

CONSTITUCIÓN EUROPEA E HISTORIA CONSTITUCIONAL: EL RAPTO DE LOS PODERES

Bartolomé Clavero

HIJO: ¿Cuántos poderes son necesarios en la sociedad para conseguir la felicidad pública?

PADRE: Tres, y el primero de ellos, hijo mío, es el legislativo...

HIJO: ¿Por qué no es bastante el poder legislativo para la felicidad pública?

Catecismo Constitucional, Sevilla 1813.

SUMARIO: I. Quiebra de espejo.- II. Compostura de imagen.- 2.1. Ocurrencia Inglesa.- 2.2. Entremés americano.- 2.3. Suerte francesa.- III. Ojeo de poderes.- IV. Cobro de piezas.- V. Reglas venatorias.- Directorio en Internet.

I. Quiebra de espejo

1. ¿Cuántas exposiciones constitucionales no arrancan con la referencia al socorrido artículo decimosexto de la primera Declaración de Derechos de la Revolución Francesa: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución”? A partir de ahí ya cabe comenzar a tratarse de lo uno, de lo otro y de la vinculación mutua, esto es, de la separación de poderes como primera garantía de los derechos mismos¹. ¿Es la historia?
2. Dificultades pueden presentarse a partir de ahora para esta trayectoria de la historia constitucional en el ámbito de la Unión Europea. Su punto de llegada ya no será tan sólo el constitucionalismo presente de un Estado en particular, sino también el que va a establecerse o está en trance de desarrollo entre el conjunto de los Estados que forman la Unión. Resulta que la Constitución común por escrito, la del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, va a ofrecer, de prosperar, una aparente Declaración de Derechos, pero ningún registro de Separación de

¹ Paso a exponer algunos problemas que he suscitado a largo de sesiones de este curso, 2004-2005, del doctorado de *Derecho Constitucional* de las Universidades de Sevilla y Huelva. Es primicia que habré de desarrollar, tal vez en su día en libro. El trabajo pertenece, pues es donde comencé a planteármelo y a cuyo desenvolvimiento acudiré en su día, al proyecto del grupo de investigación HICOES, *Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España* (SEJ2004-06696-C02-01).

Poderes. ¿Cómo va a seguir entonces predicándose esta segunda clave como además primera para la propia garantía de los derechos, la clave así presunta de las claves?

3. La Constitución Europea ni propugna ni aplica el principio de la separación de poderes. Ni podría hacerlo dada ante todo su pronunciada vertiente confederal o, si prefiere decirse, intergubernamental, como habida cuenta también de su aguda deficiencia ciudadana, de la extrema dificultad e incluso inconveniencia de constituir directamente sus poderes mediante representación y con responsabilidad respecto a una ciudadanía marcadamente heterogénea e insuficientemente articulada. Hace la Constitución Europea en verdad el intento de aprovechar los mecanismos de separación de poderes de los Estados miembros, concediendo cierta entrada a controles entre sus gobierno y parlamentos, pero a su propio nivel no puede asumir una diligencia del género. Repitémoslo. En el constitucionalismo europeo realmente existente, como asimismo en el que se augura por el Tratado, no hay ni parece de momento que quepa la implantación de mecanismos tales. La Unión Europea no reúne condiciones para el desdoblamiento vertical de la separación horizontal de poderes propio de las entidades constitucionalmente federales. Es al tiempo de espíritu federalista y planta no federal².
4. Ante las evidencias, existe la posibilidad de negarse que la Constitución Europea lo sea más que de nombre pues no cumple un mínimo. Se está haciendo esto incluso por constitucionalistas de reconocido prestigio, pero, si el Tratado prospera, me temo que es una alternativa condenada a la extinción incluso por mucho que pueda cargarse de razones³. Puede decirse que Europa no será constitucional, pero porque ya lo es. El Tratado es ahora un elemento más, uno que no toma tanto la determinación como pone en evidencia la omisión del principio de separación de poderes. ¿Cómo va a seguir reproduciéndose una historia constitucional que parte de esta clave y conduce a ella o, como quizás fuera mejor decir, que adopta dicha cancha de partida porque tiene ante la vista y quiere conducir a tal puerto de llegada? ¿Lo va a hacer denegando asiento en su tabla de materias a una Constitución que puede distorsionar sus presunciones como la tan flamante, por escrito, de Europa? Tampoco parece que sea esto previsible. Como todas las Constituciones, la Constitución Europea va a necesitar historia a su imagen y semejanza. La historiografía y la doctrina constitucionalistas no perderán su hábito de hacer de sus principios en el derecho principios en el tiempo. ¿De dónde podrá partirse si se pierde el asidero confortable de la separación de poderes como clave de bóveda?
5. Precisamente de las dificultades, de problemas y no de presunciones. La historiografía constitucional hoy predominante, sobre todo la producida y

² Michael BURGESS, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, Routledge, 2000, exposición bien elocuente, precisamente por federalista, del trayecto histórico.

³ Pedro CRUZ, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, 2004, por constatar que incluso la clave de los derechos queda neutralizada en la horma del Tratado, no deja de dar por hecha la marcha que acusa la palabrota bien grávida de su subtítulo.

consumida entre juristas, ofrece un relato fuertemente presuntivo por cuanto que asume lo dicho de que el principio jurídico es principio temporal, el principio de separación de poderes no sólo el resultado de una determinada historia, sino también el arranque o incluso la premisa de la misma en general. El constitucionalismo, precisamente por novedoso en el tracto del tiempo, ha tenido una fuerte necesidad de proyectarse en el pasado. Toda la agencia constitucionalista, comenzándose por la doctrina, viene siendo muy sensible al requerimiento y proclive al servicio. Así se ha construido la narrativa que desdobra principios en el derecho y en el tiempo. Impera bastante pacíficamente en los estudios jurídicos, pues no tanto en los de la profesión historiográfica. La Constitución Europea puede venir a romper esquemas al no atenerse a las previsiones del paradigma constitucionalista. No digo que esto sea para lo bueno o para lo malo, pues además está por ver, sino tan sólo que así están las cosas. El espejo en que un constitucionalismo viene mirándose satisfechamente puede que salte en añicos. ¿Otra imagen está al quite?

6. Pues soy de profesión historiador, me permito hablar de un futuro, quiero decir de la visión futura de un pasado. La Constitución Europea no va a superponerse limpiamente a las Constituciones de los Estados, sino que, conforme a sus propias previsiones de contar con sus mecanismos de poderes, empapará todo el complejo constitucional resultante, inclusive el estrato de la doctrina y la capa de la historiografía. Voy a proceder a un ejercicio de imaginación. No tengo tanta como para pronosticar qué paradigma cuajará, pero gozo de la suficiente como para presagiar qué problemas se suscitarán en el proceso hacia una nueva imagen de la historia constitucional en el ámbito europeo. Otro hay donde los cuestionamientos a estas alturas se encuentran más a la vista⁴, aunque no me consta que hasta el día de hoy la revisión en curso haya alcanzado al extremo concreto del principio y la práctica de la separación de poderes⁵.
7. Podríamos tratar de otras categorías ahora puestas merecidamente en entredicho por la Constitución Europea, aunque la misma haga el esfuerzo de limitar su incidencia y la doctrina le respalde en la resistencia. Porque vayan a tener un periodo de gracia, no están menos ya en cuestión⁶.

