

EL ORDEN DE LOS PODERES. HISTORIAS CONSTITUYENTES DE LA TRINIDAD CONSTITUCIONAL

Bartolomé Clavero

Trotta, Madrid

322 pp.

18 €

Otra verdad incómoda

José M. Portillo Valdés

1 mayo, 2008

Los espejismos usuales de la historiografía constitucional no son nada inocentes. Velan las propias particularidades. Legitiman. Figuren o no en la Constitución y con independencia de los poderes que la misma genere, sostenga o respalde, la lógica de la secuencia entre *ley-gobierno-justicia* se impone con vida propia como única concebible» (p. 226).

«La sombra de Jefferson es alargada. Geneva advierte que, cuando se acusan estos detalles de colonialismo potenciado por competencia ejecutiva en política exterior, opera todavía la tendencia a tomarlos en cambio como desarrollos al margen o incluso a espaldas de los planteamientos constitucionales. Parece éste un entendimiento tan común que a menudo ni se hace explícito. La historiografía constitucional y el propio constitucionalismo pueden, por lo común, permitirse el lujo redondo de la ignorancia supina» (http://www.centro.us.es/derecho/clavero/orden_poderes.pdf p. 13).

Si se añaden a estas citas la que hace el autor de una carta del segundo presidente de los Estados Unidos, John Adams, a su esposa Abigail (Quincy) Adams (pp. 83-84), liquidando con burla toda posibilidad de que negros, indios o mujeres pudieran tener voz política, creo que puede el lector tener idea cabal de la propuesta ensayística de Clavero en este libro, complementado con el texto referido en la segunda cita, disponible en Internet. Para resumir en una frase el propósito del libro, me valdría de una del propio autor: enmienda a la totalidad. Entiéndase a la totalidad de la historiografía constitucional. El motivo lo da el personaje con quien el autor mantiene una animada conversación sobre este libro, y mucho más, en esa parte publicada en la red, Geneva Crenshaw, a través de quien confiesa su sensación de que el libro se queda corto, pues debería haber comenzado por no aceptar siquiera la cronología establecida del constitucionalismo. De tales magnitudes es, según Clavero, el desenfoque y, sobre todo, sus consecuencias político-constitucionales para el presente.

Arranca el libro, no obstante, ajustándose a la cronología habitual de las historias del constitucionalismo. Afirma Clavero sentirse tentado incluso de iniciar camino allí donde mandan los cánones más apegados a la textualidad constitucional, por América en 1776. Si lo hace, sin embargo, por John Locke es como por concesión a la galería y para que no se diga que, junto a Montesquieu –padre por antonomasia del invento, aunque putativo–, no salieron en la foto. Aprovecha ya el viaje para introducir también a William Blackstone, que tanto juego le da posteriormente. Componen junto a ello una primera parte del libro («Arranques de poderes») entradas por América del Norte entre 1776 y 1804, por Francia entre 1789 y 1791, por Hispanoamérica (con su península europea incluida) entre 1810 y 1812 y, finalmente, por Europa en 1814-1815. Prosigue el libro, bajo epígrafe de «Dilataciones de poderes», con una serie de andanadas dirigidas sin miramiento alguno a la línea de flotación de la cultura de la historiografía constitucional, mostrando cómo esclavitud, posición dominante del varón, monarquía, negación de ciudadanía y de derechos formaron parte no accesorio sino principal de la cultura de la constitución en Euroamérica. Además de las conclusiones y de indicaciones sobre lecturas y debates que se extienden del libro a la red, hay por medio otra parte que, cual puzzle constitucional, va visitando momentos de «reconstitución de poderes» que ya se desparraman por Europa, América (anglo, hispana, francesa, africana e indígena) y África. De modo que el núcleo del libro de Clavero viene trazado por los momentos de arranque, dilatación y reconstitución. Dicho de otro modo, la lógica de su abordaje es historiográfica. Otra cosa distinta es que lo sea su propósito.

