

## Entre el significado original y la movilización social: el caso de la segunda enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América

### Between Original Meaning and Social Mobilization: The Case of the Second Amendment to the U.S. Constitution

*Federico M. Mantiñan\**

#### Resumen

En el presente trabajo me propongo explorar el surgimiento del derecho a poseer y portar armas en el ordenamiento jurídico estadounidense. Teniendo en cuenta los orígenes de la segunda enmienda a su Constitución y las intenciones que motivaron su adopción, argumento que el hecho de que se lea en ella un derecho de esta naturaleza no obedece a una interpretación del texto constitucional fiel a su significado original, sino a décadas de movilización social que, en conjunto con actores de la política, lograron exitosamente la reinterpretación de su significado.

**Palabras clave:** segunda enmienda – derecho a las armas – movimiento social – interpretación constitucional – originalismo – constitucionalismo popular – litigio estratégico

#### Abstract

In this paper I intend to explore the emergence of the right to keep and bear arms in the American legal system. Taking into consideration the origins of the Second Amendment to the US Constitution and the intentions behind its adoption, I argue that the fact that it is commonly read as a right of that nature does not obey a faithful interpretation of the original meaning of the constitutional text, but rather of decades

---

\* Abogado (UBA), maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP) e investigador independiente. Docente en Teoría General del Derecho (UBA) en la cátedra del Dr. Carlos Rosenkrantz (comisión a cargo del Dr. Martín Böhmer). E-mail: [federico.mantinan@gmail.com](mailto:federico.mantinan@gmail.com)  
El autor desea agradecer a Inés Jauregui y a Ramiro Álvarez Ugarte por sus generosos comentarios y agudas observaciones que mejoraron considerablemente una versión anterior de este trabajo.

of social mobilization that, in coordination with political actors, succeeded in reinterpreting its meaning.

**Key words:** Second Amendment – gun rights – social movement – constitutional interpretation – originalism – popular constitutionalism – strategic litigation

## I. Introducción

Durante el transcurso de junio de 1788, la Convención de Virginia se reunió en la ciudad de Richmond con el objetivo de decidir si ratificarían la nueva Constitución. Los amplios poderes militares que los estados cederían en una autoridad federal despertaron fuertes temores por parte de algunos delegados anti-federalistas. Uno de ellos, George Mason, advirtió con preocupación que el Congreso pudiese “*reclutar y sostener ejércitos*”,<sup>1</sup> dado que, según creía, un ejército permanente al servicio de un gobierno federal constituía un verdadero peligro para la libertad de las personas. La defensa común estaría, en cambio, en mejores manos si estuviese a cargo de las milicias estatales, mucho más conectadas con la voluntad popular y el único cuerpo armado capaz de contrarrestar un eventual abuso militar.<sup>2</sup> Pero si bien la Constitución no habilitaba la supresión de las milicias, sí le permitía al Congreso “organizar, armar y disciplinar[las]”.<sup>3</sup> El peligro era evidente: dado que la potestad de armarlas quedaba en cabeza de la autoridad federal, ¿podría un eventual gobierno tiránico usar este poder para *desarmarlas*?<sup>4</sup>

James Madison ya había reparado en esto<sup>5</sup> e intentó apaciguar los temores sosteniendo que el abastecimiento de armas no sería una facultad exclusiva del Congreso,

---

<sup>1</sup> Sección 8° del Artículo I de la Constitución de los Estados Unidos. Todas las traducciones del texto de la Constitución pertenecen a la versión en español publicada por los Archivos Nacionales. Ver <https://www.archives.gov/espanol/constitucion> (consultado: 20/03/2021). Toda otra traducción de textos en inglés en este trabajo me pertenece.

<sup>2</sup> Pauline Maier, *Ratification: the people debate the Constitution, 1787-1788* (Nueva York: Simon & Shuster, 2010), p. 282.

<sup>3</sup> Sección 8°, artículo I, Constitución Nacional de los Estados Unidos. El agregado es propio.

<sup>4</sup> El miedo se encontraba ciertamente justificado. Después de todo, su independencia había comenzado con la organización y movilización de civiles en la conformación de un cuerpo de combate capaz de resistir al ejército inglés. Akhil R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (Yale University Press, 1998), p. 50.

<sup>5</sup> En *El Federalista* Nro. 46, al evaluar los potenciales abusos de un gobierno federal en desmedro de las autoridades locales, Madison había advertido que aquel solo tendría éxito en su empresa si antes hubiese acumulado una fuerza militar capaz de llevar a cabo sus ambiciones tiránicas. Sin embargo, no había necesidad de suprimir al ejército pues este peligro sería repelido por “los gobiernos estatales, con el pueblo de su lado”. Al ejército federal, cuyas proporciones no alcanzarían más de veinticinco o treinta mil hombres, “se le opondría una milicia de casi medio millón de ciudadanos armados, liderada por hombres elegidos entre ellos mismos que pelearán por sus libertades comunes, y conducidas por gobiernos que contarán con

sino concurrente con una potestad idéntica de los estados locales.<sup>6</sup> El argumento no fue convincente y el persistente miedo a un desarme federal motivó la adopción de la segunda enmienda de la Constitución: “Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas”.<sup>7</sup>

Doscientos veinte años después, en el caso *District of Columbia v. Heller* (“*Heller*”),<sup>8</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos precisó el significado de esta enmienda y la naturaleza del derecho que ella reconoce. No se trata de un derecho colectivo de la milicia a permanecer armada para enfrentar un eventual gobierno federal tiránico. Tampoco hay una conexión vinculante entre el ejercicio de este derecho y la pertenencia a una milicia. Es más, la porción del texto de la enmienda que refiere a la necesidad de “*una milicia bien ordenada*” no es más que el prefacio de la verdadera cláusula operativa: “*el derecho del pueblo a poseer y portar armas*”. Lo que ella consagra, en realidad, es un derecho individual a armarse para protegerse del crimen.

*Heller* cambió la interpretación de la Constitución y, al hacerlo, cambió la Constitución.<sup>9</sup> Sin embargo, el texto de la segunda enmienda no había sido modificado. Tampoco en doscientos años de jurisprudencia se había encontrado allí la existencia de un derecho individual de esa naturaleza.<sup>10</sup> ¿Cuál es entonces el fundamento de este cambio constitucional? La explicación que nos ofrece la Corte es muy sencilla: nunca se la leyó correctamente.<sup>11</sup> La realidad, en cambio, es más compleja. *Heller* fue el resultado

---

su afecto y confianza. Bien puede dudarse de si una milicia de estas características podría acaso ser conquistada por tropas regulares de esas proporciones”. La solución estaba, según Madison, en la fortaleza de las milicias estatales [Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist Papers* (Oxford University Press, 2008), p. 237].

<sup>6</sup> Maier, *Ratification: the people debate the Constitution 1787-1788*, p. 282.

<sup>7</sup> Los anti-federalistas propusieron enmiendas centradas en tres ejes distintos: (i) límites al tipo de regulaciones que el Congreso podría imponer sobre las milicias, (ii) prohibiciones y restricciones sobre el ejército permanente, y (iii) garantías sobre un derecho a poseer armas. Al final, Madison terminó incorporando solo esta última en el paquete de diez enmiendas que pasaría a ser conocido como la “Declaración de Derechos” (Bill of Rights) [David C. Williams, *The Mythic Meanings of the Second Amendment: Taming Political Violence in a Constitutional Republic* (Yale University Press, 2003), p. 52].

<sup>8</sup> *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

<sup>9</sup> Tomo la idea del “cambio constitucional” como un fenómeno que excede ampliamente el esquema de modificaciones textuales a la Constitución, sino que surge también a través de los cambios en la interpretación judicial y en las prácticas políticas de los poderes representativos de gobierno [Reva B. Siegel, *The Jurisgenerative Role of Social Movements in United States Constitutional Law, SELA Papers* (Oxaca, 2004), p. 5].