⁴ Sandra F. VANBURKLEO, Kermit L. HALL, and Robert J. KACZOROWSKI (eds.), *Constitutionalism and American Culture: Writing the New Constitutional History*, University Press of Kansas, 2002, para cuyo caso, el estadounidense, puede interesar ante todo el abordaje de John Phillip REID, *Constitutional History of the American Revolution*, University of Wisconsin Press, 1986 (I. *The Authority of Rights*), 1987 (II. *The Authority of Tax*), 1991 (III. *The Authority to Legislate*) y 1993 (IV. *The Authority of Law*). Para ulteriores referencias, puedo remitirme a *Constituyencia de Derechos entre América y Europa: Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American Constitution, Constitution of Europe*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 29, 2000, pp.87-171.

⁵ La mejor monografía también para fuera de los Estados Unidos sigue siendo una de planta tradicional: M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 1967, ed. ampliada, Liberty Fund, 1998.

⁶ James TULLY, *The Kantian Idea of Europe: Critical and Cosmopolitan Perspectives*, en Anthony PAGDEN (ed.), *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, Cambridge University Press (CUP). 2002, pp. 331-358, más incisivo de lo planeado por el editor en su *Introduction*, pp. 1-32.

Podrían ser la soberanía, la nación o también el poder constituyente⁷. Vamos sin embargo a centrarnos en los poderes, lo que de algún modo alcanza, aunque no abarque, al resto. A la Constitución Europea ya no vuelvo en estas páginas. Algo, bastante, prefiero dejar a la diligencia de la lectura aunque sólo sea para no correr el riesgo de ofender su inteligencia. Mi intención confieso que es provocarla.

II. Compostura de imagen

8. Presagio que en el escenario historiográfico, en la imagen actual de realidad pasada, emergerán problemas que despejarán presunciones. Si se levanta el telón o cae el muro, como quiera decirse, del principio de un presente que se presume principio de una historia, se evaporarán certezas actuales dejando espacio a contingencias pretéritas. La historia constitucional perderá su fuerte identificación con la panoplia de poderes constitucionales, la que se entiende que responde al principio de separación, no para adoptar otro signo de identidad, sino más sencillamente para traer a la vista o dar a luz, como prefiera expresarse, problemas. Ya no ofrecerá la imagen de un paseo poco menos que triunfal entre principio y principio, el pasado y el vigente. Comencemos entonces por el parto. Concedamos que Locke, aunque no pariera, sea el progenitor anónimo⁸.

2.1. Ocurrencia inglesa

9. Hace ya un tiempo, se produjo una importante novedad en el estudio de la vertiente política de la obra de John Locke. Sus dos *Tratados de Gobierno* resulta que guardan una estrecha relación y que ambos se escribieron hacia comienzos de la década de los ochenta del siglo XVII y no a finales⁹. Tanto el desplazamiento como la reintegración son relevantes. Lo usual venía siendo desvincular el segundo tratado, que es el que trata de materia constitucional, del primero, que versa sobre discusiones bíblicas, para conectar a su vez el postrero con la “Gloriosa Revolución” de 1688, la famosa porque produce el *Bill of Rights* o lo que se llamará así, Billeto o Declaración de Derechos, poco más tarde, todo un arranque del constitucionalismo en suma. Laslett no aplicó la nueva perspectiva al asunto de la separación de poderes. Ni nadie luego que yo sepa. Hagamos entonces el intento. Hasta ahora parece que lo ha impedido la gruesa pantalla doctrinal extendida entre principio histórico y principio constitucional.

⁷ El mismo J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, CUP, 1995.

⁸ Me refiero a que no hay en la historia partenogénesis sin concurrencia y hasta antecedente (M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, pp. 23-82; y le falta la Biblia, Isaías 33,22: “Dominus enim iudex noster, Dominus legifer noster, Dominus rex noster: ipse salvabit nos”), pero ya advierto de esta vez por todas, por si la duda tras la introducción aún cupiera, que aquí no andamos con el menudeo.

⁹ John LOCKE, *Two Treatises of Government*, ed. Peter LASLETT, CUP, 1960, y viva mediante reprints, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1988 (de edición anónima en vida de Locke), con *Introduction*, pp. 3-126, prosiguiendo Laslett el debate que condujera con otras visiones, viejas y nuevas.

10. Locke se refiere a separación de poderes en el primer tratado antes que en el segundo y lo hace de forma que ambas referencias se vinculan. En la primera ocasión defiende la separación estricta entre dos poderes o más bien entre dos dimensiones de los mismos, pues el ejercicio puede confluir perfectamente en los titulares¹⁰. Se trata por una parte del poder de familia y, por otra, del poder de propiedad, ambos en manos de los padres propietarios europeos, pero constituyendo órbitas separadas de apoderamiento: la primera, la familiar, como universo de subordinación de mujeres, trabajadores y no-europeos, y la segunda, la propietaria, como espacio de planteamiento del sistema constitucional. Lo que hoy llamaríamos trabajo por cuenta ajena quedaba entonces sometido a tal poder doméstico¹¹. Cuando en el segundo tratado se vuelve al asunto de la separación ya se hace sobre esa base. Una división de poderes ahora trinitaria, entre un poder legislativo, otro dicho ejecutivo que resulta judicial y uno tercero federativo o de política exterior, ya sólo interesa a los padres propietarios europeos, quienes cuentan así con el poder de constituir y se encuentran entonces con la necesidad, para prevenir el despotismo, de que su ejercicio se diversifique de dicha forma¹². He aquí una construcción que alcanzó un éxito muy relativo, prácticamente ninguno, ni siquiera en casa, en Inglaterra, durante cerca de un siglo, si no más¹³.

11. He ahí entonces un problema para la historia constitucional en cuanto que pierda las anteojeras de la clonación entre principios. La Separación de Poderes no es el alma gemela, nacida de igual matriz y a un mismo tiempo, del *Bill of Rights*, la Declaración de Derechos, la primera pieza de un orden constitucional, y que, encima, no se le adopta acto seguido como tal ni siquiera en el propio hogar. Locke comienza por no ser profeta en su tierra. Incluso quienes vienen a asumir resueltamente en Inglaterra el presupuesto constitucional de los derechos y la necesidad constituyente de las garantías se muestran reacios a adoptar como principio la regla de separación de poderes. El testimonio más fehaciente lo ofrece al cabo de unas décadas tras los *Tratados* de Locke, en los años sesenta del siglo XVIII, una obra de

¹⁰ J. LOCKE, *False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer and his Followers*, cap. VII, *Of Fatherhood and Property, considered together as Fountains of Sovereignty*. Tal, el de los *Falsos Principios*, es el título específico del primer *Treatise of Government*.

¹¹ No añado nada al discurso de Locke, pues todas las coordenadas y especificaciones son suyas, inclusive la del radio europeo: J. TULLY, *Rediscovering America: The "Two Treatises" and aboriginal rights*, en su *An Approach to Political Philosophy; Locke in Contexts*, CUP, 1993, pp. 137-178; Barbara ARNEIL, *John Locke and America: The Defence of English Colonialism*, Oxford University Press (OUP), 1996.

