

DERECHO DEBIL (MANIFIESTO SENCILLAMENTE FEDERAL)

BARTOLOME CLAVERO

«La soberanía reside en todos los ciudadanos y se ejerce en representación suya por los organismos políticos de la República constituida por medio del sufragio universal. Estos organismos son el Municipio, el Estado regional y el Estado federal o Nación. La soberanía de cada organismo reconoce por límites los derechos de la personalidad humana» (Proyecto constitucional español de 1873).

SUMARIO: PREÁMBULO.—I. EL INVENTO FEDERAL (POR NORTEAMÉRICA).—II. BASES Y LÍMITES (DEL FEDERALISMO).—III. LA INVENCION ESTATAL (POR FRANCIA).—IV. DIFERENCIA Y DISCORDANCIA (ENTRE ESTATALISMO Y FEDERALISMO).—V. UN CASO HÍBRIDO (EL DE ESPAÑA).—VI. Y UNOS CASOS HÍBRIDÍSIMOS (POR AMÉRICA LATINA).—VII. CONSTITUCIONALISMO FEDERAL, PLURALISMO CULTURAL (EN CONCLUSIÓN).

PREAMBULO

Pretendo caracterizar la forma específicamente federal de ordenamiento jurídico y organización política respecto a la meramente estatal a fin de poner de manifiesto su mérito constitucional (1). Entiendo que dicha forma representa una alternativa bien sustantiva, pero que la misma no se encuentra hoy claramente a la vista. Por una parte, existen actualmente sistemas que se identifican como federales sin presentar diferencias sustanciales con otros que no se consideran tales; la profesión federal no implica siempre una realidad distintiva. Por otra parte, la propia definición del federalismo hace en la actualidad referencia prácticamente

(1) Esta es versión ampliada de la ponencia correspondiente al primer interrogante del seminario sobre *L'obbligazione politica: Stato o Federazione? Nazione o Etnia?* organizado, los días 15 y 16 de octubre de 1993, bajo la dirección de Nicola Matteucci, por el Centro per la Ricerca sul Lessico Politico Europeo de la Universidad de Bolonia en Cesena, Emilia-Romagna, Italia, Europa.

exclusiva a la pluralidad interna de unas formaciones políticas sobre base territorial que no sólo no resulta privativa de los sistemas que se profesan federales, sino que tampoco rinde, a mi entender, cuenta suficiente de la significación potencial del propio federalismo.

No creo que la vía para captar esta significación sea entonces la de contemplación de los casos que hoy se proclaman federales para la inferencia de algún fondo común y propio distintivo. Como común sólo veríamos la evidencia nominal del federalismo como forma de integración constituida entre entidades usualmente llamadas en su caso, y tampoco siempre, estados: como propio, encontraríamos menos, pues las fórmulas creadas a estos efectos por el federalismo han sido también adoptadas por sistemas políticos que no se profesan federales y que intentan también así integrar una pluralidad de entidades territoriales no denominadas en su caso normalmente estados. Parece cosa de nombres, preciándose y reservándose este último, el apelativo de estado. Tanto en Italia como en España, sin ir más lejos, conocemos esto. Viajando más —pues lo harerios— ganará la evidencia. Porque no constituyamos estados nominalmente federales quienes no lo hacemos no dejamos hoy de conocer fórmulas sustancialmente tales. Y el denominativo estatal, al ser común a entidades federadas e independientes, se presta a confusión desde un inicio. Por mi parte, cada vez que lo utilice sin calificación ni contextualización federales me refiero al estado como forma distinta y no como elemento de la federal.

La distinción entre tales formas tampoco radica, a mi entender, en la historia; quiero decir, en el argumento también usual de que los sistemas federales, frente a los estatales, son el resultado de un proceso pretérito de integración política a partir de entidades dotadas de la independencia suficiente como para haber decidido por voluntad relativamente propia y conocer así, al menos en el pasado, alguna facultad de autodeterminación por la que pueden representar por sí estados y mantener de este modo un principio propio de autonomía política. Es éste un argumento que tiene que ver, a mi juicio, más con justificantes actuales que con resultantes históricas. Así suelen representarse realmente su historia unos sistemas federales en contraste con el modo como lo hacen normalmente los estatales, pero la diferencia pertenece al mundo precisamente de las representaciones. La historia de los estados no federales también conoce los procesos que han llevado en otros casos al federalismo, con la diferencia entonces de que la propia representación histórica no confiere el sentido ni extrae la consecuencia. Tanto Italia como España podrían ofrecer también ejemplos. Y no digamos las Américas.

A nuestro propósito presente, podría ser interesante que procurásemos introducirnos tanto en las representaciones como en los testimonios históricos para comenzar por ilustrarnos con este primer contraste, pero, aparte el grado de dominio de la historia y la historiografía comparadas que esto requeriría, y del que

por mi parte carezco, éste sería un camino demasiado largo para constituir además, a fin de cuentas, tan sólo un inicio que desbrozara algo el terreno. Aquí conviene que seamos más expeditivos, incluso a riesgo de un control inferior de la materia. Entro en la historia, pero sólo a los efectos y en la medida en los que pienso que puede directamente ayudarnos al esclarecimiento del asunto, a la depuración de unas ideas, aquel asunto y aquellas ideas que el presente nos rendía malamente. Me extiendo en la geografía, pero también discretamente, moviéndome entre la Europa occidental y una América tampoco entera, polos, a mi entender, inexcusables, aunque limitados, para el propósito. Mirando además al futuro, a las posibilidades de un porvenir como requieren unos interrogantes: ¿estado o federación?, ¿nación o etnia?, mi reflexión definitivamente no será histórica, de historiador, o antropológica ni de otras profesiones, sino jurídica, de jurista.

Y las referencias de notas serán más bien parcas. Las propias, si predominan, es porque responsabilizan tanto como ahorran; escribo en buena parte sobre lo que he escrito y procuro concentrarme sin repetirme. Para remisiones ulteriores, siguen en cantidad las más recientes de las que tengo conocimiento. Y van en fin también las pocas que, entre lecturas históricas y alguna jurídica, me han valido personalmente para esta reflexión constitucional. Constitucionales, unos datos básicos respecto a los casos varios que voy a tocar creo que, para el lector o lectora previsibles, puedo darlos por sabidos. Episódicos no interesan a nuestro propósito. El apartado final va sin notas de sustento, igual que esta introducción de planteo, por ser también de mi absoluta, completa y exclusiva responsabilidad personal.

I. EL INVENTO FEDERAL

El federalismo como forma constitucional es un invento norteamericano, exactamente del grupo de colonias que se independizaron de la monarquía británica en la segunda mitad del siglo XVIII. Aunque la historiografía no deje de aplicar el calificativo en sentido actual para situaciones anteriores, con su adición al consumo de categorías presentes, despreciando las pasadas, no era el federalismo cosa que se concibiera constitucionalmente con anterioridad. Conviene comenzar por esto. Ocupándose de la *Constitutional History of the American Revolution*, estudiando estos orígenes constitucionales americanos, John Phillip Reid ha podido justamente destacarlo. Es el historiador que ha abordado esta materia de historia constitucional con unos intereses más precisamente jurídicos. Veamos cómo sitúa nuestra cuestión.

Cuando aquellas colonias se ven enfrentadas al ejercicio de un poder legislativo por parte del Parlamento británico e intentan definir su posición asegurándose

un espacio de autonomía propia, resulta que no encuentran una concepción constitucional para componer este conjunto. La que más se acerca a sus aspiraciones es la vieja teoría jurisdiccional en su aplicación corporativa; ellas, las colonias, formarían corporaciones con capacidad estatutaria dentro de un ordenamiento general que obligaría igualmente al Parlamento metropolitano como expresión, éste también corporativo, de toda la comunidad política; todos los poderes tendrían esta naturaleza jurisdiccional, declarativa y no creativa de derecho, y entre ellos no encontraría así cabida ningún poder verdaderamente legislativo, con capacidad de producir normas de alcance por determinación propia. Esta era la concepción tradicional de su actividad por parte del mismo Parlamento británico, que empezaba a cambiarla precisamente en esta otra dirección de poder legislativo frente a las resistencias corporativas de las colonias americanas. Por parte de éstas, tampoco se trataba solamente de que pudiesen constituir corporaciones de tipo mercantil; esta composición corporativa presentaba un alcance mayor y era también un modo de manifestarse dichas aspiraciones constitucionales a falta precisamente todavía de una concepción federal (2).

