constituciones tienen que ver con temas de la geografía electoral y otros aspectos de la división intraestatal del poder político. Pero lo que resulta más sobresaliente en ellas es la manera en que incorporaron principios políticos —como el entendimiento coherente de la naturaleza del gobierno democrático, las fuentes de los conflictos políticos, las amenazas a la libertad— así como los esfuerzos de los constituyentes por configurar procesos e instituciones para materializar dichos principios.<sup>354</sup>

<sup>353</sup> Véase Storing, Herbert F. (ed.), *The Complete Antifederalist*, Chicago, University of Chicago Press, 1977, vol. 2, pp. 138 y 139, 179 y 180, 263; vol. 4, pp. 72 y 73, 77 y 109; vol. 5, p. 149.

<sup>354</sup> Los comentarios vertidos no tienen la intención de negar la utilidad de la perspectiva de la “política ordinaria”. Incluso si se acepta la noción de que las Constituciones es-

Tal preocupación por los principios políticos puede, en parte, ser atribuida a factores propios de la formación de nuevas sociedades políticas. Durante estos procesos formativos los constituyentes involucrados en el acto fundacional suelen cobrar conciencia de la trascendencia de su tarea. Por añadidura el conocimiento común sobre diseño constitucional hacia finales del siglo XVIII alentaba la inclusión de material justificante y explicativo en los preámbulos y declaraciones estatales de derechos. Ello pudo haber generado entre los constituyentes estatales que también cobraran conciencia del importante aspecto teórico de su trabajo, aun cuando la inclusión de material justificante y explicativo pudo igualmente reflejar dicha concientización como algo creado por ella misma.

Finalmente, la opción de los estados por utilizar la revisión de la Constitución en lugar de la enmienda para promover el cambio constitucional, propició una perspectiva comprensiva en torno a las leyes fundamentales estatales, y ello redujo la probabilidad de que elementos teóricamente inconsistentes fuesen incorporados a ellas.

Cualquiera que haya sido la razón de la disposición de los constituyentes del siglo XVIII, el hecho es que tanto la preocupación como el consenso por los aspectos básicos sobre principios políticos sí existió, y ello contribuyó a las similitudes entre las primeras Constituciones estatales. Bajo esta misma luz debe también considerarse el sentido de un propósito común entre los constituyentes de varios estados al buscar dar forma y autoridad a nuevos gobiernos que fueran consistentes con los principios democráticos, con la protección de los derechos y comprometidos con el bien público.

Sin duda, el hecho de que sus pares en otros estados hayan prestado atención a varios de los mismos problemas a los que tenían que dar tratamiento, indujo a que los constituyentes inexpertos buscaran soluciones más allá de sus fronteras. Este préstamo interestatal condujo a la transferencia, no sólo de disposiciones particulares, sino también sobre las concepciones de diseño constitucional. Esto se revela por sí mismo tanto en lo que se dice, como en lo que no se dice en las Constituciones estatales del siglo XVIII. En su gran mayoría los estados constitucionalizaron

tatales reflejan una perspectiva política coherente, aún así la aproximación metodológica de la “política ordinaria” es un valioso recordatorio del carácter político de la actividad constituyente, que mantiene la alerta sobre la posibilidad de que disposiciones anómalas pueden reflejar la necesidad de acomodar intereses que compiten entre sí en la arena política.

los mismos aspectos que concentraban su atención, y se contuvieron de constitucionalizar otros. En ningún estado hubo un debate significativo sobre lo que debería o no debería estar incluido en una Constitución.

Dentro del consenso a favor del gobierno democrático había por supuesto espacio para diferencias entre las Constituciones estatales. Estas diferencias generalmente no siguieron pautas regionales de tal manera que culturas políticas diferentes —típicamente asociadas a las regiones— no fueron cruciales en la actividad constituyente durante el siglo XVIII.<sup>355</sup> En lugar de ello, dada la evolución del pensamiento constitucional durante ese periodo, la fecha de promulgación de una Constitución estatal usualmente resulta ser un mejor indicador de lo que contiene, que el saber en qué región tuvo su origen. No obstante, los intentos por identificar varias “olas” de actividad constituyente estatal conllevan el riesgo de la distorsión de la realidad toda vez que el desarrollo constitucional en los estados no se dio en una forma lineal. Innovaciones constitucionales introducidas en un estado concreto a menudo ganaron aceptación en otros estados sólo gradualmente, en la medida en que los estados experimentaban con soluciones alternativas a algún problema, o se mantenían atados por un tiempo a sus viejas prácticas. Este patrón se puede observar en la creación de un Ejecutivo fuerte en Nueva York así como en la adopción en Massachusetts de la convención y ratificación popular como modalidades de la actividad constituyente. Otras iniciativas obtuvieron apoyo tan solo en algunos estados, pero al final fueron abandonadas. Tal es el caso del establecimiento de la legislatura unicameral de Pensilvania y de su Consejo de Censores. Por último algunas iniciativas no consiguieron absolutamente ningún apoyo pero continuaron su vigencia en un único estado. La elección indirecta del senado en Maryland es un buen ejemplo de ello. De lo dicho se entiende que el patrón de cambio constitucional entre los estados fue más complejo —y la dinámica más sugerente— de lo que la distinción por períodos puede sugerir.

