

# Velo de Ignorancia e Historia Constitucional

BARTOLOMÉ CLAVERO

We have been told that our struggle has loosened the bonds of Government everywhere; that Children and Apprentices were disobedient; that schools and Colleges were grown turbulent; that Indians slighted their Guardians, and Negroes grew insolent to their Masters. But your Letter was the first intimation for another Tribe more numerous and powerful than all the rest were grown discontented [...]. We know better than to repeal our Masculine systems.

John Adams a Abigail Quincy, su esposa, quien abogaba por derechos de la mujer casada, 14/4/1776.

## 1. *El contrato social y la abstracción del sujeto*

Pronto hará medio siglo, el tópico clásico del *contrato social* resurgió con una fuerza inaudita. Clásico digo refiriéndome al pensamiento jurídico que, entre los siglos XVII y XVIII de la era común de matriz europea, contribuyó a echar cimientos intelectuales a lo que sería el constitucionalismo: la concepción del sujeto laico, la presunción de su

asociación voluntaria, la prefiguración de política funcional para lo uno y para lo otro. El contrato social representaba el perno entre la posición del sujeto y, consentimiento presunto mediante, la institución de la política. Su figuración como evento constituyente fundaba lo primero, la asignación de derechos, y legitimaba lo segundo, la agencia de poderes. El impulso decisivo a tal resurgimiento lo imprimió una obra de singular fortuna, la *Teoría de la Justicia* de John Rawls. El éxito ha sido espectacular. Con decir que la obra cuenta hasta con versión musical<sup>1</sup>.

El tópico del contrato presuntivo venía no sólo a fundar una imagen del sujeto y a legitimar una práctica de la política, sino también a desarrollar entre ambos extremos un pensamiento normativo en términos de equidad social por abstracción de condiciones individuales de todo tipo, sobre las cuales la filosofía de la justicia, para que su práctica garantice igualdad, debiera tender un tupido velo de ignorancia afectada: «The principles of justice are chosen behind a veil

of ignorance. This insure that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances». Anuncia que viene por ello a traer «to a higher level of abstraction the traditional conception of the social contract»<sup>2</sup>.

No voy a ocuparme de la obra de Rawls ni del rawlsismo, sea más o menos revisionista, sino tan sólo de unas determinadas críticas entre las que se ofrecen como alternativa<sup>3</sup>. Tenemos, de una parte, la de carácter comunitarista poniendo de relieve que la abstracción del individuo como sujeto elimina de entrada toda la problemática esencial de la diversidad de identidades humanas por motivos de historias tanto confluyentes como conflictivas. La abstracción enquistaría la injusticia<sup>4</sup>. Tenemos otra de un signo, digamos, socialista, rechazando una abstracción de la desigualdad social de efectos no menos deletéreos<sup>5</sup>. Y hay más. Al velo de ignorancia se le acusa no sólo de *community-blind* y de *class-blind*, sino también de *sex-blind* y de *color-blind*. Es ciega que llega a celebrarse, como pilar propio, por parte del constitucionalismo<sup>6</sup>. Detengámonos en los puntos ciegos del sexo y del color. Aquí a lo que me dirijo es a sacar de la controversia de teoría provecho para la práctica de historia<sup>7</sup>.

## 2. El contrato sexual y la encarnación del individuo

Hay también una crítica de índole feminista, acusando en particular que la abstracción del sujeto deje fuera de visión, como si no constituyese una dimensión de alcance político, todo el universo de la familia de

donde se irradia sustancialmente la desigualdad con respecto a la mujer<sup>8</sup>. Del feminismo vino la rasgadura más reveladora del velo de ignorancia. En la literatura rawlsista no suele tomarse el caso en la debida consideración; a menudo, en ninguna<sup>9</sup>. Me estoy refiriendo a *The Sexual Contract* de Carole Pateman, aparecido algo más de tres lustros después de *A Theory of Justice*. Así arranca: «There has been a major revival of interest in contract theory since the early 1970s that shows no immediate signs of abating», especificando enseguida: «Something vital is missing from the current discussion. The sexual contract is never mentioned. The sexual contract is a repressed dimension of contract theory»<sup>10</sup>.

Pateman no se limita a señalar un punto ciego en la obra de Rawls y de otros tantos y tantas contractualistas, el del mundo de la familia donde anida la desigualdad de la mujer como base sobre la que se funda la propia figuración del contrato social. Es una deficiencia que se había acusado desde temprano de parte feminista: «By making the parties in the original position [del contrato social] heads of families rather than individuals, Rawls makes the family opaque to claims of justice»<sup>11</sup>. Pateman hace más que acusar este vacío. Lo fundamental, a mi entender, que aporta su *Contrato Sexual* a los efectos de comprensión y análisis de una historia interesante al constitucionalismo de derechos y garantías es el contraste circunstanciado y detallado entre, de una parte, la postergación del tema de la familia como espacio político de la mujer en el contractualismo liberal actual y, de otra, su consideración a fondo en cuanto que asunto clave para la literatura clásica, la de hace siglos, del contrato social. Dice sobre Locke algo que podría aplicarse a todo aquel géne-

ro desarrollado a partir del siglo XVII: «The full theoretical and practical significance of Locke's separation of what he calls paternal power from political power is rarely appreciated» en la actualidad, como si el poder del padre en la familia hubiera sido una cuestión secundaria para la gestación histórica del paradigma del contrato social tenido por liberal<sup>12</sup>.

En efecto, como es bien sabido pero escasamente hoy se resalta, John Locke, antes de abordar, en el que se tendría por su segundo tratado de gobierno, los poderes constituidos mediante el contrato social, el legislativo, el ejecutivo o judicial y el federativo o internacional más las prerrogativas del monarca, se ocupa, en lo que resultaría su primer tratado de gobierno, de un poder singular, nada dividido, que considera básico para todo el orden social, el *fatherly power* o la *patria potestas* de un carácter no político, no constitutivo del sistema que se llamaría constitucional, sino cimiento suyo. Se presenta como un poder *paternal*, pero, para el propio Locke, si resulta relevante es por ser un poder marital, el poder que, subordinando radicalmente a la mujer, la sitúa fuera y dentro del contrato social, fuera porque no participa en él y dentro porque queda sometida al mismo. El agente del contrato social fundador del sistema constitucional es el padre de familia que, antes de actuar en el terreno político, somete a la mujer en el orden civil. Así tenemos justamente para Pateman un patriarcalismo no exactamente paternal, sino marital, que ofrece la apariencia primaria de antipatriarcalismo por no proyectarse a la órbita política de los poderes suprafamiliares. Ese mundo de la familia que comienza hoy por excluirse de la filosofía normativa sobre la justicia estuvo bien presente, como bien muestra Pateman,

entre unos padres fundadores, desde Hobbes a Hegel pasando por Pufendorf, Locke, Rousseau y Kant, cada cual a su modo, con ninguna madre fundadora por supuesto<sup>13</sup>.

