



Entre Massachusetts y Catalunya: Sustituciones Constitucionales y Disfunciones Democráticas

Bartolomé Clavero
Universidad de Sevilla
clavero@us.es

Resumen

Este es el texto revisado de una conferencia que afrontó el problema de los desajustes pensables entre democracia y constitucionalismo, éste en el sentido de imperio de los derechos, a los efectos constituyentes de Estados compuestos en sociedades plurinacionales. Comparando mutaciones constitucionales de España y de los Estados Unidos, se hace ver la disfunción de la democracia, ésta en el sentido de apelación directa a la ciudadanía, en lo que respecta a la garantía y promoción de los derechos no sólo individuales, sino también colectivos, como los de naciones que no forman por sí Estados*.

Palabras clave

Mutaciones constitucionales, constitucionalismo estadounidense, constitucionalismo español, separación de poderes, plebiscitos constituyentes, Estado plurinacional.

Between Massachusetts and Catalonia: Constitutional mutations and democratic dysfunctions

Abstract

What comes next is the revised transcription of an oral speech addressing the predicament aroused by arguable mismatches between democracy and constitutionalism (in the sense of rule of rights) in constituting multilevel polities within multinational milieus. Through the comparison of constitutional mutations of Spain and United States of America, this essay highlights the dysfunction of democracy (in the sense of direct appeal to nationwide constituencies) regarding the guarantee and promotion of not just individual but also collective rights, such as those of nations which do not constitute States by themselves.

Keywords

Constitutional mutations, American constitutionalism, Spanish constitutionalism, separation of powers, constituent plebiscites, Multinational State.

* La conferencia, para la que se me propuso el tema de *La Función del Derecho Constitucional*, la pronuncié en la jornada de *Homenaje a Miguel Ángel Aparicio* con ocasión de su jubilación (Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 24-V-2013). Conservo el estilo corrido de la disertación oral.

Que democracia y constitucionalismo son elementos tan distintos como relacionados es cosa más que sabida. Que deben confluir y articularse es imperativo igualmente conocido y aceptado entre quienes hoy se identifican como demócratas o como constitucionalistas. Democracia se refiere al sistema constituido y gobierno ejercido por una abstracción llamada pueblo o nación con las mediaciones institucionales oportunas para que ello pueda concretarse en su puesta en práctica por parte de una mayoría ciudadana acreditada, aunque sea relativa, dentro de cada formación política. Constitucionalismo hoy remite al sistema que se basa en el reconocimiento y la garantía de derechos de libertad de minorías tanto como de mayorías, comenzándose categóricamente por la minoría primera, cada individuo sin discriminación alguna o sin más discriminación, hoy por hoy, que la determinada por dicho sujeto llamado pueblo o nación. No hay, en rigor, constitucionalismo sin democracia ni la viceversa, aunque lo que suele más bien darse es constitucionalismo con democracia de muy bajo perfil o también la recíproca, democracia con constitucionalismo sumamente débil. Todo ello es cosa sabida. Lo que menos suele observarse es que no se trata de piezas que encajen sin problemas de entidad entre sí.

Partamos del caso de los Estados Unidos de América. Enseguida acudiremos a España. Recurramos a una obra poderosa de historia constitucional que mira hacia el presente, *We the People*, “Nosotros el Pueblo”, de Bruce Ackerman, y particularmente a su segundo volumen, *Transformations*, “Transformaciones” (Ackerman, 1998). Su motivo es el de las alteraciones que se producen en un sistema constitucional, al margen de sus previsiones de enmienda o reforma, por unos medios democráticos que siempre han estado en manos de minorías, bien que ensanchándose a lo largo de sus más de dos siglos de existencia. La mayor transformación en términos absolutos que se efectúa mediante procedimientos previstos de enmienda constitucional es la de abolición de la esclavitud en la década de los sesenta del siglo XIX. Podrá dar lugar a ulteriores transformaciones nada menores por vías constitucionalmente imprevistas, pero no necesariamente por ello menos democráticas (Ackerman, 2014).

Se trata de transformaciones tales como la de capacitación de la justicia federal en garantía de derechos, con el de propiedad privada en primera línea, por encima de las judicaturas de los Estados, y la de habilitación de la administración federal para políticas económicas y sociales que se sustanciaría en los años treinta del siglo pasado. A las pocas décadas, el mismo activismo judicial y legislativo federal promotor de derechos civiles representa una evolución factible por dichas mismas transformaciones. Ninguna de esta serie de alteraciones del constitucionalismo estadounidense durante el siglo XX se produjo a través de las vías de enmienda contempladas por la Constitución federal. Representan, para Ackerman, *momentos constitucionales* de apertura de la posibilidad de cambios trascendentes en el sistema constitucional por aspiración y empuje de la ciudadanía mediante procedimientos no menos legítimos por no regulados al efecto. Para Ackerman, ante tales momentos y para tales cambios, sólo entonces, podría bastar con plebiscitos ciudadanos si el constitucionalismo estadounidense no estuviera tan fuertemente arraigado en mediaciones de representación y *procesualismo*.