¹² J. LOCKE, *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, cap. XII. *Of the Legislative, Executive, and Federative Power of the Commonwealth*. Es a su vez ese de *Ensayo acerca de extensión y finalidad*, como bien se sabe, el título del segundo *Treatise of Government*.

¹³ Hay notorios testimonios británicos de tiempo más avanzado, como las conferencias de John James PARK, *The Dogmas of the Constitution*, 1832, y los artículos de Walter BAGEHOT, *The English Constitution*, 1867, éste con bastantes reediciones y traducciones, aquel editado ahora en castellano, por mérito de Joaquín VARELA e Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, Akal-Istmo, 1999, y ambos, tanto Park como Bagehot, bastante reductivos, pero elocuentes respecto a la ausencia del principio de separación.

espíritu tan acreditadamente constitucional como los *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra* de William Blackstone¹⁴.

12. Esta exposición virtualmente completa del derecho inglés toma como base de partida derechos fundamentales, llamándoles absolutos, de índole individual y además se muestra sumamente sensible con una doble necesidad de distinción neta de poderes, esto es en concreto, de separación de la justicia respecto a todo el resto, particularmente entonces en relación a la monarquía, con énfasis a dicho efecto en la institución del jurado, por una parte, y, por otra, de división interna de la institución legislativa entre cámara de comunes, cámara de lores y la misma monarquía, entre sus respectivos poderes concurrentes a dicho efecto normativo de alcance más general en el sistema británico. El jurado por su parte también dividía internamente el ejercicio del poder judicial y este efecto se apreciaba¹⁵. ¿Cómo es que entonces no se adopta el principio de separación de poderes? Pues por considerarlo insuficiente, al no incidir en la división interna del poder potencialmente superior, el legislativo, y también peligroso, al presentarse como despliegue de un poder en singular de alcance así constituyente que además se identifica con la propiedad¹⁶. Obsérvese que el rechazo del principio de la separación se basa en la razón de que, primero, comienza por reunirlos y, segundo, concluye por no dividirlos de un modo que resultase mínimamente satisfactorio.
13. Adviértase también que la problemática no afecta prácticamente a derechos o al menos no lo hace a la titularidad de los mismos, lo que resulta entonces por supuesto cuestión neurálgica. La discriminación incluyente de sujetos se producía en el planteamiento de Locke por vía de la separación primaria entre un poder de familia que sometía a la mayor parte de la sociedad y un poder de propiedad que a quien liberaba era a la minoría así apoderada. El mismo efecto se presenta en Blackstone de una forma más franca, distinguiendo entre el mundo del derecho en sentido más estricto y el de la *oeconomía* en su acepción etimológica entonces todavía predominante de gobierno de la familia¹⁷. Sustancialmente resultan, efectuada la resta, unos mismos sujetos de libertad de unas mismas libertades individuales, pues la diferencia sólo viene en la vertiente colectiva de la organización constitucional no quedando además muy claro si a favor de Locke o de Blackstone, del principio de separación de poderes o de su rechazo como tal.

¹⁴ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, 1765-1769; entre nutridas ediciones y adaptaciones, hay facsímil de la príncipe, The University of Chicago Press, 1984.

¹⁵ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, libro I. *Of the Rights of Persons*, caps. I. *Of the absolute Rights of Individuals*, II. *Of the Parliament*, y IX, *Of subordinate Magistrates*; libro III. *Of Private Wrongs*, cap. XXIII, *Of Trial by Jury*.

¹⁶ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, , p. 52 y 57, frente expresamente a J. LOCKE, *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, caps. XIII, *Of the Subordination of the Powers of the Commonwealth*, y XIX, *Of the Dissolution of Government*.

¹⁷ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, caps XIV. *Of Master and Servant*, y XV. *Of Husband and Wife*.

2.2. Entremés americano

14. Los Estados Unidos, aunque todavía sin el nombre de tales, nacen en 1774 con la Asociación que forman unas colonias británicas en América estableciendo un Congreso común. En dicho año, el primer Congreso que se celebra, además de formalizar dicha Asociación, produjo una declaración sobre los propios derechos, ejerció el de petición a la monarquía y dirigió mensajes a pueblos indígenas pidiéndoles solidaridad, al pueblo de Gran Bretaña rogándole comprensión y a la colonia de Québec explicándole al contingente francés de su población el sentido de unas reclamaciones. Como este último mensaje se extiende en una motivación constitucional que respecto a público inglés se da más por supuesta, puede que sea el documento de mayor interés. Ahí surge con fuerza el motivo de la separación de poderes. No lo hace de entrada¹⁸.
15. En el debate de años previos entre colonias y metrópolis no fue relevante el tópico de la separación de poderes. Se discutieron cuestiones sustantivas tanto referentes a garantías de derechos con al orden de las instituciones y, sobre todo, a la relación mutua. A esto miraban las cuestiones claves en debate. Lo hacían muy particularmente a las formas de la representación política y del juicio de jurados como claves ambas para el aseguramiento de derechos. Se cuestionaba el carácter constitucional del parlamento británico, por estamental, y se reforzaba el juego del jurado como garantía de derechos con carácter general, no limitándosele al campo penal ni a apreciación de hecho. No interesan ahora mayores detalles salvo el dicho de que la separación de poderes no tenía de entrada, ni siquiera en el mensaje que se dirigirá a Québec, un papel relevante¹⁹.
16. En 1774, al tener que explicarles dichas prácticas institucionales a un grupo que las desconocía como aquel contingente francés de Québec, tras insistirse en la importancia sustantiva tanto de la representación como del jurado cual parte crucial del mensaje, sólo entonces viene la ocurrencia: *An illustrious author of your nation, your countryman, the immortal Montesquieu*, este ilustre e inmortal compatriota vuestro, reconoció tales cosas dándole forma de principio, el de la separación entre poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Ahí tenéis una autoridad, franceses y católicos de Québec. De este modo es como entra la Europa continental para el tema de los poderes constitucionales, pues la británica ya andaba bien presente. Pronto vendría la alucinación: Montesquieu habría sido nada menos que *the oracle*, el oráculo²⁰.

¹⁸ Para material de base, los *Journals of the Continental Congress, 1774-1789, edited from the original records in the Library of Congress*, Library of Congress, 1904-1937.

¹⁹ La obra básica ha cumplido también ya unos años: Bernard BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press (HUP), 1967 (ed. viva, Palladium Press, 2001), con el respaldo de su edición de *Pamphlets of the American Revolution, 1750-1776*, vol. I, único publicado, 1750-1765, HUP, 1965, de cuya misma introducción (pp. 1-202), procede la ampliación del libro.

