

GARRIGA, Carlos (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2010

David Pantoja Morán*

Una palabra de inicio sobre la obra y sus autores.

El libro, nos dice Carlos Garriga en la presentación que lo abre, se inscribe en el proyecto colectivo de un grupo de profesores que, encabezados por Bartolomé Clavero, se empeña desde hace más de doce años en impulsar y escribir una nueva historia del constitucionalismo español, continuando así la tarea del profesor Francisco Tomás y Valiente. El grupo de investigación, Hicoes (acrónimo de Historia Constitucional de España) se caracteriza y une a sus integrantes por una cierta forma de mirar el pasado desde un ángulo jurídico político, renunciando a las cómodas, pero deformantes anteojeras del presente.

Lo hace, a partir de tres itinerarios argumentales. Da inicio a partir de la crítica a la tradición historiográfica hecha en este campo, dado que la historiografía jurídica en general sobre el constitucionalismo tiene el pecado de origen del *estatalismo* que, con sus secuelas de nacionalismo y legalismo, ha contribuido culturalmente a la formación del Estado-nación y del derecho en forma de ley, es decir, se denuncia la invención de una tradición legitimadora de la instalación del Estado llamado liberal.

Frente a una historiografía que reformula los mismos temas a partir de las mismas fuentes, se propone tematizar el objeto en términos constitucionales recurriendo a fuentes tradicionalmente desatendidas o no percibidas. Frente a una historiografía que confunde los nombres (que perduran) con las cosas (que cambian) se intenta hacer una historia genética de las categorías constitucionales. Frente a una historiografía que desdibuja u oculta los problemas en busca de las soluciones que terminaron por consolidarse, se propone rastrear las dificultades e indagar los problemas que impedían y retrasaron las soluciones que finalmente se impusieron.

* Profesor de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM.

Como ejemplo de este debate, cita el autor, el que tiene lugar entre los que presentan a la Constitución de 1812 como el artífice del Estado liberal y los que, como los autores del libro, piensan que más bien llegó para reformular en términos constitucionales el *jurisdiccionalismo* característico del Antiguo Régimen.¹ En efecto, para ellos, la esencia del constitucionalismo doceañista está en la intrincada convivencia *de lo viejo con lo nuevo*, así lo pretenden cuando ponderan al mismo tiempo la discontinuidad y la continuidad, la quiebra que la Constitución como texto normativo jurídicamente vinculante introdujo en la tradicional configuración jurisdiccional del orden jurídico-político y su consiguiente recomposición, ambas visibles en la reformulación constitucional de los viejos dispositivos jurisdiccionales de la Monarquía para construir una nación católica en forma de Estado. Lejos de minimizar con ello la importancia de estos cambios, pretenden, en cambio, ponderar su importancia. Para ejemplo de otros trabajos en la misma línea, cita los de Annino y de Guerra, que consideran al constitucionalismo gaditano como epílogo del Antiguo Régimen más que como prólogo del Estado liberal.

Debido a los problemas compartidos de un lado y de otro del Atlántico hispano, se justifica que las Américas formen parte de este proyecto, afirma Garriga, siendo ello más palpable cuando España y América formaban un todo político, pero aún después de las independencias, los distintos espacios políticos hispanos compartieron ciertos caracteres básicos y en ocasiones respondieron a una evolución uniforme, con las debidas salvedades. Persiste, pues, una tradición común a lo largo del siglo XIX, a partir de lo cual en los distintos espacios emergentes muchos problemas y ciertas soluciones fueron semejantes y son, por tanto, comparables, por lo que se sugiere estudiar y reflexionar sobre un modelo constitucional hispánico.

Producto muy redondo de un curso, que se planteó como una introducción a la historia del constitucionalismo que cubriera en la medida de lo posible el ámbito hispano, diese cuenta de los últimos y más relevantes desarrollos historiográficos y atendiera principalmente a la transición entre el antiguo y el nuevo régimen jurídico, no culminó, porque no fue tal propósito, en un manual universitario, pues el tono del curso fue abierto, más orientado a plantear problemas, sugerir enfoques e ilustrar puntos de vista que a llevar a cabo una historia general del constitucionalismo de ambas

¹ A propósito de *jurisdiccionalismo o Estado jurisdiccional*, véase Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en Fioravanti, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004.

orillas del Atlántico: sería, en todo caso, una introducción a la historia del constitucionalismo en el ámbito geográfico.