La revisión del presente capítulo de las Constituciones estatales del siglo XVIII ha documentado cambios en el pensamiento y en el diseño constitucionales, que se entienden mejor como una evolución en el pen-

<sup>355</sup> Tal afirmación no pretende significar que la cultura política no haya jugado ningún papel. Existen claras diferencias en el estilo constitucional entre Massachusetts y, por ejemplo, Georgia, incluso en los casos en que las Constituciones crearon instituciones similares.

samiento político en lugar de como una disyuntiva entre la teoría *Whig* en el ámbito de los estados y la teoría *Federalista* en el ámbito nacional.<sup>356</sup> El creciente aprecio por la separación de poderes, a los controles y equilibrios, y la necesidad de un Ejecutivo más vigoroso —encontrado en varias Constituciones estatales en la última parte de la década de los setenta y principios de los ochenta—, representa un cambio en la teoría constitucional republicana. Muchos de los cambios introducidos en las Constituciones estatales anticiparon las características de la Constitución federal; sin embargo, sería un error apreciar las Constituciones estatales como meras precursoras de la Constitución federal. Incluso después de la adopción de ésta los estados generalmente siguieron su propio camino para diseñar o sustituir sus Constituciones buscando en estados hermanos o en sus propias tradiciones políticas en lugar de seguir el ejemplo de la carta federal.

Esta tendencia de dirigir la atención en dirección de las Constituciones estatales para buscar guía en lugar de la Constitución federal, refleja una creencia de que existía alguna cualidad distintiva en las Constituciones estatales, un tema que fue analizado en el capítulo primero. Pero las bases para identificar esta cualidad distintiva son completamente diferentes a aquellas típicamente utilizadas para distinguir a las Constituciones estatales contemporáneas de la federal. Las Constituciones estatales contemporáneas se distinguen por su longitud, por su detalle y por la frecuencia con la que han sido sustituidas en su totalidad o reformadas parcialmente; sin embargo, varias de las leyes fundamentales estatales del siglo XVIII eran más cortas y menos detalladas que la federal; sólo tres estados durante el siglo XVIII promulgaron más Constituciones que en el ámbito nacional, y ninguna fue más frecuentemente reformada que la Constitución nacional. Más bien la percepción de la cualidad distintiva de las Constituciones estatales descansaba en la sensación de que los problemas y responsabilidades de los estados eran diferentes a aquellos del gobierno federal. Con esta diferenciación en mente, académicos como Donald Lutz han hablado de la Constitución de los Estados Unidos como una “Constitución incompleta”. Si bien esta caracterización de la carta

<sup>356</sup> La idea de una distinción entre la teoría constitucional estatal y la federal, entre la teoría del republicanismo cívico (Whig) y la teoría federalista subyace al influyente análisis constitucional de Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., nota 234.

federal es correcta, la formulación implica que las Constituciones estatales llenan los espacios del documento federal; sin embargo, el presente capítulo sugiere que la naturaleza y enfoque de las primeras Constituciones estatales fueron establecidas con anterioridad a 1787, y la existencia temprana de ciertas disposiciones estatales en alguna medida excluyó la intervención constituyente federal, por ejemplo, en lo que respecta a los requisitos para sufragar y en lo concerniente a la geografía electoral.

La sustitución de la Constitución de Georgia en 1798 marcó el fin de una era de extraordinaria creatividad constitucional. El éxito de estos esfuerzos puede ser observado en el hecho de que a lo largo de las siguientes dos décadas ningún estado sustituyó su Constitución. No obstante, ello sirvió únicamente como respiro de la actividad constituyente. Durante el siglo XIX treinta y un estados promulgaron sus primeras Constituciones, y los demás estados sustituyeron integralmente sus Constituciones sesenta y cuatro veces, en promedio una nueva ley fundamental fue adoptada casi cada año. Este siglo de extraordinaria actividad constituyente es el objeto del siguiente capítulo.