<sup>10</sup> Previo a *Heller*, la Corte Suprema había decidido tan solo cuatro casos relacionados con la segunda enmienda: *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1876), *Presser v. Illinois*, 116 U.S. 252 (1886), *Miller v. Texas*, 153 U.S. 535 (1894) y *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939). En ninguno de ellos había encontrado un derecho individual a poseer y portar armas, mucho menos para defenderse del crimen.

<sup>11</sup> *Heller*, Voto del Juez Scalia (por la mayoría), p. 52, nota nro. 24.

de una serie de reclamos que venían siendo reivindicados durante los últimos cuarenta años por sectores conservadores de la sociedad civil, de la política y de la academia jurídica. Fue la consagración de una nueva narrativa sobre el significado de la segunda enmienda que se gestó alrededor de una ya existente cultura de las armas. Y fue, además, un caso exitoso de litigio estratégico. *Heller* fue, en definitiva, una victoria simbólica y real de un movimiento social: el *Gun Rights Movement*.

En la primera parte de este trabajo describiré cómo surgió este movimiento, la manera en que distintos actores fueron integrándose en una misma red de acción social y las estrategias simbólicas utilizadas para apelar a amplios sectores de la sociedad en la disputa popular por un nuevo derecho de naturaleza constitucional. Luego, analizaré el papel que cumplieron los sectores conservadores de la política al institucionalizar las pretensiones del movimiento y, más importante aún, brindar respaldo “oficial” a sus interpretaciones constitucionales. Por último, volveré sobre *Heller* para evaluar en qué medida recogió y plasmó en la decisión todas estas transformaciones en la cristalización de un nuevo derecho constitucional.

## II. La construcción de una narrativa exitosa

La década de los sesenta estuvo marcada por episodios de violencia civil e institucional. El asesinato del presidente John F. Kennedy, el aumento en la criminalidad urbana y los altercados fatales suscitados en el marco de movilizaciones, tanto a favor de los derechos civiles como en contra de la guerra en Vietnam, contribuyeron a una escalada de violencia que hizo evidente la necesidad de regular el uso de las armas de fuego.<sup>12</sup> Distintas iniciativas fueron propuestas desde la política a nivel estatal y federal, y contra ellas reaccionaron, en primer lugar, los mismos grupos involucrados en esas protestas civiles, que habían empezado a valorar el uso de las armas para defenderse. Paradójicamente, fueron estos intentos de regulación los que suscitaron, como contra efecto, una resistencia (*backlash*) que actuó como germen de lo que, luego, evolucionaría a un movimiento.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Reva B. Siegel, “Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in *Heller*”, *Harvard Law Review* 122 (noviembre de 2008): p. 203.

<sup>13</sup> Adam Winkler, *Gunfight. The Battle over the Right to Bear Arms in America* (Nueva York: W. W. Norton & Company, 2013), p. 14.

De todas formas, su éxito estuvo lejos de ser uniforme. Combatir los intentos de regulación estatal no podía llevarse a cabo alegando un mero interés en permanecer armados, sino que era necesario invocar la existencia de un *derecho*. Pero un simple “derecho a las armas” no podría sostener el peso entero de un movimiento mediante la sola remisión a una norma jurídica. La invocación exitosa de un derecho exigía, por un lado, escoger un discurso adecuado que pudiera canalizar esta pretensión para mostrarla como un reclamo que apelara a valores verdaderamente públicos.<sup>14</sup> Por el otro, exigía presentarlo en el marco de una narrativa que lo sitúe y le dé significado. Solo una visión realmente persuasiva podría lograr el compromiso necesario para aceptar y sostener el universo normativo que el movimiento propondría.<sup>15</sup>

#### A. Derecho a las armas: en defensa contra un gobierno corrupto y racista

El conflicto por la regulación de las armas surgió marcado por su carácter racial e ideológico. La mayoría de estas leyes fueron iniciativa de sectores conservadores que, fieles a una “tradición republicana”,<sup>16</sup> defendían cualquier acción estatal que pudiese garantizar “la ley y el orden”. La prioridad de este conservadurismo era combatir el crimen y, en muchos casos, esto implicaba desarticular y perseguir a las minorías políticamente radicalizadas.

En 1967, por ejemplo, la Legislatura de California sancionó la *Mulford Act*, mediante la cual se prohibió la portación en público de armas de fuego. Su texto parecía neutral, pero tenía por únicos destinatarios a los *Black Panthers*.<sup>17</sup> Frustrados por los abusos policiales y la violencia del *Ku Klux Klan*, sus integrantes se habían organizado el año anterior para abandonar los esfuerzos pacifistas que pregonaba Martin Luther King e inspirarse, en cambio, en las enseñanzas radicales de Malcolm X. Si el gobierno no estaba dispuesto a proteger sus vidas, se defenderían ellos mismos a través de cualquier medio necesario.

---

<sup>14</sup> Sobre “la condición de valor público”, que circunscribe y limita el accionar de los movimientos sociales en su objetivo de cambio constitucional, ver Siegel, *The Jurisgenerative Role of Social Movements*, p. 11.

<sup>15</sup> Robert M. Cover, “The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: *Nomos* and Narrative”, *Harvard Law Review* 97 (1983): p. 4.

<sup>16</sup> Siegel, “Dead or Alive”, p. 193.

<sup>17</sup> La propia ley se justificaba entre sus considerandos al aclarar que “el Estado de California ha atestiguado, en años recientes, la creciente incidencia de grupos organizados e individuos que se arman públicamente con propósitos contrarios a la paz y seguridad del pueblo de California” [Winkler, *Gunfight. The Battle over the Right to Bear Arms in America*, p. 245].

Desde sus inicios, el grupo vinculó el uso de las armas de fuego con estrictos propósitos de defensa personal. El nombre oficial adoptado fue *Black Panther Party for Self-Defense* y, como rasgo identitario, decidieron instruir a cada uno de sus miembros en su uso y en su legalidad.<sup>18</sup> Uno de sus fundadores, Huey Newton, fue pionero en insistir públicamente con una idea novedosa: las armas no solo pertenecen al ámbito militar; sino que en la medida en la que sirvan para protegerse, estas tienen también un propósito político.<sup>19</sup>

A pesar de que la historia de la adopción de la segunda enmienda se explicaba en el marco de una disputa sobre federalismo y distribución de poderes militares, Newton encontró allí la justificación que necesitaba. La plataforma política que escribió para el partido en 1966 contenía un decálogo con sus objetivos fundamentales, entre los cuales se expresaba: “7. [...] La segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos otorga un derecho a portar armas. Creemos por lo tanto que todos los afroamericanos deberían armarse para protegerse”.<sup>20</sup>

La justificación parecía sólida, pero las bases constitucionales del reclamo quedaban teñidas por la fuerte impronta contestataria que lo rodeaba. Ese mismo punto de la plataforma que apelaba a la segunda enmienda estaba, en realidad, enmarcado en una narrativa de liberación y emancipación racial:

[...] Queremos el fin inmediato de la brutalidad policial y del asesinato de afroamericanos. Creemos que podemos poner un fin a la brutalidad policial en nuestra comunidad negra organizando grupos de afroamericanos de defensa personal que se dediquen a defender nuestra comunidad negra de la opresiva y racista brutalidad policial.<sup>21</sup>

El reclamo, así contextualizado, logró motivar a los integrantes del grupo, quienes comenzaron a portar ostensiblemente revólveres, rifles y ametralladoras en la vía pública, en un abierto desafío a la autoridad policial. Con “armas en nuestras manos, dejamos de ser sus súbditos y pasamos a ser iguales”, expresaba Newton.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Hasta ese momento, la legislación de California permitía a los ciudadanos circular con armas cargadas siempre que sean portadas visiblemente, y fue sobre esta permisividad que se erigió el grupo de los *Black Panthers* [Earl Anthony, *Picking Up the Gun. A Report on the Black Panthers* (Nueva York: The Dial Press, 1970), p. 17].