El alcance constituyente de los cambios referidos, de estos en concreto, lo entiende Ackerman como positivo por un doble orden de razones, una de carácter democrático y otra referente a derechos. En un sistema que, como el



estadounidense, se encuentra con que los procedimientos de enmienda del constitucionalismo federal han quedado prácticamente bloqueados, poco menos que inutilizables, puede resultar que vías informales de cambio constitucional respondan en medida superior a aspiraciones ciudadanas, lo que Ackerman no duda que ha ocurrido en los cambios relativos tanto a políticas sociales como a garantías judiciales. Frente a las previsiones constitucionales, tales cambios de hecho también se legitiman por promocionar derechos. He ahí alteraciones constitucionales legítimas. Lo de positivo en el caso estadounidense lo entiendo y asumo por la evolución, no de autonomismo estatal a capacitación federal, sino de desprotección a promoción de derechos de libertad personales y colectivos.

En este caso de los Estados Unidos, la Constitución, comenzándose por sus previsiones de revisión, estaría obsoleta. El recurso a convención ciudadana al margen de los procedimientos previstos como la misma Constitución federal de los Estados Unidos se elaboró hace más de dos siglos podría rehabilitarse. El plebiscito directo de reforma constitucional o incluso constituyente sería forma de evitar alteraciones constitucionales sin determinación ciudadana inequívoca. Todo esto es asunto extremadamente controvertido por discursos normativos en el seno del constitucionalismo estadounidense (Michelman, 1998; Post y Siegel, 2003). No es la ocasión de detenernos en debates, pero interesa dejar constancia de que hay posiciones muy críticas por la motivación del amparo de derechos frente a la validez plebiscitaria de pronunciamientos mayoritarios. Respecto al sistema estadounidense, Ackerman justamente valora más democracia contrastable que constitucionalismo establecido por muy garantista de derechos que este segundo pretenda ser o incluso lo resulte.

No todas las transformaciones del sistema constitucional de los Estados Unidos por cauces imprevistos resultan de signo tan positivo como los resaltados por *We the People*. Como el mismo autor resalta en otras ocasiones (Ackerman, 2010), desde unos inicios se produjeron alteraciones que afectan al diseño de poderes y, en consecuencia, más o menos a la larga, a la garantía de derechos que los respectivos contrapesos habían de asegurar. Según el planteamiento original de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la política exterior había de ejercerse en colaboración entre la Presidencia federal y, como cámara de los Estados, el Senado. Pronto se originó una evolución de potenciación presidencial que ha acabado dejando en manos de la Presidencia un poder de política exterior perjudicial ante todo y sobre todo para gente exterior, es decir, para quienes no pertenecemos a la determinada abstracción del pueblo o la nación estadounidense. Es lo que Arthur Schlesinger llamara en 1973 *Presidencia Imperial* (Schlesinger, 2004), inexistente en la letra de la Constitución, lo cual hoy, por haberse acentuado al máximo, es asunto recurrente (Rudalevige, 2005; Savege, 2007; Silkenat y Shulman, 2007). Incluso esto *We the People* lo valora hasta el momento, a falta de un cuarto volumen, en términos positivos a efectos internos para las posibilidades de impulso presidencial de transformaciones constitucionales (Ackerman, 2005 y 2014). En todo caso, entre la evolución positiva de la capacitación federal y la problemática de la potenciación presidencial, se ha alterado profundamente la articulación constitucional interior de los Estados Unidos de América. Sobre esto mismo quiero ocuparme en relación a España.

A España acudimos. Las *transformaciones* subrayadas por la historia constitucional contenida en *We the People* de Bruce Ackerman pueden equivaler a lo que por nuestros lares suelen llamarse *mutaciones*, cambios en el sistema constitucional que no advienen por los procedimientos constitucionalmente previstos al efecto (Jellinek, 1991; Vera Santos, 2007, 38-45). Los términos no son siempre traducibles directamente sin más. En su conjunto, las mismas mutaciones

enfanzadas por Ackerman representan casos de lo que están ahora llamándose *sustituciones*, esto es, alteraciones que llegan al grado de afectar al fondo del diseño y edificio constitucional. Este concepto último de *sustitución* ha sido en concreto acuñado por la jurisprudencia constitucional colombiana (Cajas Sarria, 2008, 97-155; Tovar Uricoechea, 2012). Para mí tengo que *transformación* es una categoría más comprensiva que la de *mutación*, pero no me detengo en este extremo puesto que lo que aquí me interesa es el efecto de *sustitución*, lo que puede corresponder, pero tampoco equivale enteramente, con lo que Ackerman llama *revolución* en el tracto constitucional (Ackerman, 2014).

Respecto a la Constitución española actual han podido detectarse mutaciones, alguna prácticamente desde el momento de su entrada en vigor tocando además a una vertiente tan sensible como la de articulación del Estado, con lo que puede ya de temprano ser caso de sustitución. Aun sin echar mano de esta última categoría, lo resalta sin ambages Miguel Ángel Aparicio. Citémosle literalmente: “El pacto constituyente de 1978, reflejado en el texto constitucional, esbozó dos tipos de organizaciones regionales autónomas: las políticas (Cataluña, Galicia y el País Vasco) y las indefinidas (el resto), conteniendo importantes franjas de ambigüedad para su configuración futura. La evolución posterior, producto de una mutación constitucional, modificó ese primer pacto constituyente con la generalización de un modelo híbrido aunque desigual en el reparto o articulación territorial del poder político. Esta mutación constitucional se ha producido fuera de la Constitución mediante una combinación de instrumentos jurídicos y políticos de diversa naturaleza que han pretendido la homogeneización formal de ese modelo” (Aparicio, 2010, 59).