Que a la mujer se le ubique al tiempo fuera del contrato social como sujeto y dentro del mismo como sujeta tiene su traducción contractual más estricta, la del contrato de matrimonio, un contrato que se caracteriza frente al contrato social porque no se contrae entre iguales, sino entre desiguales de raíz. Una parte ni siquiera cuenta con capacidad política para obligarse por sí misma. Y es contrato cuyo contenido esencial no se acuerda por las partes, por ninguna de ellas. Lo es necesariamente de subordinación, una especie no tan peculiar ni extraña en los tiempos fundacionales del contractualismo tenido por liberal. Pateman muestra cómo operaban y se interferían otros contratos, particularmente el contrato laboral, *employment contract*, entendido y practicado en términos de una servidumbre que limitaba tanto poderes como responsabilidades del *master* en comparación con la esclavitud. El trabajo por cuenta ajena no esclavo era también objeto de contrato servil que colocaba al trabajador en el orden de la familia empleadora bajo la potestad paterna y patronal. En un mundo de contratos desiguales incidentes en la condición de personas, excluyendo del ejercicio de poderes y sometiendo a los mismos, el de matrimonio no era ni siquiera el de efectos más suaves. Pateman muestra todo esto para la anglosfera, pero el caso no era sustancialmente distinto por otros espacios de cultura europea en metrópolis y diásporas. El orden de padres de familia también afectaba severamente a homosexuales célibes, pero de esto no se ocupa el *Sexual Contract* de Pateman. Su mirada es binaria<sup>14</sup>.

El contrato sexual no se identifica sin más con el contrato de matrimonio. Pateman acuña la expresión para todas las formas que concurren a la exclusión incluyente o inclusión excluyente de la mujer situándose en un momento fundacional que no deja del todo de operar porque vengan luego reduciéndose sus operativos. La idea ya existía, pero no el sintagma: «The basis of 'paternalism' is an unwritten contract for exchange: economic support and protection given by the male for subordination in all matters, sexual service, and unpaid domestic service given by the female». En sí, el contrato sexual constituye una ficción, pero no menos que lo sea el contrato social. Ambos son ficciones no sólo expresivas, sino también y ante todo performativas. Aunque nos estemos moviendo en el terreno de la filosofía política y no del ordenamiento jurídico, se trata siempre de pensamiento de carácter normativo mirando, como tal, a lo segundo. El momento fundacional ficticio es el momento constituyente efectivo. Lo que se predica es lo que se propugna. Y lo que se hace cargo de unas realidades históricas con peso todavía en nuestro presente<sup>15</sup>.

*El Contrato Sexual* nos hace ver cosas que ciertamente le trascienden. «The story of the sexual contract [...] begins with the construction of the individual». Esta es la cuestión primordial, la de concepción del individuo, de un individuo determinado, como sujeto del derecho y de los derechos, presidiendo todo un nuevo paradigma. «Classic social contract theory and the broader argument that, ideally, all social relations should take a contractual form, derive from a revolutionary claim. The claim is that individuals are naturally free and equal to each other, or that individuals

are born free and born equal. [...] A naturally free and equal individual must, necessarily, agree to be ruled by another». «Yet almost all the classic writers held that natural capacities and attributes were sexually differentiated» determinando que el individuo en rigor solo fuese el varón padre de familia, el que cuenta en el orden privado con el poder correspondiente. El contrato sexual precede al social y media en todo su despliegue<sup>16</sup>.

El contrato sexual no está solo. Ya lo hemos visto flanqueado por un contrato laboral de signo servil similar a la esclavitud. Pero hay más para la propia Pateman. Su libro se concluye coincidiendo con la celebración de un centenario en la anglosfera, el segundo del primer desembarco británico en Australia. Como la conmemoración anterior del establecimiento del mismo Imperio en las Américas, puede ser un momento no sólo virtual de contrato social con los problemas que desde entonces se arrastran en relación ante todo con los respectivos pueblos indígenas: «I (Pateman) have exaggerated and described the sexual contract as half the story. The story of political genesis needs to be told again from yet another perspective. The men who (are said to) make the original contract are white men, and their fraternal pact has three aspects; the social contract, the sexual contract and the slave contract that legitimizes the rule of white over black»<sup>17</sup>. El contrato sexual no cubre ni media historia. La más que media puede que sea la del contrato colonial comprendiendo un contrato racial. El individuo del contrato social es así, encima, *white man*, "blanco" además de hombre. La exclusión incluyente o inclusión excluyente afecta a mucha, muchísima, más gente que a la mujer<sup>18</sup>.

### 3. El contrato racial y el momento del supremacismo

Hay quien ha apresado el testigo de esa última sugerencia viniendo a rasgar más todavía el velo de ignorancia. Me refiero a Charles Mills con su *The Racial Contract* que, cerca de diez años después, se presenta expresamente como inspirada por *The Sexual Contract* y no sólo respecto al título. Su autor ha venido además últimamente a una crítica pormenorizada de *A Theory of Justice* y sus secuelas. Más aun, en el intermedio, se ha aliado con Carole Pateman para abordar conjuntamente la problemática común de los contratos de subordinación. El propio *Racial Contract* ya representa por sí mismo un intento de ir atando cabos no sólo teóricos, sino también entre teoría y praxis<sup>19</sup>. El nuevo calificativo de especie contractual es criatura de Mills. Con la esclavitud por medio, a nadie se le había ocurrido. No parece tener mucho sentido. Sólo lo cobra en relación al precedente del *Sexual Contract*. Éste ha traído una cola que, como está dicho, no suele tomarse en consideración por la literatura filosófica deudora de *A Theory of Justice*, inclusive la versión musical que se permite humor, pero no autocrítica. La música no redime de la letra. En el ámbito del rawlsismo, al *Racial Contract* se le presta aun menos atención que al *Sexual Contract*. El velo resiste<sup>20</sup>.

He aquí el arranque del *Racial Contract*: «White supremacy is the unnamed political system that has made the modern world what it is today». Así se entiende que lo es aunque ni siquiera se identifique su existencia en cursos y tratados de filosofía política o, podríamos añadir, de historia del constitucionalismo. La razón sería el racismo rampante que no se reconoce a sí mis-

mo; dicho de otro modo, que no necesita ser abiertamente racista. Resulta aquello que ha venido a denominarse supremacismo, lo cual «is itself a political system, a particular power structure of formal or informal rule, socioeconomic privilege, and norms for the differential distribution of material wealth and opportunities, benefits and burdens, rights and duties». A este efecto acuña Mills el concepto de *racial contract*, así llamado porque «contract talk is, after all, the political lingua franca of our times». «The peculiar contract to which I am referring, though based on the social contract tradition that has been central to Western political theory, is not a contract between everybody ('we the people'), but between just the people who count, the people who really are people ('we the white people'). So it is a Racial Contract». Contrato racial es el mismo contrato social visto desde la perspectiva de la exclusión mayor sobre la que se basa. No se trata tan sólo de que luego se produzcan en la historia discriminaciones racistas, sino de algo más por cuanto resulta que el acto fundacional del contrato social es racista constitutivamente. Igual que el contrato sexual, era algo que no ocultaba el contractualismo clásico como lo ha hecho el posterior<sup>21</sup>.

Para Mills el contrato racial es la realidad histórica del contrato social. Su concepto no viene a complementar al de Pateman. Claramente lo desborda. «The *Racial Contract* is thus the truth of the *social contract*», no en cambio el sexual. No viene así a poner en evidencia el contrato social, sino a identificarlo y explicarlo. Su obra se pretende más de historia descriptiva que de filosofía normativa. La cuestión entonces se sitúa en un contexto pretérito de carácter fracamente colonial: «The general purpose

of the Contract is always the differential privileging of the whites as a group with respect to the nonwhites as a group, the exploitation of their bodies, land, and resources, and the denial of equal socioeconomic opportunities to them». Así es como cobraría cuerpo históricamente el contrato social redimensionando el alcance del contrato sexual: «All whites are beneficiaries of the Contract, though some whites are not signatories to it», entre ellos, como ya sabemos, las mujeres, no menos beneficiadas las blancas por no ser partícipes del tal acto fundacional. «Whites do in general benefit from white supremacy (though gender and class differentiation mean, of course, that they do not benefit equally)»; «historically white racial solidarity has overridden class and gender solidarity». En lo que toca a mujeres y trabajadores del tronco o el ramaje europeos, los respectivos contratos de subordinación son de una dimensión no comparable con el contrato racial constitutivo del contrato social. No todas las desigualdades son iguales. La sugerencia final de Pateman sobre que sólo había escrito la mitad de la historia se ha vuelto en contra de su propio planteamiento<sup>22</sup>. No obstante, veremos cómo, por empeño de Mills, intentarán tender puentes entre ellos y enlaces entre contratos.