Se debe agregar que, a continuación de cada una de las contribuciones que contiene el libro, viene una orientación bibliográfica y una selecta bibliografía sobre el tema tratado y ello, sin perjuicio de una bibliografía general al final de la obra, todo lo que constituye herramientas valiosísimas que realzan su valor.

Un primer apartado titulado “Tránsitos” consta de los tres capítulos que siguen:

“Entre la historia y la economía política: orígenes de la cultura del constitucionalismo”, de José Ma. Portillo Valdés.

“Continuidad y cambio del orden jurídico”, de Carlos Garriga.

“La formación de los juristas”, de Paz Alonso Romero.

El segundo apartado “Sujetos y Territorio”, consta de lo siguiente:

“Constitución de Cádiz y ciudadanía de México”, de Bartolomé Clavero

“Paradojas del sujeto”, de Jesús Vallejo.

“Constitución y territorio en los primeros procesos constituyentes españoles” de Carmen Muñoz de Bustillo.

El tercer apartado que se titula “Potestades y poderes. Administración de Justicia” contiene lo que sigue:

“De la potestad jurisdiccional a la administración de justicia”, de Fernando Martínez Pérez.

“La justicia penal en tiempos de transición: La República de Córdoba, 1875-1850”, de Alejandro Agüero.

“División de poderes y contenciosos de la administración: una —breve— historia comparada”, de Marta Lorente.

“Del «ministerio de papeles» al «procedimiento»”, de Margarita Gómez Gómez.

Obviamente, en una presentación como ésta no es posible reseñar todos los capítulos y, subjetivamente como se hacen todas las selecciones, a continuación presento la mía, no sin decir que todas las contribuciones merecen cuidadosa lectura.

La tesis de la que parte José M. Portillo Valdés, en el trabajo que titula “Entre la historia y la economía política: orígenes de la cultura del constitucionalismo”, reside en que la cultura del constitucionalismo surgió antes de que hubiera constitucionalismo, pues aquella es la expresión de la necesidad de una Constitución como sistema que permitiera eclosionar al vecino ciudadano por medio de una representación nacional, salvaguardando sus derechos de propiedad y libertad, lo que le lleva a ver en la economía polí-

tica el venero que aportaría muchos nutrientes al primer constitucionalismo hispano.

El momento de formación del trenzado de la cultura constitucional lo sitúa, Portillo, entre las dos últimas décadas del setecientos y primeros años del ochocientos, periodo en que no sólo se intuyó, sino que se proyectó con precisión la necesidad de una Constitución y en el que, en un ambiente hostil, surgieran propuestas constitucionales acabadas y detalladas. La crisis de la Monarquía a que da lugar, en 1807, el intento de la camarilla fernandina de deponer al rey, seguida del motín de marzo 1808 y de la abdicación de los reyes en Bayona en mayo de ese mismo año, exhortaba a buscar en la historia soluciones que ayudaran sortear la situación, pero se encontraron con que, si bien se contaba con constituciones históricas de distintos territorios, no había propiamente una Constitución histórica de España, así se recurriera al artificio de identificarla con la de Castilla.

En su discurso de ingreso a la Real Academia de Historia, Jovellanos, en 1780, daba cuenta de la necesidad de unir al estudio de la legislación el de la historia, a fin de que los magistrados supieran no sólo de la ley, sino también de lo que para ellos era la Constitución, es decir, de las condiciones sociales y políticas en que la legislación fundamental se había ido produciendo. Para Burriel, convenía tener una noción de cuál había sido la Constitución del reino ante de su progresiva degeneración hasta la época presente.

Lo más parecido a una historia constitucional de España lo constituyó en 1808, “El Ensayo histórico-crítico”, de Francisco Martínez Marina, que identificaba la historia de Castilla y León con la de España, que presentaba una historia civil en la que entraban las formas de representación, los distintos cuerpos políticos, la dinámica de los equilibrios institucionales y su relación con la evolución sociológica del reino, además de un análisis de la Siete Partidas. Jovellanos llama a Martínez Marina a colaborar, y el discurso de presentación del proyecto de Constitución de España, preparado para uso de los diputados como material de filosofía política, pues daba cuenta de distintas Constituciones históricas de los territorios y reinos de España y servía para argumentar en favor de derechos, libertades y mecanismos institucionales de separación y distinción de poderes, pero que no podía ser presentado como si contuviera Constituciones vivas, listas para su funcionamiento previo retoque: se requería de otros elementos esenciales de ese primer constitucionalismo, mismos que serían proporcionados por la economía política.