La lectura de este libro debe estar prevenida de ello, y debe también situarse en una propia historia de la reflexión que el autor viene dedicando al asunto desde comienzos de los años ochenta. Centradas en España, pero rápidamente desbordado el espacio buscando contrastes y referencias, aquellas primeras incursiones de Clavero en la historia constitucional llevaban ya el enfoque centrado en la crítica del supuesto más habitualmente manejado por la historiografía constitucional y, sobre

todo, por la ciencia política y jurídica del constitucionalismo¹. Remiten precisamente ambas habitualmente a la historia de todo ello para datar los orígenes de ideas relacionadas con la imputación de derechos a sujetos individuales y para la entrada en escena de la división de poderes como garantía de derechos. Inicialmente, la intención fue establecer los límites al discurso de los derechos desplegado por la cultura de la constitución en sus momentos fundacionales, haciendo sobre todo causa de la determinación del sujeto individual de imputación, además de plantear las consecuencias de orden constitucional que se deducían de la asunción de la cultura de derechos, así como de su perversión. Como el autor confiesa abiertamente en la parte ya más postrera de este trabajo, la que se encuentra en la red, «los derechos literalmente me encadilaban» (p. 51). Servía al efecto muy oportunamente una práctica que se continúa en esta nueva aportación, consistente en el tratamiento transfronterizo de la historia constitucional².

La presentación de *El orden de los poderes* advierte al lector que la posición de abordaje aquí es otra, la de la constitución de los poderes, pero con conciencia plena y recuerdo constante de su determinante relevancia para la «clave de los derechos» (p. 15). En sus precedentes aportaciones críticas insistía Clavero en la contraposición entre una cultura de prevalencia de los derechos respecto de la constitución derivada precisamente de su condición increada por la propia constitución, y otra que otorgaba de entrada a la voluntad de autoridad –legislativa o ejecutiva– la primacía sobre los derechos, pudiéndolos así regular y modular como concesiones o simples libertades dependientes². Se intuía ahí ya la cuestión que preocupa más al libro que comento aquí, esto es, cuál sea la relación entre poderes y derechos. Como señalaba Clavero en un ensayo sobre la constitución española de 1869, el punto consistía en la capacidad desarrollada por el constitucionalismo para, incluso en ese caso tan claro de constitución fundada en derechos, sobreponer finalmente el poder a la libertad⁴.

«Si por mí fuera, comenzaría directamente por América en 1776» (p. 39). La tentación se justifica por la propia tesis de fondo que defiende el autor: los poderes surgen –y pueden por ello disponerse, dividirse, equilibrarse o aglutinarse– sólo cuando se activa un poder constituyente. Esta afirmación que puede parecer una simpleza es, sin embargo, exactamente la idea contraria a lo que más habitualmente se enseña y transmite al respecto. Implica, por un lado, que con anterioridad a la aparición en escena de ese poder no pudo haber tampoco propiamente acumulación de *poderes* en la persona del príncipe (otra cosa es que no hubiera despotismo, pero, como Montesquieu explicó, tenía más que ver con la concepción patrimonial del reino que con la acumulación de *poderes*). El momento de creación e institución de poderes es, por otro lado, coincidente también con la proclamación de la pre y supraconstitucionalidad de los derechos, generando así una relación compleja entre ambos: poderes y derechos. Por ello se preferiría arrancar de 1776, porque es entonces cuando ambos elementos de la ecuación están más a la vista. Locke, Blackstone o incluso Montesquieu no es que estén de más, pero sí en otra onda.

No obstante, la longitud de la misma es larga, tanto que llega al momento preferido por Clavero de los años setenta del Setecientos con los tres nombres sonando alto y claro en América del Norte. Más aún, y aunque este es uno de los sacrificios que hace este libro y que iré señalando, está ahí también en esa onda de frecuencia larga resonando en 1776 un profundo debate de no poco calado para el

asunto que se trae Clavero entre manos y que también había protagonizado, en parte, John Locke junto a Pierre Bayle y otros intelectuales de finales del Seiscientos. Me refiero obviamente a la cuestión planteada tan brillantemente por el segundo en su crítica de la idea de *compelle intrare*, la relación entre religión y obligación, y por el primero en su *Carta sobre la tolerancia*, la relación entre religión y libertad. En realidad, el análisis tan preciso que se hace aquí de ambos tratados lockeanos sobre el gobierno civil y la crítica a Robert Filmer y su idea del poder regio como poder paterno, no terminan de entenderse sin el *Ensayo sobre el entendimiento* y la mencionada carta en el contexto de los debates europeos. *Empiria y libertad* caminaban entonces al paso hasta llegar al *Estatuto de Libertad Religiosa* de Virginia (1786).

