

LAS RESISTENCIAS A LA LEY EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO MEXICANO¹

Marta LORENTE SARIÑENA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La voluntad general*. III. *Jueces, árbitros y conciliadores*. IV. *Las infracciones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Preliminares*

En 1837, Juan Rodríguez de San Miguel afirmaba en el prólogo a la reedición mexicana de una obra española:

“Si la sola legislación española era hace algunos años, en concepto de varios sabios, laberinto tenebroso, ¿qué será la mezcla de la nuestra con aquella, y cuándo podremos disfrutar los beneficios de una legislación cierta y estable, contenida en un sólo Código”.²

Con esta lamentación, tan conocida por historiadores del derecho, Rodríguez de San Miguel nos pone sobre la pista de dos importantes cuestiones que no por obvias deben quedar silenciadas: de un lado, el deseo de reforma de la legislación, esto es, el ideal codificador, no se hacía realidad en el México independiente; de otro, la sociedad mexicana, como cualquier otra, repugnaba el vacío, por lo que en el ínterin la antigua masa normativa y doctrina jurídica española no sólo era útil sino necesaria.³

La historiografía jurídica mexicana ha dado ya magnífica cuenta de la pervivencia del derecho castellano valiéndose (entre otras cosas) del estudio de la edición y reedición de obras españolas anotadas en México a lo

1 Este artículo se ha realizado en el marco de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Cultura (DGICYT PB83-0834).

2 *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, por J. Escriche y con citas del derecho, notas y adiciones por J. Rodríguez de San Miguel, Méjico, 1837, p. IV.

3 Sobre la misma, en su dimensión indiana, véase Tau Anzoátegui, V., *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992.

largo del siglo XIX.⁴ A pesar de que la reflexión sobre las obras doctrinales (y/o normativas)⁵ puede resultar fecunda para una historia del pensamiento jurídico, no insistiremos en ella;⁶ si hemos traído aquí las palabras de San Miguel es porque sirven de introducción a la presente aportación, ya que dan cuenta de una problemática que se ajusta al objetivo de la reunión científica que motivó este escrito.⁷

La persistencia de lo que podemos definir como jurisprudencia española, por muy anotada que estuviera, parece hablarnos de la incapacidad del México independiente para dotarse de forma estable de un nuevo y completo sistema jurídico, contentándose durante muchos años con un “derecho de transición”.⁸ Las principales causas de esa incapacidad fueron, sin duda, políticas, pero lo que pretendemos es convencer al lector respecto de la insuficiencia explicativa de ese tipo de factor.

Solemos entender por inestabilidad la interminable sucesión de gobiernos e, incluso, de órdenes constitucionales resultado de las pugnas y conflictos existentes entre los diferentes grupos políticos que, en el específico caso mexicano, sustituyeron en el poder a las antiguas autoridades coloniales.⁹ Ahora bien, las “resistencias” a las que hace referencia el título de la presente aportación tuvieron unas raíces más profundas; es más, puede aventurarse que se podrían haber producido aun cuando la inde-

4 Un significativo ejemplo: González, M. del Refugio, *El derecho civil en México 1821-1871 (Apuntes para su estudio)*, México, 1988. Aun cuando me he ceñido aquí al caso mexicano, es obvio, toda la antigua América hispana compartió la misma problemática. Sobre su tratamiento historiográfico, centrándose en el particular del indianismo jurídico, véase la esclarecedora síntesis-propuesta de Tau Anzoátegui, V., “Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano”, *Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997, pp. 105-126.

5 Véase como ejemplo otra (conocidísima) obra de Rodríguez de San Miguel, J., *Pandectas Hispano-Megicano*, Méjico, 1852 (ed. facs. México, 1991, 3 vv., con un elocuente estudio introductorio de M. del Refugio González, t. I, pp. VII-XLVIII).

6 Respecto de su dimensión, véase Grossi, P., “Sulla storia del pensiero giuridico”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno (=QF)* 11/12 (1982-1983), pp. 1147-1150; del mismo, “Pensiero giuridico (Appunti per una ‘voce’ enciclopedica), *idem* 17 (1988), pp. 263-269.

7 Reunión que fue convocada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y celebrada en noviembre de 1997 con el objeto de debatir sobre la pervivencia del derecho español en el México independiente.

8 La expresión es de M. del Refugio González, “Derecho de transición (1821-1871)”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, 1988, t. I, pp. 433-454.

9 Para un seguimiento (interesado) de su historia, pero de cita obligada: Alamán, L., *Historia de México. Desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*, México, 1985 (4 vols.). Sobre el liberalismo mexicano, véase la clásica obra de Reyes Heróles, J., *El liberalismo mexicano*, México, 1957, t. I, y la más reciente de Costeloe, M. P., *La primera República federal de México (1825-1835). Un estudio de los partidos políticos en el México independiente*, México, 1975.

pendencia hubiera dado paso a un orden estable en México. Dichas resistencias provienen fundamentalmente del antiguo mundo corporativo pre-revolucionario que se caracteriza, a los efectos que aquí interesarán, por un intenso fraccionamiento societario, una cultura jurídica fuertemente arraigada que, teniendo aquél como base, contribuía a reproducirlo y, finalmente, por una preocupante falta de medios materiales para abordar una transformación que convirtiera a México en un constitucional Estado-nación.¹⁰ Valgan aquí simplemente unas expresivas frases extraídas del preámbulo de la primera Constitución del Estado de México de 1827:¹¹

Al abrir sus sesiones (el Congreso) no se le entregó sino una extensión de territorio poblada de hombres sin otros vinculos de union que su coexistencia accidental. Los germenes de la discordia se hallaban esparcidos por todas partes: las pocas autoridades que estaban al frente de la administración eran del todo nulas por la falta de medios para hacerse obedecer, y de manos subalternas que auxiliando sus operaciones hiciesen al gobierno presente en todas partes y uniesen al ultimo habitante del territorio con el centro de la autoridad y el poder.¹²

2. *La originalidad mexicana*

En el sentido antes indicado, lo primero que debemos preguntarnos es si lo que hemos denominado incapacidad es una exclusiva mexicana o por el contrario nos la podemos encontrar en otras latitudes. El modelo que se opone frontalmente a la lenta transformación jurídica mexicana es el francés; su revolución no sólo cambio la estructura política, sino la comprensión del derecho, interpretado a partir de entonces en clave absoluta de legalidad;¹³ la doctrina jurídica postrevolucionaria es la muestra más palpable de dicho cambio.¹⁴

10 Véase O'Gorman, E., *La supervivencia política novohispana. Reflexiones sobre el monarquismo mexicano*, México, 1969. De interés también en este punto, Villoro, L., *El proceso ideológico de la revolución de independencia*, México, 1967.

11 Sobre ella, véase Macedo Jaimes, G., "Breve estudio de las Constituciones del Estado de México", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (=AMHD), VIII (1996), pp. 257-281.

12 Todas las referencias de las Constituciones estatales que se utilizarán provienen de la *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos. Régimen constitucional 1824*, ed. por Mariano Galván Rivera, México 1828 (reimp. Porrúa, México, 1988), 3 vols.

13 Baste aquí la cita de un clásico: Carré de Malberg, R., *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931 (ed. facs., París, 1984).

14 Acudo también aquí a la cita de otro clásico: Ray, J., "La Revolution Française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi", *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, II (1939), pp. 364-393.

A la radical versión francesa pueden oponerse dos casos de gran interés comparativo: el norteamericano y, por supuesto, el español decimonónico. Podría parecer que este último está fuera de lugar, ya que de todos es conocido que su evolución jurídica peninsular puede asimilarse a la francesa en el sentido de su apuesta por la codificación y, en definitiva, por un régimen “legicéntrico”.¹⁵ No obstante, creo en la necesidad que tenemos de revisar, o mejor, matizar, esta clásica interpretación.¹⁶ Ciñámonos ahora a lo que importa, esto es, a la pervivencia (mediante su reedición, generalmente anotada) de textos jurídicos en culturas si no ajenas, sí distintas al lugar o momento de publicación o utilización de dichos textos.

a) No abundaremos en el estudio para saber hasta qué punto el constitucionalismo mexicano tiene deudas con el norteamericano.¹⁷ Por el contrario, se quiere hacer hincapié en un paralelismo que por regla general se descuida. Después de la independencia, las antiguas colonias convertidas en estados no sólo mantuvieron (con variaciones) la tradición jurídica anglosajona,¹⁸ sino que durante mucho tiempo fueron incapaces de elaborar textos propios aun cuando estuvieran incardinados en dicha tradición.¹⁹ En este sentido, obras doctrinales como la famosa de Blackstone se utilizaron²⁰ y reeditaron (con anotaciones) después de la inde-

15 Sobre el legicentrismo del modelo francés, centrándose en la Declaración de Derechos, véase Rials, S., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, pp. 369 y ss.