²⁰ James MADISON, *The Federalist*, 48, 1788 (mas no sin ironía: "The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu (...). The British Constitution was to Montesquieu what Homer was to the didactic writers on epic poetry", en los afamados *Federalist Papers, 1787-1788*, o conjunto de ensayos, junto a Alexander HAMILTON y John JAY,

17. Entra la Europa continental a medias. Los poderes enumerados por Montesquieu en el momento de formular el principio no eran los del despliegue que ahí pacíficamente se le atribuye, sino el de poder legislativo, poder ejecutivo de derecho civil y poder ejecutivo de derecho de gentes, el segundo el judicial y el tercero el de relaciones exteriores. A su modo traducía a Locke. Mas de sobra se sabe que es la trinidad del mensaje a Québec la que se consagrará hasta el punto de hacer olvidar un cambio nada nimio, pues introduce un poder nuevo, el ejecutivo, y cancela otro, el exterior. Todo esto resulta genuinamente americano. Lo es así la fórmula definitiva de la separación de poderes. ¿Cómo pudo producirse entonces tal cambio y lograrse a continuación tamaño éxito? Sugiramos de momento una repuesta a lo primero, pues nos faltan todavía elementos para interrogarnos sobre lo segundo.
18. Habrá de recordarse, para lo primero, que el gobierno interior por Europa, inclusive Gran Bretaña, era cometido por entonces más bien de la sociedad civil, es decir, de la sociedad estamental de nobleza, clero y ciudades; para lo segundo, que en 1774 las colonias aún reconocen a la monarquía británica y desde 1776, al convertirse en Estados, siguen formando parte de una unión, entre confederativa y federal, sin solución de continuidad con respecto a la postrimería colonial. En ningún momento, ni como colonias ni como Estados en particular, asumieron la competencia de política exterior. Cuando llega en 1787 la Constitución federal, la fórmula ya está acuñada.
19. También convendrá recordarse que el constitucionalismo estadounidense, con su definitiva adopción de la separación de poderes entre legislativo, ejecutivo y judicial, fue creación de los Estados antes de plantearse al nivel federal²¹. El descontrol literal del poder exterior de los Estados Unidos en el día de hoy tiene algo que ver con aquello. La fórmula misma de la separación encubre unas secuelas de poder fuera de regla²². Y además, al contrario de lo que luego se presumirá, no está bastando el principio. Sólo a su vez recordemos que en Estados Unidos no se pierden claves vistas en Blackstone, por lo que toca tanto a la división interna del poder legislativo, dígase bicameralismo, como a una independencia del judicial, la cual se confía muy especialmente al jurado. La articulación de los textos constitucionales de un número significativo de Estados mediante el índice que ofrece el principio de la separación, con sus artículos o títulos

con numerosas ediciones y traducciones transmitiendo una imagen general bastante parcial y sesgada de aquel constitucionalismo primero.

²¹ La bibliografía con la que se cuenta para este concreto extremo es sustanciosa: Gordon S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, University of North Carolina Press (UNCP), 1969, reed. con nueva introducción, 1998; Willi Paul ADAMS, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era* (1980; original, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit: Die Verfassung und politische Ideen der amerikanischen Revolution*, 1973), ed. ampliada, Madison House, 2001; Marc W. KRUMAN, *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, UNCP, 1997.

²² Ahora, Mark DANNER, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York Review of Books, 2004, pp. 75-213 para documentación oficial con argumentos constitucionales prestando cobertura a dicha construcción de poder fuera de Constitución, práctica de tortura incluida.

legislativo, ejecutivo y judicial, se vincula estrechamente con exigencias sustantivas de representación ciudadana, entre los sujetos dichos, y contrapeso institucional, entre los poderes consabidos, el exterior exclusivo. Con su posición entonces de segundo grado, la Constitución federal dista de resultar la más significativa. Por lo demás, ya que hablamos de poderes, señalemos que el poder de familia, aquel que corresponde a los mismos varones propietarios sujetos de derechos constitucionales, seguía intocado²³.

2.3. Suerte francesa

20. Joseph-Emmanuel Sieyes es personaje bien notorio en la historia constitucional de la separación de poderes. Fue diputado por París en los Estados Generales de 1789, en un organismo de tipo estamental que, con intervenciones suyas decisivas, se constituyó sin más en Asamblea de cámara única mediante juramento de asumir y activar la soberanía de la Nación cancelando la trinidad estamental de nobleza, iglesia y ciudad, esto último tenido por pueblo o ahora nación. Fue Sieyes presidente un tiempo de tan monocameral asamblea. Había tenido con anterioridad el acierto, por lo que efectivamente ocurriría, de señalar objetivos y marcar directrices con la publicación de una serie notoria de eficaces ensayos, principalmente *¿Qué es el Tercer Estado?*, *Ensayo sobre los privilegios* y el menos famoso con diferencia: *Puntos de vista sobre los medios de actuación con los que cuentan los representantes de Francia en 1789*, los puntos que en este punto son los que precisamente merecen nuestro interés²⁴.
21. En ese ensayo sobre formas de actuación constituyente en Francia a la entrada del año 1789, el medio es la ley; el procedimiento, la representación; la finalidad, la Constitución; el principio, la libertad. El poder legislativo, sin requerimientos que acusen alguna conciencia de los problemas que han llevado en los Estados Unidos a prácticas más complejas de representación política, se tiene por la vía constituyente. Valdría incluso, según se entiende todavía, una asamblea de carácter estamental. La inconsciencia puede también decirse del tejido conjunto de los poderes que se diseña, todo él muy incierto salvo en ese extremo de la primacía de un poder legislativo vinculado a la función constituyente. Hay así precisión de que se haga con un buen y bello golpe de apoderamiento, *beaucoup de pouvoir*, para que se pueda comenzar por donde se debe, la Constitución. El poder judicial se identifica con las magistraturas existentes,

²³ Ursula VOGEL, *Fictions of Community: Property Relations in Marriage in European and American Legal Systems of the Nineteenth Century*, y Karen ORREN, *Master and Servant Law and Constitutional Rights in the United States during the Nineteenth Century: A Domain-Specific Analysis*, en Willibald STEINMETZ (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, OUP, 2000 pp. 91-112 y 313-334.

²⁴ La bibliografía de interés constitucional decae notablemente con sólo que cambiemos de continente; en este punto, Pasquale PASQUINO, *Sieyes et l'Invention de la Constitution en France*, Odile Jacob, 1998; Marc LAHMER, *La Constitution Américaine dans le Débat Français, 1795-1848*, L'Harmattan, 2001, pp. 213-274. Con buen criterio, se retorna ahora a la gráfica empleada en su tiempo: Sieyes y no Sieyès.

sin mayores exigencias constitutivas tampoco. Se les tiene por valladares probados frente al poder ejecutivo, bien que también se añade que habrán de mejorarse en algún momento mediante el establecimiento del jurado, así como con un código legislativo que presida e informe los procedimientos y las decisiones judiciales. De tal modo se presagia que los tribunales no habrían de desempeñar en definitiva otra función que la de ejecutar leyes ni otro control que el de legalidad. No hay más orden en todo ello que la supremacía resultante de un poder entre poderes, la del legislativo²⁵.