No hay un contrato específico, equivalente al de matrimonio, que pueda encauzar la exclusión incluyente o inclusión excluyente del no europeo sometido a racismo en un contexto de origen colonial. El contrato social como contrato racial implica la negación de cualquier sociedad política previa, la que vendría regalar Europa. El no europeo es, a lo más, un niño, infante sin voz, necesitado del sometimiento o abocado a la extinción. La divisoria no es sólo políti-

ca, sino, antes que nada, cognitiva y moral. Sólo el sujeto europeo cuenta con capacidad para una epistemología y una moralidad que le doten con personalidad y potencia con autonomía, condiciones estas para ser parte del contrato social. Así y con todo, «the Racial Contract is an exploitation contract that creates global European economic domination and national white racial privilege»; «the Racial Contract historically tracks the actual moral/political consciousness of (most) white moral agents»; «the Racial Contract has always been recognized by nonwhites as the real determinant of (most) white moral/political practice and thus as the real moral/political agreement to be challenged». He ahí, en la historia y en el presente, la sustancia real del contrato social. No es de extrañar que para Mills el contractualismo liberal realmente existente, el de hoy como el de ayer con la conexión que media, resulte constitutivamente racista. No necesita que sus agentes lo sean<sup>23</sup>.

El *Racial Contract* no es para Mills una unidad compacta. Como tiene una historia real, al contrario que el contrato social, conoce un despliegue y atraviesa una casuística. «Various moral and legal doctrines were propounded which can be seen as specific manifestations and instantiations, appropriately adjusted to circumstances, of the overarching Racial Contract. These were specific subsidiary contracts designed for different modes of exploiting the resources and peoples of the rest of the world for Europe: the expropriation contract, the slavery contract, the colonial contract». El mismo contrato de esclavitud, en sí por supuesto un sinsentido. Lo cobra como elemento de un dominio colonial que presume consentimiento hasta de los más dominados. Todo ello es relevante. No solo se trata

de una dominación cultural, sino también, con el *Expropriation Contract*, material; con el *Slavery Contract*, humana, y, con el *Colonial Contract*, global. Éste, el contrato colonial, es el que ha de alcanzar un sentido más general en vez del *Racial Contract*, pero serviría peor para el momento actual pues el colonialismo suele darse por superado y entenderse que es cosa del pasado<sup>24</sup>.

Lo propio podría decirse sobre el racismo, como si ya sólo se estuviese a estas alturas arrastrando secuelas, con lo que el término más general y comprensivo, a tenor de las propias posiciones de Mills, habría de ser el de *Supremacist Contract*. Sin embargo, supremacismo no es todavía un concepto tan difundido y sabido como el de colonialismo o el de racismo, sobre todo en castellano. La acuñación individual de lenguaje tiene sus límites en la función social de la comunicación. Y la calificación *racial* guarda su fuerza como construcción social, no como divisa biológica: «In a contemporary vocabulary, the Racial Contract 'constructs' race», inclusive la «white race», y no al contrario. La raza existe y no existe. Lo hace el racismo. Se distingue el supremacismo para resaltar que el *Racial Contract* no necesita sentirse racista<sup>25</sup>.

#### 4. El contrato de dominación y la senda del pluricontractualismo

*The Racial Contract* de Mills y *The Sexual Contract* de Pateman no son fáciles de compaginar por más razones de que el primero marque la entidad colonial del contrato social histórico mientras que la segunda se centra en poner de manifiesto la subordinación específica y más antigua de la mujer.

El propio Mills subraya otras diferencias adicionales. Para él, el contractualismo liberal es colonial no por sí mismo, sino por contingencia histórica, la del colonialismo que tiene su prosecución en el supremacismo. Podría regenerarse si se superara este último elemento. Para Pateman en cambio, el contractualismo liberal, al ser intrínsecamente sexista, no admite rescate por mucho que se le corrija. Si el sexo le constituye, el replanteamiento pluricontractualista no basta para redimirle. Aun así, estos autores se han planteado, como ya he dicho, integrar sus perspectivas abordando en una obra conjunta los diferentes vectores de dominación social en el escenario de un contractualismo que ambos entienden como profundamente racista y sexista, así como tan sólo superficial u ocasionalmente liberal por lo que toca a la historia y, en diverso modo y grado, al presente. La iniciativa del encuentro, como también está dicho, ha sido de Mills, quien ya había registrado en *The Racial Contract* enfáticamente su desacuerdo con Pateman. El libro venía gestándose y anunciándose desde los inicios del milenio. Llega a finales de su primera década. *Contract and Domination* es su título; los *Domination Contracts*, su objeto<sup>26</sup>.

Ya puestos en la vía del pluricontractualismo, se prosigue con la declinación de contratos añadiéndose nuevas figuras de modo que no parece ayudar, ya de entrada, a la integración de perspectivas. Pateman se ocupa de un *Settler Contract* que efectivamente no concurre a dicho objetivo. No trata del contrato colonial en general, sino de un supuesto concreto de colonialismo de establecimiento desplazando, confinando y eliminando a pueblos indígenas, el de los casos de Australia, Estados Unidos y Canadá que Pateman identifica además con

critérios problemáticos como el de la consideración jurídica de los territorios indígenas como *terra nullius*, tierra de nadie a disposición del colonizador. El asunto era más complicado en términos de derecho<sup>27</sup>. Presentan en todo caso estas páginas el interés de considerar la práctica de tratados desiguales de potencias europeas con pueblos indígenas como expresión del *settler contract*, lo que dista también de ser característica exclusiva de dicho tipo de colonialismo. Pateman apenas sale del mundo de la anglosfera. También se ocupa de señalar relaciones entre contrato sexual y contrato racial, con bastante ilustración, pero sin mayor integración<sup>28</sup>.

Por su parte, Mills se ocupa en general del *Domination Contract*, denominación que presagia una dilatación de la categoría de contrato racial en una línea comprensiva de todos los contratos productores de supeditación comenzándose por la inclusión del contrato sexual. Avanza en el ámbito del debate teórico, inclusive con Pateman, pero menos en el terreno de la historia efectiva que él mismo considera propia del contrato racial en contraposición a la ficción del contrato social. Lo mismo cabe prácticamente decir de otro capítulo suyo sobre intersección entre contratos que recicla una idea de *racial patriarchy* como *white supremacist patriarchy* y acuña el compuesto de contrato raciosexual, *racial-sexual contract*, de un efecto integrador todo ello más bien precario en términos de la dilucidación histórica que el propio Mills ha requerido. Se le sustituye por abundancia de filosofía política y social con su arrastre impenitente de polémicas. Para la categoría más general de contrato de dominación, *Domination Contract*, viene en todo caso a insistirse en un principio de primordial interés:

«the domination contract has the great and overwhelming virtue of conceptualizing class, gender, and race as themselves artificial, not natural». Con tanto calificativo de contratos se trata de construcciones sociales y no de determinaciones ineluctables<sup>29</sup>. Digámoslo, por lo que enseguida veremos, en unos términos jurídicos: la dominación de clase, sexo y raza es de derecho constitucional y no de algún derecho natural o de alguna ley de la historia.