16 Sobre esta exacta cuestión, aun cuando circunscrita a la primera época constitucional, nos hemos extendido en: Garriga, C., M. Lorente, “El modelo constitucional gaditano” (en prensa).

17 Otros lo han hecho ya: González Oropeza, M., “Historia de dos influencias”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho mexicano*, cit., pp. 479-800.

18 Respecto del cambio producido a lo largo del XIX, véase la excelente obra de Horwitz, M. J., *The Transformation of American Law (1780-1860)*, Cambridge (Mass.) and London, 1977.

19 Esta “dependencia” tuvo e, incluso, casi tiene, profundas implicaciones. Una de las más destacadas es la que compete a la enseñanza del derecho. Un renovador de la jurisprudencia, Posner, recuerda en la introducción de una de sus más famosas monografías sus años de estudiante en Harvard, cuando para estudiar una cuestión el vehículo elegido “...was a fourteenth-century case...”. Posner, R. A., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.) and London, 1990, p. 2. Sobre la historia de las enseñanzas jurídicas en Estados Unidos, baste la referencia de la magnífica obra de Stevens, R. B., *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill, 1983.

20 La suerte de Blackstone en las colonias es objeto de estudio por los investigadores americanos. En este sentido, *cfr.* las palabras de Zweiben: “*The lack of books was a major colonial problem. Private libraries occasionally solved the book shortage but more serious was the absence of american case reports, which crippled attempts to stablish indigenous legal uniformity*”, Zweiben, B., *How Blackstone lost the Colonies: English Law, colonial Lawyers, and the American Revolution*, New York and London, 1990, p. 32.

pendencia;²¹ en definitiva, la ruptura política con la metrópoli no propició ruptura cultural alguna.²²

No se pretende afirmar que esta última fuera necesaria; sólo queremos hacer hincapié en que los jóvenes Estados Unidos tuvieron enormes dificultades en la compilación y edición de su propio material jurídico,²³ incluyendo por supuesto la jurisprudencia de sus tribunales.²⁴ La publicación y difusión de esta última fue muy problemática: mientras que desde un principio tanto la Federación como los diferentes estados creyeron que estaban obligados a publicar²⁵ sus disposiciones,²⁶ no asumieron la misma responsabilidad cuando dicha publicación afectaba a las decisiones de los jueces.²⁷ Al mismo tiempo, debe añadirse que, en primer lugar, sólo a fi-

21 Baste como ejemplo la cita de una reedición, con proyección práctica, bastante tardía respecto del acontecimiento revolucionario: *Commentaries on the Law of England. From the authors 8th ed. 1778, Edited for American lawyers by William G. Hammond...with copious notes, and references to all comments on the text in American reports, 1787-1890*, San Francisco, 1890.

22 Surrency, E. C., "The Beginnings of American Legal Literature", *The American Journal of Legal History*, t. XXXI, núm. 3 (July, 1987), pp. 209 y ss.

23 Así, por ejemplo, la primera edición gubernamental de los *Statutes at large* fue hecha en 1873; las anteriores habían sido obra de privados. Véase Shmeckebier, L. F., *Government Publication and their use*, 2a. ed., Washington D.C., 1939, p. 206. Lo cierto es que la historiografía existente sobre la publicación norteamericana de material jurídico se centra sobre todo en la dialéctica existente entre los editores públicos y los privados, tratándose a unos y otros de forma similar (en este sentido, sobre la participación de los privados en la edición de fuentes, véase la interesante colección de artículos recogidos en T.A. Woxland (ed.), *Symposium of Law Publisher*, New York, 1991). No obstante, como señala Powell, es necesario resaltar el problema del carácter oficial de las publicaciones, ya que esta cuestión debe entenderse como un acto de soberanía que va más allá del problema de la edición y distribución de las diferentes publicaciones; hay que añadir que, por oficial, Powell entiende simplemente "con autorización". *The Books of a New Nation. US Government Publications, 1774-1814*, New York, 1957, p. 35. En definitiva, y a salvo de opiniones como las de Powell, la historiografía interesada en el mundo de las publicaciones jurídicas trata indistintamente unas y otras, interesando más la existencia de una publicación o edición que su origen. La indeterminación ha llevado a Estados Unidos a que muchos se pregunten, como lo hace S. Barkan, la siguiente cuestión: "Can Law Publishers change the Law?", *Symposium (cit.)*, pp. 29-39.

24 Las dificultades se arrastraban desde el periodo colonial: a lo largo de éste, lo cierto es que los abogados coloniales las sufrieron en orden a la determinación del "statutory law": cfr. Warren, Ch., *A History of the American Bar*, Boston, 1911, p. 161. En el mismo sentido, las Cortes sufrieron durante mucho tiempo la falta de "reports": *idem*, pp. 323 y 324.

25 No puedo hacer aquí un análisis comparativo del término "publicar" (sobre esta cuestión, resulta útil la obra Herzog, J. B., G. Vlanchos (dir.), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en Droit Comparé*, París, 1961 (avec une int. de M. Waline). No obstante, debe hacerse hincapié que la comprensión norteamericana dista bastante de la europea. Respecto de la historia de las "law about laws", con su comprensión originaria vinculada a la difusión en periódicos estatales se extiende, con sus consecuencias de corrupción, Katz, W. A., "An episode in patronage: Federal Laws published in Newspapers", *The American Journal of Legal History*, t. X (1966), pp. 214 y ss.

26 Surrency, E. C., *A history of American Law Publishing*, New York, 1990, p. 91.

27 *Idem*, p. 42.

nales del XVIII y comienzos del XIX (y con dificultad) los jueces se vieron obligados a escribir, no a decir, sus sentencias²⁸ y, en segundo, que su publicación dependió de la complicada (y lenta) estructuración institucional de los tribunales, importando sobre todo la que afectó a sus “*reporters*”.²⁹

A lo largo de varias décadas la práctica de los tribunales estadounidenses se siguió guiando por textos procedentes de un país contra el cual se había declarado y ganado una guerra de liberación.³⁰ La inexistencia de textos autóctonos sumada a una tradición —que ya era inglesa— retrasó por mucho tiempo la fijación de un sistema de precedentes que, ordenando la actuación de los jueces, parece hoy consustancial al modelo jurisprudencial norteamericano.³¹

“*The claim that law was a ‘science’ required mor precision in reporting*”, señala Surrency,³² haciendo coincidir el abandono de los principios generales (procedentes de textos ingleses) por los “*reported cases*” (exclusivamente norteamericanos) con la emergencia del famoso “*case method*”, esto es, muy entrado el siglo XIX.³³ Aun cuando Estados Unidos no deseara una codificación, la “pervivencia” de una jurisprudencia inglesa es, en principio, asimilable a lo ocurrido en México.

b) Algo groseramente similar ocurrió en España. A pesar de que desde 1812³⁴ todos los textos constitucionales reclaman la necesidad de una codificación, y por tanto, la cancelación de una masa normativa antigua con el corolario de una transformación doctrinal,³⁵ lo cierto es que la codificación tardó mucho no sólo en realizarse, sino en aceptarse por la ge-

28 E. C. Surrency, “Law Reports in the United States”, *The American Journal of Legal History*, t. XXV, núm. 1 (1985), p. 55.

29 Sobre ellos se extiende Wallace, U. W., *The Reporters*, Philadelphia, 1855.

30 Creando un sistema político (constitucional) hasta entonces desconocido: véase la ya clásica obra de Wood, G. S., *The Creation of the America Republic (1776-1787)*, New York and London, 1972. Sobre la pervivencia de una masa de textos ingleses después de la independencia, véase Pound, R., *The History and System of the Common Law*, New York, 1939, pp. 88 y ss.

31 Kempin (Jr.), F. G., “Precedent and Stare Decisis: The critical Years, 1800 to 1850”, *The American Journal of Legal History*, t. 3 (1959), pp. 28-78.

32 “Law reporting”, *cit.*, p. 66.