Es lo que se inventará con la independencia de estas colonias en el terreno, no de sus relaciones exteriores, sino de su constitución interna. En ésta ya no tendrá cabida una institución parlamentaria como la metropolitana de base todavía corporativa y de una representación así tan sólo virtual, pero que ya no se atenía a las limitaciones consiguientes, pretendiendo pasar de autoridad jurisdiccional superior a poder legislativo supremo. Los estados neonatos americanos se constituirán con parlamentos de base electiva, de representación actual y de capacidad legislativa. Hay todo un cambio de fondo de la representación política entre aquélla, que la permitía virtualmente de todo un cuerpo complejo de metrópolis y colonias, a ésta, que la requiere actualmente de cada uno de los componentes (3). Entre las colonias que pasan a estados, con su misma pluralidad y con una unión común que acabará dotándose de la misma forma, con la determinación constitucional de las respectivas instituciones y correspondientes capacidades, el federalismo se produce. Pero no es éste el único producto constitucional de aquella ruptura histórica.

En la historia constitucional de Reid, ha podido notarse por la cita que el asunto sólo viene en un volumen tercero, el dedicado a *The Authority to Legislate*, la autoridad de legislar como cuestión previa a la misma del poder legislativo, aquella legitimidad que se le negó al Parlamento británico, a la vieja forma corporativa de representación política, y que se le confió a unas Cámaras estatales y

(2) JOHN PHILLIP REID: *Constitutional History of the American Revolution*. III: *The Authority to Legislate*. Macisior, 1991, págs. 21-33 y 172-179.

(3) J. P. REID: *The Concept of Representation in the Age of the American Revolution*. Chicago, 1989, págs. 43-62 y 119-136.

federales, a esta nueva forma. Mas no era éste, como digo, el asunto primero. El mismo punto, entonces clave de autoridad, de esta legitimidad, ya requiere a su vez cuestiones previas, dependiendo de ellas. Dependía fundamentalmente de la cuestión de unos derechos en un sentido subjetivo, de unos *rights* de sujetos individuales preliminares a todo el planteamiento constitucional en discusión. Reid no ha dejado de considerarlo cumplidamente. El primer volumen de su *Constitutional History of the American Revolution* se dedicó precisamente a *The Authority of Rights*, la autoridad de los derechos en dicho sentido (4).

Era una base de libertad compartida con la metrópolis, un distintivo apreciable entonces (5). De la misma concepción jurisdiccionalista tradicional, aquella conforme a la cual existe un ordenamiento indisponible, del cual son meras jurisdicciones todas las instituciones, había surgido, en el caso británico, la idea de que existían unos derechos de carácter personal, unos *rights*, situados en dicha posición y, por tanto, igualmente indisponibles por parte de los poderes constituidos. Pero éstos fueron derechos precisamente dispuestos por el Parlamento británico en el caso de las colonias americanas. Una reacción defensiva los reafirma con consecuencias para su propia constitución política como estados y como federación.

Como sólo los titulares pueden disponer de los derechos y así sólo los individuos de los suyos personales, solamente unas Cámaras de base electiva y representación actual pueden adoptar leyes y medidas que los afecten y solamente además en la medida en que vienen a sostener el orden constitucional que sirve para garantizarlos; así, por ejemplo, mediante impuestos que disponen de propiedad (6). Los mismos derechos debieran quedar como tales situados por encima de todo este orden objetivo, de todo el entramado de instituciones. Si había un principio constitucional, uno que sostuviera todo el edificio en el que entra el federalismo, era éste de los derechos, aquel de los *rights*.

Por virtud del mismo, la propia capacidad legislativa de los Parlamentos actualmente representativos, de todos ellos, quedaba condicionada y limitada. Estas asambleas tampoco disponen del derecho, en la medida en la que no disponen de los derechos; sus propias leyes ya tienen este presupuesto. Resulta un condicionamiento común a todas las Cámaras parlamentarias, estatales o federales, y así anterior a las limitaciones que ha de implicar la concurrencia. Esto también entraña que ningún Parlamento puede contar con una facultad legislativa genérica e

(4) J. P. REID: *Constitutional History of the American Revolution. I: The Authority of Rights*, Madison, 1986.

(5) J. P. REID: *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, 1988, págs. 14-17 y 74-83.

(6) J. P. REID: *Constitutional History of the American Revolution. II: The Authority to Tax*, Madison, 1987.

indeterminada. Unos principios determinados de legitimidad para legislar suponen unas consecuencias de habilitación también determinada para hacerlo. Cada Parlamento tiene la autoridad y, por tanto, el poder correspondiente a su posición dentro de un orden jurídico y a su ubicación en el seno de un sistema federal, a una cosa y a la otra.

II. BASES Y LIMITES

Lo primero es lo primero: el orden jurídico, la primacía de los derechos. No es un mero principio legitimador del sistema político; es su premisa jurídica, y lo es de alcance normativo. Esta sustracción de los derechos particulares a las leyes parlamentarias tiene sus garantías necesariamente judiciales. Consecuencia inmediata del planteamiento constitucional resulta la capacitación de la justicia, una competencia respecto a derechos no sometida forzosamente a leyes. El efecto se acentúa porque el Parlamento tampoco es la forma exclusiva de representación social para la determinación del Derecho. Existe el Jurado, cuya intervención se considera no sólo garantía de los derechos, de los *rights*, sino también *right*, derecho en sí mismo, tampoco disponible así por las leyes; y era una institución de amplia competencia a lo ancho del ordenamiento y con posibilidad de incidir en la determinación del Derecho. Podía entonces suponer la limitación primordial a unos poderes legislativos (7).

Y lo segundo es lo segundo. El efecto limitativo del poder legislativo también deriva de su pluralidad y concurrencia, lo cual, a su vez, igualmente precisa de una mediación judicial, de una competencia de la justicia capaz de someter las leyes a su juicio para reducirlas al condicionamiento y la habilitación constitucionales. No es aquí un elemento extraño. Tiene sentido y cabida en el medio (8). Aunque el enjuiciamiento directo de las leyes pueda recaer por su mayor alcance en unas jurisdicciones superiores, a ningún nivel estamos ante una justicia sujeta sin más a la disposición y poder de la ley. Por esto mismo puede plantearse y desarrollarse una jurisdicción más específicamente constitucional, que más especialmente incida en la determinación de los fundamentos y principios del sistema; por esto también puede la justicia asumir perfectamente la competencia de mediar entre poderes estatales y federales (9).

La base son siempre los derechos, la limitación que su reconocimiento constitucional supone para la determinación política de las leyes. El edificio federal se

(7) J. P. REID: *The Authority of Rights*, págs. 47-59.

(8) B. CLAVERO: *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, págs. 19-39.

(9) DAVID P. CURRIE: *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago, 1985, págs. 31-90.

construye sobre esta especie de cimientos, sobre el supuesto de la existencia de unos derechos previos que no son sólo los estatales, sino también los individuales. Con la esclavitud y otras discriminaciones de por medio, prevalecieron, de hecho, durante un buen tiempo los unos, los derechos de los estados, sobre los otros, los derechos de las personas; a la hora de la verdad de una justicia de alcance constitucional, lo segundo, unos derechos estatales, fue realmente lo primero, pero la lógica definitoria del sistema era la inversa, como el futuro demostrará. La forma federal así se caracteriza porque los poderes que constituye se encuentran intrínsecamente comprometidos con unos derechos previos de carácter individual y con el espacio consiguiente para unos derechos de naturaleza colectiva, los de unos estados en su caso (10). Siendo un sistema constitucional de Derecho, sus mismos lastres históricos dependen de los derechos reconocidos de hecho (11).

La prevalencia de hecho de los derechos de los estados sobre los derechos de las personas en el caso generativo del modelo trae una consecuencia que trasciende a la propia historia. No faltaron intentos de constituir como entidades federadas, como comunidades con derechos colectivos previos a la federación, reconocidos y garantizados por ella y en ella, no sólo los estados territoriales surgidos de las antiguas colonias y otros del mismo carácter que podrán sumarse, sino también unos grupos culturales, unas naciones indias en concreto. El intento más serio y el fracaso más sonado fue el de la nación *cherokee* (12). Sentó jurisprudencia (13). El constitucionalismo federal hizo suya esta incapacidad cultural por integrar comunidades que ya estaba en su raíz metropolitana (14). La exclusión radical de culturas no europeas y particularmente de las americanas aborígenes ya se contenía en las fuentes más acreditadas de la mentalidad constitucional (15).

(10) AKHILL REED AMAR: «The Bill of Rights as a Constitution», en *The Yale Law Journal*, 100-5 (1991), págs. 1131-1210.

(11) JACK P. GREENE (ed.): *The American Revolution: Its Character and Limits*, Nueva York, 1987.

(12) RENNARD STRICKLAND: *Fire and the Spirits. Cherokee Law from Clan to Court*, Norman, 1975; JILL NORGREN: «Lawyers and the Legal Business of the Cherokee Republic in Courts of the United States, 1829-1835», en *Law and History Review*, 10-2 (1992), págs. 253-314.

(13) IRENE K. HARVEY: «Constitutional Law: Congressional Plenary Power over Indian Affairs: A Doctrine Rooted in Prejudice», en *American Indian Law Review*, 10 (1982), págs. 117-150; ROBERT A. WILLIAMS: «The Algebra of Federal Indian Law: The Hard Trail of Decolonizing the White Man's Indian Jurisprudence», en *Wisconsin Law Review*, 2 (1986), págs. 219-299.