Incluso cuando los autores se muestran integradores, la disensión se delata. Ahora para Pateman lo que existe es *the sexual-racial contract* mientras que para Mills hemos visto que lo que hay es *the racial-sexual contract* (sic). Desde una introducción levantan acta de discrepancias que resultan las mismas de antes de haber afrontado el desafío del libro conjunto. A la hora de la verdad, Mills reafirma frente a Pateman su posición favorable al rescate igualitario de la tónica del contrato social, a lo cual en concreto atribuye la frustración de no haber conseguido una obra más integrada: «We did not write a joint chapter or jointly authored book on the interrelationship of the racial contract and the sexual contract because it is doubtful that Mills's view that contract theory can be modified and used for emancipatory purposes and Pateman's view that contract theory should be abandoned can be reconciled»<sup>30</sup>. El alcance y la suerte del contrato social se revelan así muy distintos para una y otra perspectiva tras un serio intento tanto por acercar sus posiciones como por confrontarse con otras<sup>31</sup>.

Tras *Contract and Domination*, se han sumado más contratos que pueden ayudar a integrar la problemática aun pareciendo dispersarla. Tenemos el *Capacity Contract*, un contrato de capacidad que, como espe-



cie de contrato de dominación, afecta a las personas discapacitadas o de otras capacidades. Lo propone Stacey Clifford-Simpli-can apreciando la corriente de *critical social contract* de Pateman y Mills al tiempo que les critica por haber desatendido la discapacidad como contrato de dominación en el que se basarían otros como el sexual y el colonial, por lo cual, siempre a su juicio, estarían en parte coincidiendo con Rawls<sup>32</sup>. La misma idea se ha aplicado, como *Generational Contract*, a menores de edad y más allá por cuanto que esta discapacidad tradicionalmente se aplicara de forma colectiva a grupos en minoría y, aun pudiendo ser mayorías, a pueblos indígenas. La discapacidad es también discriminación. Hay una antropología del sujeto capaz con efectos excluyentes de amplio radio. Por si faltara algo, ha surgido asimismo la sugerencia de un *Species Contract* como forma de contrato de dominación de la humanidad sobre las otras especies animales<sup>33</sup>. Se les somete también a exclusión incluyente o inclusión excluyente en la sociedad humana en cuanto que se les tiene al servicio de sus necesidades, intereses y hasta diversiones. Y lo dicho para los animales podría predicarse para la naturaleza con un *Natural Contract* igualmente supremacista y depredatorio. Hay sin duda un encadenamiento de dominaciones aunque lo que quepa poner en duda es si o hasta qué punto su clasificación como contratos sirve para percibir las y analizarlas. En fin, *Contract and Domination* se queda corto, pero el caso es que impulsa una perspectiva integradora de supuestos de dominación estructurales con la base histórica principal del colonialismo<sup>34</sup>.

Prosigamos con Mills y Pateman. El primero destaca la contingencia histórica del colonialismo europeo y, con ello, de

los respectivos contratos de dominación a partir de una figura de contrato social constitutivamente racista. La segunda resalta el carácter igualmente constitutivo para el orden establecido tanto del contrato sexual como del contrato racial, en su forma de *settler contract*, sin remisión a la vista. Me tienta apostillar que ambos tienen razón y que ninguno la tiene. El libro en comanda ha girado en redondo como una noria alrededor de unas dimensiones no sólo entre unos autores, sino también entre, digamos, cuestión feminista y cuestión racial en general. El contractualismo en común a la contra no tiene mucho sentido más allá de la puesta en evidencia de una ficción histórica y de relieve una realidad presente: «Mills appropriates the contractarian theoretical framework to make explicit how abstract ideal conceptions of society obscure the ways in which society is actually structured»; «I [Pateman] want to move away from contract, but the 'social contract' is commonly invoked not only by political philosophers but in popular political rhetoric and discussion, so it is necessary to investigate the logic and power of this political fiction»<sup>35</sup>.

Para avanzar a partir de tal constancia, deberíamos seguir sugerencias de los propios Mills y Pateman. Recurramos a la historia y a una historia que no se quede o no embarranque en las ideas: «The specific form of contract that I analyzed is not an abstract mechanism but inseparable from its relational and institutional context»<sup>36</sup>. A veces es bueno el consejo de seguir el ejemplo de lo que se nos dice, no de lo que se hace. Devolvamos la historia a la historia, a una historia que, por las cuestiones implicadas, del sujeto de derechos al agente de poderes, ha de ser la historia constitucio-

nal. La filosofía misma debe ser objeto de la historiografía, no su dueña. La abstracción es germen del problema, no de la solución. Acudamos por fin a la historia constitucional una vez que el contractualismo, mono o pluri, lo amaga y no lo hace.

Aparte competencias e incompetencias, solapamientos y lagunas, entre especialidades académicas más o menos estancas, desde la ciencia política hasta la historia jurídica, la reducción lógica del contrato social a *State Contract* constituyente dando entrada a la historia constitucional arruinaría las pretensiones universalistas del monocontractualismo. Ni siquiera reconoce tal reducción de su leitmotiv a contrato de Estado. Y no hay base en el derecho supraestatal, ni siquiera en el de derechos humanos, que autorice la idea de contrato social sin fronteras pudiendo abrir campo a una historia constitucional a otro nivel y con más sujetos que el Estado<sup>37</sup>. Como no sólo hay contractualistas, no es la única razón por la que la historia constitucional no está escrita.

##### 5. *El velo de ignorancia de la historia constitucional*

*Why American Constitutional History is not written* ("americana" por estadounidense) no es un título provocativo de hace tres lustros. Iba completamente en serio<sup>38</sup>. Esa historia constitucional no está escrita por un punto ciego clave bajo el velo de ignorancia. La puesta en práctica del constitucionalismo de los Estados Unidos no se entiende si no se mira a la presencia indígena, una presencia que dominaba el anchísimo territorio de Norteamérica hasta el Pací-

fico. Frente a la política más acomodaticia del Imperio Británico, el contingente de colonos decidió no sólo independizarse, sino también establecer un sistema institucional, el constitucional precisamente, que ante todo les apoderase cara a los pueblos indígenas. La historia del constitucionalismo se plantea abstrayéndose de este factor determinante para todo el continente<sup>39</sup>. Constancia tenemos para los orígenes mismos del contrato social: «contractualism was, from its very inception, a discourse of colonial justification and ideation»<sup>40</sup>. No es que no haya estudios al respecto, pues para el caso de los Estados Unidos incluso abundan<sup>41</sup>, sino que su problemática no se integra y a menudo ni se conoce por la historiografía específicamente constitucional. Si comenzase por atenderla, vendría a situarse en un escenario de pluralismo cultural y social a las antípodas de la unilateralidad de tracto colonial con el primer constitucionalismo como posición de parte beligerante<sup>42</sup>. El propio alcance jurídico de la Constitución se reduce al concurrir otras piezas normativas de nivel como mínimo análogo como los tratados con pueblos indígenas<sup>43</sup>.