<sup>19</sup> Phillip S. Foner (ed.), *The Black Panthers Speak* (Chicago: Haymarket Books, 2014), p. xxix.

<sup>20</sup> El programa de diez puntos pasó a conocerse comúnmente como “Lo que queremos” (“*What We Want*”) [Foner, *The Black Panthers Speak*, p. 3].

<sup>21</sup> Foner, *The Black Panthers Speak*; mayúsculas omitidas.

<sup>22</sup> Curtis J. Austin en Winkler, *Gunfight*, p. 237.

Si bien esta agrupación de izquierda fue pionera en defender públicamente un derecho individual a las armas anclado en la segunda enmienda, su retórica resultó demasiado radicalizada. La justificación constitucional de su pretensión no logró forjarse ni siquiera como un reclamo central de la comunidad afroamericana que, por el contrario, en su gran mayoría, era partidaria de su regulación.<sup>23</sup> La narrativa construida, según la cual la existencia de este derecho estaba justificada en la liberación de la comunidad afroamericana de la opresión de un gobierno corrupto y racista, no pudo ser sostenida. A ella se le opuso, con mayor éxito, la visión conservadora propia de la “era Nixon”, según la cual, para ser “implacables contra el crimen” (*tough on crime*), era necesario un Estado presente que evitase que los delincuentes se hagan de armas. La ley sancionada en California fue una de las más estrictas de la década en esta materia, y fue así firmada y promulgada con beneplácito por su entonces gobernador republicano, Ronald Reagan.

### **B. Derecho a las armas: en defensa personal contra el crimen**

La *Mulford Act* de 1967 cumplió su objetivo en California y desarmó a los *Black Panthers*. A nivel federal, los asesinatos de Martin Luther King y de Robert Kennedy motivaron al Congreso a sancionar la *Gun Control Act* de 1968.<sup>24</sup> Interesado en tomar medidas para resolver este recurrente problema, el Poder Ejecutivo ordenó la creación de la “Comisión Nacional sobre las Causas y Prevención de la Violencia” (la “Comisión”) con el objetivo de investigar y realizar recomendaciones para prevenir asesinatos, homicidios y asaltos. La Comisión concluyó con una afirmación intuitiva, pero contundente: a mayor cantidad de armas de fuego en circulación, mayor violencia tendía a haber. La evidencia parecía demostrar que la relación entre el nivel de tenencia de armas en una comunidad y sus niveles de violencia armada eran directamente proporcionales.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Siegel, “Dead or Alive”, p. 203.

<sup>24</sup> Entre las principales medidas de esta ley se encontraba la prohibición del tráfico interestatal de armas para todo aquel que no posea una licencia federal para comercializarlas, la restricción de compra para ciertas personas (convictos, insanos y menores), y la expansión de un ya existente sistema federal de licencias para su adquisición [Public Law Nro. 90-618, sancionada el 22 de octubre de 1968].

<sup>25</sup> La “Comisión Nacional sobre las Causas y Prevención de la Violencia” fue creada por decreto del presidente Lyndon Johnson el 10 de junio de 1968, cuatro días después del asesinato del senador -y candidato presidencial- Robert Kennedy. Su reporte final, titulado *Firearms and Violence in American Life*, arrojó números que preocuparon a sus miembros y a las autoridades en general: en los últimos diez años, las ventas anuales de rifles se habían duplicado, mientras que las de pistolas se habían cuadruplicado. En total, treinta millones de unidades adicionales se habían sumado a la cantidad de armas de fuego en manos de civiles [Peter Squires, *Gun Culture or Gun Control? Firearms, Violence and Society* (Londres: Routledge, 2000), p. 62].

El resultado de esta investigación impulsó la sanción de legislación estatal equivalente a lo largo del país. Sin embargo, la adopción de controles adicionales en la adquisición, uso y transporte de armas de fuego disparó una mayor resistencia por parte de algunos entusiastas de las armas que comenzaban a desconfiar de estas medidas, ya que temían que la mera regulación deviniese en absoluta prohibición. Fue la resistencia coordinada de estas personas la que comenzaría a cristalizarse en un movimiento.

Harlon Carter, uno de ellos, decidió actuar y utilizar los recursos de la propia asociación que integraba, la que, para su gran decepción, había apoyado la mayoría de estos controles: la Asociación Nacional del Rifle (“NRA”). Históricamente, la NRA había sido bastante abierta a este tipo de regulaciones. Fundada en 1871, su objetivo original había sido el de “promover y alentar la práctica de tiro”,<sup>26</sup> y, durante casi un siglo, se dedicó a poco más que la celebración de competencias de tiro al blanco. Era una asociación dedicada a la práctica deportiva, no al lobby político.<sup>27</sup> Pero el aumento en los niveles de criminalidad urbana durante los sesenta revolucionó su membresía de base, la cual comenzó a estar integrada por personas más interesadas en la protección personal que en la caza deportiva.

En 1975, un grupo de nuevos miembros disidentes, liderado por Carter, fundó el Instituto de Acción Legislativa (“ILA”) como una subsidiaria dentro de la NRA. La NRA-ILA fue un verdadero motor de cambio cultural y político. Su principal desafío fue torcer la narrativa republicana que impregnaba la idea del control de armas y que la trataba como una cuestión de política criminal. Para ello, tendrían que reemplazar el discurso de la política pública que rodeaba su regulación por el de los derechos fundamentales, y reemplazar la visión republicana por una libertaria, en la cual la defensa de la vida y la propiedad estuviese libre de toda injerencia estatal. Se instalaron en la capital estadounidense y se dedicaron a lo que sería su misión principal: el lobby político.

---

<sup>26</sup> Winkler, *Gunfight*, p. 63.

<sup>27</sup> La misión de la NRA fue mutando en función de los intereses principales de su membresía de base. Desde su creación en 1871, actuó como una liga cuasi gubernamental dedicada al entrenamiento y práctica de tiro con rifles, con el objetivo de concientizar y profesionalizar el entrenamiento militar. La experiencia de la Guerra Civil pocos años atrás había dejado en claro que no todos los civiles tenían el entrenamiento adecuado para enfrentarse en un combate armado. Con el tiempo, pasó a estar integrada principalmente por personas cuyo principal interés en las armas pasaba por la caza como una actividad recreativa o deportiva. Pero fue recién a partir de los setenta que adoptó la nueva identidad que hoy conocemos, la de defensora del derecho individual de cada ciudadano de poseer y portar armas para protegerse [Squires, *Gun Culture or Gun Control*, p. 64].

A diferencia de los *Black Panthers*, desde la NRA-ILA no solo utilizaron una retórica eminentemente constitucional, sino que también la cargaron de significado moral. Por un lado, apelaron a la segunda enmienda, empleando valores públicos que podían ser compartidos por amplios sectores de la política y de la sociedad. Procuraron expresar el reclamo exclusivamente en favor de un derecho a *poseer y portar armas*, respetando palabra por palabra el texto de la Constitución.