33 Véase Cross, R., J. W. Harris, *Precedent in English law*, 4th. ed., Oxford, 1991.

34 Recuérdese el famoso artículo 258 de la primera norma gaditana: “El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

35 Sobre la burocratización del jurista entendida como consecuencia de la codificación, siguen valiendo las palabras de G. Astuti, “La nozione di legge nellesperienza storico giuridica”, *Annali di Storia del Diritto*, 10-11 (1966-67), pp. 43 y ss.

neralidad de los operadores jurídicos:³⁶ la por algunos llamada “expropiación del jurista en virtud de la ley”³⁷ no tiene una traducción exacta en España.³⁸

A lo largo de todo el siglo XIX se mantuvo un ¿sistema? de fuentes caracterizado por tener como base el viejo orden de prelación fijado en las Cortes de Alcalá en 1348.³⁹ Es más, incluso después de 1889, fecha de la promulgación del primer Código Civil español, nos podemos encontrar con que juristas inteligentes deben recordar a sus contemporáneos, el efecto derogatorio de ese sistema respecto de disposiciones contradictorias previas.⁴⁰ España, como México, necesitó de todo un siglo para alterar normas y doctrina y, en el ínterin, valieron colecciones y obras antiguas en absoluto acordes con la transformación política que había sufrido la antigua monarquía católica.⁴¹

En conclusión, independientemente de las variables políticas que corresponden a las diferentes historias nacionales, la pervivencia de textos en la transición mexicana se parece a la norteamericana y a la española y no a la francesa aunque su tradición, como la nuestra española, se incardine en el modelo francés de legalidad y no en el jurisprudencial anglosajón.⁴² La Revolución francesa, con su corolario de codificación napoleónica,⁴³ canceló definitivamente el orden jurídico propio del Antiguo Régimen al

36 Sobre esta cuestión, aun cuando desde una determinada óptica, véase Clavero, B., “Ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América”, *QF*, 23 (1994), pp. 81-197, esp. en su tramo final, en pp. 164 y ss.

37 Grossi, P., *Assolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Bellaterra, 1991.

38 Clavero, B., “El método entre infieles o el Código en España”, *QF*, XX (1990), pp. 584 y ss.

39 Lorente, M., “De la Revista al Diccionario: Macelo Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en la España del XIX”, en V. Tau (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, 1997, pp. 245-287.

40 Frente a quienes afirmaban dudas sobre el valor derogatorio absoluto del artículo primero del Código Civil, M. Martínez Alcubilla contestó señalando la inexistencia de duda racional alguna “...de que la disposición contenida en el artículo 1 es aplicable á todas las leyes, sin distinciones eclesiásticas, de si son preceptivas ó declarativas, permisivas ó prohibitivas, de si son civiles, ó penales ó administrativas”, *Diccionario de la administración española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la administración pública*, 5a. ed., Madrid, t. IV, 1892, p. 544.

41 La contradicción era más fuerte en ultramar: véase Lorente, M., “La suerte de la Recopilación de 1680 en el XIX español”, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, cit., t. I, pp. 431-480.

42 Clavero, B., “Codificación civil, revolución constitucional”, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, pp. 61-129.

43 Véase la clásica obra de Sagnac, Ph., *La législation civile de la Révolution Française*, París, 1898 (rp. 1971). Sobre la difícil relación existente entre revolución-codificación, véase Halperin, J. L., *L'impossible code civil*, París, 1992.

inhabilitar sus fuentes tradicionales; los cambios constitucionales, las revoluciones y, en definitiva, la también dificultosa construcción de la Francia moderna⁴⁴ no actuaron como obstáculos insalvables respecto del cambio de paradigma que lo era, fundamentalmente, respecto de la legitimación del poder normativo y la noción de sujeto único.⁴⁵

Olvidándonos ya del caso norteamericano, las revoluciones española y mexicana hicieron lo mismo pero sólo en el terreno de los principios. Como esperamos poder demostrar, las largas transiciones hispánicas propiciaron la convivencia de concepciones jurídicas incompatibles en un plano teórico, que no fáctico, cuya situación (y explicación) puede colocarse más allá de la lucha política que caracterizó al ochocientos revolucionario.⁴⁶

3. *Recapitulación: una propuesta de lectura, interpretación y calificación*

Este planteamiento en el que se desatienden otras posibles interpretaciones históricas (políticas, pero también sociológicas, económicas o antropológicas en el específico caso mexicano) quizás pueda parecer que predica el aislamiento de la del derecho; no es esa la intención. Por el contrario, lo que pretendemos es convencer respecto de la viabilidad de una propuesta basada en la lectura de textos jurídicos y, más específicamente, constitucionales. A pesar de que muchos no llegaron a estar vigentes, o sirvieron de poco para transformar la realidad heredada, nos pueden servir de base para identificar los graves problemas que circundaron la constitución o funcionamiento de sociedades y estados una vez producida la quiebra del Antiguo Régimen.

Repárese en que no estamos hablando de inaplicación, sino de distorsiones que proceden de los propios textos; si las entendemos en este sentido, las normas dejan de ser una mera hoja de papel para convertirse en actas que documentan las insuficiencias, tanto teóricas como institucionales, de la transición del Antiguo Régimen al Estado constitucional. La localización y análisis de dichas insuficiencias bien puede considerarse como una de las aportaciones con las que el historiador del derecho,

44 Sobre esta cuestión, véase por todos, Weber, E., *Da contadini a francesi. La modernizzazione della Francia rurale (1870-1914)* (trad. di A. Prandi), Bologna, 1989.

45 La cita es tan clásica como necesaria: Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

46 En un sentido similar: C. Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, 1990.

desde su específica disciplina, puede contribuir al análisis de nuestro pasado.⁴⁷

De todas las insuficiencias imaginables la que aquí nos ocupará se puede traducir como la historia de la dificultosa, y contradictoria, asimilación de la noción formal de ley durante el primer constitucionalismo mexicano nacido del texto de 1824. Mención aparte requiere la verdaderamente primera Constitución mexicana, el famoso Decreto de Apatzingán, cuyo análisis textual debe servir de arranque imprescindible.⁴⁸ Así pues, la presente comunicación no pretende nada más que ofrecer el balance de una lectura de textos constitucionales y legales que necesita de confirmación en archivos; su valor es el de una mera hipótesis de trabajo que, no obstante, nos sirve de base para sugerir una última propuesta.

Acostumbrados como estamos a referirnos a dos⁴⁹ modelos⁵⁰ constitucionales revolucionarios, no nos hemos preocupado de construir el nuestro delimitando con claridad sus caracteres fundamentales. En su lugar, y durante años, la historiografía política y jurídica ha cultivado brillantemente el estudio de las influencias doctrinales⁵¹ o de los trasplantes,⁵² no interesándole profundizar y definir la esencial autonomía que creo tiene, aun cuando sea en un terreno ideal, lo que quizás podríamos definir como primer constitucionalismo hispánico.⁵³ Un constitucionalismo bicontinental que, respecto del caso mexicano, comparte dos elementos comunes con el español: el primero obvio: un pasado común y, el segundo, menos evidente: una forma si no idéntica, sí similar de identificar

47 La defensa de la “especificidad histórico jurídica” no implica, por supuesto, afán totalizador alguno: comparto lógicamente las opiniones de M. Ferrer respecto del rechazo del reduccionismo jurídico vertidas al principio de su artículo: “Reflexiones acerca del proceso de formación de un Estado nacional en México”, *AMHD*, VIII (1996), p. 121.

48 De cita imprescindible: Torre Villar, E. de la, *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*, 2a. ed., México, 1978.

49 Como ejemplo: Blanco Valdés, R., *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994.

50 La cita es imprescindible: Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones* (trad. de M. Martínez Neira), Madrid, 1996. Este iushistoriador italiano ha conseguido una de las, para mí, mejores síntesis de la historia constitucional comparada, centrándose en los modelos francés, anglosajón y alemán.

51 En este sentido, pero liberándose de antiguas concepciones e incidiendo en el modelo español, véase Tomás y Valiente, F., “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, *Obras completas*, Madrid, 1997, t. V, pp. 4449-4555.

52 Véase como ejemplo: VV. AA., *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: un estudio comparado*, Sevilla, 1994.

53 Ciertamente es que otros estudiosos lo calificarían de débil o secundario: *cfr.* Allegretti, U., *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989, p. 23 (con referencia exclusiva a Italia y España).

y afrontar los problemas de construcción del Estado y sociedad decimonónica. Ambas cuestiones están íntimamente conectadas, ya que aun cuando es cierto que un nuevo lenguaje y unos nuevos conceptos se extendieron a fines del XVIII por todo el mundo occidental, también lo es que la especificidad del legado institucional que heredaron los revolucionarios obligó a realizar síntesis (nacionales) con resultados heterogéneos.

Lo que hemos definido como historia de la difícil y contradictoria asimilación de la noción formal de ley, desplaza sutil e imperceptiblemente el modelo constitucional hispano del campo ocupado por el legicéntrico francés, sin por ello colocarlo en la órbita del jurisprudencial anglosajón. No obstante, como ya advertí, no es esta una opinión general,⁵⁴ por lo que las páginas que siguen no pretenden otra cosa que servir a un (deseado) debate entre historiadores preocupados por el primer liberalismo.