22. Respecto a esta clave, Sieyes da plenamente en el clavo, pues a tal visión del poder legislativo responde la primera Declaración de Derechos de la Revolución Francesa, la del artículo 16 citado al principio. Sobre un poder como el judicial no es que ésta diga otra cosa, pues no dice nada. La misma sólo identifica dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, sin especificar nada más en el momento de registrar en el referido artículo el principio de la separación como característica necesaria de la Constitución. Cuando ésta, la primera Constitución de la Revolución Francesa, a su vez llega en 1791, se pondrá de manifiesto la virtualidad de la separación de poderes como principio constituyente ahora, pues no antes, abstraído de la problemática institucional bajo cuyo signo lo hemos visto nacer y a la cual ha podido constatarse que sirve²⁶.

23. La plantilla de los poderes constitucionales se importa de ultramar. Es la acuñada en América y no en Europa, con el legislativo en primer lugar, ejecutivo en el segundo y judicial en el tercero, pero su aplicación ahora resulta que precisa de unas categorías autónomas, sin dependencia de requerimientos institucionales, en la Constitución misma. Son las de representación y elección que en América se habían vinculado fuertemente entre sí y que en cambio aquí, en Francia, se ensimisman. Expresamente para la Constitución, puede haber un poder de entidad política, con capacidad propia, que sea “representativo” sin necesidad de legitimidad ciudadana por responsabilidad electoral. Se trata del poder ejecutivo encabezado por la monarquía. Del mismo modo la Constitución sienta que hay un poder de base electoral, como lo fuera para ella integralmente el judicial, que no es en cambio “representativo”. Tratándose de la justicia, tiene su importancia. Implica que carece de capacidad de juzgar a los otros poderes, los representativos, el legislativo y el ejecutivo. Es consecuencia que la Constitución extrae expresamente. Este régimen profundamente desequilibrado de poderes se entiende que responde a la quintaesencia del principio de separación precisamente por separarlos de forma tan tajante. Así se posibilita la existencia, bajo veste constitucional, de poder sin control, el bloque, sin contrapeso, de legislativo y ejecutivo. Es la composición de la

²⁵ Joseph-Emmanuel SIEYES, *Vues sur les Moyens d'Exécution dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789*, 1788, anónimo en 1789 y no reeditado, salvo mero reprint, pp. 101-143.

²⁶ No es cuestión que se diagnostique o ni siquiera que se detecte entre la historiografía constitucional: Roberto MARTUCCI (ed.), *Constitution et Révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe, 1776-1815*, Laboratorio di Storia Costituzionale, 1995; François FURET y Ran HALEVI, *La Monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Fayard (*Histoire des Constitutions de la France*), 1996.

primera Constitución de Francia, la cual tendrá a la postre una marcada influencia en el constitucionalismo europeo durante un siglo largo²⁷.

24. Por lo demás, la revolución había llegado a reducir el poder de familia en forma sensible, bien que al tiempo algo reluciente y un tanto limitada, pero en definitiva emancipatoria²⁸. Porque no dejaron de vincularse estos cambios, como exigencias constitucionales, a derechos, no podían resistirse a ley dado el sistema de poderes establecido en paralelo. La codificación vendría a asegurar la recuperación y resistencia de tal género de poder, aquel familiar que Locke separaba, para mantenerlo, de raíz, durante todavía un siglo más que largo. El dominio del código ha sido el signo del imperio de la ley, esto es, del poder legislativo, poder por añadidura reducidamente representativo y no raramente bien expeditivo ya por unicameral, ya por bicameral clónico. ¿Se conoce el dicho? Lo que se da no se quita salvo que lo haga la ley²⁹.

III. Ojeo de poderes

25. La identificación entre separación de poderes y Constitución normativa deja lo primero a disposición de la segunda, esto es, al arbitrio del poder constituyente que Locke acariciaba y Blackstone temía. A estos efectos de apoderamiento político, supo apreciarse la ventaja de que el diseño constitucional viniera a un lenguaje abstracto de poderes. El discurso británico, inclusive en las colonias, era institucional, es decir, acerca de organismos y procedimientos en concreto, con presencia tan sólo derivada, no como principio, de la separación entre poderes y, lo que es clave, dentro también de ellos, tanto en particular del legislativo, con el bicameralismo,

²⁷ Pero no, frente a lo que se presume entre constitucionalistas, en el caso gaditano: Carlos GARRIGA y M. LORENTE, *El modelo constitucional gaditano*, en Andrea ROMANO (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea*, Giuffrè, 1998, pp. 587-613; Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español, 1810-1823*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 1999; Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Cádiz como texto*, y B. CLAVERO, *Cádiz como Constitución*, en *Constitución de la Monarquía española*, Fundación El Monte, 2000, *Estudios*, vol. II. En consecuencia, M. LORENTE rechaza que se proyecte "retrospectivamente el famoso principio de separación de poderes, que tanto daño ha hecho, en mi opinión, a la historiografía, resistente a comprenderlo como objeto de investigación en sí" (Feliciano BARRIOS, ed., *El Gobierno de un Mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*, Cuenca 2004, p. 1164).

²⁸ Shanti Marie SINGHAM, *Betwixt Cattle and Man: Jews, Blacks, and Women, and the Declaration of Rights of Man*, en Dale VAN KLEY (ed.), *The French Idea of Freedom: The Old Regime and the Declarations of Rights of 1789*, Stanford University Press (SUP), 1994, pp. 114-153; Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, 1999-2001, vol. II, *L'età delle rivoluzioni, 1789-1848*, pp. 68-88 (I. *Dalla città comunale al Settecento*, III. *La civiltà liberale*, IV. *L'età dei totalitarismi*). Contrástese la ceguera retrospectiva todavía habitual en el sector constitucionalista tan proclive a doblarse en historia: Michel TROPER, *The Concept of Citizenship in the Period of the French Revolution*, en Massimo LA TORRE (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, Kluwer Law International, 1998, pp. 27-50, sin que vayamos a entrar ahora en esto otro, como ya dije.

²⁹ B. CLAVERO, *Código como fuente de derecho y desagüe de constitución*, en Paolo CAPPELLINI y Bernardo SORDI (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, 2002, pp. 69-147.

como del judicial, con el jurado³⁰. Es en América donde el principio de separación viene a un primer término al articularse el índice para la modelación normativa de las instituciones correspondientes, las que se conformaran con unas pautas bien sustantivas bajo inspiración todavía en buena parte británica. Mas el principio de ese modo no cancela, sino que refuerza el planteamiento sustantivamente institucional del orden de Constitución.

26. Es en Francia donde se produce una disociación entre batería teórica de poderes y despliegue práctico de instituciones, quedando a la determinación constituyente la conformación de las segundas en relación a los primeros. La Constitución dispone y el constitucionalismo encubre. Así tenemos que un poder ejecutivo podrá ser de cabeza dinástica como también, abierta así la posibilidad, un poder legislativo cabrá que tenga componentes de base no electoral e incluso un poder judicial podrá ser completamente letrado o clerical, quiero decir profesional. La abstracción del lenguaje de los poderes y del propio principio de separación como formulario constitucional permitirá y hasta favorecerá todo tipo de planteamientos constituyentes, incluso, como caso ciertamente extremo, los que reprodujeran un organigrama tradicional de monarquía e instituciones de iglesia, nobleza y, un resto, pueblo. Abstraídos los poderes como cánones constitucionales, hasta eso cabía. La identificación inmediata entre constitucionalismo y separación de poderes no ha sido nada inocente. Puede que siga sin serlo.