(14) R. A. WILLIAMS: *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Nueva York, 1990, págs. 287-333.

(15) R. A. WILLIAMS: «Documents of Barbarism: The Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law», en *Arizona Law Review*, 31 (1989), págs. 237-278; HERMAN LEBOVICS: «The uses of America in Locke's Second Treatise of Government», en MARYANNE CLINE HOROWITZ (ed.): *Race, Gender and Rank: Early Modern Ideas of Humanity*, Nueva York, 1992, págs. 49-63.

La frustración incidió no sólo en la historia particular, que ahora no nos interesa, sino también en la formación constitucional que aquí nos importa (16). En su vertiente colectiva, y pese al reto histórico, el federalismo se concibió como un sistema de integración de estados territoriales y no de comunidades culturales, de sólo los primeros sin admisión a su nivel de las segundas, con el efecto consiguiente tanto limitativo de capacidad política propia como lesivo de principios jurídicos también propios, de derechos individuales ante todo. Dentro del sistema federal norteamericano ha costado llegar al reconocimiento de una autonomía de los grupos indígenas similar en la práctica a la de los estados, bien que sin equipararse en los principios o sin ni siquiera definírseles unos propios (17). Con esta indeterminación, con tal precariedad de base, sigue irresuelto ante todo el problema de los derechos de los individuos dentro de la comunidad (18).

Todo lo dicho creo que tiene que ver con el federalismo. En dicho contexto se genera y en dicho cuadro se le comprende. La forma federal sigue así a su modo respondiendo a una concepción jurisdiccional. Existe un derecho existen unos derechos, y el ordenamiento parte de ellos. No puede existir un poder legislativo sin este entendimiento jurisdiccional. No ha existido así propiamente un poder de alcance constituyente. La forma federal no lo admite. Los principios constitucionales vienen dados por los derechos que deben reconocerse; la acción constituyente consiste en declararlos y articularlos. No hay un poder de determinación propia, un poder exactamente constituyente, a estos niveles.

La misma concepción constitucional presenta esta característica jurisdiccional, declarativa y no creativa de derecho. El orden constituido no puede escapar a ello. Dicho todo ello de otro modo, de un modo constitucionalmente esotérico, pero que cobrará por contraste sentido en seguida, podía hablarse como sujetos políticos del pueblo o de la nación, pero no había por esto interiormente soberanía; ésta no tiene cabida en el interior de la forma federal (19). Por todo esto resulta que no es una mera fórmula de articulación territorial. Es un sistema entero de derecho: la integridad de tal sistema de reconocimiento de derechos y conse-

(16) FELIX S. COHEN: *Handbook of Federal Indian Law*, ed. R. Strickland, Charlottesville, 1982.

(17) LAURENCE H. TRIBE: *American Constitutional Law*, ed. Mineola 1988, págs. 1466-1474 (apartado 16-14).

(18) WILLIAM W. QUINN: «Federal Acknowledgment of American Indian Tribes: The Historical Development of a Legal Concept», en *The American Journal of Legal History*, 34-4 (1990), páginas 331-364; CARLA CHRISTOFFERSON: «Tribal Courts' Failure to Protect Native American Women: A Reevaluation of Indian Civil Rights Law», en *The Yale Law Journal*, 101-1 (1991) págs. 169-185.

(19) A. R. AMAR: «Of Sovereignty and Federalism», en *The Yale Law Journal*, 96-7 (1987), págs. 1425-1520.

cuencia de ordenamiento. Es el sistema constitucional. Aun con todo el precedente británico (20), así, como federal, resulta su invento.

III. LA INVENCION ESTATAL

La forma estatal es producto posterior a la federal, pese también a los historiadores tan proclives a proyectarla por doquier. Y como hemos dicho que la forma federal es invento norteamericano, digamos que la estatal es invención de Francia. Es la Revolución francesa quien la produce. Y lo hace desde un primer momento, desde 1789. Desde sus primeras manifestaciones constitucionales, al tiempo que se reconocen unos derechos como punto obligado de partida, en el mismo acto, se afirma la ley y una ley dicha nacional, de estado único y de todo él, como medio exclusivo de determinación del ordenamiento, con eliminación consiguiente de la justicia a este nivel constitutivo (21). La Revolución francesa comenzó prescindiendo de todo el aparato judicial existente con vistas a la supresión de la cultura y la práctica jurisdiccionales. El mismo poder legislativo había intentado previamente concebirse en cabeza de monarquía, no de Parlamento, encontrándose con este obstáculo jurisdiccional que ahora desaparece (22).

El contraste con la forma federal está a la vista, pero no suele verse o no gusta mirarse. Las mismas cuestiones primeras de autoridad de unos derechos y legitimidad de unos poderes, estas cuestiones previas a su propia constitución, ni siquiera suelen aquí contemplarse. No hay una historia equivalente a la de Reid, una *Histoire Constitutionnelle de la Revolution Française*, que pueda prestarnos ayuda. Ya es sintomático. Antes que la historiografía, la historia canceló unas cuestiones; la una aún sirve a la otra. He advertido que habría que depurarla para despejar la entrada (23).

Desde el arranque de esta Revolución tenemos un Parlamento, una Asamblea, que se arroga una facultad no declarativa, sino creativa de derecho, y además para toda su sociedad, sin la concurrencia de otros órganos legislativos ni otro tipo alguno de contrapeso. Se afirma este principio que se dice de soberanía. La constitución de la justicia será precisamente una primera tarea, lo será en el sentido de crearse toda ella por la ley y de hacerse con la función precisa de reducirse

(20) B. CLAVERO: «Estudio introductorio», págs. 27-50, en JEAN LOUIS DE LOLME: *Constitución de Inglaterra*, Madrid, 1992, págs. 10-85.

(21) STÉPHANE RIALS: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988.

(22) ROBERT BADINTER (ed.): *Une autre Justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française, 1789-1799*, París, 1989.

(23) B. CLAVERO: «De un derecho, la constitución, y de un revés, la historia», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 60 (1990), págs. 607-632.

a función, a correa de transmisión, de la ley misma (24). Podrá haber, limitadamente, el Jurado y, temporalmente, otras formas de participación ciudadana en la justicia, pero siempre bajo esta concepción de la misma como aplicación de un derecho identificado sin más con la ley. Se excluye expresamente la posibilidad constitucional de que la representación —aquella presencia social con efecto en la determinación del ordenamiento— pueda ejercerse por medio de la justicia. Si algo de este alcance, su constitución entera, queda en manos de la ley, los derechos que se reconocen como punto de partida de la revolución resultan también sin fuerza propia normativa; quedan reducidos a principios puramente legitimadores, sin eficacia jurídica por sí mismos. No están por encima de la constitución de poderes, de su división, algo ulterior entonces (25).

Toda la Constitución podrá ser objeto de determinación política, de acción sustancialmente legislativa; sin derecho superior efectivo, la misma ley, toda ley, cualquier ley, podrá tener un valor constituyente. Justicia constitucional no cabe. Cuestión de legitimidad jurídica no hay. Ni hay cuestión de habilitación legislativa. Un poder normativo único y concentrado se entiende habilitado para la creación de derecho sin más, para la constitución y el despliegue de todo el sistema. Puede hacerlo y lo hace. La misma Constitución, toda ella, está efectivamente ahora a la disposición completa de un poder de determinación política, sin posibilidad de supervisión y control de otro más obligado a motivación y razonamiento como el de determinación judicial. Al nivel constitucional, a este nivel primero, no tiene aquí cabida esta división y contrapeso de poderes. Prima un poder legislativo que es también constituyente, creando siempre el derecho por determinación propia. Desaparece el jurisdiccionalismo tradicional y no aparece un jurisdiccionalismo constitucional, el de los derechos.

Todo esto es toda una constante que atraviesa todos los avatares y todas las oscilaciones de toda la revolución, el hilo rojo que cose retazos y une costuras, la forma que la identifica. Es su legado, el paradigma que crea y que se mantiene tras ella. Alcanza su expresión más depurada en unas postrimerías propias, con la codificación napoleónica. Toda ley podía tener un valor constituyente y el superior al final lo tiene un Código Civil, simple ley. Es el Código Napoleón, cuyo título preliminar llega a la identificación más absoluta entre derecho y ley, y una ley además abstraída no sólo de un presupuesto sustantivo de derechos, sino también de un procedimiento formal de Parlamento, una ley para cuya validez expresamente basta la promulgación y publicación por el poder constituido. La justicia

(24) JEAN LOUIS HALPÉRIN: *Le Tribunal de Cassation et les Pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799*, París, 1987.

(25) MICHEL TROPPEL: *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, 1973.

resulta que delinque si no la aplica. No hay otro derecho que valga. Son cosas bien conocidas de los juristas que operan bajo sistemas estatales.