En la línea de acudir a fuentes desatendidas o no percibidas, señalada por Garriga, Portillo se refiere a unas cartas escritas entre 1788 y 1790 por Va-

lentin de Foronda, donde se puede detectar el tránsito de la economía política al pensamiento constitucionalista, pues, se ventilan cuestiones relativas a aduanas, impuestos, comercio, industria, y tópicos habituales en los escritos relativos a esa disciplina. Se dan consejos al príncipe para que no estorbe la libre circulación de bienes y personas, para que adopte un sistema de contribuciones personales y para que no introduzca ni mantenga privilegios en su reino. Ya en una segunda carta en la que entra en materia, recomienda convencerse que los derechos de propiedad, libertad, seguridad e igualdad son los manantiales de la felicidad del Estado. Que había un imperativo para el príncipe, consistente en emitir una legislación que estableciera la libertad de producir y comerciar o removiera todo obstáculo opuesto a esa libertad. Aceptando que el interés individual y su libre acción como el núcleo duro de todo progreso social, los derechos asociados al mismo sujeto —propiedad, libertad, seguridad— debían concebirse como fundamentos de la acción política encaminada a su protección. Sin embargo, faltaba un paso hacia el constitucionalismo, pero la concepción prevaleciente dejaba en exclusiva al príncipe y a su gobierno el ámbito de la política, es así como surgieron las sociedades económicas como vehículos de comunicación entre el príncipe y la sociedad. El pensamiento político español de fines del setecientos portará así este planteamiento hasta la formulación constitucional de la necesidad de la representación.² Ya no se tratará, entonces, solamente de que las sociedades económicas jueguen el papel de comunicación entre gobierno y sociedad, sino de que se reforme el orden interno de la Monarquía, dando cabida en él a la actividad política del ciudadano. Ahora bien, esto marcaría una diferencia entre quienes asumían la modernidad comercial, sin variar su idea de que la exclusividad de la política correspondía al rey y a su gobierno y los deseaban la limitación del gobierno monárquico y la creación de espacios de representación ciudadana, por la vía constitucional.

En esa misma hipótesis de establecer el nexo entre economía política y constitucionalismo, presenta otros documentos donde se expone la falta de adaptación de la estructura de la Monarquía con sus propias necesidades fiscales, ante la ausencia de un sistema de rentas basado en contribuciones ordinarias adecuado a esas necesidades estatales y ahí era donde se hacía

² Es notable la coincidencia con Sieyès en Francia, quien antes del inicio de los trabajos de la Asamblea Constituyente publica en 1775 “Cartas a los economistas sobre su sistema de Política y Moral”, *Emmanuel-Joseph Sieyès. Écrits politiques*. París, Des Archives Contemporaines), 1985. Igualmente, publica en el verano de 1788, “Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789”, *Escritos Políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

evidente la necesidad de una comunicación por la vía constitucional entre gobierno y sociedad. Como no podía ser menos, entre estos documentos aparecen referencias al modelo inglés, ejemplar en esa materia, con su principio ya para entonces secular, del “*no taxation with no representation*”.³

Otras cuestiones más, como propuestas de reforma en materia eclesiástica, a la administración territorial y a la función judicial estarían presentes en el programa constitucional del primer experimento constitucional entre 1810 y 1812. Pero estaba claro que mientras no se moderara la autoridad soberana, por medio de una muralla constitucional, todo sería vano; en el entendido que se trataba de utilizar el poder del príncipe para restituir las cosas a un estado que había sido alterado por el feudalismo y el despotismo.

El texto de Portillo abunda en pruebas de su idea de cómo se va entrando en el constitucionalismo de la mano de la economía política y cómo de la relevancia de los intereses particulares para el correcto funcionamiento de la sociedad se llegaba a la del consentimiento para fundamentar la obligación política, lo que implicaba la reunión de un parlamento con funciones colegisladoras. En estos testimonios la idea de fondo es la misma: la reforma a la monarquía implicaba la presencia de la nación en el Parlamento.

No faltan, desde luego, las tomas de distancia explícitas o implícitas respecto del radicalismo jacobino, viendo en las propuestas constitucionales, la forma de preservarse de una revolución, precaviéndose frente al peligro del despotismo y la tiranía. Punto de atención también era una reforma a la religión que conjurara el riesgo de fanatismo religioso que condujera a la tiranía.