Con todo, la historia de este arranque constitucional resulta un tanto más compleja que la de una estrecha minoría homogénea empoderándose a sí misma y una extensa mayoría heterogénea excluida de tal concreta acción constituyente<sup>44</sup>. Desde unos primeros tiempos comenzó a forzarse la exclusión incluyente o inclusión excluyente del contingente indígena, un contingente de presencia anterior en el territorio y con derecho por tanto precedente<sup>45</sup>. Así empezaría a desarrollarse un *Federal Indian Law* como criatura de los Estados Unidos ignorando y desplazando todo título priori-

tario de derecho indígena. Si en un sistema constitucional hay una cuestión primera, no es la de derechos o, aún menos, la de poderes, que son las usualmente atendidas por la historiografía constitucional. Es la de sujetos de derechos y agentes de poderes, la de quiénes sean. Y es la parte no indígena, la colonial, la que se arroga el derecho de identificarlos y ubicarlos, este ejercicio primero de un poder constituyente. A lo dicho respecto a indígenas, se une en la parte no europea un derecho de familia que impone la subordinación permanente no sólo de la mujer, sino también del esclavo e incluso del trabajador por cuenta ajena. Tampoco es que falten estudios<sup>46</sup>, sino que la historiografía constitucional no empieza a mirar al derecho de familia hasta que, al cabo de un buen tiempo, aparezca algo al respecto por los textos constitucionales. Para antes lo ignora y así también descuida la cuestión primaria de los sujetos<sup>47</sup>. Estamos en las mismas. Porque se haya estudiado el derecho de familia durante la revolución francesa, no por ello se integra debidamente la materia en la historia constitucional de Francia<sup>48</sup>. Con todo, el velo tupido del paradigma imperante ofrece coartada perfecta. La cultura misma, en particular la académica, puede ser forma definitiva de ignorancia o, dicho de otra forma, vía eficiente de imposición de paradigmas sociales como presunta ciencia. El supremacismo no es sólo ni principalmente cuestión de mera ideología<sup>49</sup>.

El velo de ignorancia se tiende desde el principio de la historia constitucional por la misma determinación de la materia propia del constitucionalismo. De seguirse delimitando por lo que viniera tomándose por constitucional, se da carta de naturaleza a los puntos ciegos del propio derecho<sup>50</sup>, a

la ceguera impuesta por los sujetos de unos derechos que son al tiempo poderes. La fantasía del contrato social se replica con la ficción de la historia constitucional. En el arranque se repite veladamente el paradigma de Locke, con su estratificación del orden social entre el espacio privado de la familia bajo un *fatherly power* mucho más que paterno y un universo público desplegando unos poderes cuyos sujetos son los mismos padres-maridos-patronos. El problema del pluriconstitucionalismo con la tópica de fondo del contrato social reside en que ésta, desde Locke a Rawls, se desenvuelve así en campo contrario, manteniéndose refractaria a la puesta en cuestión de unos presupuestos que no sólo la caracterizan, sino que incluso la definen. Su ejercicio de abstracción, como el de la historia constitucional, no es que haya descuidado una serie de cuestiones, sino que ha sido «constructed to evade these problems», los que se ponen de relieve por parte del pluricontractualismo<sup>51</sup>. Tal sería su naturaleza. Puede que no sea muy feliz la ocurrencia de encauzar toda la problemática vista a través de figuras nominalmente contractuales, pero su responsable ha podido ser justamente calificada como una «eye-opener»<sup>52</sup>. El contrato social sería el juego de anteojeras y el contrato de dominación, el de las lentes.

Para percibir no basta con agudizar la vista. Hace falta sentido de la orientación. Y hay que comenzar por ubicarse. El pluricontractualismo juega en el campo ajeno del contractualismo. La historia constitucional convencional se mueve en el mismo terreno del contrato social en singular y abstraído. Por extender la mirada constitucional al trabajador, a la mujer, a menores, a indígenas, a afrodescendientes, a discapacitados, a homosexuales y demás no se recompone

el panorama ni historiográfica ni política-mente. Derechos que se dicen de nueva generación por no haberse observado antes a sus sujetos no cancelan poderes aunque indudablemente los condicionen y reduzcan. El paradigma del contractualismo liberal que informa, reconocida o solapadamente, al constitucionalismo impone principios y mantiene políticas adversas. Aun en la medida en la que ha venido condicionándose y reduciéndose, la abstracción favorable a poderes e intereses dados sigue operando. Nunca es pura filosofía aparte ya de su propia vocación normativa. Y la abstracción filosófica tiene su correspondencia con la abstracción historiográfica propia de la historia constitucional: «this tacit idealization is carried further in a picture of history that generally abstracts away from social oppression and its consequences»<sup>53</sup>. La contradicción y conflicto entre sujetos de una parte y, de otra, las diversas clases de no sujetos o de sujetos en posición subordinada no suele considerarse como asunto intrínseco de la historia constitucional. El mismo constitucionalismo doctrinal es experto en abstraerse tanto tratando de derecho actual como ocupándose de derecho del pasado, lo que suele. Significativamente, buena parte de la historiografía constitucional sigue siendo obra de constitucionalistas no sólo carentes de formación historiográfica, sino también de sentido de la autoubicación colectiva y personal<sup>54</sup>. Huelgan aquí ejemplos.

De lo que estamos en fin y con todo hablando no es tan sólo de la historia de los Estados Unidos de América o, más en general, de la anglosfera. Con lo que nos encontramos entre manos es con el primer momento histórico de activación del contrato social, si algo así existe, con todos

sus elementos conflictivos, el de contrato sexual, el de contrato racial y el de contrato colonial. Si en algún lugar de la historia se ha producido la invención del sistema constitucional, un sistema articulado de poder constituyente, reconocimiento de derechos, garantías de justicia, establecimiento de poderes y contrapeso entre estos mismos en función igualmente garantista, ello ha sido en la franja atlántica de Norteamérica allí cuando se fundaron y organizaron entre varias colonias británicas los Estados Unidos. El constitucionalismo es un invento americano, no europeo. Dicho de otra forma, la invención constitucional se produce históricamente en la frontera colonial de Europa, lo que va a pesar también severamente en la propia historia constitucional europea y más que europea<sup>55</sup>. Hoy no son raras las llamadas al abordaje de la historia de materia constitucional desde la perspectiva de su contexto colonial, pero ya se sabe que entre el dicho y el hecho hay mucho trecho, sobre todo para quienes pertenecemos por más razones que la descendencia al sector de los sujetos privilegiados y al más amplio de la cultura que éstos han creado<sup>56</sup>. A duras penas intenta abrirse paso la consideración de que sin el colonialismo no pueden explicarse no sólo unos orígenes constitucionales, sino tampoco unos desenvolvimientos ulteriores<sup>57</sup>.

Entre Pateman y Mills nos han hecho ver un detalle valioso a todos estos efectos. Los sujetos de derechos y agentes de poderes de aquellos tiempos clásicos tuvieron bien presente una clave luego perdida por las ficciones de la filosofía política y de la historia constitucional. Es esa de cuál fuera su lugar social, su autoubicación. Reléase nuestra cita capitular, la epistolar de John Adams, el que más tarde sería primer au-

tor de un tratado de derecho constitucional comparado y segundo presidente de los Estados Unidos. Con las bromas bochornosas que se permitía contra la sensatez de Abigail, su esposa<sup>58</sup>, revelaba conciencia sobre quiénes fueran *We the People*, nosotros las personas-pueblo, que se aprestaban a producir constituciones para asegurar sus derechos-poderes, y sobre quiénes formaban el resto, toda una mayoría heterogénea a mantenerse subordinada de diversa forma y por distintos medios. Los «bonds of Government» o vínculos políticos de unos «Masculine systems» alcanzaban con su batería de poderes a todos y todas sin impedimento de que jóvenes, mujeres, indígenas y afroamericanos estuvieran de raíz excluidos, todas y todos, de su establecimiento y manejo<sup>59</sup>. Ni concurrían ni se les esperaba. Reléase de nuevo: «Indians slighted their Guardians, and Negroes grew insolent to their Masters». Al indígena se le asimila a menor bajo tutela y a todo afro-

descendiente, no solo al esclavo, se le presume amos<sup>60</sup>. Esas eran las reglas. No había contractualismo que valiera, ni social ni asocial.