América atrae especialmente el análisis del autor porque, efectivamente, allí se produjo la combinación necesaria para la puesta en marcha del motor del constitucionalismo moderno: la reclamación de derechos frente al parlamento y el gobierno de Jorge III (a la representación, al juicio por jurados y a la intangibilidad de la propiedad sin consentimiento de los propietarios) condujo a la formulación constitucional del orden de los poderes. Surgió el invento, explica Clavero, como consecuencia de la capacidad o *derecho* supuesto en el pueblo para ejercer el poder de constituir *ex novo* poderes, una vez rotos los vínculos políticos con la metrópoli y anunciado este hecho con sólidos argumentos ante el mundo. La prolijidad con que la *Declaración de Independencia* trataba de mostrar cómo un mismo gobierno y un mismo monarca a su frente podían ser ejemplo y admiración de *happy constitution* a la vez que déspotas en otros ámbitos de sus dominios tenía el sentido de habilitar en el nuevo sujeto del *people* el poder constituyente.

Es un principio, sigue la explicación al trasladarse a Francia, cuya activación podía producir otros efectos, como la jerarquización junto a la enumeración de la tríada de poderes, y su eclosión en un contexto de separación entre representación y elección que no sólo salvaba la monarquía sino que permitiría a la larga (y a la corta) ir orillando la justicia hacia una posición dependiente. Como se recuerda en diferentes lugares de este ensayo llegará ello hasta hacer simplemente desaparecer la justicia de no pocos pronunciamientos sobre la famosa trinidad (como fue el caso de la Constitución española de 1845). Hay aquí un segundo sacrificio, que Sieyès sin duda habría aprobado, de todo el trasfondo de debate religioso que llega hasta la misma *Declaración* de 1789 y la constitución de 1791. Tratándose de trinidades, y apuntándose desde las primeras páginas a su ineludible escenario cristiano (p. 29), no habría sobrado la referencia, que sí está presente y contante en el epígrafe dedicado a Cádiz 1812 como constitución hispanoamericana. La referencia de esta última a *potestades* –y, deliberadamente, no a poderes– es interpretada como ausencia de orden de poderes y complejidad, sin embargo, de aquéllas en un sistema constitucional que sigue siendo más jurisdiccionalista que constituyente, donde encaja también mejor su cerrada posición intolerante. Hay también un tercer sacrificio, el de Kant, que entiendo relevante para el argumento de fondo de la escisión europea de representación y elección, sobre todo para que quede claro que otras posibilidades más consecuentemente republicanas eran concebibles.

Quien haya venido siguiendo la reflexión historiográfica de Clavero sobre la cultura constitucional euroamericana podrá pensar que, por lo dicho aquí, no hay tanta novedad en esta última entrega. La clave que cierra el discurso de toda esta primera parte –para entrar a saco ya en la segunda– puede encontrarse muy explícitamente en unas pocas páginas dedicadas al final de la misma a la Europa

que bailaba y pactaba en Viena en 1815. Si presta el autor atención a un momento tan poco lucido en lo que al constitucionalismo se refiere como fue el del Congreso manejado por Metternich, es porque le permite presentar en toda su crudeza y potencia la consecuencia de la eclosión de la trinidad analizada: la asunción por parte del constitucionalismo originario euroamericano de la existencia de poderes capaces de disponer arbitrariamente de territorios, riquezas y contingentes humanos.