Está haciéndose referencia al registro de las *nacionalidades* como sujetos del derecho a la autonomía política que se proclama en los inicios de la Constitución sin identificar cuáles sean, pero ofreciéndose a sus postrimerías criterios suficientes para reconocerlas: validación de referenda de iniciativa autonómica celebrados en el periodo constitucional anterior a la dictadura, el republicano; y reconocimiento de los derechos históricos de los territorios dichos forales, derechos, por *históricos*, anteriores a ese *pacto constituyente* de 1978, no dependientes como tales del mismo. Aunque no se reserve en exclusiva al supuesto de las nacionalidades, a ello se vincula un procedimiento de acceso a la autonomía planteado en términos de que la misma responda al ejercicio de un derecho estatuyente, como derecho propio, por parte del sujeto autonómico; a una participación en el proceso constituyente del Estado español que de este modo quedaba abierto. Tal derecho estatuyente es así derecho constituyente prorrogado. Las nacionalidades son entonces naciones sin Estado propio acomodadas en un Estado compartido. ¿Que hay, pese a todo, dificultad en saber qué sea *nacionalidad*? No más que la habría, si no contase con una fuerte ortopedia institucional dada, sobre *nación* o pueblo identificándose como abstracción del sujeto constituyente de Estado.

Vistas así las cosas, ha de concedérsele la razón a Aparicio cuando subraya que, desde momento temprano del desarrollo de la Constitución, lo que se produjo fue una *mutación constitucional*, tal alteración solapada, una verdadera *sustitución* al cabo. Se neutralizó el reconocimiento de las *nacionalidades* como naciones partícipes en el derecho constituyente del Estado español. Las previsiones de ejercicio de un derecho estatuyente propio de las nacionalidades se redujeron a diferencias meramente procedimentales de acceso a una autonomía de fondo indistinguible con la de casos no nacionales a los que la Constitución ofrecía también la posibilidad. La historia posterior del desarrollo de las autonomías ha avanzado en dicha dirección de metamorfosis encubierta de la previsión constitucional sobre *nacionalidades*.

Para el propio Aparicio, un momento decisivo ha sido el del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, el de 2006, a cuyo respecto, primero, la Comisión Constitucional del Congreso y, luego, en mayor medida, el Tribunal Constitucional se sucedieron y complementaron en forzar las cosas hasta el extremo de borrar del mapa el derecho autoestatuyente catalán como derecho propio. He ahí la sustitución constitucional consumada con toda su implicación que en su caso resulta negativa frente a un proceso constituyente no cerrado por la Constitución y así todavía disponible por vía precisamente de renovación estatutaria. Aparicio se refiere a *anomalía* que puede implicar *inconstitucionalidad* en la segunda fase del proceso constituyente, la inmediata postconstitucional, y, en medida no inferior, por el recorrido ulterior de la prórroga estatuyente. Subrayo lo de la implicación negativa porque ya sabemos de la posibilidad de mutaciones constitucionales que, con criterios de índole constitucional, pueden resultar positivas tanto para democracia como para derechos y garantías.

La narrativa del proceso constituyente mutado sobre la marcha, también por supuesto controvertida, está claramente implicando que la correspondiente alteración constitucional sería ilegítima. ¿Lo es conforme al doble criterio, el democrático y el constitucional que cabe distinguir? Miremos primero el de la democracia. El pacto constitucional de 1978 sería el término de referencia de índole democrática para una legitimidad de la que entonces carecería mutación tan inmediata. Tiene peso el argumento, pero no resulta quizás tan decisivo. El problema radica en el mismo término de referencia, el del texto constitucional, tan problemáticamente democrático como el término de contraste, el de la mutación constitucional (Clavero, 2014a). Si media diferencia de calidad democrática, lo es tan sólo de grado. A los efectos de adopción de decisiones, en el primer momento no hay pronunciamiento ciudadano entre propuestas constituyentes, elecciones tales, sino acuerdo entre partidos y referendo ciudadano, igual que en el segundo momento, el estatuyente. Democracia de baja calidad hay en ambos. En este contexto, respecto al caso español, la circunstancia de que el procedimiento constitucional de reforma se haya bloqueado a marcha acelerada no puede infundirle a la mutación ni un ápice de legitimidad como posible alternativa (Clavero, 2014 b).

Tenemos el otro criterio, el constitucional de los derechos, el de si la mutación o sustitución les afecta positiva o negativamente; si les favorece o les perjudica. Para esto también nos ofrece orientación el mismo Aparicio puesto que, respecto precisamente a derechos y a sus garantías, valora de forma específica la autonomía y, muy en particular, la autonomía por derecho de título propio, como la de las nacionalidades. En el contexto del último proceso estatuyente catalán, con perspectivas además de derecho comparado, dicho autor ha impulsado la consideración y el análisis de hasta qué punto la multiplicidad de niveles en el reconocimiento y garantía de derechos, como por ejemplo entre Europa, España y Cataluña, refuerza la cobertura de los derechos no sólo de sujeto individual, sino también de los derechos de sujeto colectivo, como, sin ir más lejos, los de las nacionalidades, sujetos constituyentes al cabo ellas mismas de uno de esos niveles en beneficio posible de los mismos derechos individuales y esto conforme, no se olvide, a la propia Constitución española en concurrencia con otras normas de valor igualmente constitucional o asimilables (Aparicio, 2005 y 2008).

No es juego de palabras o prestidigitación con derechos. Un sistema centralizado de reconocimiento y garantía con el consiguiente establecimiento de poderes a un solo nivel, como el tradicional del Estado que se postula nación y pueblo en un singular excluyente, puede servir, si acaso, para el capítulo desde luego fundamental de la defensa y promoción de derechos individuales, pero no

más. Y eso además relativamente. Todos los derechos de los individuos que no se identifiquen a sí mismos con nación o pueblo en tales determinados términos tampoco es que se vean amparados por igual con dicha forma de Estado por muy constitucional que se pretenda o que, relativa y desigualmente, resulte.