La historia constitucional heredada constituye una pieza, bien que modesta, del engranaje del sistema masculino con todas sus dominaciones. Llegamos a la conclusión. Entre el registro de conciencia de ayer y el velo de ignorancia de hoy, de una ignorancia realmente rawlsiana, se ha producido lo que he llamado la pérdida del paradigma de la historia constitucional<sup>61</sup>. El desafío que plantea no se solventa con la abstracción de la filosofía, sino con la concreción de la historia, de una historia de pasado y de presente.

<sup>1</sup> <<http://www.demproductions.org/atojtm>>: *A Theory of Justice: The Musical!*, 2013; <<https://music.apple.com/us/album/a-theory-of-justice-the-musical-official-soundtrack/1463204198>>: álbum editado por Apple en 2019 (consulta, 12/4/2020): también se tiene la *soundtrack* en Youtube.

<sup>2</sup> J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), edición rev., Cambridge Mass., Belknap, 1999, pp. 3 y 11, con reimpresiones y traducciones, entre éstas *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1975), *Teoría de la justicia* (1979), *Una teoría della giustizia* (1982), *Théorie de la justice* (1987).

<sup>3</sup> Wikipedia dedica voces tanto al autor como (en las versiones que he consultado: inglesa, española,

francesa, alemana e italiana) a la obra. La más informativa sobre las críticas a *A Theory of Justice* no es la inglesa, sino la alemana (<[https://de.wikipedia.org/wiki/A\\_Theory\\_of\\_Justice#cite\\_ref-65](https://de.wikipedia.org/wiki/A_Theory_of_Justice#cite_ref-65)>), pero ya adelanto que en ninguna de estas voces se registra referencia a las obras en las que voy a centrarme, las de carácter alternativo que versan sobre contratos sexual, racial y otros relacionables (consultas, 1/4/2020).

<sup>4</sup> A. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, London, Bloomsbury, 1981; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press (CUP), 1982; M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Plu-*

*ralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983; C. Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, CUP, 1989.

<sup>5</sup> R.P. Wolff, *Understanding Rawls: A Critique and Reconstruction of 'A Theory of Justice'*, Princeton, Princeton University Press (PUP), 1977; M. Hauchecorne, *La gauche américaine en France. La réception de John Rawls et des théories de la justice*, Paris, CNRS, 2019. Para otra imagen menos verosímil, W.A. Edmundson, *John Rawls: Reluctant Socialist*, Cambridge, CUP, 2017.

<sup>6</sup> W.J. Brennar Jr., *Color-Blind, Creed-Blind, Status-Blind, Sex-Blind*, en «Human Rights», 1987,

- vol. 14, n. 1, pp. 30-37; A. Kull, *The Color-Blind Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (HUP), 1992.
- <sup>7</sup> En telecomunicación durante el confinamiento por la pandemia de SARS-CoV-2, debo y agradezco comentarios y sugerencias a Blanca Rodríguez, Txema Portillo, Antonio-Enrique Pérez-Luño, Carlos Garriga, Laura Beck Varela, Romina Zamora y Sebastián Martín. Seré al concluir autorreferencial puesto que reflexiono sobre el tipo de historia constitucional que vengo últimamente propugnando.
- <sup>8</sup> S.M. Okin, *Justice, Gender, and the Family*, London, Basic Books, 1989; Ead., 'Political Liberalism', *Justice and Gender*, en «Ethics», 1994, n. 105, pp. 23-43 (crítica de Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993); A.F. Smith, *Closer But Still No Cigar: On the Inadequacy of Rawls' Reply to Okin's 'Political Liberalism'*, *Justice and Gender*, en «Social Theory and Practice», 2004, vol. 30, n. 1, pp. 59-71.
- <sup>9</sup> <<https://plato.stanford.edu/entries/contractarianism>>, para una excepción, la voz *Contractarianism*, debida a A. Cuud y S. Eftekhari, de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* online (consulta, 12/4/2020), presentando las obras principales que vamos a ver, *The Sexual Contract* de Pateman y *The Racial Contract* de Mills, como «an interesting and powerfully subversive use of contractarianism». Esta enciclopedia adopta, con voces diferentes, la distinción que ya existía (S. Darwell, *Contractarianism / Contractualism*, Malden, Wiley Blackwell, 2002) entre *contractarianism* político y *contractualism* ya teológico, ya jurídico. Aquí podemos dispensar de esta especie de distinguos. En la misma enciclopedia, otra voz, *Social contract, contemporary approaches to*, sigue la pauta de ignorar ese subversivo contractarianism.
- <sup>10</sup> C. Pateman, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press, 1988 (*El Contrato Sexual*, 1995; *Il Contratto Sessuale*, 1997; *Le Contrat Sexuel*, 2010), pns. 14-38 (pn.= posición en eds. electrónicas).
- <sup>11</sup> J. English, *Justice Between Generations*, en «Philosophical Studies», 1977, n. 31, pp. 91-104, in part. p. 95. Expresiones sexistas, como *man*, *mankind* y *heads of family* respecto a los sujetos originarios de derechos, las corrigió Rawls en la revisión de 1999 y, antes, para las traducciones: S. Ribotta, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Madrid, Dykynson, 2009, pp. 21-22.
- <sup>12</sup> Pateman, *The Sexual Contract* cit., pn. 1884.
- <sup>13</sup> Ivi, cap. 2: «Patriarchal Confusions»; remisiones a autores en *Index*.
- <sup>14</sup> Ivi. Entradas en *Index* de *Contract, Employment contract* y *Slavery*; P. Agha (ed.), *Law, Politics and the Gender Binary*, New York, Routledge, 2019.
- <sup>15</sup> G. Lerner, *The Creation of Patriarchy*, New York, Oxford University Press (OUP), 1986, pp. 217-218; Pateman, *Beyond the Sexual Contract?*, en G. Dench (ed.), *Rewriting the Sexual Contract* (1997), New York, Routledge, 2017, cap. 1.
- <sup>16</sup> Ead., *The Sexual Contract* cit., cap. 3: «Contract, the Individual and Slavery», introduciéndolo.
- <sup>17</sup> Ivi (pns. 4436-4440).
- <sup>18</sup> Para el caso mayor, R.L. Nichols, *Realizing the Social Contract: The Case of Colonialism and Indigenous Peoples*, en «Contemporary Political Theory», 2005, n. 4, pp. 42-62; M. Pearcey, *The Exclusions of Civilization: Indigenous Peoples in the Story of International Society*, New York, Palgrave Macmillan, 2016.
- <sup>19</sup> C.W. Mills, *The Racial Contract*, Ithaca, Cornell University Press, 1997; para su inspiración en *The Sexual Contract*, pn. 171; Id., *Black Rights/White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism*, New York, OUP, 2017, parte II. «Racial Liberalism: Rawls and Rawlsianism»; Pateman y Mills, *Contract and Domination*, Cambridge, Polity, 2009; B.K. Neher, *Charles W. Mills' 'Racial Contract': Theory and Resistance to Systematic Racism*, tesis doctoral, Universidad de Georgia, 2017, disponible en <<https://getd.libs.uga.edu>>. La edición impresa de Mills, *The Racial Contract*, se tiene escaneada online en acceso libre: <<https://wisc.pb.unizin.org/app/uploads/sites/26/2017/05/Mills-racial-contract.pdf>>.
- <sup>20</sup> S. Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge, CUP, 2003, hay espacio para el *Sexual Contract* (cap. 14: M.C. Nussbaum, *Rawls and Feminism*, más cerca de Rawls que de Pateman) y no para el *Racial Contract*. Ni una sola referencia al libro ni tratamiento alguno del racismo se encuentra en J. Mandle y D.A. Reidy (eds.), *Companion to Rawls*, Malden, Wiley Blackwell, 2014, aunque aquí se va casi a la par pues se ofrece algo, poco, sobre sexismo y nada sobre *sexual contract*.
- <sup>21</sup> Mills, *The Racial Contract* cit., pns. 101-175.
- <sup>22</sup> Ivi, pns. 227-231 y 2017-2036; para el contrato racial como realidad histórica, pns. 341-513, 982 y 1794-1974.
- <sup>23</sup> Ivi (epígrafes del índice de *Contents*).
- <sup>24</sup> Ivi, pns. 405-410; para la condición infantil o equivalente, pns. 821-959.
- <sup>25</sup> Ivi, pns. 969-973 y 1585-1590; Id., *Race and Global Justice*, en D. Bell (ed.), *Empire, Race and Global Justice*, New York, CUP, 2019, cap. 4. Respecto a *supremacismo*, baste con un índice hoy más relevante que el de consulta de diccionarios. El corrector de Word-10 no reconoce en español *supremacismo* ni derivados, mientras que en inglés, para *supremacist*, da como correspondencias, entre otras, *racist* y *sexist* y además registra como modismo *White supremacy*.
- <sup>26</sup> Mills, *The Racial Contract* cit., pns. 2002-2010; N. Puwar, *Interview with Carole Pateman: 'The Sexual*