27. Tempranamente se produce un fenómeno aun más singular. El principio de la separación de poderes se canoniza hasta el punto de convertirse en premisa necesaria de Constitución que hasta se superpone a los textos constitucionales con independencia incluso de lo que pudieran los mismos estar expresando literalmente³¹. Desde temprano hay dogma operando por encima de Constitución con la doctrina constitucional generando por sí misma poderes constitucionales, sustantividad de poder con calificación de constitucionalidad. ¿Cuánta predicación de Constitución entre tales términos y efectos no sigue habiendo? ¿Y cuántos poderes viejos o nuevos no existen hoy en el mismo sistema constitucional, ya no digo a su sombra, que quedan solapados sin transparencia alguna bajo la cobertura de la dogmática constitucional? El efecto de la opacidad resulta factible desde el momento cuando la doctrina de la separación de poderes se ha abstraído por encima de la problemática de la función de las instituciones, de una función que constitucionalmente ha de ser siempre la garantía de derechos

³⁰ Peter KARSTEN, *Between Law and Custom: "High" and "Low" Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora. The United States, Canada, Australia, and New Zealand, 1600-1900*, CUP, 2002.

³¹ Se da el caso claramente, sin ir más lejos, respecto a la Constitución de Cádiz: *El Robespierre Español. Amigo de las Leyes o Qüestionos Atrevidas sobre la España*, Cádiz, número 12, 1811; Manuel LÓPEZ CEPERO, *Lecciones políticas para el uso de la juventud española*, 1813 (reprint, *Catecismos Políticos Españoles Arreglados a las Constituciones del Siglo XIX*, Conserjería de Cultura de la Comunidad de Madrid, 1989, el catecismo que cito en el encabezamiento para el pasaje referente a la trinidad de poderes con prevalencia marcada del padre legislativo sobre el hijo ejecutivo y el espíritu judicial). Para prensa de interés jurídico por esta época, ha de estarse a los trabajos de Raquel RICO.

no sólo además dados, sino también por dar. Puntualizo esto, aunque sea desde luego innecesario, para prevenir malentendidos.

28. El problema de la separación de poderes como principio constitucional no radica desde luego en sí mismo, sino en lo que permite si se le abstrae, como históricamente llega a ocurrir, y también, en mayor medida, por lo que presume y solapa, esto desde un inicio y no sólo a partir de un determinado momento histórico. Repárese en lo visto por los *Tratados de Gobierno* de Locke una vez que se leen integradamente sin el vicio inveterado de abstraerse su composición de poderes. La separación primera entre poder de familia y poder de propiedad, poder este segundo que resulta constituyente en manos de quienes responden a una concreta cultura de apropiación privada de las propias capacidades y de los recursos a su alcance, esto tan sólo ya está solapadamente preconstituyendo un par de poderes que quedan al margen de algo que entonces sólo viene en una segunda fase, la articulación constitucional del principio mismo de separación para la reserva de derechos. Se trata del poder de los patriarcas en aquella *oeconomía* de familia³², un poder en manos de propietarios, y también del poder de los mismos sujetos respecto a los dominios de toda la humanidad que no respondiera a dicho presupuesto de cultura de la *economía* de propiedad privada. Una economía no desplazaba a la otra. Y repárese siempre en que son los mismísimos sujetos que cuentan con poder constituyente de los poderes constitucionales, poder sobre sí mismos y, no se olvide, también sobre todo el resto, tanto de la propia sociedad como, según sus pretensiones, de la humanidad entera. Si algo de exageración hay en esto, no lo es respecto a la formulación del principio de separación de poderes, sino a su éxito histórico limitado, bien que notable, pues la mayoría sujeta a poderes no se presta tan fácilmente a los designios de la minoría apoderada de derechos y mediante ellos³³.

IV. Cobro de piezas

29. La separación de poderes que se acuña para limitar el poder comienza por conferir esto mismo, un poder y unos poderes, antes que por garantizar derechos cuyo mismo reconocimiento presta cobertura. Además arroja una espesa sombra sobre todos aquellos derechos que no se garantizan, los de una mayoría de entrada. Encubre literalmente la existencia de otros poderes

³² Hay un equívoco arraigado respecto a la posición de Locke porque sus *Tratados*, como ha podido verse en el título del primero, se dirigen expresamente contra Robert FILMER y su obra *Patriarcha*, pero la diferencia radicaba en el detalle de que el segundo comunicaba al campo político el patriarcalismo que su crítico recluía en el espacio familiar de entonces, el que se extendía no sólo a la mujer, sino también al trabajo, conforme esto el mismo Locke al orden de entonces que mejor expresaría luego Blackstone.

³³ Incluye ahora el planteamiento de Locke en la historia de un derecho internacional que resulta colonial, aunque captando menos su continuidad en tiempo constitucional, Richard TUCK, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, OUP, 1999. Más sensible a la prosecución constitucional se muestra Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, CUP, 2002. Este par de obras trastocan radicalmente el ensueño doctrinario, nada inocente desde luego, de la historiografía iusinternacionalista todavía predominante.

nada secundarios que no conocen en cambio límites para sí mismos, el de familia y el de imperio, el doméstico y el colonial. El colonialismo se impone por poder exterior y se reproduce interiorizándose de modo que no se comprometen los principios del constitucionalismo. La formalización se efectúa mediante la asimilación expresa del poder colonial con el poder doméstico como dimensiones que no se sujetan a prevenciones constitucionales, cuales las de separación y contrapeso entre poderes, porque el sistema constitucional las comprenda³⁴.

30. Resulta llamativo hasta qué punto la historiografía constitucional y el propio constitucionalismo se muestran hoy ciegos, más que miopes y estrábicos, ante tal género de evidencias, particularmente a nuestras alturas ante las de la vertiente colonial, incluso cuando las tienen todavía literalmente ante la vista³⁵. El paradigma constitucionalista asume en cambio la imagen agraciada de un pedigrí anticolonial tomando por tal la ruptura política, ni siquiera jurídica, del cordón umbilical del colonialismo americano con la matriz europea y cometiendo el genocidio virtual de hacer sin más desaparecer la presencia indígena. El mismo paradigma sirve para la América Latina. Se figura un escenario de *civilización* propia atribuyendo derechos y *barbarie* ajena privando de ellos donde el eclipse es total y la evidencia ninguna³⁶.
31. El fuerte desarrollo del colonialismo desde finales del siglo XVIII puede que no sea un fenómeno meramente coincidente con el constitucionalismo en el tiempo. Tal vez resulte una constante histórica suya³⁷. La cuestión que

³⁴ B. CLAVERO, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, CEPC, 2005, y *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to America's Constitutionalism*, Robbins Collection, Studies in Comparative Legal History, 2005.