Por el otro, la narrativa de la protección personal y de la familia, en la que insertaban a la segunda enmienda, estaba dotada de una carga moral tan especial que lograron hacer de la causa por las armas una cuestión cultural y hasta casi religiosa. Insistieron con la idea de que la sociedad estaba dividida entre “ciudadanos” y “criminales”,<sup>28</sup> y que el Estado no podía regular el uso de las armas como si todos pertenecieran a los segundos. También, emplearon una retórica religiosa, en la cual la segunda enmienda era vista como un derecho otorgado por Dios cuya violación traería desastres para la Nación. Esto les permitió asociar su defensa a concepciones cristianas de lo que significaba ser un “verdadero estadounidense”.<sup>29</sup> Fueron tan efectivos en la construcción de su visión que, en pocos años, el imaginario social conservador pasaría a ver al poseedor de armas como un miembro valioso de la comunidad. Pronto, defender el derecho a portar armas pasó a tener el carácter de una obligación cívica, y la segunda enmienda a tener una identidad patriótica y cuasi religiosa.<sup>30</sup>

### C. Movilización y compromiso

La nueva estrategia retórica de la NRA-ILA y su acción concentrada en Washington D.C. explican gran parte de los cambios que comenzaban a gestarse en las plataformas políticas conservadoras. Pero su verdadero éxito en materia de movilización social lo alcanzaron al aliarse con la *Gun Owners of America* (“GOA”).

Fundada también en 1975, la GOA había aprendido a explotar las ventajas de utilizar el correo postal como método de comunicación directa. La base de votantes del Partido Republicano estaba transitando una mutación ideológica hacia posiciones libertarias en muchos aspectos, y comenzaba a desconfiar de la efectividad de un Estado fuerte y

---

<sup>28</sup> Ese año, Carter expondría en el Congreso en contra de un proyecto de ley, anunciando que “las personas respetuosas de la ley, y particularmente quienes poseemos armas, estamos cansados de ser culpados por el crimen” [Siegel, “Dead or Alive”, p. 208].

<sup>29</sup> Jessica Dawson, “Shall Not Be Infringed: How the NRA Used Religious Language to Transform the Meaning of the Second Amendment”, *Palgrave Communications* 5(58) (2019): p. 3.

<sup>30</sup> Dawson, “Shall Not Be Infringed”, p. 4.

presente. Si en los sesenta el Gobierno era visto como la solución a los problemas sociales del país, los setenta comenzaron un período de creciente hostilidad hacia la regulación gubernamental.

La GOA supo tomar ventaja de la gestación de esta “nueva derecha” y, en lugar de hacer política entre las filas del partido, se dirigió masivamente a sus votantes. La comunicación directa a través de cartas le permitió construir un mensaje que no podía ser filtrado por la cúpula partidaria, ni por los medios de comunicación. El temor que infundieron apelando a la desconfianza del Estado les permitió obtener un extraordinario financiamiento privado en favor de la causa por las armas.<sup>31</sup> La efectividad comunicacional de la GOA y la influencia política y retórica de la NRA-ILA se perfeccionaron en la creación de un Comité de Acción Política (“PAC”), dedicado exclusivamente al financiamiento de campañas electorales de candidatos pro-armas.

Con estos actores ejerciendo influencia sobre la nueva base de votantes de derecha y apoyando económicamente las campañas de sus representantes políticos, comenzó a ser evidente que el movimiento por las armas ya no podía ser ignorado por el Partido Republicano. Sus principales líderes comenzaban a moldear su discurso para introducir el reconocimiento de un derecho, cuya existencia habían ignorado o incluso rechazado diez años atrás. Uno de los primeros políticos en adoptar esta nueva narrativa fue el propio Ronald Reagan, quien comenzó a expresar su apoyo en un registro constitucional<sup>32</sup> y quien, pronto, se transformaría en el candidato predilecto del movimiento por las armas.

En muy poco tiempo, el Partido Republicano terminó abandonando la visión republicana respetuosa de “la ley y el orden” sobre la segunda enmienda, y pasó a adoptar la retórica libertaria que proponía el movimiento. Pocos años atrás, en 1972, su plataforma había priorizado que ningún criminal consiguiese un arma, mientras que, tan solo marginalmente, reconocía el derecho de los ciudadanos de “usar y tener armas de fuego para fines legítimos como la caza, la práctica deportiva y la protección personal”.<sup>33</sup> Ya para 1976, su nueva plataforma apoyaba abiertamente “el derecho de los ciudadanos de

---

<sup>31</sup> Era frecuente que las cartas incluyeran mensajes advirtiendo sobre los peligros que traería un desarme de la población civil. Por ejemplo, se alertaba que “si los criminales supieran que nosotros no podríamos conseguir nuestras armas de fuego legalmente para proteger a nuestras familias y a nuestra propiedad [...] el crimen se duplicaría” [Siegel, “Dead or Alive”, p. 214].

<sup>32</sup> Siendo aún Gobernador de California, en 1975 Ronald Reagan publicó en la revista *Guns&Ammo* un mensaje en contra de la regulación que combinaba ambas tradiciones, la republicana y la libertaria [Siegel, “Dead or Alive”, p. 209].

<sup>33</sup> Siegel, “Dead or Alive”, p. 215.

poseer y portar armas”.<sup>34</sup> La influencia del movimiento al expresar su reclamo respetando el lenguaje de la segunda enmienda era evidente: el partido dejó de referirse a un simple derecho de “usar y tener armas de fuego” (*use and own firearms*) para pasar a defender el derecho constitucional de “poseer y portar armas” (*keep and bear arms*).

Con el reconocimiento partidario de la narrativa construida, el movimiento consolidaba así un nuevo universo normativo –*nomos*–,<sup>35</sup> en el que la defensa de la segunda enmienda tenía, para sus miembros, la misma jerarquía que el cumplimiento de una obligación religiosa.<sup>36</sup> Pero, si bien este *nomos* requería un verdadero compromiso de vivir de acuerdo con él,<sup>37</sup> la vieja guardia de la NRA todavía disputaba esta visión. Sus autoridades habían apoyado diversas iniciativas de regulación;<sup>38</sup> e, incluso, llegaron a afirmar que la segunda enmienda era de “poca utilidad práctica” como argumento en contra del control de armas.<sup>39</sup> Para colmo, en 1976, decidieron que la Asociación mudaría sus oficinas a Colorado para dedicarse exclusivamente a las actividades deportivas al aire libre.<sup>40</sup> Esto fue un verdadero quiebre para su nueva membresía disidente, cuyo compromiso con el movimiento había alcanzado una suerte de “punto de no retorno”.

Liderados por Harlon Carter, planearon una toma de control hostil con el objetivo de corregir, finalmente, la identidad de la organización y su compromiso con la visión por la que venían luchando. En plena asamblea anual en mayo de 1977 ejecutaron una simulación coordinada, mediante la cual se petitionó y forzó la votación a viva voz del contenido del estatuto de la NRA y de la reelección de su cúpula. Los resultados de la movilización hecha durante aquellos años quedaron a la vista y la “Revolución de Cincinnati” (como se la conocería por la ciudad en que se celebró) concluyó con la adopción de un nuevo estatuto cuya misión pasó a ser la lucha inquebrantable en defensa de la segunda enmienda contra cualquier intento de control de armas. La NRA iniciaba, así, una nueva etapa bajo el liderazgo de Carter, quien fue elegido como su director ejecutivo ese mismo día. El lema que la sede central exhibía desde 1957 (“Educación

<sup>34</sup> Siegel, “Dead or Alive”, p. 215.

<sup>35</sup> Cover, “The Supreme Court”, p. 4.

<sup>36</sup> Dawson, “Shall Not Be Infringed”, p. 10.

<sup>37</sup> Cover, “The Supreme Court”, p. 7.

<sup>38</sup> Su director ejecutivo, Franklin Orth, había testificado en el Congreso en favor de la *Gun Control Act* de 1968: “*Creemos que ningún estadounidense cuerdo, que se llame a sí mismo estadounidense, podría objetar la introducción en esta ley del instrumento que mató al presidente de los Estados Unidos*”. Osha G. Davidson en Winkler, *Gunfight*, p. 253.

<sup>39</sup> Joan Burbick en Winkler, *Gunfight*, p. 65.