II. LA VOLUNTAD GENERAL

1. *Las dificultades de Rousseau en México*

En 1850, Mariano Galván publicaba en México el *Nuevo Febrero Mexicano*. En su tomo primero nos encontramos con una definición de ley que procede del texto alfonsoino; después de varias páginas centradas en las Partidas se añade la nota mexicana, de la que se desprende una concepción de la ley como expresión de la soberanía. Dicha adición no completa el antiguo texto castellano; por el contrario, inserta, aunque no se diga, una radical contradicción teórica. En esta contradicción vivió México a lo largo de los años inmediatamente posteriores a su independencia.⁵⁵

Mientras que, de un lado, todos los textos constitucionales (nacionales, federales y estatales) nos hablan de soberanía y de ley como expresión de ésta,⁵⁶ por otro, subsistieron concepciones contradictorias.⁵⁷ No obstante, no es su análisis comparado el que nos ocupará sino el de la pervivencia y acomodación de una serie de mecanismos tradicionales en el nuevo orden de cosas que impedían no sólo que la declarada soberanía tuviera una moderna efectividad, sino que hacían retroceder al nuevo Mé-

⁵⁴ Véase en sentido contrario, la hermosa construcción de García de Enterría, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, 1994.

⁵⁵ En el mismo sentido, pero sirviéndose del tratado de Montiel y Duarte, *cfr.* González, M. del Refugio, "Derecho de transición", *cit.*, p. 439.

⁵⁶ Véase Guerrero González, J., "El concepto de soberanía en nuestra historia constitucional", *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho mexicano*, *cit.*, t. I, pp. 501-516.

⁵⁷ Sobre las mismas: Tau Anzoátegui, V., *La ley en América hispana*, Buenos Aires, 1992.

xico hacia antiguos tiempos. Ilustraremos esta contradicción con varios ejemplos que nos parecen altamente significativos.

El artículo 18 del Decreto de Apatzигán señaló: “Ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común: esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional”. Previamente, en los famosos “Sentimientos de la Nación”, Morelos ya había sentado las bases de una noción roussoniana de ley, confirmándose en el Acta Solemne de la Declaración de Independencia de la América Septentrional. Con posterioridad a este primer momento, dejando a un lado el plan de Iguala o el Reglamento provisional político del Imperio, en el Acta Constitutiva de la Federación se reafirmó la declaración de la soberanía nacional y, consecuentemente, la noción formal de ley.⁵⁸ En definitiva, el constitucionalismo federal apostó por una comprensión si no igual, sí semejante a la concebida por la primera Constitución mexicana.⁵⁹

Todo parece indicar que se había roto con la concepción alfonsina⁶⁰ y, por supuesto, con la mantenida por la jurisprudencia del *ius commune* que fue fuente de aquella.⁶¹ La ley era expresión de la soberanía nacional articulada mediante el reconocimiento del sufragio como derecho de los ciudadanos mexicanos que debían ejercerlo, a partir de 1824, respecto de la Federación o de sus propios estados. No entraremos en la complicada articulación de todo ello, ya que nos obligaría a hablar de elecciones y de materias reservadas a la Federación; nos contentaremos con contraponer a la más clara voluntad general de Apatzигán un ejemplo estatal: el recogido en la Constitución de Zacatecas.

En lo fundamental, la Constitución de este estado es un texto que reproduce las bases federales y el cuerpo de la mayoría de las constituciones estatales (que son engañosamente similares). En su capítulo V, dedicado a la formación de las leyes, incluyó un curioso mecanismo consultivo. Las proposiciones de ley, de las nuevas y de las que reformaban el anti-

58 Recordemos que en su artículo tercero señaló: “La soberanía reside radical y esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece exclusivamente a ésta el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes la forma de gobierno y demás leyes fundamentales que le parezca más conveniente para su conservación y mayor prosperidad, modificándolas o variándolas, según crea convenirle más”.

59 Las citas de los textos constitucionales proceden de la edición de Tena Ramírez, F., *Leyes fundamentales de México*, 18 ed., México, 1994.

60 Sobre ella, véase Iglesia, A., “La labor legislativa de Alfonso X el Sabio”, *España y Europa, un pasado común. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho común*, A. Pérez Martín (ed.), Murcia, 1986, pp. 275-599.

61 Vallejo, J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992.

guo sistema, pudieron ser formuladas por todos: desde los diputados hasta los ciudadanos pasando por cualquiera de las corporaciones existentes (artículos 78 y 79). Pero lo que hemos denominado mecanismo consultivo va más allá: hecha la proposición de ley, ésta tuvo que ser enviada a todos los ayuntamientos que debían, a su vez, informar a los ciudadanos y elaborar objeciones, remitiéndolas, junto con el acuerdo capitular, a su diputado (artículo 130). Sin valorar todas estas observaciones, el Congreso no podía decretar nada (artículo 86); es más, si el tema era importante y no se habían recibido los acuerdos municipales, el Congreso podía sólo decretar que por interés general se publicara la ley como orden o decreto provisional exclusivamente (artículo 87).

Simplificando mucho podemos afirmar que el estado de Zacatecas no consideró que la voluntad general de los habitantes del mismo estuviera representada en su Congreso por completo. El procedimiento descrito puede calificarse como una suerte de democratización o generalización de las antiguas consultas, poniéndonos sobre la pista de una cuestión que nos atrevemos a sugerir aquí: el cambio de titularidad de la soberanía, del monarca a la nación, tuvo en el mero sufragio un elemento legitimador demasiado débil en el primer constitucionalismo tanto español como mexicano. Conscientes de ello, los diferentes constituyentes pretendieron apuntalarlo mediante otros mecanismos de más honda raigambre.

Si la Constitución de Zacatecas, en el punto al que nos hemos referido puede comprenderse como exponente de la insuficiencia de la nueva legitimidad normativa y, consecuentemente, como instrumento reforzador destinado a conseguir tal fin, el juramento constitucional, presente tanto en España como en México, fue más allá: podemos considerarlo, incluso, como sustituto de la propia noción de representación.⁶² Ciertamente es que el juramento con el que se obligó a autoridades y funcionarios públicos no es precisamente algo que pueda sorprendernos, ya que llega hasta la actualidad; sin embargo, el juramento al que nos referiremos es el que se impuso a todos los habitantes respecto de su primera producción, tanto constitucional como normativa.

Los constituyentes gaditanos se esforzaron en extender la jura de la primera norma a todos los pueblos, incluidos los americanos;⁶³ de igual

62 Sobre el juramento, véase por todos. Prodi, P., *Il Sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bolonia, 1992.

63 Lorente, M., "El Juramento constitucional", *Anuario de Historia del Derecho Español* (=AHDE), t. LXV (1995), pp. 585-632.

forma lo hicieron los mexicanos. No voy a hacer un listado exhaustivo de esa normativa sobre el juramento; me ceñiré a constatar que tanto el Acta Constitutiva de la Federación como la Constitución de 1824 se acompañaron con decretos⁶⁴ en los que se recogió la siguiente obligación: “todos los habitantes” debían jurar ambos textos.⁶⁵ El constituyente estatal tampoco se olvidó del juramento ciudadano: en Michoacán se recordó que “el pueblo” debía prestar juramento en la forma acostumbrada.⁶⁶

En México como en España, el déficit representativo, fuera éste cual fuera, sumado a la novedad de la creación de una nueva legitimidad mediante sufragio se trató de mitigar mediante el juramento constitucional: consecuentemente, la nueva obligación política tuvo una naturaleza religiosa⁶⁷ que se acompañó con una dimensión institucional: la organización del juramento constitucional de los habitantes se puso en manos de la Iglesia, intentando instrumentalizarla al servicio del interés de los nuevos estados emergentes.

La ficción que supone comprender a la nación como nación representada no fue de fácil asimilación,⁶⁸ incluso si la articulación del sufragio y su ejercicio hubieran sido razonablemente democráticos. La ajeneidad de diferentes grupos humanos (no sólo, obviamente, los indígenas) a

64 Recogidos en *Colección de Órdenes y Decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa y Soberanos Congresos generales de la Nación Mexicana* (2da. ed. corregida y aumentada por una comisión de la Cámara de Diputados); México, 1829 (t. III, que comprende los del segundo constituyente).

65 Decreto de 28 de septiembre de 1824 (sobre la publicación y juramento de la Constitución, artículo 3: “Las diversas legislaturas decretarán el modo y solemnidad con que habrán de verificarlo las demás autoridades, tanto civiles como eclesiásticas, los empleados, las comunidades, corporaciones y todos los habitantes de sus respectivos estados”). *Colección, cit.*, t. III (que comprende los del segundo constituyente).