Para este Código que creará modelo, los derechos no son premisa de la ley, sino resultante suya, quedando así a su disposición; por su parte, la ley no precisa que se decida por representación actual parlamentaria, aunque esto tampoco es que se excluya; y la justicia finalmente es función de la ley misma, actuación suya, no cabiendo que opere a su margen ni menos que pueda enjuiciarla. Es formulación codificada que se implantará en Francia e irradiará fuera de ella. Así realmente se le conoce. Constituye la quintaesencia de la forma estatal. Era el código de derecho posible bajo los presupuestos de constitución dichos (26).

Así, con un código, simple ley, se funda una constitución material que resistirá a múltiples Constituciones formales. Estas, las Constituciones con mayúsculas si se quiere, también ya se plantean en todo caso como si no cupiera más derecho que el identificado con la ley y creado por ella. La misma Constitución con mayúscula podrá ser una ley más con minúscula, aquella que se ocupa de la líneas generales del orden político, sin mayor autoridad ni preeminencia. Son cosas inconcebibles, exactamente impensables, en el constitucionalismo más genuino, el federal, no sólo por la pluralidad legislativa que le es característica, sino también por el parlamentarismo que le es consustancial y por los derechos que le son fundamentales (27). Todas éstas a su vez son cosas perfectamente prescindibles para la forma estatal. Más que una variante, ésta resulta una desviación.

IV. DIFERENCIA Y DISCORDANCIA

Todo ello tiene que ver siempre con el federalismo, o deja de ver ahora con él. Durante el curso de la misma Revolución francesa hubo tendencias federales espontáneas y planteamientos federativos conscientes; la opción federal pudo considerarse y discutirse, pero estaba cancelada desde un inicio. Ya era constitución imposible. No entraba dentro del código factible. Le faltaba contexto (28). Desde que la acción constituyente se había reducido a poder, a acto político creativo y no declarativo, una Constitución genuinamente federal no cabía; desde el momento también temprano en el que toda la justicia había quedado a disposición de

(26) J. L. HALPÉRIN: *L'impossible Code civil*, París, 1992.

(27) B. CLAVERO: *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, páginas 70-107.

(28) ROLAND DEBRASH: *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, París, 1988; MARIE VIC OZOUF-MARIGNIER: *La formation des Départements. La représentation du territoire français à la fin du XVIII^e siècle*, París 1989; PAOLO COLOMBO: *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milán, 1993.

la ley, momento en el que los derechos, ya individuales, ya comunitarios, no podían tener cobertura ninguna al margen de la legislación, desde este momento, la forma federal quedaba excluida como principio constitucional.

Aquí radica la diferencia de unas formas. Podrán plantearse acercamientos y producirse semejanzas entre ellas por los intentos de articulación territorial de inspiración federal que no habrán de faltar, aunque más que en el original francés en los casos miméticos que le seguirán, pero estos desarrollos, aparte en su caso de fallidos, ya serán secundarios. La concepción dicha del ordenamiento jurídico produce por sí misma una concentración de poderes situados por encima de cualquier tipo de derechos que podrá mejor traducirse en una institución política sin viso de federalismo y con alea de sus componentes. Los derechos y el Parlamento podrán ser literalmente aleatorios. El Estado cabrá que se identifique con un poder ejecutivo de derecho propio (29). Así, realmente se cancela la misma posibilidad del federalismo. Este resulta cuestión antes de estructura del ordenamiento jurídico que de composición del sistema político.

Por propia definición, el federalismo no es algo que pudiera crearse mediante acción constituyente. Requería el compromiso con unos derechos dados de individuos y de comunidades. Un reconocimiento concesivo tampoco bastaba. A lo más, desde un primer momento, la Revolución francesa estuvo predispuesta a dispensar derechos mediante constituciones y leyes que no escapaban al poder constituyente y legislativo, quedando siempre a su disposición; y a lo menos, la Revolución francesa se mostró dispuesta a ignorar y destruir derechos tanto individuales como comunitarios. En esto fue más efectiva. Mas no nos importa aquí la historia particular que hoy todavía alegremente se celebra, sino la forma estatal que todavía hoy pesadamente se sufre.

La forma estatal se impone ignorando y destruyendo derechos no sólo individuales, sino también comunitarios. Y no es obra de un día. Estamos ante uno de esos efectos que se nublan por la causa, por el éxito de la causa. La nación, una comunidad política concebida como unitaria, es ahora la premisa: es el sujeto y el objeto del derecho, de la ley. De ella es la soberanía, de la nación como sujeto y de la ley como medio. Dicha nación existe como postulado constitucional, para legitimación del sistema, y debe existir como realidad legislativa, para eficacia del mismo. La misma ley, las mismas constituciones, los mismos códigos, emprenden la tarea de creación de la nación, de producción de este sujeto político, de reducción de la pluralidad comunitaria a la unidad nacional, sin consideración para con otros posibles derechos. El derecho del Estado no es sólo que pueda así

(29) MICHEL VERPEAUX: *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*. París, 1991; GILLES J. GUGLIELMI: *La notion d'Administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, París, 1991.

eventualmente prevalecer sobre los derechos de otras comunidades y por encima de los del individuo; es que se construye sistemáticamente el primero a expensa de todos los segundos.

Tampoco es algo que les guste mirar ni les entusiasme advertir a los historiadores, pero la propia historia de la Francia posrevolucionaria lo es de producción coactiva de una nación que realmente no es premisa, sino producto de la forma estatal (30). Es el hilo rojo que sigue hilvanando retazos y uniendo costuras de avatares y oscilaciones. Y no será otra la historia de los Estados europeos, que adoptarán, por lo general, dicha forma o se propondrán, por lo común, hacerlo. Así también desaparecerán por esta geografía las mismas condiciones históricas de la forma federal o al menos sus evidencias. Por Europa, al federalismo le faltará contexto constitucional, pero no le faltaba sustrato histórico. Hasta su recuerdo intentará borrarse con las historias nacionales que se construyen como factor importante de la imposición estatal. Así se ha producido la supuesta diferencia histórica respecto a la forma federal que señalaba al principio de estas páginas, aquella presunta distinción que ocultaba la distinción verdadera, ésta es, la constitucional, de determinación no pretérita, sino contemporánea.

Mas podrá darse el caso de que en el seno de Estados que se predicán con todo este alcance nacionales, estrictamente tales, se mantengan no sólo ideas y aspiraciones, sino también realidades y prácticas sustancialmente federales. Porque no se reconozcan, no dejan de estar presentes. España e Italia, tanto la una como la otra, podrían siempre ofrecer ejemplos, pero permítaseme desembocar en los casos que pueden serme más familiares entre los de carácter ya mimético. Porque no sean prototípicos, no van a dejar de ser ilustrativos.

V. UN CASO HIBRIDO

Desde un primer momento de su historia constitucional, desde los inicios del siglo XIX, España opta por la forma estatal, por una forma imposible para un espacio que se extendía desde la Península Ibérica hasta las islas Filipinas, pasando por la mayor parte del continente americano, para todo este universo superficialmente hispano. El resultado primero es forzosamente federal, solapadamente tal (31). El solapamiento afecta a los derechos, a todos ellos, tanto a los indivi-

(30) EUGENE WEBER: *Da contadini a francesi. La modernizzazione della Francia rurale, 1870-1914*, Bolonia, 1989.

(31) MARIO RODRÍGUEZ: *El experimento de Cádiz en Centroamérica, 1808-1826*, México, 1984; NETTIE LEE BENSON: *The Provincial Deputation in Mexico: Harbinger of Provincial Autonomy, Independence, and Federalism*, Austin, 1992; B. CLAVERO: «Cádiz entre indígenas», a publicarse en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 64 (1994).

duales como a los comunitarios, ninguno de los cuales se reconocen con la conveniente claridad y la oportuna consecuencia. Afecta a todo el edificio constitucional, al que así le fallan iluminación y cimientos. Pero que la construcción resulte solapadamente federal también significa que conoce como fundamento los derechos y que tiene su sustento en ellos, particularmente en los individuales (32).

Tras el fracaso de este experimento primero, que es el de la Constitución de Cádiz, como las notas ya han registrado, la historia constitucional se reemprenderá en España con la opción más decidida, no por la forma federal, sino siempre por la estatal, cancelándose unas premisas normativas de derechos no sólo individuales, sino también comunitarios. Digamos que finalmente se camina por la senda francesa. Es la parte más conocida por ser en la que más se reconocen nuestros historiadores y, sobre todo, nuestros juristas. Es la imagen que se acredita y ofrece (33).