Hay documentos citados que imaginaban una representación nacional en forma de congreso compuesto de diputados provenientes de elecciones o sorteos realizados en parroquias, partidos y provincias. Se pensaba también en formas de representación propias para esos espacios locales, con la capacidad para hacerse cargo de la administración de sus propios intereses. Si la sociedad se concebía como un conjunto concurrente de intereses, su organización racional requería del constitucionalismo, es decir, de seguridad judicial de los derechos y en especial del de la propiedad y del consentimiento en la legislación como principio de la obligación política.

El constitucionalismo ilustrado se orientaba en buena medida hacia un planteamiento que proponía una reforma de la Monarquía centrada en la

³ En Inglaterra se puede rastrear muy bien el vínculo entre Economía Política y Constitucionalismo, a partir de la fiscalidad y la representación. Véase Genet Jean Philippe, *La genése de l'État moderne. Culture et société politique en Angleterre*, París, PUF, 200.

nación. El modo ideal de articular una sociedad de padres de familia, parroquianos y capaces de mantenerse “con decencia” estaba consignado en la Constitución social. En ella, la nación, compuesto de españoles, lo era de vecinos. El tipo ideal de la Constitución de 1812, sería el de una nación integrada de pueblos —puesto que pueblo y nación eran lo mismo— que, organizados en parroquias, agrupaban familias gobernadas extra-políticamente por padres de familia.

En “Continuidad y cambio en el orden jurídico” Carlos Garriga, en la línea de Alchourron, Bulygin y Hart, empieza por hacer precisiones muy pertinentes relativas a la Teoría del Derecho, que orientan al lector para saber de qué se está hablando.

El orden jurídico de la Monarquía católica española es calificado de tradicional, en este trabajo, por ser capaz de cambiar, manteniendo sus características más sustanciales. La ley se definía en términos materiales y no formales, esto es, sólo era ley si era justa, siendo irrelevante como fuese formulada, lo que eliminaba las diferencias entre ley y costumbre y reducía al máximo el campo de abrogación. Su composición era pluralista, integrada por conjuntos normativos de origen y contenidos diferentes, pero igualmente válidos y un orden jurídico así no podía sino estar plagado de antinomias, irreductibles por vía legal. Con objeto de hallar las soluciones justas, ajustadas a derecho, emerge la importancia de aquellos dedicados a componer estos universos normativos, los tratadistas y magistrados versados en el arte de la interpretación, que cumple el doble propósito de conciliar, integrar, más que desechar o excluir y el de mantener en la medida de lo posible los consensos jurisprudenciales tradicionalmente establecidos.⁴ Definitorio del Antiguo Régimen es su jurisdiccionalismo, en un orden jurídico donde priva la voluntad del rey como principio legitimador y donde el conflicto y no la ley era el motor del cambio.

En el siglo XVIII, refiere nuestro autor, los juristas buscan en el pasado el derecho llamado “patrio” o “nacional”, haciendo de éste una revalorización discursiva frente al derecho romano, esfuerzo éste que es imprescindible para entender la obra de las Cortes de Cádiz que, citando a Martínez Marina, se sintetiza así:

[es] necesario derogar nuestras antiguas leyes y los cuerpos que las contienen dejándolos únicamente en clase de instrumentos históricos para instrucción de los curiosos y estudio privado de los letrados; y teniendo presentes sus

⁴ Para estos temas véase Grossi, Paolo, *Europa y el derecho*, Barcelona, Crítica, 2007.

leyes, formar un código legislativo original, único, breve, metódico; un volumen comprensivo de nuestra Constitución política, civil y criminal...[..].

Este proceso de recuperación de la antigua Constitución depositada en las antiguas leyes españolas, léase castellanas, desarrollado con gran complejidad y distintas derivaciones, desembocaría en las Cortes de Cádiz, al crear las condiciones para mutar de constitucionalismo histórico en Constitución escrita.

Con el título de un esclarecedor artículo de Francisco Tomás y Valiente: “De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”,⁵ Garriga rinde homenaje al gran jurista desaparecido al encabezar un apartado que da cuenta del trayecto que va de la búsqueda de una Constitución histórica a la elaboración de la Constitución política de la Monarquía española, una Constitución que no nace para suprimir la historia, sino para perfeccionar la antigua Constitución.⁶ La novedad de ello reside en el resultado y no en el procedimiento: se trataba no de restaurar una monarquía histórica o de resucitar una vieja Constitución, sino de extraer la sustancia constitucional de las antiguas leyes españolas. La relación entre la historia (sustancia constitucional) y el ejercicio constituyente (la Constitución escrita) trascendió al texto de esa ley fundamental y marcó toda la obra de las Cortes, por lo que se habla de *constitucionalismo jurisdiccional*.