66 Decreto de 28 de abril de 1824, artículo 12. Recogido en *Decretos del Congreso Constituyente del Estado de Michoacán. Desde su instalación en 6 de Abril de 1824 hasta 21 de Julio de 1825 en que cesó*, México, 1828.

67 El juramento sufrió una evolución que ha sido espléndidamente estudiada por Prodi. Este autor señala que de Hobbes a Rousseau transcurre una senda en la que se produce “...la separazione tra il giuramento politico e il contrato, o per meglio dire, la fuoriuscita del giuramento dalla sfera del contrato e la sua trasformazione in una specie di voto secolarizzato...”. *Il sacramento, cit.*, p. 13. El máximo exponente de esta concepción puede ser el propio Rousseau, en su *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma* (estudio preliminar y traducción de A. Hermosa), Madrid, 1988.

68 Debemos hacer hincapié en el carácter ficticio de la representación moderna, que contribuye a que resulte de difícil comprensión. En este sentido, resulta clásica la cita de la opinión de Kelsen sobre la cuestión. Este autor coloca el rechazo al “mandat impératif” en el terreno de la ideología política, no en el de la teoría científica, añadiendo: “La función de esta ideología es ocultar la situación real y mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo...”. Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de E. García Máynez), México, 1979, p. 346.

la nueva noción, obligaba al uso de antiguos instrumentos que, por ser contradictorios con los principios revolucionarios, afectan directamente a la comprensión de las “leyes y decretos” de las diferentes asambleas como expresión suficiente, por perfecta, de su propia voluntad.

Con una noción tan quebrada de ley formal, que puede inferirse de los mismos textos constitucionales, no debe sorprender que pudieran convivir con cualquier otro tipo de texto normativo,⁶⁹ costumbre,⁷⁰ o doctrina jurídica sin que se advirtiera contradicción en ello. Tampoco nos debe sorprender que la novedosa producción normativa no tuviera un tratamiento muy sofisticado;⁷¹ consecuentemente, ni la legitimación, ni la depuración de la derogación vinculada a ella funcionaron como claves de un discurso por más que éste se hiciera respecto de textos prerrevolucionarios.

Como consecuencia de todo ello, el caótico legado normativo propio del Antiguo Régimen pudo instalarse y pervivir no sólo en sus textos sino en sus principios, si es que así podemos denominarlos. Interesa aquí hacer hincapié en uno de ellos: la gran capacidad para la asimilación del incumplimiento normativo que, durante siglos, demostró el mundo institucional indiano. De raíz castellana,⁷² tuvo un espectacular desarrollo en Indias a lo largo de la dominación española.⁷³ Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: el constitucionalismo independentista con

69 Todo un caudal normativo antiguo pervivió, legitimándose por el nuevo constituyente. Así, por ejemplo, la primera norma de Chihuahua afirmaba en su artículo 129: “Las leyes existentes quedan vigentes, siempre que no se opongan al actual sistema, hasta que no sean expresamente derogadas”. El caos normativo deducible de la imposible formulación de un claro, y único, principio derogatorio atravesó la barrera de la revolución instalándose cómodamente en los que todavía no podían definirse como sistemas, actuando como obstáculo a su construcción.

70 Sobre su dimensión indígena véase Stavenhagen, R., y D. Iturralde (comps.), *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, 1990.

71 Así, por ejemplo, aun cuando las diversas Constituciones hablan de leyes y decretos, ninguna aclara el significado de esta breve tipología normativa. Hay que esperar a 1836 para que un texto constitucional aclare la diferencia: es en la ley tercera en donde se señala (artículo 43) que una ley es la que versa sobre una materia de interés común, mientras que un decreto no es otra cosa que una resolución del Congreso que afecta a materias relativas o determinados tiempos, lugares, corporaciones, establecimientos o personas. Sobre la indeterminación categorial en España, véase Chofre Sirvent, J., *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Madrid, 1996 (una análisis de esta obra en: Lorente, M., “Historia del constitucionalismo, historia de la administración: a propósito de dos recientes publicaciones”, *Initium*, 2 (1997), pp. 579-604).

72 González Alonso, B., “La fórmula obedécese pero no se cumpla’ en el Derecho castellano de la Baja Edad Media”, *AHDE*, t. L (1980), pp. 469-487.

73 Sobre esta cuestión se ha extendido profusamente la historiografía. De reciente publicación, Gerardo, S., “El cumplimiento y el incumplimiento de la ley, *Actas del XI Congreso*, cit., t. I, pp. 251-282.

su nueva concepción ilustrada de ley ¿podía soportar un similar nivel de incumplimiento? y, sobre todo, ¿fue capaz de alterar el legado indiano en este específico punto?

2. *Leyes, decretos y códigos*

La nueva noción de ley no sólo se encontró con graves escollos teóricos, también careció de instrumentos para imponer su cumplimiento; de todos los imaginables cabe resaltar los destinados a su difusión. Antes de hablar de ellos debemos recordar que México vivió en sus primeros tiempos en una (otra) contradicción. De un lado, y desde la misma independencia, se manifestó por diferentes vías el deseo de contar con nuevos códigos derogatorios de las leyes españolas: a estos efectos, se reunieron comisiones para la elaboración de los necesarios códigos,⁷⁴ varias Constituciones estatales hablaron de su necesidad,⁷⁵ etcétera. De otro, los códigos no eran otra cosa que leyes, y éstas, al igual que los primeros, fueron poco abundantes durante el periodo federal.

Acostumbrados como estamos a hablar de la lentitud de la codificación (tanto española como mexicana), hemos incidido poco en la valoración, primero, del corto número de normas (menores), esto es, de esas famosas “leyes y decretos” y, segundo, en su análisis detenido, un análisis que comienza, aun cuando sea superficialmente, en identificar las materias que preocuparon a las primeras legislaturas estatales. Pero, como se indicó, este epígrafe quiere ser una reflexión que afecta a la “difusión” de las normas, independientemente de su número y contenido. Difusión que podemos traducir en términos jurídicos por promulgación o publicación,⁷⁶ convirtiéndolas en magníficos observatorios desde los cuales

74 Decreto XXXI de 22 de enero de 1822: Nombramiento de comisiones que preparen algunos trabajos para auxiliar al próximo congreso respecto del Código civil, criminal, comercio minería, agricultura y artes... etc. En *Colección de Órdenes y Decretos de la Junta Superior Gubernativa*, cit. (t. I).

75 La Constitución de Oaxaca de 1825 señala en su preámbulo que “...los Códigos civil, criminal y de procedimiento que se mandan formar por la constitución haran desaparecer todas esas leyes oscuras, complicadas, contradictorias, cuya inoservancia y muchedumbre parecía que dejaba aun a los jueces integros el derecho de llamar justicia a su voluntad, a su error, a veces á su ignorancia”. La Constitución de San Luis Potosí contempla, como facultad del Congreso, la formación del “Código de leyes particulares del Estado bajo un plan claro y sencillo” (artículo 114, II), y lo mismo repite la del Estado Libre de Occidente (Sonora y Sinaloa) en su artículo 109, III.

76 Sobre esta cuestión, desde la perspectiva de un constitucionalista, véase Biglino, P., *La publicación de la ley*, Madrid, 1993.

puede abordarse el estudio de dos cuestiones clásicas: el principio de publicidad normativa y el valor general de la ley.⁷⁷

El primer constitucionalismo, tanto español como mexicano, no entendió por publicación la inserción de textos normativos en una publicación oficial, momento a partir del cual se entiende que corre un plazo que determina su entrada en vigor. En España, por publicación o promulgación debemos entender lectura pública;⁷⁸ algo similar debió pasar en México. No conozco lo suficiente la historia de las diferentes publicaciones oficiales mexicanas, pero de la lectura de los textos constitucionales se deduce que las antiguas formas de transmisión y publicación de las normas se mantuvieron también al otro lado del Atlántico.

En España, y a lo largo de muchos años, las diferentes disposiciones llegaban a las autoridades no en forma de publicación, sino individualmente,⁷⁹ y sólo después de su recepción y, a veces, posterior lectura, podían obligar.⁸⁰ A este tipo de transmisión antigua⁸¹ parece que se remiten todas las fórmulas de publicación insertas en las Constituciones de la era federal de las que nos interesa resaltar, sobre todo, el término circule, entendido como obligación de los titulares del Poder Ejecutivo.⁸² Creemos

77 Aun cuando sea ésta una característica propia de la ley entendida como expresión de la voluntad general, algunas Constituciones estatales la consignaron en sus textos. Por ejemplo, la del estado de Chihuahua en su artículo 10: "La ley es una para todos: ante ella todos son iguales".