Pero no acaba de responder a una realidad. Dicha senda tampoco es la definitiva. El sustrato federal se resiste. Aun en un espacio ya muy reducido, la España peninsular y algunas islas desperdigadas desde Europa hasta Asia, pasando por Africa y América, unas situaciones sustancialmente federales persisten incluso en la metrópolis (34). En la segunda mitad de siglo, entre 1868 y 1873, se producen serios intentos por emprender la senda norteamericana, en consideración tanto de derechos individuales como de los comunitarios. No sólo hubo mirnetismo respecto a Francia. Estamos, tras la abolición de la esclavitud en Norteamérica, por unas fechas de revitalización allí y predicamento aquí de este constitucionalismo federal, de su concepción relativamente íntegra que no sólo mira a una articulación territorial, sino también al derecho individual (35), aun con agravamiento de su limitación, con cerrazón acentuada para la posibilidad intercultural, allí multiétnica (36).

(32) MARTA LORENTE: *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*. Madrid, 1988; B. CLAVERO: «Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución española de 1812», en ANDREA ROMANO (ed.): *Alle origini del costituzionalismo europeo*, Messina, 1991, págs. 11-56.

(33) B. CLAVERO: «Arqueología constitucional. Empleo de universidad y desempleo de derecho», en *Quaderni Fiorentini*, 21 (1992), págs. 37-87.

(34) GUMERSINDO TRUJILLO: *El federalismo español. Ideología y fórmulas constitucionales*, 1967; ANTONIC REMIRO: *Territorio nacional y Constitución*, Madrid, 1978; B. CLAVERO: *Fueros vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, 1985.

(35) A. R. AMAR: «The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment», en *The Yale Law Journal*, 101-6 (1992), págs. 1193-1284.

(36) RUSSEL LAWRENCE BARSH: «Indigenous North America and Contemporary International Law», en *Oregon Law Review*, 62 (1983), págs. 73-123; JANE M. SMITH: «Republicanism, Imperialism, and Sovereignty: A History of the Doctrine of Tribal Sovereignty», en *Buffalo Law Review*, 17 (1988-1989), págs. 527-582.

Son momentos en los que en España afloran tanto unas aspiraciones genuinamente constitucionales como unas realidades ingenuamente federales. La idea federal puede formularse y construirse, en efecto, entonces de modo tendencialmente integral (37). Se trata de una estructura constitucional de distintos niveles porque diversos son los estratos de unos derechos, de los derechos que son previos a la Constitución misma. Y el nivel básico es el del individuo, el de sus derechos naturales como tal, primer nivel de autonomía. Derecho suyo también será el de pertenecer a comunidades de diverso grado, las cuales pueden contar así con sus derechos propios, más derivados a medida que se asciende en la construcción. Pueden y deben tener los diversos niveles su autonomía propia, una participación en la soberanía que es y procede del individuo. Es la concepción del edificio federal que responde efectivamente a unos principios (38).

Resulta un nuevo fracaso. La vía definitiva será la francesa imposible. Lo seguirá siendo. No la acabará de ser. Desde 1874 se impone en España una forma tan esforzada como insuficientemente estatal. El sistema político constitucionalmente previsto nunca se implanta a todo lo ancho del territorio tenido por nacional, ni siquiera por el metropolitano (39). El ordenamiento jurídico quiere y no puede responder al concepto napoleónico. La misma codificación no podrá alcanzar la identificación plena entre derecho y ley, teniendo que admitir expresamente la prevalencia y no sólo la subsistencia de costumbres sectoriales; y la propia Constitución tendrá que acabar estableciendo un sistema de autonomías regionales con competencias de nivel legislativo (40). La forma estatal representa una presunción constitucional cuyo efecto más palpable es el de impedir la adopción consecuente de la forma federal.

Fórmulas federales, incluidos elementos jurisdiccionales (41), tendrán que acabar así por adoptarse, pero nunca querrá extraerse con todo su alcance la consecuencia jurídica, aquella del reconocimiento como derechos previos y con valor normativo propio no sólo de los individuales, sino también de los comunitarios y territoriales (42). La forma estatal acaba siendo una cubierta, pero nunca

(37) MARÍA VICTORIA LÓPEZ-CORDÓN: *El pensamiento político-internacional del federalismo español, 1868-1874*, Barcelona, 1975; ANTONI JUTGLAR: *Pi y Margall y el federalismo español*, Madrid, 1975-1976.

(38) B. CLAVERO: *Manual de Historia Constitucional de España*, Madrid, 1989, págs. 119-132.

(39) JAVIER CORCUERA: *Política y Derecho. La construcción de la autonomía vasca*, Madrid, 1991.

(40) B. CLAVERO: «Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos», en B. CLAVERO, PAOLO GROSSI y FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE (eds.): *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, I, Milán, 1990, págs. 47-86.

(41) PEDRO CRUZ: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid, 1987, págs. 301-340.

(42) B. CLAVERO: «"Territorios forales": Página española del palimpsesto europeo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 37-1 (1993), págs. 13-35.

completamente fuera. Realmente representa una línea de resistencia a la forma constitucional, que es, al fin y al cabo, mas también desde el principio, la federal.

VI. Y UNOS CASOS HIBRIDISIMOS

¿Y qué ocurre con todo el resto del universo hispano donde quiso establecerse un sistema de inspiración estatal y fondo federal? Soy incapaz de ofrecer un panorama mínimamente completo, pero creo que puedo trazar algunas líneas relativamente generales, en particular respecto a Latinoamérica. Aquí la situación híbrida se dio desde un principio, pero con una complejidad adicional importante, la misma que ya hemos visto respecto a Norteamérica, la de unas comunidades ajenas al sistema, toda la población indígena, sometida por aquí en su mayor parte, pero no integrada. Es caso más que híbrido.

Aquí prosiguió a su manera el empeño imposible que se concibiera en Cádiz, el intento de una forma estatal con articulación federal. No digo que ésta española fuera la vía exclusiva de entrada, pues está aquí ahora muy presente el caso norteamericano, sino que el modelo que definiera con vistas sobre todo a América, a la de dominio hispano, no desaparece del horizonte (43). El federalismo ahora se hace en ella explícito, planteándose incluso para todo su espacio y lográndose la implantación para algunas de sus zonas, por algunos Estados (44). Será en sí mismo híbrido, con unos componentes estatales que acentúan su concepción territorial.

Asistimos a la creación de Estados federales que adoptan planteamientos constitucionales y sobre todo codificadores de matriz francesa. Por este espacio se hace presente pronto un designio codificador propio del carácter más legalista, sin miramiento alguno para la cultura, ni para las lenguas ni para las costumbres, de gran parte de la población, la indígena, mayoritaria en casos (45). Con todo el lastre del mimetismo europeo, los Estados federales lo harán también suyo (46). Si en el caso híbrido de España esto implicaba un grado notable de ficción institucional, de falta de comunicación y correspondencia entre constituciones formal

(43) CARLOS PETIT: «Una Constitución europea para América: Cádiz, 1812», en A. ROMANO (ed.): *Alle origini del costituzionalismo*, págs. 57-71; MERLE E. SIMMONS: *La revolución norteamericana en la independencia de Hispanoamérica*, Madrid, 1992; P. CRUZ (ed.): *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: Un estudio comparado*, Sevilla, 1954.

(44) JOSEFINA ZORAIDA VÁZQUEZ: «Un viejo tema: el federalismo y el centralismo», en *Historia Mexicana*, 42 (1992), págs. 621-631.

(45) B. CLAVERO: «Ley del Código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América», a publicarse en *Quaderni Fiorentini*, 23 (1994).

(46) RODOLFO BATIZA: *Los orígenes de la Codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano*, México, 1982; MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ: *El Derecho civil en México, 1821-1871 (Apuntes para su estudio)*, México, 1988.

y material, en los casos hibridísimos de América Latina dicho nivel resultará máximo. La nación no podrá salir de la ficción (47). Pese a que por aquí tampoco faltaron planteamientos federales sobre base cultural en consideración de las poblaciones indígenas (48), buena parte de la población y del territorio queda al margen del orden explícitamente constitucional incluida la dimensión federal. Un ordenamiento de leyes, códigos y constituciones realmente regirá en áreas sociales bastante restringidas y no delimitadas además por el mapa federal ni por definición jurídica alguna.

Importa y pesa la concepción estructural del ordenamiento jurídico. En lo que al propio federalismo interesa, dicha composición supone la exclusión de sus mismos requerimientos esenciales, el requisito sustantivo de los derechos, de su valor normativo de entrada, y el procedimental de la justicia, de su capacitación constitucional de base. Son elementos que pueden estar presentes (49), pero con dicho lastre que los inhabilita a unos efectos constitucionales. El federalismo tiende entonces realmente a reducirse a un sistema político de articulación territorial justificado por historia (50), a esta imagen que se le ha quedado y que parece que no hay quien le quite.