Detengámonos en el punto al que estamos llegando, o más bien en la serie concatenada de puntos. El mismo orden constitucional español establecido por dicho *pacto* de 1978, si se legitima, no es porque represente un ejercicio acendrado de democracia, pues no fue el caso, sino porque contiene reconocimiento y garantía de derechos, comprendidos los derechos de las nacionalidades en cuanto tales. En consecuencia, la neutralización del derecho a la autonomía nacional en Estado compartido, por sí misma y por cuanto importa a derechos individuales, resulta un extremo que puede afectar negativamente a la legitimidad de un orden constitucional de base democrática insuficiente. Nos situamos entre reformas pendientes y mutaciones o sustituciones consumadas de la Constitución de 1978.

Los derechos, los de individuos y los de nacionalidades, se reconocen en 1978 como anteriores a Constitución, no derivados de ella, anteriores y no dependientes del propio ejercicio de la democracia. El orden constitucional establecido en España resulta legítimo en la medida en que mantenga y asegure eficazmente dichos reconocimientos. En este test de legitimidad, con la Constitución a la vista, de lo que no debe hacerse abstracción es del derecho de las nacionalidades. No habrá de ignorarse la problemática de una mutación constitucional negativa, no tanto porque sea, que lo es, poco democrática, sino por atentar neurálgicamente contra derechos.

Hay más que interesa a democracia en esta concatenación de puntos. La democracia es exigencia por supuesto de los derechos tanto individuales como colectivos, de derechos como el de participación a través, en su caso, de representación sin indebida mediatización o como también el derecho al control y rendición de cuentas de las autoridades, no sólo de las procedentes de sufragio ciudadano. Cuando me refiero a la exclusión de mediatización indebida, estoy pensando en prácticas tan poco legítimas democráticamente como la de elecciones por listas de partidos bloqueadas con distritos plurinominales sin entidad política propia, lo que acerca representación a cooptación. Recuerdo de pasada que la decisión constituyente sobre un régimen electoral de este tipo en España se produjo por la última legislatura de la dictadura (Gallego, 2008). Cuando hablo de momentos constituyentes en plural pienso en más de dos, no tan sólo en el pacto constitucional y en su inmediata mutación o sustitución. Son elementos a tener en cuenta si se trata de aquilatar la calidad democrática de tales momentos, de todos ellos, comenzando, desde luego, por el de 1978.

Atemos cabos. Si hay vinculación entre constitucionalismo y democracia, de mejor o de peor calidad, es porque esta misma resulta un requerimiento inequívoco de los derechos individuales y colectivos de valor supraconstitucional. Pero esto no convierte a la democracia, de una u otra calidad, en el árbitro primero y último del constitucionalismo. Menos todavía puede hacerlo su predicación como si su relación además sólo fuera con ejercicio de poderes. Los derechos, individuales y colectivos, quedan por encima. Hay hoy constitucionalismos pasablemente legítimos sin origen en democracia y con prácticas no mucho mejores que las del caso español. Digámoslo en otros términos. El orden constitucional comienza por no requerir, para legitimarse, de poder constituyente originario, un poder ejercido discrecionalmente por un sujeto colectivo en singular, el poder padre de todos los poderes constitucionales. Lo importante es que éstos sean funcionales a derechos, a su



garantía y a su promoción. No necesitan progenitor constituyente ni ser ellos mismos poderes, estrictamente tales.

Me permito observar que no he utilizado hasta ahora este sintagma de *poder constituyente*, sino el de *derecho constituyente*, que no resulta exactamente lo mismo. Por su dependencia respecto a derechos no sólo además individuales, sino también colectivos, el llamado poder constituyente es, debe ser, poder reglado, un poder que ha de ejercerse con vistas al reconocimiento, garantía y promoción de los mismos, de los derechos, lo que significa que en rigor no es poder. Como tampoco en rigor lo son los poderes vástagos, el poder legislativo, el poder gubernativo, el poder judicial y los poderes inidentificados, como el de política exterior o el de la función electoral, pues son igualmente reglados, a pesar de que estemos hechos a la mala práctica de que el ejercicio de los poderes constituidos de carácter más político, el legislativo, el llamado ejecutivo y el innominado de política exterior, no responda a motivaciones expresas de fundamento constitucional, aparte esto por supuesto de controles fuertes a posteriori.

El argumento democrático de representatividad sirve de coartada. Aplíquese esto de la motivación constitucional en el ejercicio de poderes a la democracia de origen, la constituyente. Un ejercicio de poder constituyente español, inclusive el poder constituyente constituido de la reforma constitucional, no es legítimo de no tomar en cuenta el derecho constituyente que corresponde a las nacionalidades. Si la mutación constitucional identificada por Aparicio, la que cancela derecho de nacionalidades, se hubiera producido o se formalizara en el futuro mediante reforma constitucional según las previsiones de la Constitución, tampoco su legitimidad sería indiscutible por mucho que se apelase, como suele hacerse, al argumento presuntamente democrático de una soberanía dígase nacional o popular, de la nación o del pueblo. Predíquese lo propio del poder estatuyente o constituyente propio de la nacionalidad.