³⁵ Compárese a dicho efecto la *Constitutional History of the American Revolution* de J.P. REID citada, sin presencia alguna de los pueblos indígenas de América, con monografías anteriores del propio autor, como *A Better Kind of Hatchet: Law, Trade, and Diplomacy in the Cherokee Nation during the Early Years of European Contact*, Pennsylvania State University Press, 1976, o también recientes, como *Patterns of Vengeance: Crosscultural homicide in the North American fur trade*, Ninth Judicial Circuit Historical Society, 1999. Resulta tal la desconsideración en la historiografía y la doctrina en el campo constitucional que cabe preguntarse si el mismo paradigma constitucionalista conformado del modo que estamos viendo no repudia la mera advertencia de esa presencia humana, ya no digo su posición jurídica en tierra propia ante quienes se atribuyen el poder constituyente sobre lo suyo y lo ajeno.

³⁶ Ward CHURCHILL, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Angloamerican Law*, City Lights Books, 2003. La expansión continental de los Estados Unidos frente a pueblos indígenas bajo las presunciones constitucionales de civilización propia nada excluyente, pues de su participación generosa se trata, la excluye en cambio del alcance de su título E. Robert STATHAM, Jr., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Lexington Books, 2002. Contrástese el empleo alternativo del sintagma por Ranabir SAMADDAR, *Colonial Constitutionalism*, en *Identity, Culture and Politics / Identité, Culture et Politique*, 3, 2002, pp. 1-36. Añádanse los relatos de Marouf A. HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, Peter Lang, 2002

³⁷ Frente a la mitología de cuño francés también conviene contemplar las cosas, comenzándose por la misma Revolución Francesa, desde la perspectiva no de quien ejercita el poder, sino de quien lo padece y mientras que lo sufre: Laurent DUBOIS, *Avengers of the New*

entonces se nos plantea es la de si también, además de factor, es clave. Aunque la historiografía constitucional no suele contemplarlo, el asunto está ahí. No creo que sea tan sencillo como mero resultado de la suspensión de constitucionalismo por la existencia de colonialismo³⁸, pues hay mayor compenetración. ¿Hasta qué punto no es decisivo el factor colonial para la misma cuestión constitucional de los poderes que encubren poderes, digamos que estos segundo inconstitucionales, pero no menos debidos al constitucionalismo?

32. Para lograr alguna respuesta, conviene no perderse de vista otro factor igualmente constante del arranque y desenvolvimiento del constitucionalismo. Me refiero obviamente al poder de familia y todo lo que el mismo implica, no afectando tan sólo a la condición jurídica de la mujer, sino también a la posición, tampoco exactamente entonces constitucional, del trabajo por cuenta ajena, tanto el contractual como, todavía adentrándose en el XIX, el sometido a esclavitud³⁹. Eran fenómenos de tiempos constitucionales que cabían bajo órdenes tales. Dicho de forma más propia de entonces, subsistía la *oeconomía*, lo cual no pertenece sólo, como suele presumirse, a unos tiempos antiguos⁴⁰.
33. Recalamos finalmente de nuevo en la verdadera clave de claves. Es naturalmente la del sujeto constitucional y, en primer lugar, constituyente, el varón propietario padre de familia europeo y cristiano, por completar las señas de época. He ahí en suma la evidencia de que el sistema de poderes que caracteriza al constitucionalismo, todo él y no sólo la parte más visible, ha sido criatura histórica de una minoría social más o menos exigua según los casos, pero minoría siempre al cabo. La mayor parte de la propia sociedad no quedaba exactamente excluida del planteamiento constitucional, pues se le tenía como destinataria de determinaciones

World: The Story of the Haitian Revolution, HUP, 2004, y *A Colony of Citizens: Revolution and Slave Emancipation in the French Caribbean, 1787-1804*, UNCP, 2004. Para momento constitucional más avanzado, a falta de historiografía a la altura, véase el buen testimonio, *malgré lui*, de Onésime RECLUS, *France, Algérie et Colonies*, 1886 (Argelia como si no fuera colonia, cuales las que se tuvieran en América, alguna incluyéndose ahora, como si fuera Francia, en la Unión Europea, lo que no es otro asunto, pero que he dejado descartado para estas páginas). Onésime era geógrafo, ciertamente no tan afamado hoy como su hermano y colega en el cultivo de la *geografía* Elisée, a quien todavía se le celebra en Francia porque acuñara un término como *Francophonie* tan paleo (<http://cifdi.francophonie.org>) o neocolonial (<http://agence.francophonie.org>). Para introducción al interés constitucional de esa disciplina política, Jesús VALLEJO, *Geografía constitucional ilustrada*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 25 (Homenaje a José Martínez Gijón), 1998, pp. 685-715.

³⁸ Bernard DURAND, *Un dogme soumis "à la force des choses": l'inamovibilité des magistrats Outre-mer*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 2004, pp. 241-262, que es el modo como viene ahora comúnmente a contemplarse en la historiografía constitucional no sólo francesa.

³⁹ Robin BLACKBURN, *The Overthrow of Colonial Slavery, 1776-1848*, Verso, 1988, Mark E. BRANDON, *Free in the World: American Slavery and Constitutional Failure*, Princeton University Press, 1998.

⁴⁰ Puede verse el debate planteado, a propósito de mi *La Grâce du Don. Anthropologie catholique de l'économie moderne*, Albin Michel, 1996, en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 59-6, 2001, 1109-1175: *Les économies anciennes*, escenario histórico ignorado por la historiografía constitucional al uso.

suyas, lo mismo al fin y a la postre, aun de diverso modo, que el resto de la humanidad⁴¹.

34. La exclusión en rigor no existe. La minoría se hace con derechos para sí misma y con poderes respecto a la mayoría, la propia como la ajena. Así es como incluye. El constitucionalismo abraza un proyecto de transformación que alcanza en primer término a la misma sociedad a la que pertenece la propia minoría. Todo un mundo rural y laboral podía ser considerado tan carente de *civilización* y tan precario en derechos mientras que no la alcanzase, casi tan expuesto entonces a poderes, como las sociedades no europeas⁴². ¿El éxito condona? Diga quien lea. Quede la respuesta a la inteligencia de la lectura. Sea cual fuere, adviértase que compromete a la Constitución Europea⁴³.

V. Reglas venatorias

35. Si la ciencia, al menos la que se dice del derecho, no parece muy fiable, recurramos a la ficción por alcanzar alguna conclusión naturalmente provisional aunque sólo sea porque ha de quedar al veredicto de la lectura, lo que comienza por no entender la doctrina de tal género, la jurídica. Sea *Moby-Dick or the Whale*, "Moby-Dick o el Cetáceo", de Herman Melville, una caudalosa narración que resulta, aparte otros méritos, de interés metodológico para la historia del derecho y sustantivo para la doctrina jurídica, inclusive para sus especialidades constitucionales. No nos lleva exactamente de vuelta a América, sino a los océanos de la tierra, un espacio en común⁴⁴.
36. De poderes trata la antología de pasajes a lo largo de la historia sobre las grandes y poderosas criaturas con la que se encabeza *Moby-Dick*. En compañías tales como la Biblia, el *Leviathan* de Hobbes y los *Comentarios*

⁴¹ Bruce ACKERMAN, *We the People*, vols. I, *Foundations*, y, hasta el momento, II, *Transformations*, HUP, 1991-1998, registrando la ausencia de género, esclavitud y pueblo indígena en el momento constituyente y considerando rectificaciones o, como entiende, regeneraciones, con olvido entonces significativo del caso último o más bien el primero tratándose de América.