Así lastrado por la forma estatal, este federalismo se incapacita definitivamente hasta el momento para una incorporación constitucional, aquella de la población indígena, la cual por estas latitudes se verá ahora incluso más extrañada del ordenamiento jurídico que en época colonial; en un sistema de carácter jurisdiccional como el tradicional, la variedad de comunidades podía haber tenido cabida siempre que las mismas se sometieran a su concepción del orden indisponible con la pérdida relativa consiguiente de cultura y el mismo efecto de sujeción; bajo estas condiciones no había principios excluyentes (51). Ahora, de hecho, por

(47) J. ZORAIDA VÁZQUEZ: *Nacionalismo y educación en México*, México, 1979, págs. 36-42 y 189; FRANÇOIS XAVIER GUERRA: *México: del Antiguo Régimen a la Revolución*, I, México, 1988, págs. 195-200; C. PETIT: «Del Anáhuac a la República federal: México, 1810-1836», en P. CRUZ (ed.): *Orígenes del constitucionalismo liberal*, págs. 107-203.

(48) SHIRLEY BRICE HEATH: *La política del lenguaje en México: De la colonia a la nación*, México, 1986, págs. 111-114; ANTONIO ESCOBAR y TERESA ROJAS (eds.): *La presencia del indígena en la prensa capitalina del siglo XIX*, México, 1992-1993, I, pág. 15, y III, pág. 135.

(49) HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, 1988; JOSÉ LUIS SOBERANES: *El poder judicial federal en el siglo XIX (Notas para su estudio)*, México, 1992.

(50) JORGE CARPIZO: *La Constitución mexicana de 1917*, México, 1969; ERNESTO DE LA TORRE y JORGE M. GARCÍA LAGUARDIA: *Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispanoamericano*, México, 1976; J. L. SOBERANES (ed.): *El primer constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 1992; BERNARDINO BRAVO LIRA: *El Estado constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*, México, 1992.

(51) R. A. WILLIAMS: *The American Indian in Western Legal Thought*, págs. 59-118; VÍCTOR TAU ANZOATEGUI: *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1992.

los niveles de ficción dichos, pueden seguir subsistiendo unas comunidades, con su propio derecho, con sus propias costumbres, pero sin posición definida dentro del mismo sistema, como situación exactamente de hecho. Para ellas, el contacto y la comunicación con el derecho ahora propiamente dicho, con el orden constitucional, puede suponer degradación de costumbres y elevación de poderes, la pérdida, en fin, como comunidad (52).

Ahora, en tiempos precisamente constitucionales, pueden ir las cosas incluso así a peor para dicha población, la mayoritaria en algunos Estados y presente en casi todos ellos; aparte la renuncia ya absoluta a la propia cultura y la pérdida así completa de la propia comunidad, no hay cabida constitucional para ella porque falla la premisa que pudiera ahora ofrecérsela, la repetida de los derechos como principio realmente constituyente, ya de por sí normativo. Aquí no cabe una jurisprudencia, no cabe concepción jurídica alguna, que les ofrezca albergue y cobijo sin la destrucción definitiva, a cambio, de sus culturas y sus comunidades. Para otra cosa, para la operación constitucional del caso, no se encuentra instrumental en el patrimonio jurídico particular, el nacional propio, pudiendo prestar ayuda nuevamente, a este mejor propósito, uno exterior, el internacional común (53).

Unas sociedades pluriétnicas no han sabido producir construcciones jurídicas conforme a sus necesidades constitucionales, pero no es éste necesariamente el fin de la historia ni siquiera para las etnias más excluidas. La misma comunidad internacional, toda la sociedad humana así representada, resulta que está haciendo ahora el intento de incorporarlas a un orden constitucional de derechos. La Organización de Naciones Unidas ha proclamado el año en curso, el de 1993, Año Internacional de los Pueblos Indígenas con vistas al propósito. Es una historia que tiene un nuevo contexto y que nos pone ante un horizonte que es federal de nuevo.

El contexto es conocido; la implicación, menos. El orden internacional actual se funda con unos principios jurídicos expresos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 abstracción hecha de su trasfondo todavía colonialista, que, sumados a la organización interestatal de Naciones Unidas recién creada entonces, le dotaba de un potencial federal. La resistencia de los propios Estados a aceptar plenamente las consecuencias jurisdiccionales de la declaración de derechos, las garantías y controles pertinentes a esta escala universal, cesó esta potencia, pero no la eliminó. Los Estados latinoamericanos estuvieron desde el principio presentes y activos tanto para la disponibilidad declarativa como para la indisponibilidad efectiva.

(52) B. CLAVERO: *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, en prensa.

(53) MAGDALENA GÓMEZ: *Derechos indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, 1991.

Problema importante de fondo era el de las ficciones constitucionales internas por causa de la existencia de poblaciones radicalmente extrañadas de un orden de derechos. Ningún Estado se mostraba dispuesto a aceptar que esto era un problema no resoluble por su propio constitucionalismo. Todos pensaban en una asimilación progresiva de dichas poblaciones, con abandono de sus particularidades, y ninguno se replanteaba otra forma de incorporación, con respeto de culturas y comunidades mediante fórmulas como las federales. El mismo federalismo era territorial y no entendía de estas complicaciones culturales y comunitarias. Y el propio Derecho internacional no tenía entonces otras perspectivas en lo que específicamente respecta al caso indígena.

El ambiente ha cambiado mucho hasta llegarse a la presente efemérides de los Pueblos Indígenas. Hoy se reactiva el compromiso internacional con los derechos, potenciándose instituciones jurisdiccionales y ensayándose intervenciones policiales a escalas tanto universal como regionales. La Organización de Estados Americanos participa de estos procesos. Ahora se vislumbra la posibilidad de un orden mundial confederativo a niveles diversos, aunque siempre todavía de carácter territorial, así interestatal. Y los Estados siguen resistiéndose a unas consecuencias del reconocimiento universal de los derechos que fueran más allá de los puramente individuales para cubrir también suficientemente los comunitarios y culturales, aquellos que pudieran neurálgicamente afectarles por obligarles a la revisión efectiva de unas formas constitucionales, de la federal realmente existente inclusive (54).

La Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos están trabajando en sendos proyectos de Declaraciones de Derechos Indígenas, de reconocimiento de los mismos sin perspectiva así asimilacionista, que no parecen que vayan a llegar a buen puerto. Comprometen demasiado. No es un asunto aislado. Obliga, de tomarse en serio, a todo un replanteamiento de estructuras jurídicas. Los Estados latinoamericanos pluriétnicos están actualmente procediendo a un registro constitucional de este carácter, con reconocimiento así expreso de las culturas indígenas, sin encontrar, por lo común, luego forma de traducir la intención al derecho (55). En los casos federales puede la operación

(54) HURST HANNUM: *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Filadelfia, 1990; NATAN LERNER: *Minorías y grupos en el Derecho internacional. Derechos y discriminación*, México, 1991, págs. 131-149; RAIZDA TORRES: «The Rights of Indigenous Populations: The Emerging International Norm», en *Yale Journal of International Law*, 19 (1991), págs. 127-175.

(55) LUIS LÓPEZ GUERRA y LUIS AGUIAR (eds.): *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, 1992. Casos particularmente de los actuales textos constitucionales de Brasil (arts. 231 y 232), Colombia (arts. 7, 329 y 330), Guatemala (arts. 58 y 66-70), México (arts. 4), Nicaragua (arts. 89-91, 180 y 181), Panamá (arts. 84, 104 y 123), Paraguay (arts. 62-67 y 140) y, hoy en trance de sustitución, Perú (arts. 161-163). Posteriormente proceden Bolivia y Argentina.

duplicarse por parte de las Constituciones estatales, sin aportarse por esto mayor eficacia. Para un gesto que implica la consecuencia de una autoromía social de nivel constitucional sobre base más cultural que territorial, no sirve un ordenamiento jurídico planteado sobre otros supuestos. El federalismo conocido no basta. No lo hace el territorial. No lo haría ni aunque llegase realmente a establecerse a escala universal.

Ni probadamente a niveles nacionales ni presumiblemente a los internacionales, el federalismo territorial ofrece vía de acceso al federalismo cultural. El primer entendimiento, que es el establecido, produce el bloqueo del segundo, que puede ser el preciso. Me temo que en Europa también podríamos encontrar casos particulares ilustrativos de esto último, como el trágico de la extinta Yugoslavia, con un federalismo lastradamente territorial, incapaz como tal de reconvertirse en otro integradoramente cultural; mas tampoco hará falta abundariento. Un solo caso bien mirado, cualquiera de ellos, podría bastar. Y mejor que bastase la lección teórica sin necesidad de clase práctica. En fin, con nuestras hipotecas constitucionales, con esta carga más cultural que política, la dificultad puede estar en la deficiencia de la observación más que en la manifestación de la evidencia. El problema puede ser de inconsecuencia con unos principios, los constitucionales, los de derechos, a cuyo nivel no puede haber, no deben darse, diferencias.