78 En septiembre de 1820 Fernando VII se dirigió a las Cortes exponiendo una duda: se preguntaba si las leyes debían seguir promulgándose de la misma forma que antaño, esto es, leyéndose en la plaza de la Constitución desde el balcón principal de la casa de la panadería. Las Cortes aprobaron dos días más tarde una contestación afirmativa. *Archivo del Congreso de los Diputados*, serie general, leg. 34, exp. 152.

79 A la altura de 1851, la comunicación jerarquizada de las disposiciones normativas seguía vigente aun cuando había sido ya ampliamente criticada. Un importante Real Decreto de esta época nos lo demuestra; en su preámbulo, se señaló: "El método que hoy se observa de comunicar á cada Autoridad y dependencia todas las órdenes y disposiciones, de cualquiera clase y naturaleza que sean, ocasiona en las oficinas un trabajo innecesario, retrasa con frecuencia el conocimiento de aquéllas, produce una complicacion que perjudica al buen servicio, y origina gastos...". Real Decreto de 9 de marzo de 1851. *Colección legislativa*, Madrid, t. LII, 1851.

80 Compruébense los contradictorios elementos que se desprenden de este texto: "La Colección de las leyes y decretos de la primera y segunda legislatura constitucionales de la unión, sales hoy por primera vez al publico. Hemos incluido aquellos decretos que no se han publicado por bando, pero que han circulado suficientemente...". De la introducción de la *Colección*, cit., t. IV.

81 Sobre la transmisión jerarquizada de las disposiciones propia del Antiguo Régimen, véase Grupo 77, *La legislación del Antiguo Régimen*, Madrid, 1982, pp. 9-25 y Cabrera, I., *El Consejo de Castilla y la ley*, Madrid, 1993, pp. 157 y ss.

82 Previamente, la Constitución gaditana había señalado en su artículo 154: "Todas las leyes se circularán de mandato de Rey por los respectivos secretarios del Despacho directamente a todos y cada uno de los tribunales supremos y de las provincias, y demás jefes y autoridades superiores, que las circularán a su subalternas".

que puede afirmarse que lo que “circula” son disposiciones, no publicaciones de ámbito federal o estatal.

La doctrina jurídica hispano-mexicana no se opondrá a esta lectura e interpretación de los textos constitucionales. En el Nuevo Febrero se recoge una interesante opinión, que debemos leer muy cuidadosamente:

La promulgación de las leyes es el acto por el cual se notifican a la sociedad, es la voz viva del legislador. Antes de la publicación, la ley en lo relativo a su formación está perfecta; pero no es obligatoria... La publicación corresponde al poder ejecutivo que dispone que sea publicada suficientemente en todos los pueblos.⁸³

¿A qué puede referirse la última expresión? ¿Cómo puede una norma estar “suficientemente publicada” para considerarse obligatoria? ¿Podemos traducirlo por “razonablemente distribuida y leída? Creemos poder contestar que sí a esta última cuestión, que nos habla de la escasez de medios para poner a disposición de las autoridades y, por supuesto, de los nacionales y ciudadanos la nueva normativa.⁸⁴ Ante esta situación, no es extraño el desinterés que la mayoría de las Constituciones estatales mostraron respecto de la consignación del momento en que entraban en vigor las normas,⁸⁵ ya que lo que preocupó no fue tanto el acceso de los ciudadanos al conocimiento de aquéllas, sino la organización de la jerarquización de las autoridades estatales⁸⁶ o la de los estados respecto de la Federación.⁸⁷

83 Nuevo Febrero Mexicano. *Obra completa de jurisprudencia*, México, 1850, p. 8.

84 Valga aquí un ejemplo: de la lectura del artículo 82 Decreto de 17 de junio de 1823 (Bases para las elecciones del nuevo Congreso mexicano) se deduce la preocupación por su circulación:

“El Gobierno acompañara á este decreto las (instrucciones) que crea necesarias para su pronta y exacta ejecución, cuidando de que la circulación de ejemplares sea rápida y bastante número para facilitar su inteligencia en las poblaciones mas pequeñas”. *Colección, cit.* t. II (que comprende los del primero constituyente).

85 Aun cuando no todas. Así, por ejemplo, la Constitución de San Luis de Potosí de 1826 señaló que las leyes, decretos o providencias de las autoridades no obligaban hasta pasado el tiempo suficiente para considerar instruidos a los ciudadanos, y éste era el de dos días después de su promulgación en la capital y el de ocho para el resto. A esta solución progresiva se opone la de Querétaro, que señaló en su texto constitucional de 1825 que las leyes obligaban desde el mismo día en que se publicaran en la respectiva municipalidad, sin establecer plazos temporales.

86 Véase como ejemplo la Orden de 19 de abril de 1822: “El Soberano Congreso con el fin de asegurar la mas puntual y exacta observancia de todas sus determinaciones, ha tenido á bien en resolver que todo funcionario publico que recibiendo algun decreto ú órden, dentro del tercero día no lo cumpla en la parte que le toca, quede po sol este hecho privado del destino que tenía, conforme al decreto de las Cortes españolas del 11 de noviembre de 1811”. *Colección de Órdenes y Decretos, cit.*, t. II (que comprende los del primer constituyente).

87 En este sentido, véase el Decreto de 11 de noviembre de 1824 sobre responsabilidad de los gobernadores:

A lo largo de la era federal se reprodujo en México uno de los dramas españoles: la imposible formulación de un principio de publicidad normativa como el recogido en el Código francés⁸⁸ y, consecuentemente, la organización de un sistema de publicaciones oficiales que hiciera posible que la ley fuera conocida, a un mismo tiempo, por todos a los que supuestamente debía obligar. “La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”, reza una conocidísima fórmula jurídica. No obstante, debió resultar difícil asumir la ficción del conocimiento del derecho cuando los responsables de su producción y circulación conocían la debilidad de los instrumentos puestos al servicio de esta última.

Como resultado de todo ello, los problemas derivados de la publicación (o de la falta de ella) se sufrieron ayer y hoy, ya que a los historiadores nos resulta casi imposible asegurar que disponemos de todas las normas que en su momento fueron promulgadas. Recurrimos al uso de colecciones, muchas veces encargadas por los legislativos a un particular, sin que tengamos argumentos para asegurar su complitud; más bien todo lo contrario. El historiador del primer constitucionalismo comparte con su colega preocupado por el Antiguo Régimen un problema de fuentes: las “normas recopiladas” son insuficientes, o mejor, no son más que una muestra de las que en su día se entendieron vigentes.

Dejando a un lado el caso español,⁸⁹ baste remitir al mexicano. La tan utilizada hasta aquí Colección de Órdenes y Decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa y Soberanos Congresos generales de la Nación mexicana, señala en su preámbulo que, nombrada una comisión especial para la impresión de las leyes y decretos del primer Congreso constitucional, no pudo realizar su tarea, por lo que se dio permiso a Galván para que lo hiciera.⁹⁰ A pesar de la contrata, lo cierto es que la segunda edición tuvo que ser corregida y aumentada por una comisión de la Cámara de

Artículo 1: “Los gobernadores de los Estados deberán publicar para su cumplimiento las leyes y decretos del Congreso general, a mas tardar, el tercero día de haberlos recibido, sin necesidad del pase de la legislatura”.

Artículo 2: “Los gobernadores serán responsables por las infracciones del artículo anterior, haciendo efectiva esta responsabilidad con arreglo á lo establecido en la Constitución”. *Colección cit.*, t. III.

88 Sobre este principio, en diferentes tradiciones jurídicas, véase D’Atena, *La pubblicazione delle fonti normative* (I. Introduzione storica e premesse generali), Padova, 1974.

89 Véase Lorente, M., “Los empleados de la redacción del *Diario de Sesiones* y la *Colección de Decretos de las Cortes Generales y Extraordinarias*”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, 93 (julio-septiembre 1996), pp. 85-96.

90 *Colección, cit.*, t. I, p. I.

Diputados. Esta Colección como la gaditana u otras similares no son comparables al Boletín francés, con el que se cerraba el ciclo normativo abierto por la voluntad general recogida en el artículo VI de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, preámbulo de la primera Constitución gala.

Hemos referido las deficiencias de la ley en su concepción e instrumentos puestos a su servicio; falta contrastarlas con un elemento fundamental: la organización de la justicia.