En lo que concierne al momento constituyente español y a la sustitución constitucional que le siguió de inmediato, esta segunda resulta ilegítima sin necesidad de acudir tampoco al motivo democrático, sencillamente por estar atentando contra el derecho estatuyente de las nacionalidades, derecho que interesa neurálgicamente tanto al colectivo de la nacionalidad como a los individuos que se identifican con ella. Ya no se trata entonces del test problemático de la comparación de estándar democrático entre proceso constituyente español y proceso estatuyente catalán. Se trata de que uno y otro proceso, ambos, se deben a derechos y no sólo a derechos individuales, sino también a derechos colectivos que los primeros requieren, así conjugados. Se trata de que, a los propios efectos constituyentes, la democracia no es, a la hora de la verdad, algo tan simple. Se trata de la necesidad del Estado plurinacional (Caminal, 2002; Requejo, 2002 y 2007; ambos, 2011 y 2012).

El derecho constituyente, el ejercicio democrático del poder constituyente, del original y del de reforma, requiere la concurrencia de sujetos colectivos plurales, lo mismo que el ejercicio de los poderes constituidos, de todos ellos, inclusive del judicial. Es ésta una problemática que no permite la predicación de un principio de igualdad en función exclusiva de ciudadanía de Estado (Barnés, 2004). Lo es que resulta cancelada en falso y camuflada en vivo por toda la panoplia, todavía usual en la doctrina constitucional, de la soberanía nacional o popular si su sujeto sigue identificándose con el pueblo español en singular, flanqueada por la del poder constituyente, original y de reforma, en manos de dicho mismo sujeto de nación excluyente a tales efectos fundamentales que alcanzan a derechos (Bastida, 1998).

Problemática significa conjunto de problemas. Los tenemos ante todo de lenguaje, el de la sinonimia abusiva entre democracia y constitución y el del empleo no menos desmedido del término de poderes como elementos característicos, sin mayor problema de base, del constitucionalismo, desde el poder constituyente a los poderes legislativo, gubernativo, judicial más un resto de poderes innominados y, con ello, todavía peor controlados. ¿Hemos de situarnos mirando hacia la historia de aquella presunción de democracia y de esta concepción de poderes? Comencemos por éstos, por los poderes, puesto que es lo primero que se pone en práctica en la historia constitucional. Llamo historia constitucional a la historia moderna de reconocimiento y garantía de derechos como premisas explícitas del orden constituido, algo que no es anterior, en cuanto a figuración, al siglo XVII y, en cuanto a práctica, al siglo XVIII. Seamos por supuesto muy sumarios en el repaso histórico que nos ayude a recapacitar. Puedo además remitirme para lo que sigue (Clavero, 2007). No es mucha la paciencia que pido ahora pues recalaremos sin mucha demora de vuelta en el presente.

Frente a lo que suele todavía presumirse, la idea misma de los *poderes* no es anterior a la historia constitucional. Tradicionalmente, el orden se vinculaba a una normatividad socialmente indisponible, fuera ya religión, fueran también otros ordenamientos culturalmente impositivos. En las postrimerías del siglo XVII, ante la quiebra sangrienta en Europa de ese tipo de orden de soporte religioso o equivalente, comienzan a figurarse los poderes en los términos de poder legislativo, poder judicial y poder de política exterior como atributos colectivos del contingente social formado por los padres de familia propietarios europeos, los titulares de un poder de base que no se entendía constituyente ni político, sino doméstico o familiar; poder sobre el espacio de reclusión de mujeres, esclavos, otros trabajadores sin patrimonio propio, hijos no emancipados y hasta gentes no europeas. Tal es la concepción que se pone en práctica con la independencia de los Estados Unidos de América sin tocarse el poder doméstico, introduciéndose el poder constituyente e identificándose los otros poderes como poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. Son elementos que guardan relación, comenzándose por el mantenimiento prácticamente incólume del poder doméstico.

Desde el primer momento constituyente, el de la independencia con previsión expresa de formación de normas constitucionales que ya estaban planteándose con dichas miras por algunas colonias, se adopta en Estados Unidos un lenguaje universalista en cuanto al sujeto de derechos constitucionales, pero nadie se llamaba a engaño. Como resaltaría John Adams, el publicista más orgánico de la integridad del primer constitucionalismo estadounidense (Wood, 1998), comprendidos en primer término los constitucionalismos estatales, no había posibilidad de que se incluyesen en el orden constituido, a ningún efecto que pudiera beneficiarles, ni indígenas ni esclavos ni mujeres ni menores. Tampoco se incluían de entrada trabajadores dependientes, sin autonomía basada en propiedad. Es el planteamiento que, con contribución del propio Adams, se mantiene en el trasfondo, sin necesidad de especificarse, de la primera norma constitucional articulada expresamente en términos de reconocimiento de derechos y división de poderes en función de garantía, la Constitución de Massachusetts de 1780. Sigue siendo la Constitución de este Estado con todas las mutaciones o incluso sustituciones inducidas por los cambios del contexto federal (Friedman y Thody, 2011).

Por cuanto ahora interesa, lo que entonces ha de saltar a la vista, si no perdemos la perspectiva histórica, es la exorbitancia de la categoría de *poderes* cuando explícitamente se trata de funciones garantistas de derechos. El contexto lo explica. Derechos son de padres de familia propietarios y colonos, de esta minoría



frente a una mayoría formada por indígenas, esclavos, mujeres, jóvenes y trabajadores dependientes. Necesitaban afirmar y constituir las funciones constitucionales en términos de poderes. Los federales se constituían ante todo frente a los pueblos indígenas (Rana, 2010; Ablavsky, 2014).