VII. CONSTITUCIONALISMO FEDERAL, PLURALISMO CULTURAL

Seamos constitucionales. Y seamos consecuentes. Comencemos por las premisas. Que lo primero sea efectivamente lo primero. El federalismo es cosa, antes que de territorios, de individuos, de individuos con derechos originarios propios y, consiguientemente, con autonomía, con esta capacidad para determinarse, digamos que para federarse. De aquí surge la forma. Ahí arraiga. El resto es derivación, precisamente consecuencia. Es lo consecuente con la premisa. Si al individuo se le reconoce dicho derecho de base como propio y si este reconocimiento alcanza ya de por sí un valor normativo, si ésta es realmente la premisa de un orden constitucional, de todo un orden jurídico, la forma estatal entonces sencillamente no cabe. No cabe un sometimiento del individuo por nacimiento a una cultura identificada con la nación, a un ordenamiento así establecido. Esto no es propio del constitucionalismo, de uno que lo sea efectivamente, de un orden que resulte de derechos y no de poderes. Realmente, el invento federal fue el descubrimiento constitucional, y la forma estatal supuso no una variante, sino una desviación.

Los derechos del individuo presentan por sí mismos una vertiente comunitaria. Naciendo este sujeto en una cultura, siendo de una nación en este sentido, y

resultando además capaz de hacerse con otras culturas, también respecto a la cultura puede definirse un derecho suyo. A ella y a ellas, aceptando, optando o compatibilizando, tiene el individuo derecho. Y por su mismo carácter este derecho no resulta de práctica individual, sino comunitaria. Es derecho de pertenencia a una comunidad o a unas comunidades por autodeterminación conforme implícitamente al nacimiento, a esta nación personal, o explícitamente a la capacidad, a la capacitación propia. Y esto, un derecho individual, automáticamente implica un derecho de otro grado, colectivo.

Ello implica que las mismas culturas, sus comunidades, deben gozar por sí mismas de autonomía, de una autodeterminación consiguiente al derecho de sus individuos. De otra forma no hay derecho individual a algo que, como la cultura, sólo puede ser social. Si todo esto es un derecho de nivel efectivamente constitucional, no hay en la tierra Estado con autoridad, con legitimidad, para establecer un orden que lo contradiga. Si somos constitucionales, si somos consecuentes, los derechos de los Estados ya debieran plantearse sobre esta base. Sus mismos territorios no debieran ser espacios de ejercicio de poderes, sino de garantía de derechos, individuales y comunitarios.

De lo que estamos diciendo no resulta la forma estatal, pero tampoco exactamente la que tenemos por federal, la que se inventara con la independencia americana. Ambas formas guardaban algo en común de fondo y esto era la concepción territorial y no cultural del ámbito del Derecho. Hemos visto que el modelo federal presenta esta misma limitación. Ambos modelos comparten un territorialismo por el que tienen un espacio de confluencia. La forma federal no es ajena a la concepción nacional con sus efectos territoriales incluso duplicados. La estatal ahora se le acerca con la tendencia a reproducir también a escalas regionales unos mismos defectos, unas mismas deficiencias constitucionales. En aspectos al menos culturales, por nuestras latitudes europeas puede hoy, digo hoy, sufrir más presión el individuo por parte de regiones en trance de asunción de autonomía y creación de imagen que por parte de naciones que, dotadas de soberanía, impusieron ya con creces la suya propia. Por latitudes americanas, con la presencia de unas culturas aborígenes más extrañadas del constitucionalismo, el conflicto todavía puede ser más amenazante para los derechos no sólo culturales del individuo.

Ante situaciones semejantes, la forma federal de carácter territorial ni ha brindado ni brinda un remedio. No olvidemos que, históricamente, si las naciones europeas han procedido, para realizarse, a verdaderos planchados culturales, la federación norteamericana ha efectuado, al mismo propósito, auténticas limpiezas étnicas. Los Estados latinoamericanos no es que hayan ido a la zaga por haber tenido, general y afortunadamente, menos éxito. Nadie ha hecho todavía el balance del coste social de la construcción histórica de los Estados que hoy pueden prefiarse de constitucionales, de todos ellos: desarbolamiento de comunidades, erra-

dicación de costumbres, aniquilación de culturas, desplazamiento interior de poblaciones, emigraciones transoceánicas en masa, eliminación física de etnias, exclusión racista de grupos étnicos y no étnicos tanto establecidos como inmigrantes... En todo esto y más, si hay una diferencia de grado, ya que no de naturaleza, no se ve a favor de quién resultaría. No me atrevo a decir que la ventaja corresponda a un modelo federal.

El federalismo conocido de tipo territorial no presenta unas virtudes inequívocas. Nuestras mismas latitudes estatales experimentan ahora la conversión. En España como en Italia o como también, más atrasada, en Francia, está en curso o se plantea un progreso entendido en la dirección de un federalismo interior de carácter territorial paralelo al movimiento también sustancialmente federal de integración más general de Europa. No sé si todo esto pudiera agravar en vez de aliviar unos problemas, los constitucionales, pues en otros aquí no entro. Podríamos asistir a una segunda edición más o menos mitigada de las respectivas historias nacionales a niveles regionales y a nivel continental con efectos de debilitamiento, retroceso o pérdida de principios jurídicos y garantías constitucionales, de derechos individuales y controles judiciales, sobre todo a las escalas más bajas o cercanas.

Las mismas tensiones territoriales podrían resolverse de otro modo. No sólo cabe la vía de sumar poderes; también está la de restar ordenamientos. Unos Estados como éstos europeos, de población relativamente, bastante relativamente, homogénea, se empeñan por mantener unos códigos y unas leyes que responden no sólo ahora a una cultura constitucional, sino también todavía a todo un modelo social, en perjuicio esto último de la libertad personal y asociativa de los sujetos, de su autonomía individual y comunitaria. Incluso en el ámbito privado, respecto a toda una codificación que sigue representando esta interferencia, se ha procedido a unas reformas, abriéndose espacio a la libertad en campos como el de la familia, en vez de a un cancelamiento con el que pudiera erigirse en principio la libertad misma. Unos Estados que obrasen finalmente de otro modo, reduciendo ordenamientos jurídicos a requerimientos constitucionales, verían, a mi entender, más despejado definitivamente el horizonte tanto para la integración particular malograda por la forma propia, la estatal, como para la composición europea común estorbada también por ella, por dicha misma forma. Podría producirse así la apertura incluso respecto a poblaciones de otras culturas atraídas hoy por Europa y en conflicto con ella.

Que la cultura sea libertad, derecho subjetivo, del individuo, no sólo debe interesar a cuestiones tan primarias como la lengua, que todavía Estados, ahora regiones y no se sabe si mañana continentes, se creen, en cambio, con el poder de imponer, sino también a otras cuestiones tampoco nada secundarias como, sin ir más lejos, la del ordenamiento social, el derecho objetivo, este otro asunto co-

mún. No se entiende por qué éste, también éste, no puede quedar confiado en mayor medida a la autonomía propia del individuo y a la correspondiente de las comunidades de todo tipo que los sujetos individuales mismos mantengan o formen, a estas capacidades de determinarse los unos y las otras socialmente. Si partimos siempre de los derechos procurando guardar consecuencia, no se comprende por qué ayer una minoría social y hoy quizá ya una mayoría pueden legítimamente convertir su determinación política en ley general y la ley en ordenamiento preferente, cuando no todavía excluyente. Si sufren los derechos, si sufre así el derecho, minoría o mayoría no hacen en todo caso diferencia.

Si somos constitucionales y consecuentes, no se entiende por qué un orden político de democracia no deba a todos los efectos someterse a un orden normativo de derechos, así al derecho, a su imperio antes que al de ley. Ni el sufragio más universal ni el régimen representativo más escrupuloso ni la práctica electoral más impecable se ve que puedan legítimamente investir de poderes reales, de unos poderes que no se reduzcan a función de los derechos, inclusive los comunitarios de opción siempre individual. Y esto ya podría requerir que la democracia misma hubiera de tener no sólo su momento parlamentario, produciendo leyes, sino también el judicial, actuando mediante Jurados, de forma que incidiera también todavía en la determinación sustantiva del ordenamiento, con el margen de autonomía, sin poder aparejado, que esto también abre para las comunidades. No se comprende por qué todo lo imprescindible que hoy se estima justamente lo primero, el Parlamento representativo por elegido, no lo es también lo segundo, el Jurado de dicha autoridad y dicho alcance, no menos representativo por aleatorio, o prácticas judiciales similares. La misma jurisdicción de interés constitucional, la que interesa normativamente a los derechos del individuo, suele sustraerse a esta participación social incluso en la forma federal.

Casos federales también hemos visto. Tampoco carecen de lastres. Sociedades culturalmente más complejas, como las americanas de pluralismo étnico, no consiguen tampoco encauzar sus ordenamientos sin perjuicio de derechos. Y algo también hemos visto que se intenta. Entre nuestros casos, en el primigenio, en el norteamericano, se ha llegado al reconocimiento de una autonomía de los grupos étnicos que, aun bajo tutela federal, los sitúa a un nivel práctico similar al de las propias entidades estatales sobre bases también territoriales, garantizándose con ello más unas costumbres que unos derechos; los sujetos indígenas, si quieren seguir participando de una cultura, pueden verse sometidos a unas jurisdicciones comunitarias no muy sensibles para con los derechos individuales. Vuelve a reproducirse a este nivel aquella historia de la superposición de unos poderes sociales, como fuera antes el caso de los derechos estatales.