El argumento sale a relucir, en realidad, a las primeras de cambio. Ya la referida carta de John Adams a su esposa se presenta como todo un trasunto de la historia constitucional norteamericana que tan a su gusto convivió largamente con la práctica del esclavismo primero y de la segregación racial después. El hecho de que Clavero escoja como interlocutora para la parte de su reflexión que está disponible en la red a Geneva Crenshaw, el personaje creado por Derrick Bell coincidente en su apellido con el de una notable profesora de *Civil Rights* de la universidad de California Los Ángeles (Kimberlé Crenshaw) y de un condado de Alabama, no es en vano. Nadie mejor que una mujer negra podría encarnar el tipo de la exclusión sistemática facilitada y dilatada por la eclosión de la tríada de poderes y, sobre todo, por la asunción de la capacitación de los dos primeros del orden tradicional -legislativo y ejecutivo- para disponer de gentes, pueblos y territorios.

La «enmienda a la totalidad» a la que suele referirse el propio autor para describir la intención de su trabajo más reciente enfoca directamente esta cuestión. Ya venía planteándose en dos ensayos de años recientes en los que Clavero ha insistido en la continuidad histórica entre los momentos pre y posconstitucional por lo que hace a un dominio exterior decidido arbitrariamente sobre pueblos, territorios y gentes no europeos fuera de Europa⁵. Tras detectarse la continuidad entre el tan influyente libro de Emmerich de Vattel (*Droit de Gens*, 1758) y los procesos que en el libro que comento llama de «reconstitución de poderes» y que llevan hasta 1876, remata ahora el argumento más sólido y de fondo de este ensayo. Aunque el foco en esos trabajos previos recién referidos estaba puesto en los derechos, ya se atisbaba que la cosa sólo se explicaba desde la perspectiva de los poderes⁶. El giro en la observación de una misma cuestión lo provoca su misma lógica: si se trata de observar críticamente la historia constitucional euroamericana desde la perspectiva de las gentes orilladas por el mismo constitucionalismo del ámbito constitucional de derechos, entonces es cuestión más de poderes que de derechos. Se trata, por tanto, de indagar cómo en la formación y formulación constitucional de la trinidad de poderes se produjo un trasvase completo del dominio sobre otros hacia los Estados y a disposición de sus poderes⁷.

Propone este libro leer la historia del constitucionalismo original y su evolución en el Ochocientos como un proceso complejo en el que cupo simultáneamente la afirmación del sujeto individual de derechos, la declaración de supremacía de los mismos, la sujeción a la ley como manifestación de igualdad o la regulación constitucional de las garantías procesales como seguridad personal junto a la más paladina negación de todo ello. Señalado estaba ya de antes, de hecho, en buena parte de los textos del autor que vengo refiriendo en las notas al pie. Lo que aporta Clavero en este nuevo ensayo es una explicación de todo ello, de cómo fue posible esa paradoja. Es, digamos, la tesis del libro. Al ceder a las consejas y arrancar con Locke, puede el autor ir arrastrando hasta el análisis de la eclosión de la trinidad de poderes la continuidad en la cultura euroamericana del Setecientos de una distinción de ámbitos familiar y público, afectados por normas de muy diversa naturaleza y regidos de acuerdo con principios que ni se rozan. El hecho relevante para la tesis aquí sostenida es que la

afirmación de la sustanciación de la persona individual titular de derechos y con relevancia política no fue en absoluto incompatible con la continuidad del poder doméstico. La *oeconomía*, la regulación del espacio doméstico dependiente en exclusiva de la prudencia del *pater familias*, continuó funcionando y regulando espacios sociales de mucha mayor amplitud que los afectados por las constituciones y sus referencias a *personas* individuales⁸. Fue el nicho, que no rompió sino que consolidó el constitucionalismo y la codificación, en el que fueron a anidar el dominio masculino, patronal y tutelar que afectó a una inmensa mayoría de la humanidad en Euroamérica en el momento histórico original y evolutivo del constitucionalismo de que se ocupa Clavero. Es la lectura que hacía en 1852 Frederick Douglass, nacido esclavo, de la independencia americana y la revolución constitucional que implicó: «¿Qué es para el esclavo americano el 4 de julio? Yo lo respondo: un día que le revela, más que todos los demás días del año, las enormes injusticia y crueldad de las que es víctima constante»⁹.