<sup>40</sup> Davidson en Winkler, *Gunfight*.

sobre Seguridad de Armas de Fuego, Entrenamiento de Puntería, Tiro Recreativo”) había quedado obsoleto y fue cambiado por uno representativo de la nueva visión del movimiento: “*El Derecho del Pueblo a Poseer y Portar Armas No Será Infringido*”.<sup>41</sup>

### III. La disputa por el cambio constitucional

Los movimientos sociales suelen construir narrativas que abarcan toda la historia humana, a veces, presentando su lucha como una historia ininterrumpida de liberación.<sup>42</sup> El grupo insurgente que tomó el control de la NRA justificó ese acto como si se hubiese tratado de algo más que un mandato constitucional. Para ellos fue una verdadera “revolución” que, en palabras de Harlon Carter, había sido hecha en defensa de “los derechos constitucionales inalienables del pueblo estadounidense de poseer y portar armas”.<sup>43</sup> Pero, a pesar de estar convencidos de esta particular y novedosa interpretación del texto constitucional, ella solo era respaldada por los propios actores del movimiento. La interpretación “oficial” de la segunda enmienda seguía teniendo estricta relación con un derecho colectivo de la milicia y el movimiento estaba decidido a disputarlo en todos los planos necesarios.

Tras la “Revuelta en Cincinnati”, la NRA publicó, a través de *American Rifleman* – su más exitosa e influyente revista –, un artículo en el que afirmaba que la Constitución consagraba un derecho individual a la portación de armas, rechazaba la existencia de cualquier tipo de evidencia histórica y jurídica que diese cuenta de un derecho colectivo, y concluía con que todos los precedentes de la Corte Suprema en la materia estaban errados.<sup>44</sup> Sin embargo, ninguna cantidad de publicaciones de este estilo hubiese sido suficiente. El *nomos* que el movimiento había construido sin la ayuda del Estado, ahora, lo necesitaba para legitimarlo. Estos ejercicios de constitucionalismo popular<sup>45</sup> requerían de la institucionalidad estatal para transformarse en la interpretación “oficial” de la segunda enmienda. Para ello, necesitaban convertir sus reclamos políticos en política

<sup>41</sup> Winkler, *Gunfight*, p. 68. El resaltado es propio.

<sup>42</sup> Charles Tilly, “Social Movements as Historically Specific Clusters of Political Performances”, *Berkeley Journal of Sociology* 38 (1993): p. 9.

<sup>43</sup> Davidson en Winkler, *Gunfight*, p. 68.

<sup>44</sup> Lo más curioso es que, antes de los sesenta, *American Rifleman* no había hecho una sola mención a la segunda enmienda [Bubrick en Winkler, *Gunfight*, p. 65].

<sup>45</sup> Larry Kramer, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2011).

constitucional e, idealmente, en un verdadero cambio constitucional. La década de los ochenta ofreció la oportunidad propicia para lograrlo.

### A. Política legislativa constitucional

Tras ganar las elecciones presidenciales de 1980, Reagan plasmó en actividad institucional todo lo realizado por el movimiento. Sin embargo, su éxito en esta etapa no se debe a que sus pretensiones se transformaron en política pública, para lo que hubiese bastado con la derogación de la legislación vigente en materia de control de armas. La administración de Reagan también respetó la narrativa del derecho individual a la protección personal, reivindicando y legitimando sus interpretaciones constitucionales sobre la segunda enmienda.

Con mayoría republicana en ambas Cámaras, el movimiento logró plasmar su visión en política legislativa constitucional. Una de las primeras medidas tomadas por el Senado en la materia fue encargar al Subcomité de la Constitución un reporte sobre el significado histórico de la segunda enmienda. El documento, titulado *El Derecho a Poseer y Portar Armas*, fue presentado en 1982 y anunciaba haber descubierto la

clara –y hace tiempo perdida– prueba de que la segunda enmienda de nuestra Constitución fue pensada como un derecho individual del ciudadano americano de poseer y portar armas de manera pacífica, para la protección propia, de su familia, y de sus libertades.<sup>46</sup>

Concluía afirmando que “la historia, concepto, y fraseo de la segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos [...] indica que lo que es protegido es un derecho individual”.<sup>47</sup>

Este documento sirvió, luego, de base para establecer los términos en los que se derogaría la legislación existente en materia de control de armas. Gracias a estratégicas donaciones de campaña hechas por la NRA,<sup>48</sup> el movimiento consiguió los votos necesarios para que el Congreso sancione, en 1986, la *Firearms Owners Protection Act*. Entre los considerandos sobre los motivos por los que se dejaba sin efecto parte de la *Gun Control Act* de 1968, se explicaba que:

el Congreso encuentra que [...] el derecho de los ciudadanos [...] de poseer y portar armas bajo la segunda enmienda de la Constitución de

<sup>46</sup> Comité de Asuntos Jurídicos del Senado, *The Right to Keep and Bear Arms: Report of the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary* (Washington, D.C., 1982), p. V.

<sup>47</sup> Comité de Asuntos Jurídicos del Senado, *The Right to Keep and Bear Arms*, p. V.

<sup>48</sup> Sam Musa, “The Impact of NRA on the American Policy”, *Journal of Political Sciences & Public Affairs* 4, Nro. 4 (2016): p. 4.

los Estados Unidos [...] requiere legislación adicional para corregir las leyes existentes sobre armas de fuego.<sup>49</sup>

Lo que el movimiento lograba con respecto a las armas no era solo en materia de política pública; no se trataba del Congreso haciendo honor a las pretensiones mayoritarias del momento. Al respetar la narrativa, lo que el Congreso hacía era ejercer la actividad legislativa por estricto mandato de la Constitución. Este mismo acto de constitucionalismo legislativo consagró, en derecho, los principios que la “nueva derecha” venía construyendo desde los setenta.<sup>50</sup>

## **B. Derecho constitucional**

La política legislativa de Reagan consagró las pretensiones materiales del movimiento. El Estado no solo dictaba leyes que repudiaban el control de armas, sino que lo hacía en un registro constitucional reivindicativo de la segunda enmienda como un derecho individual, nunca como uno colectivo. Sin embargo, su verdadero éxito estuvo en la cristalización perdurable de esta victoria. Después de todo, gobiernos venideros siempre podrían cambiar la legislación vigente, pero lo que ninguno podría revertir sin más era el verdadero cambio constitucional.

Edwin Meese, Procurador General desde 1985, se dedicó, durante el segundo mandato de Reagan, a institucionalizar la revolución jurídica y a legitimar la “nueva” segunda enmienda que el Congreso había plasmado a través de legislación federal. Como la jurisprudencia de la Corte Suprema no acompañaba esta visión, lo primero que hizo fue realizar un ataque directo hacia ella, desafiando la propia idea de supremacía judicial e instando a no confundir a la Constitución con los pronunciamientos judiciales, dado que, después de todo, no se trataba del gobierno de la judicatura.

Naturalmente, la disputa por el cambio constitucional debía llevarse a cabo por fuera del procedimiento de enmienda del artículo V de la Constitución, cuyas mayorías y consensos nacionales eran imposibles de alcanzar sobre una materia que trazaba una verdadera división ideológica entre partidos. Meese encontró, en la academia jurídica, un aliado ideal que le proveyó de una herramienta que probaría ser invaluable en esta

---

<sup>49</sup> *Firearms Owners' Protection Act*, Public Law Nro. 99-308.

<sup>50</sup> Siegel, “Dead or Alive”, p. 216.

empresa: la interpretación originalista. Los *think tanks* conservadores<sup>51</sup> habían revolucionado la crítica contra el activismo judicial progresista e, influenciados por los escritos de Raoul Berger y Robert Bork, dejaron de exigir a los tribunales un construccionismo estricto en la interpretación del texto constitucional y pasaron a instar para que se respetaran las intenciones originales de sus autores.