Si se sacrifica el individuo por consideración a la comunidad, si se produce dicho efecto, es porque el mismo derecho de la segunda no se entiende como ex-

tensión de la libertad del primero, porque el mismo constitucionalismo federal sigue sin responder de un modo consecuente al principio que habría de serle propio, a la base de derecho individual. Y, estructuralmente, federalismo constitucional ha de ser autonomía comunitaria. Llegado el mismo caso de resentirse el derecho individual por el colectivo, el problema no estará en el reconocimiento del primero, sino en la forma de hacerlo, en la competencia jurisdiccional que ante todo ha de corresponder a la propia comunidad y que, de requerirse supervisión, habrá de hacerse para las comunidades igual que para los Estados, para los Estados lo mismo que para las federaciones, esto es, mediante instituciones y procedimientos que, al contrario de las intervenciones estatales y federales consabidas, no supongan poderes ni estén contaminados de poder.

Por las latitudes latinoamericanas ahora se plantea y progresa, como también hemos dicho, el reconocimiento formalmente constitucional de las culturas y costumbres indígenas, cuya misma previsión se está topando con la dificultad prácticamente insalvable, pues esto no se revisa, de unos ordenamientos más apoderados y unas justicias más contaminadas. Sin una mediación judicial que habría además de tener una fuerte base social en la propia comunidad, sin esta especie de justicia constitucional, se produce con mayor agudeza el mismo conflicto entre derechos individuales y derecho colectivo. Y si se toma de verdad la senda constitucional, partiéndose de la libertad del individuo y prosiguiéndose con la autonomía de la comunidad, ya sabemos que la vía es la justicia. No cabe que la ley imponga su decisión política ni siquiera en un sentido constitucional favorable al individuo. Así es como se lesionarían más directamente derechos, el personal a una cultura y el comunitario a una autonomía. Todo esto sólo cabe componerse mediante formas jurisdiccionales, reduciéndose ordenamiento y capacitándose justicia.

Para ninguna modalidad constitucional resultan exclusivos los problemas ni del conflicto entre derechos individuales y derecho colectivo ni de la pluralidad cultural, incluso étnica, que lo agrava. Problemas son tan americanos como europeos. Y no parece que el federalismo experimentado ofrezca mecanismos definitivos y suficientes para superarlos en ningún caso. Nadie tiene el secreto de la incorporación pacífica de unas culturas plurales a unos valores constitucionales, de la formación de una sociedad política por comunidades realmente distintas. Mas la forma federal finalmente encierra alguna ventaja. Aparte ya definitivamente historias, aparte una historia irreparable, en cuestión de mecanismos, en el terreno de las instituciones y los procedimientos, en la zona del derecho, ha de reconocerse que se da una diferencia, si no de naturaleza, al menos de grado, a favor precisamente del federalismo.

Es la forma estatal la que se ha creído con la autoridad de imponer todo un modelo completo de sociedad mediante el instrumento que ofrece la ley, a través particularmente del despliegue que supone la codificación. Tampoco el federalis-

mo era ajeno a la concepción nacional ni a su efecto impositivo, pero su propia constitución, si no se ha contaminado, lo debilita de un modo radical a este propósito. No cuenta con instrumentos para llegar tan lejos. La forma federal conoce unas limitaciones constitutivas, propiamente constitucionales, que la forma estatal, si hoy no desconoce completamente, es porque tiene de donde aprenderlas. Dicho de otro modo, el federalismo es constitucionalismo en una medida muy superior al estatalismo. Si somos rigurosos a fuer de consecuentes, tendríamos incluso que negarle la condición constitucional a la forma estatal. Esta no cubre un mínimo, mientras que el gemelo mayor, la forma federal, no hay duda que lo satisface.

La forma federal supone un derecho débil, un ordenamiento propio limitado no sólo por la concurrencia estatal interna, sino también y ante todo por la premisa común a federación y a Estados del reconocimiento de unos derechos, el presupuesto que posibilita el mismo respeto de poderes entre la una y los otros, esta discreción. La forma estatal ha generado en cambio un derecho fuerte, un poder para crear e imponer ordenamiento sin límites, o sin más límites que el supuesto por la cultura adoptada como nacional y así también impuesta.

Dicho de otro modo, a unos efectos constitucionales, a aquellos efectos que interesan a los derechos, en esta medida, el derecho de la forma estatal es ante todo ley, decisión política, mientras que el derecho de la forma federal es sobre todo jurisdicción, razonamiento judicial. De poder, lo primero tiene naturaleza y lo segundo sólo componente. El instrumento jurisdiccional es más complejo. Presenta también unos elementos de motivación y persuasión de los que la ley puede perfectamente prescindir. Es el primero en todo más débil, pero quizá por ello también más eficaz; puede lograr mejor el objetivo de que el derecho, su propio entendimiento constitucional, se haga cultura efectiva, una cultura de mínimos, la de derechos, compatible con toda la pluralidad presente de culturas sociales. Es el propio derecho de inspiración constitucional el que tendría que ser así débil. Por nuestras latitudes estatales, el derecho no ha sido fuerte por ser más constitucional, sino por serlo menos, por intentar imponer los máximos de un modelo social excluyente.

Que la forma federal, aun con todo su lastre territorial, es la genuinamente constitucional y no sólo además por prioridad en el tiempo, sino también y sobre todo por mérito en el derecho, es también una de esas cosas que están a la vista y que no suelen querer mirarse. Por las latitudes de historia estatal y por las federales que suman este lastre de Estado a aquel de territorio, parece que disgusta realmente advertirlo. Y ahí está la evidencia histórica de una continuidad jurídica y la actual de una vitalidad constitucional. El constitucionalismo de la independencia norteamericana sigue realmente vivo, mientras que el de la Revolución francesa, si no está muerto, merecería estarlo. Anda, si no moribundo, mortecino, adoptan-

do para sobrevivir fórmulas del federalismo. Así, travistiéndose, se constitucionaliza.

Haciéndose cultura, pudiéndose hacer, el derecho débil de partida es el derecho fuerte a la larga. Es una cultura que puede cobijar y albergar a otras, la más compatible entre todas las que hoy tiene ante sí el individuo. Debiera serlo. Para ello, no puede reducirse a patrimonio territorial de ningunos Estados, ni independientes, ni federados, ni en vías de federación. Si el derecho es individual, si es realmente una cosa y la otra, el sustantivo y el adjetivo, facultad natural del sujeto racional, ha de resultar universal. Es entonces derecho que decimos internacional y que sería mejor decirse simplemente humano, orden objetivo de los derechos subjetivos que efectivamente decimos humanos y que podrían mejor decirse sencillamente, sin calificativos, derechos, facultades cuyo reconocimiento ya debiera entrañar así ordenamiento. El Derecho internacional hoy avanza efectivamente en este sentido de querer hacerse derecho individual básico, el mínimo de cultura constitucional compatible con todas las culturas sociales, esta jurisprudencia elemental. Y tiene realmente planteada la posibilidad de extenderse, con la misma autoridad, al nivel del Derecho comunitario sobre esta base del individual.

El Derecho nacional, este grado de ordenamiento, ve reducir su valor. Las leyes, unas normas de decisión democrática a sus diversos niveles, federales o estatales, no definen ni delimitan ni determinan el orden jurídico. Ya no pueden hacerlo. No lo hacen ni siquiera las Constituciones escritas. Son derecho a estas alturas en lo fundamental de carácter declarativo, así jurisdiccional. La propia existencia reconocida de los derechos ya alcanza un valor normativo directamente apreciable por jurisdicciones, estatales, federales o internacionales, un valor que así ya también puede materializarse por sí mismo en ordenamiento. Puede hacerse cultura. Estatal o federal, constitución comprendida, la ley no sobra, pero tampoco basta. Si bastase, ya está visto que nada del resto cabría.

Todo esto creo que no sólo marca un horizonte, sino que también identifica una tendencia. El conjunto de lo dicho actualmente no existe, pero existen sus elementos, todos ellos. Ni el orden internacional, ni ningún ordenamiento federal, ni derecho estatal alguno satisfacen hoy el planteamiento expuesto, pero al primer nivel se mira y progresa en la dirección, al segundo se mantienen y desarrollan los procedimientos y al tercero se reconocen y superan las hipotecas. Y además no hay opción. No creo que la haya si realmente somos constitucionales y si somos realmente consecuentes. Aunque la retirada de la forma estatal esté resultando más bien vergonzante, aunque pueda así todavía todo esto pesar a una cultura legalista tan arraigada por estas latitudes suyas que son las nuestras, la forma sencillamente federal no parece que tenga alternativa constitucional.