- Contract*, *women politics, globalization and citizenship*, en «Feminist Review», n. 70, 2002, pp. 123-133; S. Thompson, L. Hayes y D. Newman, *The Sexual Contract 30 Years on: A Conversation with Carole Pateman*, en «Feminist Legal Studies», 2018, vol. 26, n. 1, pp. 93-104.
- <sup>27</sup> B. Clavero, *Derecho de otras gentes entre genocidio y constitucionalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019, cap. 4: «Terra Australis Nullius bajo el signo de Mabo», no sólo respecto a Australia.
- <sup>28</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., caps. 2: «The Settler Contract», y 5 «Race, Sex, and Indifference».
- <sup>29</sup> Ivi, p. 99; caps. 3: «The Domination Contract», y 6: «Intersecting Contracts»; versión del primero en D.I. O'Neill, M.L. Shanley y I.M. Young (eds.), *Illusion of Consent: Engaging with Carole Pateman*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2008, cap. 3. *Domination contract* era expresión acuñada por el propio Mills, *Race and the Social Contract Tradition*, en «Social Identities: Journal for the Study of Race, Nation and Culture», 2000, vol. 6, n. 4, pp. 441-462.
- <sup>30</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 4-7, el acta y la cita; cap. 4: «Contract of Breach: Repairing the Racial Contract», de Mills, *contract of breach* como *breach of contract* sistemático para el saneamiento del contrato social. Pateman también observa otro contrato en su capítulo «Race, Sex, and Indifference», el *contract of mutual indifference*, tomando la noción de N. Geras, *The Contract of Mutual Indifference: Political Philosophy after the Holocaust*, London, Verso, 1998.
- <sup>31</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., cap. 1: «Contract and Social Change: A Dialogue between Carole Pateman and Charles W. Mills» (interesante además para conocerse el *background* de la británica de ciencia política Pateman y el jamaicano de filosofía política Mills); cap. 7: «On Critics and Contract», de Paterson; cap. 8: «Reply to Critics», de Mills. Para críticas posteriores, de M.W. Hughey, W. Kymlicka, S. Steinberg y H. Winant, *Symposium: Charles W. Mills' Black Rights/White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism*, 2018, vol. 41, n. 3, sección tercera, con réplica de Mills, pp. 557-563.
- <sup>32</sup> S. Clifford-Simplican, *The Capacity Contract: Intellectual Disability and the Question of Citizenship*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2015, cap. 1: «Locke's Capacity Contract and the Construction of Idiocy», y cap. 3: «The Disavowal of Disability in Contemporary Contract Theory». Mills da la bienvenida al nuevo contrato en «The Review of Politics», 2016, vol. 78, n. 3, pp. 485-487.
- <sup>33</sup> S. Donaldson y Kymlicka, *Inclusive Citizenship Beyond the Capacity Contract*, en A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad y M. Vink, *The Oxford Handbook of Citizenship*, New York, OUP, 2017, cap. 37, quienes se apoyan al efecto, aun entonces inédito, en Rollo, *Feral children: settler colonialism, progress, and the figure of the child*, en «Settler Colonial Studies», 2018, vol. 8, n. 1, pp. 60-79; que al efecto interese, el mismo Rollo, *The Color of Childhood: The Role of the Child/Human Binary in the Production of Anti-Black Racism*, en «The Journal of Black Studies», 2018, vol. 49, n. 4, pp. 307-329.
- <sup>34</sup> Nichols, *Indigeneity and the Settler Contract Today*, en «Philosophy and Social Criticism», 2013, vol. 39, n. 2, pp. 165-186; Rollo, *The Reasonable Voice of Oppression: Liberal Domination Contracts and Democratic Silence (Draft)*, antipado en *academia.edu*, 2019.
- <sup>35</sup> Neher, *Charles W. Mills' Racial Contract* cit., pp. 5-6; *Symposium: Contract and Domination by Carole Pateman y Charles W. Mills*, en «Journal of Political Ideologies», 2008, vol. 13, n. 3, pp. 227-262;
- Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 229.
- <sup>36</sup> Ivi, p. 206 (de Pateman).
- <sup>37</sup> A su modo lo experimenta todo ello el propio Rawls, *Political Liberalism* cit.; *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge, Mass., HUP, 1999.
- <sup>38</sup> Clavero, *Why American Constitutional History is not written*, en «Quaderni Fiorentini», 2007, vol. 36, pp. 1445-1547.
- <sup>39</sup> Id., *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017; *Derechos de otras gentes* cit., cap. 6: «Constitucionalismo y Colonialismo en las Américas».
- <sup>40</sup> Nichols, *Indigenous Peoples, Settler Colonialism, and Global Justice in Anglo-America*, en Bell (ed.), *Empire, Race and Global Justice* cit., cap. 10, p. 246.
- <sup>41</sup> Así han seguido notablemente creciendo, tanto en historia indígena como en la constitucional, tras el estado del arte que presenté en *Why American Constitutional History is not written* que no hace falta actualizar pues estas páginas no tienen, al contrario que aquellas, un propósito bibliográfico.
- <sup>42</sup> S. MacMullan, *Recognition, Constitution Building and the Indian Nations of North and Northwest United States, 1775-1995: The Importance of Indian Nations to the Framing of the US Constitution*, en «Albany Government Law Review», 2017, vol. 10, n. 1, pp. 318-349, in part, p. 320: «[...] core constitutional understandings may be fundamentally altered if the history of relations with the Indian nations was accounted for in narratives of the Framing». Aun de interés sustancial a nuestro efecto, no es aquí el lugar para entrar en su polémica con posiciones más consecuentes con la multilateralidad como las de G. Ablavsky, *The Savage Constitution*, en «Duke Law Journal», 2014, vol. 63, n. 5, pp. 999-1089.
- <sup>43</sup> R.A. Williams Jr., *Linking Arms*

- Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, OUP, 1997, cap. 5: «Treaties as Constitutions»; para otros tratados, estos entre Estados, que también inciden desde temprano en materia tan constitucional como la de derechos, Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, cap. 2: «Minority Making: Indigenous peoples and non-indigenous law between Mexico and the United States»; súmense, de incidencia constitucional no inferior, los convenios de colonización, con particulares o con iglesias: Clavero, *Constitucionalismo latinoamericano* cit., cap. 3: «Nación y Naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010»; P. Freymer, *Building an American Empire: The Era of Territorial and Political Expansion*, Princeton, PUP, 2017, cap. 5: «The Limits of Manifest Destiny», primera parte sobre México.
- <sup>44</sup> W. Holton, *Forced Founders: Indian, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press (UNCP), 1999; Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights* cit., cap. 1: «Freedom's Law and Oeconomical Status: The Euro-American Constituent Moment».
- <sup>45</sup> A. Rana, *The Two Faces of American Freedom*, Cambridge, Mass., HUP, 2010; Id., *Colonialism and Constitutional Memory*, en «UC Irvine Law Review», 2015, vol. 5, n. 2, pp. 263-288.
- <sup>46</sup> C.L. Tomlins, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, CUP, 1993; A.D. Stanley, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*, Cambridge, CUP, 1998; H. Hartog, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge, Mass., HUP, 2000; Tomlins, *Freedom Bound: Law, Labor, and Civic Identity in Colonizing English America, 1580-1865*, Cambridge, CUP, 2010; H. Brewer, *By Birth or Consent: Children, Law, and the Anglo-American Revolution in Authority*, Chapel Hill, UNCP, 2005; C.T. Field, *The Struggle for Equal Adulthood: Gender, Race, Age, and the Fight for Citizenship in Antebellum America*, Chapel Hill, UNCP, 2014.
- <sup>47</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes* cit., cap. 4: «El sujeto preconstituido de derecho como antropología del primer constitucionalismo», páginas destinadas a una *Historia Constitucional de España* bajo la dirección de M. Lorente y J. Vallejo que así pretende contribuir al ensanchamiento del horizonte histórico sobre la materia constitucional.
- <sup>48</sup> M. Garaud y R. Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978, último volumen, póstumo, de la *Histoire Général du Droit Privé Français, de 1789 à 1804*, de Garaud. Para contraste, F. Furet y R. Halévy, *La Monarchie Républicaine. La Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996, y volúmenes consecutivos de la serie *Histoire des Constitutions de la France*.
- <sup>49</sup> Mills, *White Ignorance*, en S. Sullivan y N. Tuana (eds.), *Race and Epistemologies of Ignorance*, New York, State University of New York Press, 2007, cap. 1, y el volumen por entero.
- <sup>50</sup> M. Bastias, *Diversity as Paradox: Legal History and the Blind Spots of Law*, Frankfurt am Main, Max-Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series, n. 2020-05, aun con la anacrónica idea de que la ceguera se debe a un principio de igualdad inherente a toda la historia constitucional.
- <sup>51</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 258, de Mills, lo que dice en relación a la obra de Rawls. «And it's not just Rawls himself, but [...] the secondary literature also», y no solo la literatura, lo que a menudo, si no siempre se olvida, a menudo se posterga en estas polémicas. Id., *Black Rights/White Wrongs* cit., cap. 10: «The Whiteness of Political Philosophy»; N. Zack (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy and Race*, New York, OUP, 2017, cap. 5: «Philosophy and the Racial Contract».
- <sup>52</sup> Precisamente por Mills, «Philosophy and the Racial Contract» cit., p. 65, arrancando.
- <sup>53</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 233, de Mills.
- <sup>54</sup> Clifford-Simplican (*The Capacity Contract* cit., pns. 336-391) se refiere como premisa metodológica a la *autoethnography* en el sentido más personal: «the vulnerability of the researcher is a crucial component in autoethnography». La ansiedad personal del constitucionalista procede de la evidencia negada de la intransitividad del constitucionalismo para buena parte de la humanidad, incluso en la sociedad propia.
- <sup>55</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes* cit., cap. 5: «La excepción, la normalidad y la clave colonial».
- <sup>56</sup> Editorial: *Decolonising Global Constitutionalism*, en «Global Constitutionalism», vol. 9, n. 1, 2020, p. 5, «to call upon our readers to reflect upon how colonial and imperial order have shaped democracy, the rule of law, and human rights across the global normative order», lo que se proclama en un número que viene a conmemorar el cuarto centenario del *Mayflower* y su contrato colonial como expresión temprana de constitucionalismo global, aun intentado paliarlo con atención a presencia y agencia indígenas.
- <sup>57</sup> Rana, *Constitutionalism and the Predicament of Postcolonial Independence*, en R. Albert (ed.), *Revolutionary Constitutionalism: Law, Legitimacy, Power*, Oxford, Hart, 2020, cap. 5. Nótese el marcado contraste de prácticamente todo el resto del volumen y de la misma obra a cuyo debate se dedica, B. Ackerman, *Revolutionary Con-*



## Clavero

*stitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Oxford, Hart, 2019, intento potente de historia constitucional a escala global con postergación del colonialismo; y dicho resto, representación de una tal especialidad, si es que existe. Toda una sección se ocupa de la Unión Europea sin registro alguno de colonialismo: contrástense P. Hansen y S. Jonsson, *Eurafrica. The Untold History of European Integration and Colonialism*, London, Bloomsbury, 2014; E. Buettner, *Europe after Empire: Decolonization, Society and Culture*, Cambridge, CUP, 2016. La respuesta de Ackerman a Rana es elusiva del factor colonial estricto (*Revolutionary Constitutions*, pns. 9644-9715).

<sup>58</sup> La carta proseguía de esta guisa: «We have only the Name of Masters, and rather than give up this, which would completely subject Us to the Despotism of the Petticoat, I hope General Washington and all our brave Heroes would fight» («heavy-handed humor» y «joking» para R.B. Bernstein, *The Education of John Adams*, New York, OUP, 2020, pp. 79-80). *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* (1787) de Adams es lo que he llamado primer tratado de derecho constitucional comparado, ya además con el velo de ignorancia corrido.

<sup>59</sup> <[https://www.masshist.org/digitaladams/archive/browse/letters\\_1774-1777.php](https://www.masshist.org/digitaladams/archive/browse/letters_1774-1777.php)>, para enlace al manuscrito de la carta, con la transcripción, en vez de «bonds of Government», «bands of Governmen», la adoptada por Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., refiriéndose a pie de cita anacrónicamente a «her (Abigail's) belief in universal human rights» cuando en su correspondencia de lo que hablaba era de derechos patrimoniales de la mujer casada de clase colonial pudiente.

<sup>60</sup> Williams, *The American Indian in Western Legal Thought: The Dis-*

*courses of Conquest*, New York, OUP, 1990; Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, cap. 1, eps. 3: «Status de etnia», y 5: «Recepción angloamericana»; P. Finkelman, *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Armonk, M.E. Sharp, 2001<sup>2</sup>.

<sup>61</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes*, cap. 6, epigrafe final: «El paradigma perdido».