La democracia no entraba en aquel escenario creativo del derecho constitucional. Ni siquiera se pretendía que así fuera ni de presente ni para un futuro que estuviera en el horizonte. Aquellos padres constituyentes, padres de familia, entre los que se situaba John Adams, aunque con bastantes disensiones entre sí, convenían en que el constitucionalismo que estaban creando no equivalía ni quería equivaler a democracia (Wills, 2005). Era república que debía diferenciarse, por una parte, de monarquía y, por otra, de democracia. Los mismos mecanismos representativos que, de diversa forma y grado, se aplicaban a todos los poderes, salvo al doméstico encubierto, respondían en su intención, no a un establecimiento de signo democrático, sino a una toma de distancias de cara al mismo. La equiparación de democracia con república representativa o incluso con monarquía dotada de elementos representativos es históricamente posterior. Se produce en el escenario bien distinto de la Europa del siglo XIX, un escenario donde predominan monarquías. Constitucionalismo mediante, las mismas se encuentran con poderes nuevos, desconocidos con anterioridad, particularmente el gubernativo y el inidentificado y no tan solapado de política exterior que sirviera ante todo por entonces, en el XIX, para la expansión colonial exenta de controles constitucionales.

En un escenario de potenciación de poderes es donde comienza a abusarse de la idea de democracia a efectos primarios de legitimación del orden constituido. No se trata tan sólo de abuso por supuesto, pero es lo que resultará en el ámbito del derecho constitucional y su doctrina. La defensa de la democracia frente a monarquías potenciadas fue ciertamente un agente eficaz en la introducción de mecanismos representativos más allá incluso de lo inicialmente previsto por el invento americano del derecho constitucional. El sufragio masculino sin discriminación social canceló la exclusión constitucional del trabajador por cuenta ajena, lo que no afectó al mantenimiento del poder doméstico sobre mujeres y menores como sujetos radicalmente excluidos del constitucionalismo. Ya avanzándose en el siglo XX, tal poder de base, el familiar, no se cancela por ejercicio de democracia, sino por reconocimiento de derechos. Conviene que sigamos distinguiendo entre una y otra cosa.

Hay categorías constitucionales resistentes. Por una parte, tenemos la categoría inicial, impuramente constitucional, de los poderes; por otra, la idea sobrevenida de identificación entre democracia y formas de ejercicio de los poderes que nacieron para limitarla. Son aspectos muy relacionados. En el discurso y en la práctica de la política, incluso todavía en algunos sectores de la propia cultura constitucional, no es raro que se invoque y utilice la democracia para potenciar los poderes. El ejemplo más manido, nada único, es el de elevar al parlamento a encarnación de la soberanía de la nación o del pueblo. En repúblicas, tampoco es raro que esto se aplique a su presidencia. Y esto ocurre, con efectos prácticos, incluso en casos de regímenes constitucionales que introducen mecanismos de democracia dicha directa para corrección de las limitaciones de la representación política. Está ocurriendo, por ejemplo, en Latinoamérica.

Volvamos al presente, regresemos a América, ahora a Sudamérica, a las últimas Constituciones de la región, la del Ecuador, de 2008, y la de Bolivia, de 2009. Veámoslas ahora telegráficamente pues puedo también remitirme (Clavero, 2012). Las novedades que aquí interesan comienzan por el propio proceso constituyente, que recurre en ambos casos al procedimiento de convención de

elección ciudadana directa justamente por entender que los mecanismos previstos de reforma constitucional resultan menos democráticos o que están incluso pensados para imposibilitar los cambios necesarios. Entre éstos se encuentra un énfasis en los derechos tanto individuales como colectivos con el efecto más inmediato de sustituir la categoría de poderes que han de garantizarlos y promocionarlos por la de *funciones*, en el Ecuador, o la de *órganos*, en Bolivia. He ahí ahora, en vez de poderes, la función legislativa, la función ejecutiva, la función judicial, la función de transparencia y control social, y la función electoral. Hay más. Ambas Constituciones, la ecuatoriana y la boliviana, conciben el Estado como plurinacional, por el reconocimiento en ambos casos del derecho a la autonomía de los pueblos o naciones indígenas como derecho histórico de título preconstitucional. En ambas también se introducen mecanismos de democracia dicha directa o correctiva de las limitaciones de la representación política. Es lo que anuncia la referida función de transparencia y control social.

Hay siempre problemas. El poder constituyente no se *plurinacionaliza*, ni como poder originario mediante convención ni como poder constituido a los efectos de reforma constitucional. Sigue siendo poder de una *nación* boliviana y de una *nación* ecuatoriana en singular excluyente de las *naciones* indígenas. Ocurre también en ambos casos que la mecánica de los poderes no se somete a revisión porque se les cambie el nombre. Incluso el mantenimiento de esa nación en singular con poder sobre el resto de naciones concurrentes, nación personificada en la presidencia del Estado que encabeza la función o el órgano de gobierno, desequilibra el juego de poderes a favor de uno que sigue siendo mucho más que ejecutivo y mucho más que mera función u órgano. Los motivos de derechos y de democracia sirven también para la cobertura ideológica de ese juego potenciado de poderes. A esto se añade que, en ambos casos, a renglón seguido de la Constituciones, se ha producido una mutación constitucional o verdadera sustitución solapada que ante todo debilita los derechos de los pueblos o naciones indígenas, esto es, la propia base del Estado plurinacional. La plurinacionalidad es por lo demás un asunto hoy atendido en latitudes no sólo latinoamericanas por un sector, aunque minoritario, de la doctrina constitucional. En Cataluña hay ejemplos significados con audiencia internacional, aunque no mucho en América Latina por cuanto que posterga o incluso ignora a los pueblos indígenas (Caminal, 2002; Requejo, 2002 y 2007; ambos 2011 y 2012).