III. JUECES, ÁRBITROS Y CONCILIADORES

1. *La justicia: generalidades*

A diferencia del Decreto de Apatzingán que diseñó una organización de justicia unitaria, el constitucionalismo federal separó dos órdenes dentro de la administración de justicia. No entraremos en el análisis de la articulación del Poder Judicial de la Federación, sino en la correspondiente a los estados.⁹¹ Y no exhaustivamente, ya que a los efectos que aquí interesan basta con señalar dos importantes características ya que, con alguna excepción, la mayoría de las Constituciones responden a un esquema similar.⁹² Las dos características a las que nos hemos referido son las siguientes:

a) En primer lugar, las diferentes organizaciones de jueces y tribunales intentaron responder a una vieja necesidad: asegurar siempre que hubiera tres sentencias, independientemente del diseño que se diera a la planta de la administración de justicia. En este sentido, en Querétaro y Tabasco se apostó por tribunales de segunda y tercera instancia, mientras que en el Estado Libre de Occidente se contentaron con dividir el supremo en salas.

91 No obstante, debe hacerse hincapié en la dependencia que, en un principio, se siguió manteniendo respecto de la producción normativa gaditana también en este tema; como ejemplo cabe la cita del Decreto de 23 de Mayo de 1826: “La Suprema Corte de Justicia ejercerá por ahora en el distrito y territorios de la Federación las atribuciones que por la ley 9 de Octubre de 1812 correspondían a las Audiencias de Ultramar que se componían de tres salas, en cuanto no se opongan a la Constitución y a las leyes de la Unión”. *Colección, cit.*, t. IV.

92 La excepción indicada es, sin duda alguna, la contenida en la Constitución de Veracruz de 1825, en la que se afirmó que el Poder Judicial reside en un ministro superior de justicia y en los demás jueces inferiores; un ministro que debía ser letrado e inamovible.

Lo mismo había ocurrido en España.⁹³ En Cádiz, la discusión sobre la creación de un Tribunal Supremo⁹⁴ se centró en la determinación de un número de instancias que asegurara la mágica cifra de tres:⁹⁵ en ningún momento se plantearon argumentos similares a los esgrimidos en torno al nacimiento de la Corte de Casación francesa.⁹⁶ La vieja concepción castellana caló fuertemente en los constituyentes; como afirma C. Garriga, la justicia en el Antiguo Régimen era una cuestión de cantidad, tanta justicia tienes como votos y sentencias recibe tu causa.⁹⁷ Asegurar su posibilidad fue lo que preocupó en España y en México, sin que la posible creación de instrumento *nomofiláctico* alguno perturbara dicha preocupación.

b) En segundo lugar, todo parece indicar que el escalón inferior de la justicia estuvo poblado por jueces legos. Ya en Apatzingán se había reconocido la necesidad de mantener la antigua organización.⁹⁸ Los nuevos estados hicieron lo propio: baste simplemente señalar cómo la Constitución de Puebla dispuso que debía haber en todos los pueblos del estado alcaldes elegidos popularmente, a cuyo cargo estaba la administración de justicia (artículo 145) y que la del Estado Libre de Occidente señaló que, “cuando lo permitieran las circunstancias”, los jueces de primera instancia deberían ser sujetos prácticos en derecho (artículo 263).

La insuficiencia de letrados y la falta de fondos obligó tanto en España como en México a situar en el escalón inferior de la administración de justicia a alcaldes legos, complicándose en México la cuestión en la medida en que varios estados regularon la figura del asesor letrado en su propio texto constitucional.⁹⁹ Ahora bien, esta situación, fácilmente deducible de los textos constitucionales, sirvió para abrir una reflexión, por lo

93 Sobre la organización del Poder Judicial gaditano véase Peset, P., y J. L. Soberanes, “El Poder Judicial en las Cortes de Cádiz”, *Estudios en Homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, política y derecho*, Valencia, 1984, II, pp. 775-797.

94 Moreno, L., *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, 1989.

95 Fairén, V., “La recepción en España del recurso de nulidad francés”, *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, I, pp. 195-235.

96 Halperin, J. L., *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, París, 1987.

97 Garriga, C., *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, 1994, p. 443.

98 En el capítulo dedicado a los juzgados inferiores, el artículo 208 especificó que “en los pueblos, villas y ciudades continuarán respectivamente los gobernadores, y repúblicas, los ayuntamientos y demás empleos...”

99 Por ejemplo, la misma Constitución de Puebla en su artículo 148.

menos en España: ¿la justicia debe ser lega o letrada?¹⁰⁰ La simple posibilidad de que esta reflexión se planteara lleva al historiador a preguntarse hasta qué punto cabe hablar en nuestro primer constitucionalismo de un modelo de juez sometido a la ley, independientemente de las dificultades históricas que rodearon a su instalación y organización institucional. Pero ahondemos en esta cuestión, pasando del análisis de la organización del aparato de justicia al de su actividad.

2. *De la actividad de la administración de justicia: motivación de sentencias, recursos de nulidad y responsabilidad de los jueces*

Con jueces legos y sin tribunales de casación, no sorprende mucho que no se hiciera hincapié en la obligación de motivar las sentencias a un lado y otro del Atlántico. A diferencia de Francia, cuya revolución se apresuró a declarar por ley de 16-24 de agosto de 1790 la obligación de motivar; en España y en México el legislador se tomó su tiempo: la generalización de la obligación tiene fecha de 1855 en España, y de 1841 en México.¹⁰¹ Con estas disposiciones se rompía no sólo la antigua prohibición de motivar las sentencias, sino también el modelo de juez que configuraba la misma.¹⁰²

No obstante, algunas Constituciones estatales como la de Oaxaca (artículo 185) o la de Nuevo León (artículo 146) habían consignado la obligación de motivar; al hacerlo, abrieron las puertas a una importante problemática. Sin códigos —con la excepción del civil de Oaxaca—, con un dificultosísimo sistema de transmisión de normas y multitud de jueces legos, por más que hubiera asesores, ¿qué calidad debieron tener, si las hubo, las sentencias motivadas?, ¿pudieron servir para asegurar derechos o unificar jurisprudencia? Creemos sinceramente que no, aun cuando sólo de un estudio de los procedimientos se pueda llegar a conclusiones seguras. Ahora bien, salvando las excepciones, puede afirmarse que el constitucionalismo estatal mexicano apostó por la no motivación; consecuente-

100 Repare el lector en que además de lo afirmado, tanto en uno como en otro país se constitucionalizaron los juicios de conciliación y el arbitraje, entendidos como verdaderos derechos, poniéndonos sobre la pista de la precariedad de la estructura judicial.

101 Por Decreto de 18 de octubre obligó a todos los tribunales y juzgados, civiles, militares o eclesiásticos, a expresar la ley, canon o doctrina en que se fundaran sus sentencias. Recogido en Rodríguez de San Miguel, J., *Guía judicial ó colección de las leyes de mas frecuente uso en la administración de justicia*, México, 1846.

102 Garriga, G., M. Lorente, "El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), pp. 97-142.

mente, el recurso de nulidad en su formulación gaditana ocupó un importantísimo lugar en todas las Constituciones estatales.¹⁰³

Muy sintéticamente, el recurso de nulidad gaditano se pudo interponer por vicios en el proceso, con el preciso efecto de devolverlo y exigir la responsabilidad del juez o jueces cuya actuación se consideraba nula. Única vía de acceso al Tribunal Supremo, en España sufrió una evolución que lo convertiría en antecedente de la casación, aunque perdiera en el camino su naturaleza.¹⁰⁴ Nuestro primer constitucionalismo hizo una apuesta muy concreta: a la casación francesa opuso el antiguo recurso de nulidad reformulado, esto es, obvió la defensa de la ley y pensó, fundamentalmente, en la (genérica) responsabilidad (personal) de jueces y magistrados.

De forma similiar, el recurso de nulidad se concibió por el constitucionalismo estatal mexicano como la mejor vía, y en algunos casos única, de relación entre los diferentes escalones jerárquicos de los aparatos de justicia; su función, pues, fue institucional, no *nomofiláctica*. Nos interesa destacar que, también en México, en virtud del recurso se anulaba la sentencia, amparando por lo tanto al recurrente en virtud de dicha anulación y, al mismo tiempo, se abría la vía de exigencia de responsabilidad. Hasta tal punto fue importante esta segunda consecuencia que en la Constitución de Yucatán se habilitó a un Senado asesorado por un magistrado para conocer de los recursos de nulidad de las sentencias dictadas en tercera instancia (artículo 137.7).