⁴² Eugen J. WEBER, *Peasants into Frenchmen: The Modernization of Rural France, 1870-1914*, SUP, 1976, pp. 3-22, capítulo que resultaría más elocuente de no prejuizarse resultados en términos además que se entienden positivos de *nacionalización* del campesinado. ¿Por qué el punto de vista de la historiografía en general, no sólo de la marcada por la visión constitucional, no es el de la mayoría, cuando no se pertenece a ella y aún también con la procedencia, ni siquiera por venir a contemplársele? ¿Qué paradigma rige unas profesiones académicas cuando impone así perspectivas?

⁴³ Si quiere suspenderse el propio juicio y seguirse de la mano otro tramo algo más largo, puedo remitirme a *Europa hoy entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 35, 2004, que es número monográfico sobre colonialismo.

⁴⁴ Herman MELVILLE, *Moby-Dick, or the Whale*, 1851, con numerosas ediciones y traducciones, a veces abreviadas perdiéndose buena parte de lo que aquí interesa. El capítulo al que haré referencia es el LXXXIX, *Fast-Fish and Loose-Fish*. El epígrafe de la antología que enseguida digo reza *Extracts Supplied by a Sub-Sub-Librarian*, lo cual, a la vista de lo que hoy abunda, cumple con más que sobrada suficiencia el requisito académico del registro de fuentes.

de Blackstone, surge la expresión de un principio, tomado de una canción de balleneros: *Might makes Right*, “el poder hace el derecho”. Poder es derecho y derecho es poder. Poder y derecho equivalen. Son si acaso vertientes de una misma cosa. Al argumento acude Melville en un capítulo bajo el epígrafe de *Fast-Fish and Loose-Fish* que aparentemente versa sobre derecho venatorio en mar abierto, mas que diserta en el fondo sobre poder colonial y orden jurídico⁴⁵.

37. Justificando el singular epígrafe, que no anuncia ni derecho ni colonialismo, Melville explica la distinción marinera entre *fast-fish*, la pieza que ya anda marcada por tentativa de apresamiento, y *loose-fish*, la que todavía corre mostrenca y así resulta *fair game for anybody*, caza al alcance de cualquiera pues no se aprecia desgarrar de rejón ni de anzuelo, hendidura de pendón ni de bandera. Con este principio colonial, “¿qué son los Derechos del Hombre sino *Loose-Fish*?”, pieza destinada a convertirse antes o después, como *fair game*, en *fast-fish*. El razonamiento se remata: “¿Y qué eres tú, lector, sino *Loose-Fish* y *Fast-Fish* a un tiempo?”, sujeto de derechos y objeto de poderes simultáneamente, agente de historia y paciente de dogma cuando se trata de derecho, lector o lectora.
38. Además de una conclusión sustantiva, ¿se quiere otra metodológica? Fiémonos también de la literatura no jurídica. Un simple cuento nos habla de una investigación conducida en toda regla sin resultado ninguno por un exceso de método precisamente. La pieza de convicción se encuentra tan a la vista que la pericia más avezada no tiene modo humano de descubrirla. “Sólo toman en cuenta su *propia* inteligencia artificial” por instruida. La profesión superpone su cultivada formación a la desnuda evidencia. Es historia que narra y conclusión a la que llega Edgar Allan Poe en *The Purloined Letter*, la carta sustraída⁴⁶. Conviene ante todo mirarse lo evidente y sobre todo atenerse a la evidencia misma. He aquí la lección más sensata de método que pueda impartirse a una historiografía tan ciega por dogma o al menos tan estrábica por doctrina como la constitucional. Para el mundo del derecho en general y del constitucionalismo en particular, ¿no consiste la especialidad científica en la asunción personal de los prejuicios que caracterizan a la profesión, esa inteligencia artificial de caza y captura?

⁴⁵ Edward W. SAID, *Culture and Imperialism*, Alfred A. Knopf, 1993, con traducciones, interesa al punto, aun no incidiendo en particular sobre *Moby-Dick*. Se tiene ahora también la reposición de C.L.R. JAMES, *Mariners, Renegades, and Castaways: The Story of Herman Melville and the World We Live In*, ed. ampliada, University Press of New England, 2001, sobre quien puede aprovecharse, interesando desde luego igualmente a colonialismo, Anna CRIMSHAW (ed.), *The C.L.R. James Reader*, Blackwell, 1992.

⁴⁶ Edgar Allan POE, *Tales*, 1845, pp. 200-218, *The Purloined Letter*, p. 210, aparecido en 1844 e incluido en sus *Works* ya póstumas, 1850, pp. 262-280: “They consider only their *own* ideas of ingenuity”. En castellano hay traducción de Julio CORTÁZAR (E.A. POE, *Obras en Prosa*, I, *Cuentos*, 1956, *La carta robada*, con reediciones), pero no muy atinada para la frase que nos interesa: “Sólo tienen en cuenta sus *propias* ideas ingeniosas”, en vez de “sus *propias* nociones de lo que sea lo inteligente” o, forzando casi nada, eso de “su *propia* inteligencia artificial”.

DIRECTORIO EN INTERNET
(Supplied by a Sub-Sub-Internauta)

Biblia (Vulgata):

<http://www.vatican.va/archive/bible>.

Thomas Hobbes, *Leviathan*:

<http://oll.libertyfund.org/ToC/0051.php>.

Robert Filmer, *Patriarcha*:

<http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm>.

John Locke, *Treatises of Government*:

<http://www.lonang.com/exlibris/locke>.

William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*:

<http://www.lonang.com/exlibris/blackstone>.

Journals of the Continental Congress, 1774-1789:

<http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwjc.html>.

Documentación del Primer Congreso Continental (1774):

<http://www.lexrex.com/functions/table.htm>.

Constituciones de los Estados miembros de los Estados Unidos (en construcción):

<http://129.2.168.174/Constitution/Thorpe/Samples.aspx>.

The Federalist Papers:

<http://www.constitution.org/fed/federa00.htm>.

Joseph-Emmanuel Sieyes, *Vues sur les Moyens d'Exécution dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789*:

<http://gallica.bnf.fr/scripts/catalog.php?MA=Sieyes>.

Constituciones de Francia:

<http://www.elysee.fr/instit/text4.htm>.

Constituciones de España:

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones/pais.formato?pais=Espanya&indice=constituciones>.

Edgar Allan POE, *The Purloined Letter*:

<http://www.eapoe.org/works/tales/index.htm>.

Walter Bagehot, *Constitución de Inglaterra* (trad. Adolfo Posada):

<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=291>.

Herman Melville, *Moby-Dick, or the Whale*:

<http://www.americanliterature.com/MD/MDINDEX.HTML>.

Onésime RECLUS, *France, Algérie et Colonies*:

<http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-75061>.

M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*:

http://oll.libertyfund.org/Texts/ToC/0024_ToC.html.

Caso de constitucionalidad, el de Abu Ghraib:

<http://www.aclu.org/International/International.cfm?ID=13962&c=36%0D%0D>.

Tratado-Constitución de Europa:

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:ES:HTML>.