En las Cortes no se expresó una voluntad de ruptura con el pasado *in totum*, no se trataba de destruir el orden jurídico tradicional, sino sus derivaciones y desviaciones despóticas, para asegurar la libertad política de la Nación, que, en adelante, se asegura garantizando el cumplimiento de la Constitución por dos vías: el juramento constitucional y el procedimiento de infracciones, que no sólo imponía *erga omnes* el cumplimiento, sino que además erigía a las Cortes en instancia de control y garante último de sus prescripciones.

Sin prescribirlo expresamente, se entendió que el derecho viejo quedaría derogado por la nuevas disposiciones de la Constitución, en la medida que fuese incompatible con ésta, quedando todos los españoles en calidad de

⁵ Tomás y Valiente, Francisco, “De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, t. V, pp. 4449-4554.

⁶ La contraposición de “Constitución histórica” frente a una Constitución redactada y votada por una asamblea o poder constituyente fue motivo de un gran debate en Francia. Véase Maistre, Joseph de *Écrits sur la Révolution*, París, PUF, 1989 y la célebre crítica de Burke, Edmond, *Reflexiones sobre la Revolución de Francia*, México, Fondo de Cultura Económica.

guardianes de la misma, en tanto que jurídicamente obligados a cumplirla y, por lo mismo, capacitados para decidir en cada caso qué se podía o no hacer en términos constitucionales. Como quiera que había muchas clases de españoles: europeos, americanos, blancos, indígenas, vascos, catalanes, laicos, clérigos, etcétera, cada uno quedó, desde su condición y tradiciones, posición y expectativas, legitimado para leer una Constitución única en el texto, pero plural en su lectura e interpretación; lecturas e interpretaciones éstas todas válidas hasta que las Cortes no decidieran otra cosa, desde su condición de supremo garante de la ley fundamental. Un espacio público tan concurrido de sujetos dotados de intereses y legitimidades tan diversos, iría a ser necesariamente conflictivo, quedando así instalada una dinámica institucional conflictiva y cautelosa que conducía hasta las Cortes, desde todos los confines del reino, las dudas de constitucionalidad que planteaba la aplicación de algunas de las viejas leyes, por lo que a nuestro autor le parece que la obra legislativa de las Cortes debe ser vista como una explicitación y desarrollo del efecto derogatorio de la Constitución.

En esas circunstancias, el debate político habría de desenvolverse en un lenguaje jurídico, con un tono marcadamente historicista, por lo que la historia proporcionaría los materiales necesarios para construir el discurso constitucional. En esa lógica, el derecho viejo compatible y, por ende, no derogado fue asumido como parte del orden constitucional con todas sus consecuencias.

Aunque el artículo 258 de la Constitución previó la emisión de los códigos Civil, Criminal y de Comercio, únicos para todo el reino, no sucedió lo que en Francia con el código Napoleón que sustituyera en masa la normativa histórica por un cuerpo legal único y radicalmente nuevo. Ahora bien, la crisis de la Monarquía y sus consecuentes independencias dio lugar a la quiebra de la nación bicontinental para dar paso a tantas naciones como territorios emancipados hubo.

La consiguiente división territorial de la América acarrearía que el viejo orden jurídico común quedara fragmentado en tantos órdenes jurídicos patrios o nacionales como estados se fueran constituyendo. La historia, igualmente, se descompone en un conjunto de historias que, con distintos ritmos y circunstancias discurren paralelas, por cauces, *grosso modo*, similares a lo largo del siglo XIX.

Tanto en España, como en América, en las décadas que siguen a la ruptura política, se advierte la dificultosa conciliación entre el viejo orden y las nuevas disposiciones, lo que planteaba problemas compartidos a los que siguieron soluciones comunes en buena medida. El *derecho nuevo* brotó de

las fuentes propias de cada Estado y se desarrolló en éstos más que nada para atender las urgencias de la construcción estatal, en contextos precarios e inestables. A este respecto, el autor hace notar que la práctica normativa generalmente respondió a un concepto formal de ley en el menos constitucional de los sentidos, ya que cualquier disposición de las autoridades políticas —fuera cual fuere su condición y legitimidad— recibía igual tratamiento, pues, perdido el valor normativo de la Constitución de Cádiz, no había principio de jerarquía normativa que sobrepusiera la ley, proveniente de parlamento o congreso, a las restantes disposiciones. La introducción de la figura del amparo, como medio de control de la constitucionalidad, de la Constitución mexicana de 1857, constituyó acaso una relativa excepción.