En la disputa por cambiar el significado de la Constitución, a fuerza de nuevos pronunciamientos, la interpretación originalista le permitió al movimiento legitimar su particular pretensión de activismo judicial, algo que en otras circunstancias hubiese aborrecido. Lejos de asumir que sus pretensiones implicaban un genuino cambio constitucional, la transformación del derecho que buscaba el movimiento estaba supuestamente justificada en un redescubrimiento de los principios y compromisos fundacionales de la Nación.<sup>52</sup> La diferencia era clara: el cambio así justificado no respondería a las consideraciones valorativas de los jueces, sino al significado original de la Constitución. No era necesario enmendarla si lo que se buscaba era *restaurarla*.

El originalismo resultó ser el vehículo ideal para el cambio constitucional que necesitaba el movimiento. Bajo la dirección de Meese, el Departamento de Justicia se aseguró de asesorar a Reagan en el nombramiento de jueces conservadores y se pronunció, en varias ocasiones, en favor de su adopción como metodología oficial de interpretación constitucional.<sup>53</sup> El énfasis constante en el retorno al significado original y a la prerrogativa departamental de desafiar las interpretaciones constitucionales hechas por la Corte Suprema le dieron a la política constitucional del movimiento una verdadera forma jurisprudencial.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Entre los principales, por ejemplo, se encontraban la Heritage Foundation, Free Congress Foundation, Weyrich's Heritage Foundation, Center for Judicial Studies, entre otros [Siegel, "Dead or Alive", pp. 217-218].

<sup>52</sup> Estoy en deuda con Ramiro Álvarez Ugarte por haberme sugerido explicar parte del fenómeno que describo en función del "mito del redescubrimiento", una idea que ha mediado otras instancias de activismo gubernamental para justificar la transformación pretendida como el regreso a principios y compromisos fundacionales, negando o ignorando la capacidad constitucional generativa del pueblo. Al respecto, ver Bruce Ackerman, *We the People. Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), p. 43.

<sup>53</sup> En 1987, el Departamento de Justicia publicó *Original Meaning Jurisprudence: a Sourcebook*, un reporte en el que se incluían extractos de la producción académica del libro de Berger, *Government By Judiciary*, y un discurso de Antonin Scalia, quien había sido nominado por Reagan a la Corte Suprema un año atrás. Al año siguiente, publicó *Guidelines on Constitutional Litigation* y *The Constitution in the Year 2000: Choices Ahead in Constitutional Interpretation*, siempre instando a las autoridades federales (jueces, fiscales y defensores) a interpretar el texto constitucional por remisión a su significado original.

<sup>54</sup> Siegel, "Dead or Alive", p. 218.

Pero la academia jurídica no solo brindó al movimiento teorías interpretativas de las que alimentarse para legitimar su reclamo de activismo judicial conservador. Aportó también vastísima producción escrita que hizo de respaldo científico a esta nueva visión constitucional. Antes de 1959, existía tan solo un puñado de artículos sobre la segunda enmienda, todos en referencia al derecho colectivo de las milicias. Entre 1980 y 1999, en cambio, se publicaron en distintas revistas jurídicas ciento veinticinco trabajos de investigación que alegaban haber encontrado en aquella un derecho individual.<sup>55</sup> El cambio de paradigma fue tan brusco que esta nueva visión de la enmienda pasó a llamarse “el modelo estándar”.<sup>56</sup> La gran mayoría de estos trabajos habían sido encargados y financiados por la propia NRA, pero pronto, también, juristas de renombre comenzaron a aportar credibilidad sobre la teoría de un derecho individual.<sup>57</sup>

El originalismo había ayudado al movimiento a transmutar su política constitucional en derecho constitucional. Reagan demostró que remitirse a “la Constitución de los fundadores” podía legitimar las demandas conservadoras de cambio constitucional y la academia jurídica se encargó de darle el respaldo científico necesario.

#### IV. Heller

Comenzando el nuevo milenio, algunos actores del movimiento creían que era necesario un pronunciamiento judicial que pudiese consolidar, de una vez por todas, su interpretación de la segunda enmienda. Si bien habían logrado instalar esta idea en el inconsciente colectivo estadounidense, en el ámbito jurídico calificado todavía se seguía

---

<sup>55</sup> Robert J. Spitzer en Winkler, *Gunfight*, p. 95

<sup>56</sup> Carl T. Bogus en Winkler, *Gunfight*, p. 96.

<sup>57</sup> Por ejemplo, en 1989, el profesor Sanford Levinson publicó un artículo en el que se refería al abordaje que la academia jurídica había dedicado a la segunda enmienda, tratándola como una cláusula “vergonzosa”. Allí reflexionó que “la mejor explicación [que encuentro] para la ausencia de la Segunda Enmienda en la conciencia legal académica [...] se deriva de una mezcla de exclusiva oposición a la idea de propiedad privada de armas y tal vez un miedo subconsciente de que [...] interpretaciones ‘ganadoras’ de la Segunda Enmienda puedan presentarnos obstáculos para aquellos de nosotros que apoyamos su regulación prohibitiva” [Sanford Levinson, “The Embarrassing Second Amendment”, *The Yale Law Journal* 99, Nro. 3 (1989): p. 642]. Dos años después, el profesor Akhil Amar argumentó en favor de una reinterpretación de la segunda enmienda: “[e]l derecho a poseer y portar armas [ha] sido históricamente visto como un derecho político, un derecho de los ciudadanos. Por lo tanto, en el núcleo de la segunda enmienda, el ‘pueblo’ eran los ciudadanos -el mismo ‘nosotros el pueblo’ que en las convenciones había ‘ordenado y establecido’ la Constitución” [en Akhil Amar, “The Bill of Rights as a Constitution”, *The Yale Law Journal* 100, Nro. 5 (1991): p. 1164].

debatendo si aquella reconocía un derecho colectivo o un derecho individual.<sup>58</sup> Solo un fallo de la Corte Suprema tendría la fuerza *jurispática*<sup>59</sup> suficiente para sepultar las interpretaciones alternativas y consagrar, como ley suprema, el mundo normativo construido por el movimiento. Cuarenta años de constitucionalismo popular necesitaban ahora un poco de supremacía judicial.

### A. La estrategia

En 2002, un pequeño grupo de abogados del *Institute for Justice* –una organización por los derechos civiles de inclinación libertaria– decidió que era necesario actuar cuanto antes. Ese mismo año, la Corte Suprema había denegado el *certiorari* a un criminal que había sido condenado por poseer un revólver de manera ilegal, quien recurrió su sentencia alegando que la condena violaba su derecho constitucional a poseer y portar armas.<sup>60</sup> La Corte llevaba setenta años sin tomar un caso sobre la segunda enmienda, pero cuando decidiese hacerlo sería de vital importancia que el demandante sea alguien con quien los jueces pudiesen empatizar y no un violento criminal. Para ello, tendrían que fabricar un caso.

El abogado a cargo de la parte estratégica, Alan Gura, decidió que litigarían en Washington D.C. Por un lado, sería más fácil alegar un daño contra las leyes más restrictivas del país en materia de regulación de armas, cuyo uso estaba completamente prohibido incluso para la protección personal dentro del hogar. Por el otro, la capital estadounidense era la jurisdicción ideal para litigar una cláusula no muy explorada de la Declaración de Derechos. Pensados originalmente como protecciones contra el gobierno federal, los derechos allí reconocidos tuvieron que ser “incorporados” por la jurisprudencia de la Corte para poder ejercerse contra los gobiernos locales.<sup>61</sup> Litigar en jurisdicción federal les permitiría enfocarse en convencer a la Corte de la existencia de un derecho individual, sin tener que preocuparse por persuadirla, además, de hacerlo oponible a los cincuenta estados.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Esta disputa se arrastraba desde la explosión de la nueva literatura sobre la segunda enmienda. Por ejemplo, ver Don B. Kates, “Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment”, *Michigan Law Review* 82, Nro. 2 (1983): p. 204.