Pero la sustanciación de poderes a partir del poder constituyente del *people*, la *nation* o la nación implicó también que se asumiera la capacidad de los poderes por excelencia del modelo –legislativo y ejecutivo– para disponer colectivamente sobre pueblos y gentes. El libro de Clavero abunda en la cuestión tratando extensamente, y con una ingente batería de literatura al efecto, de la conformación de un poder *federal, exterior o colonial*. Es lo que expresamente dispuso la primera constitución que ofreció como su fruto la revolución por antonomasia, la de Francia, en 1791. El refrendo judicial no faltó tampoco donde se pensó que podía precisarse, como muestran las intervenciones muy *ad hoc* del Tribunal Supremo de Estados Unidos liquidando paulatina y terminantemente una tradición previa de relación mediante tratados con naciones indígenas¹⁰. Es, en fin, el *compelle intrare* en la nación española, trasunto de *ecclesiae*, que se determinó por las Cortes desde Cádiz para ambos hemisferios.

El argumento aún puede estirarse más, pues resultó ser bastante contaminante, no sólo para derivados directos de la cultura euroamericana como las repúblicas criollas. El ejemplo que señala y estudia este libro de la nación cherokee es elocuente, pues entre su constitución de 1839, tan cerradamente excluyente de la ciudadanía respecto de africanos como la de Cádiz, la reforma de 1863 y posteriores tratados con entidad constitucional con otras naciones indias, no dejó también de afirmarse una supremacía de la propia nación y de sus propios poderes (¿quién si no decidía si tal o cual otra nación india establecida en su territorio se compadecía o no con las leyes cherokee para poder asentarse en su territorio?). La propia definición adoptada este mismo año, 2007, sobre la ciudadanía cherokee –basada en un estricto derecho de sangre– hace de los Dawes Rolls, derivados de una intervención federal a través del Congreso para determinar la pertenencia a las cinco «Tribus Civilizadas», el instrumento decisorio fundamental al respecto. La sombra de Jefferson puede, efectivamente, ser más alargada de lo previsto. Fundamental perspectiva para un proyecto como este que, según se confiesa en su prolongación en la red, es una indagación del pasado para una crítica de lo que hay como producto de lo que se hizo. Historiografía, sí, pero no sólo.

¹. Evolución histórica del constitucionalismo español, Madrid, Tecnos, 1984; Manual de historia constitucional de España, Madrid, Alianza, 1989.

2. Los derechos y los jueces, Madrid, Civitas, 1988; Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales, Madrid, Trotta, 1997.
3. Los derechos y los jueces, Madrid, Civitas, 1988; Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales, Madrid, Trotta, 1997.
4. Razón de estado, razón de individuo, razón de historia, Madrid, CEPC, 1991 (parte III «Prototipo constituyente: de los derechos a los poderes»).
5. Ama Yunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América, Madrid, CEPC, 2000; Genocidio y Justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy, Madrid, Marcial Pons, 2002.
6. Ama Yunku, cit. I, 4: «Mundo terreno: el orden de los Estados», y II, 3: «Previsión de Europa: constitucionalismo colonial».
7. Que era la cuestión con que se abría precisamente Derecho indígena y cultura constitucional en América, México DF, Siglo XXI, 1994.
8. En un muy reciente libro, cuyas tesis revierten ahora al libro que aquí comento, se desarrolla por extenso el argumento: Freedom's Law and Indigenous Rights. From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas, Berkeley, The Robbins Collection, 2005.
9. «What to the American slave is the 4th of July? I answer: a day that reveals to him, more than all other days in the year, the gross injustice and cruelty to which he is the constant victim».
10. Tiene también el autor de este libro otra aportación reciente, parte de la cual transfiere a este libro: Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la Constitución de Estados por América, Madrid, CEPC, 2005.