Ante la necesidad de ordenar esa masa normativa integrada por derecho nuevo y derecho viejo, correspondió a la jurisprudencia las tareas de conciliación normativa, empezando por determinar el alcance derogatorio de las nuevas disposiciones sobre las viejas leyes, echando mano de la regla consistente en que la ley posterior deroga a la anterior.

El derecho nuevo no sólo yuxtapuso al viejo nuevas disposiciones, sino que también impuso principios políticos que depuraron el orden histórico, dependiendo de una jurisprudencia todavía tradicional. Nuestro autor ilustra con algunos ejemplos de ediciones de la época cómo, en esta tarea de compatibilizar, se mantuvo intacta la lógica integradora del orden tradicional, al servicio de lo cual se utilizó adaptaciones, trasposiciones, analogías, a fin de conectar lo nuevo con lo viejo: el problema principal consistía en la identificación del derecho vigente y se sustanciaba determinando qué derogaba a qué y con qué efectos, en este caso preferentemente a partir de la discontinuidad introducida por los cambios político decimonónicos.

Subraya el autor que esta empresa de *nacionalización, americanización o hispanoamericanización* jurídica tendía en su conjunto a integrar muy precisamente el derecho nuevo en el viejo y no al revés, al punto de que muy a menudo los cambios introducidos fueron abiertamente *traducidos* a las viejas categorías, que eran las que servían para estructurar el discurso jurisprudencial. Este orden jurídico resultante se caracteriza por su sincretismo y es que el espíritu sincrético respondía mejor que ningún otro a la realidad del momento, pues, por mucho que se pretendiera, la fuerza de la ley no bastaba para destruir la tradición, por ejemplo, pocos dudaban hasta la segunda mitad del siglo que la costumbre tuviera fuerza de ley, admitiéndose incluso la costumbre *contra legem*. Aquellos órdenes, en suma, eran todavía tradicionales y venían definidos por la jurisprudencia, por mucha que fuera su vocación legal y que estuvieran crecientemente compuestos de leyes.

El autor caracteriza a estos órdenes jurídicos resultantes del proceso descrito por el problema de la ausencia de certidumbre y, en consecuencia, la codificación se presenta como la única solución adecuada para los *pueblos modernos y civilizados*. Pero, entonces, la historiografía se construiría sobre el punto de vista de los codificadores que contraponían la cultura del código al “caos legislativo” o al “intrincado laberinto”, construyéndose así una historia eminentemente jurídica desvinculada de las condiciones reales en que se llevó a cabo el proceso codificador. A su juicio, así, la codificación se realizó no tanto para responder a necesidades jurídicas explícitas cuanto a las exigencias políticas implícitas en el discurso.

En el apartado que el autor dedica al código y a la cultura del código señala que la singularidad del *Code* atañe a la discontinuidad revolucionaria que suprimió sistemáticamente el pluralismo consustancial al Antiguo Régimen. Distingue entre consolidación y codificación: frente a los cuerpos legales anteriores que consolidan un material legislativo preexistente, la novedad del código radica en que cuando menos llevó a cabo una nueva formulación (general y abstracta) de las reglas tradicionales. Si el *Code* entrañó una ruptura con el pasado fue porque una vez promulgado encarnó un nuevo modo de concebir y resolver la producción del derecho, reducido por obra suya a la ley. El *Code* fue el soporte normativo de una nueva cultura jurídica, la cultura del Código que reconoce como derecho siempre y sólo a la voluntad del legislador. No podría haber sucedido de otra forma, añadiría yo, si la influyente Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 prescribe, en su artículo 6o., que la ley es la expresión de la voluntad general, con lo que se erige al legislador en garante de derechos.

En “Constitución de Cádiz y ciudadanía de México”, Bartolomé Clavero encuentra conveniente despejar el panorama de la historiografía, antes de adentrarse en el escenario de la historia. Recurriendo al derecho, se refiere a un momento jurídico que se produce tras el Tratado de Guadalupe Hidalgo, que no se produce por profesionales de la historiografía, sino por un órgano judicial, la Corte Federal Suprema de Justicia de los Estados Unidos, que hubo de dictaminar si se reunía la condición de ciudadanía en indígenas transferidos de México en 1848, mediante dicho tratado.