<sup>59</sup> Cover, “The Supreme Court”, p. 40.

<sup>60</sup> *United States v. Emerson*, 270 F.3d 203 (5th Cir. 2001), *cert. denegado*, 536 U.S. 907 (2002).

<sup>61</sup> “Hasta la fecha, las cortes no han [...] incorporado el derecho a poseer y portar armas en la Cláusula del Debido Proceso [ni la han] aplicado contra los gobiernos estatales” [en Randy E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty* (Princeton: Princeton University Press, 2004), p. 348].

<sup>62</sup> Robert A. Levy en Winkler, *Gunfight*, p. 50.

En la búsqueda por el “damnificado perfecto”, el grupo de abogados se inspiró en la experiencia del movimiento por los derechos civiles. Tal como lo había hecho Thurgood Marshall sesenta años atrás, procuraron encontrar clientes con quienes el público pudiese empatizar y con buena presencia ante los medios. Tras un exhaustivo casting, seleccionaron a seis personas cuyas historias de inseguridad y de violencia en manos de criminales daban cuenta de su apremiante necesidad de utilizar un arma para la protección personal. Entre ellos se encontraban: Shelly Parker, una afroamericana que recibía constantes amenazas de muerte por parte vendedores de droga; Tom Palmer, un hombre blanco homosexual que ya se había visto obligado a utilizar un arma de fuego para defenderse de ataques homofóbicos; y, Dick Heller, un guardia de seguridad blanco cuya casa había sido baleada por desconocidos. Se decidió que la cara visible del grupo sea Shelly y, en febrero de 2003, se inició *Parker v. District of Columbia*.

El camino a la Corte Suprema estuvo plagado de obstáculos, algunos de ellos incluso interpuestos por el principal actor del movimiento. Temerosa de un fallo adverso que termine legitimando el control de armas, la NRA hizo cuanto pudo para convencer a Gura y a su equipo de que desistan. Como decidieron seguir adelante sin el aval de la Asociación, esta inició una demanda gemela y petitionó la conexidad de ambas causas para tomar el control del litigio. También recurrió al lobby para intentar derogar la ley impugnada y que el caso de Gura se volviese abstracto. En el ínterin, ambas causas recibieron dos fallos adversos de la Cámara de Apelaciones por el mismo motivo.<sup>63</sup> El supuesto daño que la ley les había causado a los accionantes era tan solo conjetural: como ninguno había solicitado algún tipo de autorización para comprar un arma, no tenían los elementos para alegar que un eventual rechazo los hubiese privado de defenderse. La única excepción fue Dick Heller, quien, como guardia de seguridad, poseía un arma que solo podía portar en su lugar de trabajo. Pero, momentos antes de iniciar la demanda, había petitionado poder transportarla hacia su hogar, cuya denegatoria administrativa terminó salvando el caso. La demanda de la NRA se quedó sin damnificados y fue desestimada,<sup>64</sup> mientras que la de Alan Gura pudo continuar con Heller como único

<sup>63</sup> Bryan Doherty en Winkler, *Gunfight*, p. 92.

<sup>64</sup> *Seegars v. Ashcroft*, 396 F.3d 1248 (D.C. Cir. 2005).

accionante.<sup>65</sup> Luego de una sentencia de fondo a favor de Gura, la ciudad recurrió la decisión y, en 2007, la Corte Suprema finalmente concedió el *certiorari*.<sup>66</sup>

## B. La decisión

Un estudio hecho en 1984, sobre setecientos fallos de jueces nombrados por Reagan durante su primer mandato, concluía con una predicción: la selección de jueces que él hiciera sería su herramienta más exitosa en la protección de sus conquistas políticas.<sup>67</sup> *Heller* parecería haber confirmado la conclusión de ese estudio.

Sorprendentemente, sin embargo, la clave del fallo no está en los argumentos de cada voto. Para dilucidar si lo que consagra la segunda enmienda es un derecho colectivo de la milicia o un derecho individual de cualquier ciudadano, tanto la opinión de la mayoría como la disidencia llevaron a cabo un ejercicio de arqueología jurídica: se redescubrieron documentos históricos que arrojaban luz sobre la intención de los fundadores, diccionarios de la época que explicaban el significado público de cada uno de los términos en disputa (“milicia”, “poseer”, “portar”, “arma”) y lo escrito por juristas contemporáneos sobre la posición del derecho inglés en la materia. Por cada embate persuasivo de un lado, el otro tuvo uno igualmente convincente.<sup>68</sup>

En realidad, la clave en *Heller* está en lo que no nos puede contar, en todos aquellos aspectos del caso y del razonamiento judicial que se relacionan indirectamente con elementos del movimiento por el derecho a las armas. La producción académica que Alan Gura utilizó para respaldar sus argumentos constitucionales, por ejemplo, surgió de los más de ciento veinte trabajos de investigación escritos por integrantes del movimiento entre 1980 y 1999. La NRA, decidida finalmente a apoyarlo, logró conectarse con decenas de grupos de interés que pudiesen contribuir desde distintos frentes. Como resultado, nada menos que cuarenta y siete *amici curiae* fueron presentados en apoyo de Dick Heller.<sup>69</sup> Además, el voto de la mayoría estuvo a cargo de Scalia, nominado por Reagan a la Corte Suprema en 1986 y cuyos trabajos sobre interpretación constitucional habían sido oficialmente auspiciados por el Poder Ejecutivo de aquella época.

<sup>65</sup> *Parker v. District of Columbia*, 478 F.3d 370 (D.C. Cir. 2007).

<sup>66</sup> *District of Columbia v. Heller* 128 S. Ct. 645 (2007), *Cert.* concedido.

<sup>67</sup> Siegel, “Dead or Alive”, p. 219.

<sup>68</sup> J. Harvie Wilkinson III, “Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law”, *Virginia Law Review* 95, Nro. 2 (2009): p. 271.

<sup>69</sup> Musa, “The Impact of NRA on the American Policy”, p. 4.

Si prestamos atención, en el voto de Scalia se trasluce el mismo movimiento social. La visión del control de armas que terminó triunfando no fue la “republicana”, sino la “libertaria”, que consagraba la protección personal armada como una libertad individual impenetrable para el Estado. Según Scalia, la mayoría “había observado que, por el motivo que sea, los revólveres son el arma más popular escogida por los estadounidenses en la protección personal dentro del hogar, y una completa prohibición de su uso es [por lo tanto] inválida”.<sup>70</sup>

Además, la incómoda referencia que el texto constitucional hace a una “milicia bien ordenada” fue resuelta fácilmente calificándola como un mero prefacio que solo anuncia uno de los propósitos posibles de la cláusula operativa: “el derecho del pueblo a poseer y portar armas”.<sup>71</sup> Para Scalia, el prefacio se había estado leyendo mal todo este tiempo,<sup>72</sup> y, es por ello que, “en la narrativa histórica que [los recurrentes] auspician, [se haya tratado] a la Segunda Enmienda como un caso atípico, protegiendo un derecho desconocido”.<sup>73</sup> Pero dividir la segunda enmienda en dos cláusulas separadas no era para nada “natural”, sino que fue propuesto por Nelson Lund en 1996, un abogado por cuyo trabajo académico recibió una generosa recompensa de la NRA;<sup>74</sup> y a quien la *Federalist Society* le encomendó, ese mismo año, el discurso celebratorio de *Heller* en su convención anual.<sup>75</sup>

En cuanto a los argumentos presentados sobre la necesidad de regular el uso de armas de fuego para resolver el problema de la violencia armada en el país, Scalia recurrió a la misma maniobra que había utilizado el movimiento décadas atrás. Sin perjuicio de reconocer el problema, aclaró que la consagración de derechos constitucionales imposibilitaba considerar la validez de ciertas medidas de política pública, como lo sería, en este caso, una prohibición absoluta de la posesión de revólveres.<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> Fallo *Heller*, 554 U.S. 570 (2008), pp. 57-58. El agregado es propio.