Volvamos a casa para comenzar a concluir. Si hoy se produjera en España una recuperación constitucional, por convención o por mutación positiva, que incluyese la rehabilitación del reconocimiento del derecho de las nacionalidades, las posibilidades del constitucionalismo plurinacional, constitucionalismo más respetuoso de derechos y también más democrático, se podrían tener más a la vista y más a mano que en 1978. Miremos al futuro más que al pasado, aunque sea un pasado todavía vigente. La doctrina constitucional cumpliría un buen papel previo si comenzase por no abusar de la referencia a democracia identificándola con constitución establecida y por proseguir con la reducción conceptual de poderes a funciones de derechos, no sólo en términos de garantías de derechos dados, justicia mediante, sino también, política mediante, en los de promoción de derechos por dar. Cuidémonos de derechos y descuidémonos de poderes, lo que no quiere decir de funciones.

Casa también es Europa, la Unión Europea, con una apariencia de plurinacionalidad que es *pluriestatalidad*, al identificar como miembro constituyente al Estado-nación en singular, lo que significa, disculpándome por la ya rotunda palabrota, *antiplurinacionalidad*. Sin la articulación plurinacional de base, Europa constituye un escenario en el que viene resultando más factible un

constitucionalismo de derechos que su necesario complemento por requerimiento de los derechos mismos, el constitucionalismo de democracia. Mal puede haberla sin la *constituyencia* primaria de pueblos y naciones no constituyentes por sí de Estados. La democracia o, mejor dicho, la representación política que se identifica con ella, cumple fácilmente en ese escenario la función de cobertura ideológica de poderes no bien identificados, no reducibles a funciones. Europa también es un buen ejemplo de la existencia actual de espacios constitucionales con dificultad o incluso sin posibilidad para la democracia ni siquiera representativa. Intentar forzar su introducción, como ha venido haciéndose, puede operar en dicha dirección de potenciación y ocultamiento o al menos disimulo de poderes. Sigamos distinguiendo. La operatividad torcida o la mera inoperatividad de democracia no es problema que tenga por qué implicar la inviabilidad de constitucionalismo. Son dos cosas distintas, cosas que conviene no confundir.

Pensemos también en el ámbito internacional más general, que también es casa, la casa global. Hay quienes incluso entienden que ya existe un constitucionalismo en este ámbito internacional, gracias especialmente al desarrollo actual del cuerpo normativo de derechos humanos y a la existencia de mecanismos de supervisión de su cumplimiento por los Estados con vías incluso de participación individual o colectiva de la ciudadanía en defensa y promoción de tales derechos, los que se predicán como humanos (Clavero, 2014c). No discutamos ahora si esto merece la denominación de constitucionalismo, pero reconozcamos al menos que se está formando a tal escala internacional otro nivel junto a esos niveles constitucionales no yuxtapuestos, sino interconectados, que comienzan por el de los pueblos o naciones, dígase también nacionalidades, no identificados necesaria ni principalmente con Estados. El problema de la plurinacionalidad confundida con *pluriestatalidad* también se presenta a dicho nivel global. Reconózcase que el intento de plantear democracia a escala planetaria no añade por hoy nada. Puede incluso estorbar su desenvolvimiento en línea constitucional, quiero decir en la línea de amparo y promoción de derechos dados y por dar.

Concluyo a tal nivel de generalidad. *La función del derecho constitucional* no creo que sea la de apadrinar directamente democracia, sino la de integrar y articular instituciones a fin de garantizar y promocionar derechos*. Contribuir, de su parte, el ordenamiento y coadyuvar, de la suya, la doctrina a la conjugación institucional que habilite y optimice la concurrencia de derechos y la convivencia entre sus sujetos, comprendidos los colectivos, tal es una función que se puede plantear y activar incluso a escalas donde la democracia tiene poca cabida o en espacios donde, porque cabe, suele presumírsele más que practicársele. La presunción es lo que produce la disfunción.

La visión constitucional hoy más usual sitúa a la democracia en el centro y la base. He ahí entonces el debate entre principio mayoritario respecto a ejercicio de poderes y garantías *contramayoritarias* en función de garantía de derechos. Así creo que, por situarse al mismo nivel un elemento con alguna dosis siempre de ficción, la democracia, y unos mecanismos de justicia y de política bastante más verificables y mensurables, los constitucionales, se distorsionan panorama y horizonte. Espero que, tras todo lo dicho, no se me malentienda. Hoy, constitucionalismo antidemocrático es un oxímoron; constitucionalismo democrático, una suerte no completa de pleonasma. Por razón de derechos, en lo que interesa a democracia,

* Como está dicho, *La función del derecho constitucional* fue el objeto que se me encomendó en la conferencia barcelonesa de mayo de 2013. Con posterioridad han aparecido un par de publicaciones preciosas para su argumento: Ablavsky 2014 y Ackerman 2014. También he aprovechado las sugerencias de las evaluaciones anónimas para la edición en *Eunomia*. Conste aquí mi agradecimiento.

constitucionalismo es imperativo de no impedirse ni estorbarse su optimización. También cabe donde no hubo o donde no hay las mejores condiciones para su ejercicio, el de la democracia.