En efecto, con motivo de la invasión norteamericana a México y del mencionado Tratado resultante, núcleos de población que se gobernaban a sí mismos con plena autonomía quedaron dentro del territorio norteamericano, lo que originó el problema de su tratamiento jurídico, planteándose la cuestión de la ciudadanía no respecto a su autogobierno sino a su capacidad

jurídica para relacionarse con ciudadanos de los Estados Unidos. ¿Podían, por ejemplo, transferir tierras por meros actos privados entre particular *pueblo* y particular estadounidense sin mediación de las respectivas comunidades políticas como si compartiesen uno y otro una misma ciudadanía?

La Suprema Corte Federal de los Estados Unidos se muestra perpleja porque el Tratado de Guadalupe Hidalgo hubiera producido el efecto de una transferencia no sólo de humanidad, sino de ciudadanía, como si no hubiera tenido en cuenta que gente tan degradada contase con derechos ciudadanos en México y podría, por lo tanto, entenderse ciudadana en los Estados Unidos. ¿De verdad los indios contaban con derechos ciudadanos cuando dependían de México? ¿El avance de la frontera unido a las previsiones acogedoras de Guadalupe Hidalgo los integraba de verdad en una ciudadanía común con los estadounidenses? Era importante hacer la investigación histórica, pues de ella derivaría la decisión judicial.

La historia tuvo que remontarse a la época de la dominación española cuando, por virtud de las Leyes de Indias, los indios tenían una capacidad jurídica disminuida. Con la independencia, México les concede derechos civiles y políticos, es decir, la ciudadanía, pero si esta condición se hubiera concedido en plenitud, entonces, conforme al Tratado, les hubiera correspondido también en el seno de los Estados Unidos. Pero es ahí donde aparece Cádiz, momento constitucional entre la dominación española y la independencia, para entender cómo se había producido el tránsito de la dominación española y su tutela de indígenas a la ciudadanía mexicana que los incluía.

La Constitución gaditana configura la ciudadanía excluyendo a las mujeres y a los no libres, lo cual implica la subsistencia de la esclavitud. Tiene también una referencia, que excluiría a quienes no tuvieren su origen en los dominios españoles de Europa, América o Asia, es decir, se excluye a África. Siendo la esclavitud africana o afroamericana, la exclusión radical por esclavitud es africana, lo que resulta racista, pues se extiende a los africanos no esclavos. Siendo incluidos los indígenas en este concepto de ciudadanía, que es la española, son, con todo, excluidos de manera secundaria, pues se prevé la suspensión del ejercicio de los derechos ciudadanos por *incapacidad moral* que puede aplicarse fácilmente colectiva y masivamente a los indios; *por el estado de sirviente doméstico* y por no saber leer y escribir a partir de 1830.

Encuentra nuestro autor una exclusión de la ciudadanía específica y explícita de mayor potencial, en una disposición, por la que grupos grandes de indígenas pudieron quedar excluidos, al quedar en manos de las misiones

que habrían de lograr su *conversión* y entonces transferirlos a las diputaciones provinciales para que procediesen a incorporarles como ciudadanos españoles, es decir, que estos *indios infieles* se mantendrían bajo el régimen de tutela característico de la dominación española, según la jurisprudencia norteamericana. Ya por la vía reglamentaria, se incorporaba a los indígenas a la ciudadanía municipal, pero hasta ahí llegaba su incorporación, pues la ciudadanía activa en las diputaciones provinciales y en las demás instituciones constitucionales superiores se sobreentendía que no debía ser indígena. Con este sustrato racista de la Constitución de Cádiz coincidiría explícita, aunque no exactamente, la jurisprudencia norteamericana. El sistema electoral, previsto en varios grados, impedía la vinculación de los municipios entre sí y depuraba la representación de gente carente de la lengua y la cultura de Castilla y de indígenas.

Con todo ello, cobraba sentido que, para definir la condición de español, la Constitución se refiriera a dos hemisferios, sin llegar a configurar un todo. Ello implicaba dejar fuera del universo constitucional al hemisferio africano y distinguir como el primero de ellos al europeo y euro americano y como segundo al americano y asiático indígena: así, pues, debajo de fórmulas integradoras, estaban las referencias que desagregaban o segregaban.

El primer constitucionalismo mexicano, tras la independencia, mantiene la concepción gaditana de ciudadanía, pero, en tanto que federal, sigue al modelo de la Constitución norteamericana, dejando la determinación y regulación de los derechos ciudadanos en manos de las entidades federativas y no en las de la Federación, por lo que el tema de la ciudadanía se mantiene entre Cádiz y las Constituciones estatales.