<sup>71</sup> “La Segunda Enmienda está naturalmente dividida en dos partes: su cláusula prefacio y su cláusula operativa. La primera no limita gramaticalmente a la última, sino que anuncia un propósito” [Fallo *Heller*, 554 U.S. 570 (2008), p. 2].

<sup>72</sup> “En cuanto a los ‘cientos de jueces’ [...] que se han apoyado en la visión de la Segunda Enmienda que Stevens alega que nosotros avalamos en Miller: si fue así, leyeron mal Miller” [Fallo *Heller*, 554 U.S. 570 (2008), p. 52, nota al pie nro. 24].

<sup>73</sup> Fallo *Heller*, 554 U.S. 570 (2008), p. 30. El agregado es propio.

<sup>74</sup> Nelson Lund en Siegel, “Dead or Alive”, p. 239.

<sup>75</sup> Winkler, *Gunfight*, p. 281.

<sup>76</sup> Fallo *Heller*, 554 U.S. 570 (2008), p. 64.

Por último, en lo que pareciera recordar al mensaje de Harlon Carter consagrando su “revolución” dentro de la NRA como reivindicativa no solo de un derecho constitucional, sino de un “derecho inalienable”, Scalia concluyó ubicando a este derecho un escalón todavía más arriba. No es *otorgado* por la segunda enmienda, sino solamente *reconocido* por ella: el derecho a poseer y portar armas, en realidad, es un derecho *pre-existente* a la propia Constitución.<sup>77</sup>

## V. Conclusión

El *Guns Right Movement* no puede circunscribirse al rol de un único actor o grupo en concreto. Tampoco sería posible explicar el devenir de un movimiento social de manera lineal, sin interrupciones o tensiones internas.<sup>78</sup> De hecho, su historia está plagada de contradicciones, de participaciones inesperadas y de algunos apoyos contraintuitivos. La ya existente cultura de armas estadounidense no hubiese podido, por sí sola, realizar una revolución política y jurídica. Fue necesario, además, un movimiento social que defiende el derecho a la portación de armas expresado como un valor público, enmarcado en una narrativa que le dé un significado que pudiera persuadir a la comunidad de su existencia y su necesidad. El movimiento logró este éxito una vez que pudo anclarlo en el lenguaje de la segunda enmienda y logró asociar su defensa al cumplimiento de una obligación moral o religiosa, algo de crucial importancia para esta “nueva derecha” que había comenzado a emerger en los setenta. No hubiese sido posible movilizar a grandes sectores de la sociedad si no se enmarcaba cualquier intento de regulación estatal como un ataque directo a la identidad del “verdadero ciudadano estadounidense”.

La historia del movimiento nos demuestra que no es necesaria la participación del Estado para la creación de un mundo normativo. El nuevo significado constitucional propuesto contrariaba doscientos años de jurisprudencia, por lo que su victoria puede ser vista como un verdadero ejercicio de constitucionalismo popular. Sin embargo, el reconocimiento brindado por el Estado le dio el respaldo departamentalista<sup>79</sup> que necesitaba para que su visión se transforme en genuino derecho constitucional. Si bien

<sup>77</sup> “La segunda enmienda, como la primera y como la cuarta, codifican un derecho pre-existente. El propio texto de la segunda enmienda implícitamente reconoce la pre-existencia del derecho y solo declara que ‘no podrá ser infringido’. Como hemos dicho [...], ‘este no es un derecho otorgado por la Constitución’”. Fallo *Heller*, 554 U.S. 570 (2008), p. 19.

<sup>78</sup> Tilly, “Social Movements as Historically Specific Clusters of Political Performances”, p. 3.

<sup>79</sup> Reva Siegel y Robert Post, “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”, en *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2013), p. 133.

ese poder *jurisgenético* le pertenecía al movimiento, también otras visiones constitucionales disputaban el significado de la segunda enmienda. Solo la fuerza *jurispática* de un pronunciamiento autoritativo de la Corte Suprema de los Estados Unidos pudo sepultar las visiones alternativas y convertir la del movimiento en ley suprema.<sup>80</sup>

*Heller* ha sido presentado como un “triunfo del originalismo”. Sin embargo, como han reconocido incluso sectores conservadores de la academia jurídica,<sup>81</sup> no es más que una forma novedosa de activismo judicial conservador. *Heller* fue, en definitiva, el resultado exitoso de cuarenta años de movilización social.

## VI. Bibliografía

- Ackerman, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Amar, Akhil R. “The Bill of Rights as a Constitution”. *The Yale Law Journal* 100, Nro. 5 (1991): pp. 1131-1210.
- Amar, Akhil R. *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*. Yale University Press, 1998.
- Anthony, Earl. *Picking Up the Gun. A Report on the Black Panthers*. Nueva York: The Dial Press, 1970.
- Barnett, Randy E. *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- Cover, Robert. “The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: *Nomos* and Narrative”. *Harvard Law Review* 97 (1983): pp. 4-68.
- Dawson, Jessica. “Shall Not Be Infringed: How the NRA Used Religious Language to Transform the Meaning of the Second Amendment”. *Palgrave Communications* 5, Nro. 58 (2019): pp. 1-13.

---

<sup>80</sup> Curiosamente, fue así como se pronunció Scalia al concluir su voto: “[...] no es el rol de esta Corte declarar extinta a la Segunda Enmienda” [Fallo *Heller*, 554 U.S. 570 (2008), p. 64].

<sup>81</sup> Ver, por ejemplo, Wilkinson III, “Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law”, p. 274. En el mismo sentido, resultan reveladoras las declaraciones del ex juez conservador y presidente de la Corte Suprema, Warren Burger, quien afirmó que la interpretación de la segunda enmienda como consagrativa de un derecho individual era “uno de los fraudes más grandes -repito la palabra ‘fraude’- cometidos por grupos especiales de interés sobre el pueblo estadounidense que haya visto en mi vida” [Winkler, *Gunfight*, p. 25].

- Foner, Phillip (ed.). *The Black Panthers Speak*. Chicago: Haymarket Books, 2014.
- Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John. *The Federalist Papers*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Kates, Don B. "Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment". *Michigan Law Review* 82, Nro. 2 (1983): pp. 204-273.
- Kramer, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- Levinson, Sanford. "The Embarrassing Second Amendment". *The Yale Law Journal* 99, Nro. 3 (1989): pp. 637-659.
- Maier, Pauline. *Ratification: the people debate the Constitution, 1787-1788*. Nueva York: Simon & Shuster, 2010.
- Musa, Sam. "The Impact of NRA on the American Policy". *Journal of Political Sciences & Public Affairs* 4, Nro. 4 (2016).
- Siegel, Reva. "The Jurisgenerative Role of Social Movements in United States Constitutional Law". *SELA Papers* (2004).
- Siegel, Reva. "Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller". *Harvard Law Review* 122 (2008): pp. 191-245.
- Siegel, Reva y Post, Robert. "Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial". En *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.
- Squires, Peter. *Gun Culture or Gun Control? Firearms, Violence and Society*. Routledge, 2000.
- Tilly, Charles. "Social Movements as Historically Specific Clusters of Political Performances". *Berkeley Journal of Sociology* 38 (1993): pp. 1-30.
- Wilkinson III, J. Harvie. "Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law". *Virginia Law Review* 95, Nro. 2 (2009): pp. 253-323.
- Williams, David C. *The Mythic Meanings of the Second Amendment. Taming Political Violence in a Constitutional Republic*. Londres: Yale University Press, 2003.
- Winkler, Adam. *Gunfight. The Battle over the Right to Bear Arms in America*. Nueva York: W. W. Norton & Company, 2013.