No las hay en el caso con el que comenzamos, el de una sociedad tan extensa y tan plurinacional, naciones indígenas inclusive, como la estadounidense. *We the People* de Bruce Ackerman da pábulo a una posibilidad no sólo difícilmente plausible, sino también marcadamente arriesgada para los derechos de todas y todos, personas y grupos; a la eventualidad de movimientos reconstituyentes ciudadanos sin marco netamente definido de derechos constituyentes tanto individuales como colectivos.

Allí como aquí, en Estados Unidos por América como en España por Europa, dicho sea con todas las distancias, el problema es antes de constitucionalismo de derechos, de su garantía y de su promoción, que de ejercicio expedito de democracia con alcance constituyente. Nunca olvidemos que el uno y la otra, constitucionalismo y democracia, porque sean coextensivos, no son necesariamente funcionales entre sí.

Bibliografía

- ABLAVSKY, G. (2014), "The Savage Constitution", *Duke Law Journal*, Núm. 63, pp. 999-1089.
- ACKERMAN, B. (1998), *We the People*, vol. 2, *Transformations*, Belknap Press, Harvard University, Cambridge, Mass.
- ACKERMAN, B. (2005), *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- ACKERMAN, B. (2010), *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- ACKERMAN, B. (2014), *We the People*, vol. 3, *The Civil Rights Revolution*, Belknap Press, Harvard University, Cambridge, Mass.
- APARICIO, M.A. (ed.) (2005), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona.
- APARICIO, M.A. (2008) *Derechos y principios rectores de los estatutos de autonomía*, Atelier, Barcelona.
- APARICIO, M.A. (2010), "[Reforma estatutaria y mutación constitucional](#)", *Iura Vasconiae. Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, Núm. 7, VIII Simposio de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia: Sociedades Plurinacionales y Cambio Constitucional, pp. 55-98.
- BARNÉS, J. (2004), *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1º CE*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona.
- BASTIDA, X. (1998), *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Ariel, Barcelona.
- CAJAS SARRIA, M. (2008), *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia, 1910-2007*, Universidad Icesi, Cali.
- CAMINAL, M. (2002), *El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional*, Paidós, Barcelona.
- CLAVERO, B. (2007), *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid.
- CLAVERO, B. (2012), "Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano", en Luna, A., Mijangos, P., y Rojas, R. (eds.), *De Cádiz al Siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica, 1812-2012*, Taurus-CIDE, México D.F., pp. 421-453.



- CLAVERO, B. (2014a), "Transición y Constitución. ¿Qué relación guardan en España que importe hoy?", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 6, pp. 125-136.
- CLAVERO, B. (2014b), *España 1978. La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid.
- CLAVERO, B. (2014c), *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Trotta, Madrid.
- FRIEDMAN, L. y THODY, L. (2011), *The Massachusetts State Constitution*, Oxford University Press, New York.
- GALLEGO, F. (2008), *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia, 1973-1977*, Crítica, Barcelona.
- JELLINEK, G. (1991), *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MICHELMAN, F.I. (1998), "Protecting the People from Themselves, or How Direct Can Democracy Be?", *UCLA Law Review*, Núm. 45-6, *Voices of the People: Essays on Constitutional Democracy in Memory of Professor Julian N. Eule*, pp. 1717-1734.
- POST, R.C. y SIEGEL, R.B. (2003), "Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", *Indiana Law Review*, vol. 78 núm. 1, artículo tercero (revista en línea). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=378500
- RANA, A. (2010), *The Two Faces of American Freedom*, Harvard College, Cambridge, Mass.
- REQUEJO, F. (ed.) (2002), *Democracia y pluralismo nacional*, Ariel, Barcelona.
- REQUEJO, F. (2007), *Federalismo plurinacional y pluralismo de valores. El caso español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- REQUEJO, F. y CAMINAL, M. (eds.) (2011), *Political Liberalism and Plurinational Democracies*, Routledge, Abingdon.
- REQUEJO, F. y CAMINAL, M. (eds.) (2012), *Federalism, Plurinationality and Democratic Constitutionalism: Theory and Cases*, Routledge, Abingdon.
- RUDAVELIGE, A. (2005), *The New Imperial Presidency: Renewing Presidential Power after Watergate*, University of Michigan Press, Ann Arbor.
- SAVAGE, Ch. (2007), *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of the American Democracy*, Little, Brown and Company, Boston, Mass.
- SCHLESINGER, A.M., Jr. (2004), *The Imperial Presidency*, reprint 3ª ed., Houghton Mifflin Co., Boston.
- SILKENAT, J.R. y SHULMAN, M.R. (eds.) (2007), *The Imperial Presidency and the Consequences of 9/11: Lawyers React to the Global War on Terrorism*, 2 vols., Praeger Security International, Westport, CT.
- TOVAR URICOECHEA, F. (2012), "La teoría de la sustitución: ¿un caso de mutación constitucional?", *Principia Iuris. Revista de Derecho*, vol. 17, núm. 17, pp. 157-172.
- VERA SANTOS, J.M. (2007), *La reforma constitucional en España*, La Ley, Madrid.
- WILLS, G. (2005), "Negro President". *Jefferson and the Slave Power*, 2ª ed., Houghton Mifflin Co., Boston.
- WOOD, G.S. (1998), *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, 2ª ed., The University of North Carolina Press, Williamsburg.