Citando disposiciones de las Constituciones de la provincia que más tarde se convertiría en Sonora y Sinaloa, de Chiapas y de Coahuila y Tejas, ilustra con el lenguaje utilizado esa continuidad con Cádiz, por la que segrega a la población indígena.

Por otra parte, la Constitución mexicana de 1824 adoptó la distinción, tomada del federalismo norteamericano, entre territorios y entidades federativas o estados, que permitía el sometimiento de los primeros a la tutela de las instituciones federales, en tanto que los segundos gozaban de autonomía constitucional y soberanía para dotarse de autoridades legislativas, gubernativas y judiciales propias, subrayando el autor el carácter mayoritariamente indígena de los territorios. Explica también el autor que si Chiapas, pese a tener una población masivamente indígena no fue considerado territorio, fue porque sus localidades principales estaban controla-

das por ladinos. Nos podríamos preguntar, entonces, qué razón hubo para considerar como estado a Oaxaca.

A semejanza de la Constitución federal norteamericana de 1787, la federal mexicana de 1824 otorgó al Congreso general, entre otras facultades, la de arreglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los distintos estados de la Federación y *tribus de indios*. Dicha distinción de las tribus de indios como tercer género entre las naciones extranjeras y los estados de la Federación, dice el autor, cobraba el sentido de referirse a la población indígena de los territorios conforme al régimen de su sometimiento a los Poderes federales para colonizárseles.

La Suprema Corte norteamericana interpretó jurisprudencialmente, con base en ese artículo constitucional, a las tribus indígenas como naciones a un tiempo independientes, como los Estados extranjeros y, domésticas, como los estados federados y, más bien, ni lo uno ni lo otro, pues lo doméstico tenía el sentido de un derecho de familia que les sometía a un pupilaje cuya facultad de tutela de carácter discrecional, sin posibilidad de derechos ni garantías para las tribus indias correspondía a los Estados Unidos, por lo que se recuperaba en el constitucionalismo el régimen de aplicado en los tiempos de la dominación española.

Se refiere el autor, en otro apartado, a la solución dada en los Estados Unidos al problema planteado por la imposición que militarmente hicieran estos sobre México del Tratado de Guadalupe-Hidalgo, por el que despojara a éste de una gran porción territorial. El problema concernía a la población de mexicanos y particularmente de indios considerados salvajes asentados en el territorio antes mexicano y en adelante estadounidense. El clausulado de dicho tratado reconocía la obligación del gobierno estadounidense para contener por la fuerza y reprimir a estas tribus, si incursionaban en territorio mexicano y para desplazarlas si se establecían ciudadanos suyos.

Ahora bien, en los Estados Unidos no cabía una ciudadanía indígena con una identidad distinta de las comunidades propias, pero fue la vía del Tratado de Guadalupe-Hidalgo que se introdujo una ciudadanía proveniente de Cádiz. Entonces, como antes *los indios infieles*, ahora *las tribus salvajes*, carecen de garantías frente a Estados que pretenden incorporarlos sin contar con su consentimiento, pudiendo ser objeto de *políticas* como antes de *conversión* y todo lo que esto implicaba de asalto al territorio y ataque a la cultura, ahora más expeditas de invasión, desplazamiento y, el último término, genocidio.

¿Qué cuestión de ciudadanía iría a caber, entonces, respecto a *tribus salvajes*? La de las ciudades-estado llamados *pueblos*. Tras la firma del

Tratado de Guadalupe-Hidalgo, los Estados Unidos firmó tratados con *tribus salvajes*, recurriendo a instrumentos jurídicos entre *nación*, los Estados Unidos y *naciones*, las indígenas. El autor aclara que la ciudadanía de naciones indígenas existía antes de Cádiz. Así, tanto bajo el imperio de Cádiz, cuyo concepto de ciudadanía permitía la incorporación sin consentimiento indígena, como bajo del de la Constitución Federal de 1824, no se preveía la incorporación como entidad federada a la ciudadanía indígena, se hacía posible esta segregación, sometimiento y exclusión.

Aún la Constitución de 1857 mantenía esa segregación y exclusión, en la fracción I del artículo 111, en opinión del autor, al permitir que las entidades federativas fronterizas pudiesen celebrar tratados con potencias extranjeras, siempre que fuera para hacer la guerra ofensiva o defensiva *contra los bárbaros*. Esos bárbaros —mayas o yaquis— podían ser ciudadanos con derechos.