La inobservancia de las leyes en los trámites del proceso, hacían responsable a los jueces que incurrían en ella por malicia o, incluso, simple ignorancia, decía la Constitución de Durango (artículo 92); en similares términos se expresaba la de Michoacán (artículo 119). Repárese en que no se habla de quebrantamiento de la ley material, para lo que se necesitaría haber obligado previamente a motivar, sino de la ley o leyes procesales, también muy poco reformadas. Como era de esperar, bien se comprendió el problema en Oaxaca, cuya Constitución entendió que cabría la nulidad más allá del quebrantamiento de normas (o prácticas) procesales siempre y cuando se hubieran formado los nuevos códigos de legislación (artículo 194).

103 Valga como ejemplo la regulación contenida en el texto constitucional del estado de Puebla en su artículo 141: “De la sentencia que en cualquier juicio deba ser la última según las leyes, no ha lugar a otro recurso que el de nulidad o de infracciones a la constitución...”.

104 Lorente, M., “División de poderes e interpretación de la ley”, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, p. 401-421.

El éxito de la nulidad y el fracaso de la motivación (y de la casación) hacen referencia a una cuestión que fue tanto mexicana como española: la imposible transformación inmediata de un modelo jurisprudencial de administración de la justicia en uno sometido a la ley¹⁰⁵ obligó a que, en el ínterin, las garantías del proceso se fiasen por entero a la articulación del régimen de responsabilidad personal de los jueces, fueran éstos cuales fueran.¹⁰⁶ De la mano de la responsabilidad entramos en el último apartado de esta comunicación.

IV. LAS INFRACCIONES

1. *Infracciones y Constituciones*

Para el investigador resulta reconfortante encontrar en un mundo diferente al suyo instituciones semejantes a las previamente estudiadas. Esto afortunadamente es lo que me sucede, ya que *todas* las Constituciones estatales mexicanas hacen referencia a las “infracciones a la Constitución” cuyo estudio doceañista abordé en su día.¹⁰⁷ Invento gaditano, a caballo del derecho de petición y la exigencia de responsabilidad de los empleados públicos, funcionó como una extraña vía que convirtió a las Cortes en un auténtico “juez negativo” del resultado de comportamientos inconstitucionales de todas las autoridades públicas.

La Constitución gaditana habilitó a todos los españoles a denunciar ante las Cortes o el rey lo concebido por ellos como infracciones; al mismo tiempo, obligó a las Cortes a tomar dichos recursos-denuncias en cuenta, y a exigir la responsabilidad de aquellos considerados como infractores (artículos 372 y 373). Las Cortes recibieron innumerables recursos a lo largo de los años en que estuvieron reunidas bajo la vigencia de la primera norma gaditana. Su tramitación fue, brevemente, la siguiente: llegado el recurso a las Cortes, se pasaba a la comisión de infracciones que elaboraba un informe; con posterioridad, el pleno del Congreso deliberaba sobre él y apreciaba o no la existencia de una infracción. Su resolución, si era positiva, tenía un triple efecto: anulaba el acto considerado

105 De la investigación de M. Rosa Pugliese pueden extraerse conclusiones de gran interés para un estudio de la percepción que, respecto de las “fuentes” del derecho, se mantuvo por los jueces a finales del Antiguo Régimen: “Las fuentes del derecho a través de los expedientes judiciales en el virreinato del Río de la Plata”, *Actas del XI Congreso*, cit., pp. 133-182.

106 Garriga, C., M. Lorente, “El juez y la ley”, cit.

107 Lorente, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, 1989.

inconstitucional, suspendía al empleado responsable y, finalmente, se le abría causa en el juzgado o tribunal competente en virtud del cargo que ostentaba.

La articulación de un régimen de responsabilidad para todas las autoridades y funcionarios públicos fue, sin duda, una cuestión muy complicada. Repárese en que aquí cabe hablar desde la responsabilidad de un alcalde que hace las veces de juez a la de un diputado, magistrado del Tribunal Supremo o, incluso secretario de gobierno o, de Estado y despacho. No obstante, en España el proteíco régimen de las infracciones a la Constitución gaditana había unificado a todos, ya que mediante la misma vía se le abrió causa tanto a alcaldes constitucionales o jueces de primera instancia como a Manuel Cano, secretario de Estado y Despacho de Justicia en 1814 por la firma de una orden inconstitucional. En ausencia de otros textos, la Constitución, vuelta del revés, sirvió de referente para juzgar las conductas de todos y cada uno de aquellos que ostentaran un cargo público.

Pero no es el invento gaditano el que nos preocupa aquí sino su expansión mexicana. Resulta imposible hacer aquí un cuadro de las diferentes articulaciones institucionales que, respecto de la resolución de los recursos por infracción de la Constitución, se diseñaron en las diversas constituciones estatales. La existencia de las infracciones nos sirve solamente para localizar una problemática endémica al primer constitucionalismo español y mexicano e identificar las líneas maestras de su respuesta, aun cuando, por supuesto, fuera simplemente textual.¹⁰⁸

Muy sintéticamente. A los constituyentes les preocupó que la Constitución se revelara ineficaz; a diferencia del antiguo, el nuevo orden no podía soportar el incumplimiento ni, por supuesto, el rechazo de las autoridades encargadas de ponerlo en planta. Por ello, y sin ninguna sofisticación, concibió el recurso por infracciones como una de las más importantes garantías de dicho orden. Ahora bien, el objetivo del recurso era “deducir la responsabilidad” de las autoridades infractoras pero, ¿de qué tipo de responsabilidad se trataba? ¿en qué sentido se consideró que era una garantía?

Utilizaremos para responder a estas interrogantes una intervención del diputado señor Ramírez en la discusión del famosísimo artículo 102

108 Desconozco por completo si en las diferentes legislaturas estatales se tramitaron, como en las Cortes doceañistas, los recursos. Estas sí lo hicieron: conservamos más de mil expedientes en el *Archivo del Congreso de los Diputados*.

de la Constitución de 1857. Y digo que famosísimo porque es el texto que en proyecto recogió una formulación constitucional del amparo, gran aportación mexicana a la historia del constitucionalismo.¹⁰⁹ Criticando el proyecto, dicho diputado afirmó: “las quejas deben siempre dirigirse contra el ejecutor de las leyes o el funcionario que falte a sus deberes, este es el verdadero camino para hacer efectiva la responsabilidad”. No sólo a Ramírez le disgustaba el artículo; al señor Aranda le preocupó el que una vez dispensado el cumplimiento de una ley o de una orden anticonstitucional, se entendiera que ésta era toda la reparación posible “sin poder hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios”.¹¹⁰

Con el amparo se rompía una tradición,¹¹¹ que aunque no hubiera sido muy efectiva, parecía estar en la mente de los constituyentes: la inescindible vinculación del acto, de cualquier acto (no sólo los que pudieran interesar a lo que hoy podemos considerar materias constitucionales), a la persona de la autoridad y, consecuentemente, la comprensión de las garantías del sujeto dañado en sus derechos, o de las de la autoridad molestada por otra en el ejercicio de sus atribuciones como consecuencia de un juicio de responsabilidad del “empleado público” previamente considerado infractor.

109 De todos es conocido que la bibliografía existente sobre el amparo mexicano es casi inabarcable. Desde Burgoa a Fix-Zamudio, pasando por constitucionalistas mexicanos y extranjeros la institución del amparo ha sido analizada con profusión. No obstante, me interesa destacar aquí los trabajos de J. Barragán Barragán, quien utiliza las infracciones como precedente (entre otros) en su análisis histórico: *El juicio de amparo mexicano y el recurso de contrafuero*, Valencia, 1976 y, más cercanamente, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo (1812-1861)*, 1era. reimp., México, 1987. Como resultará obvio, no es este el lugar indicado para analizar los “antecedentes” del famosísimo amparo; no es su evolución, sino la de la problemática que está en su base la que me interesa destacar simplemente. En este sentido, y por más que el recurso de infracciones gaditano pudiera haber servido el legislador o constituyente mexicano lo que importa aquí es resaltar que en la concepción doceañista, vehiculada a través de dicho recurso, la garantía del orden constitucional se centraba en la posibilidad de exigir responsabilidad, no en la simple anulación del acto inconstitucional que se entendió como mera consecuencia.

110 Montiel y Duarte, I., *Derecho público mexicano*, México, 1882, t. IV, pp. 839-846.

111 Desde sus mismos orígenes el constitucionalismo mexicano, al igual que el español, estuvo preocupado por la cuestión adoptando sí no idénticas, sí muy parecidas soluciones que constituyeron los jalones de esa tradición a la que me he referido. El Decreto de Apatzigán diseñó un tribunal de residencia de autoridades, el Primer Congreso Constituyente se apresuró a decretar la vigencia de los decretos gaditanos sobre responsabilidad de empleados públicos por la inobservancia de las normas del Congreso, el segundo constituyente les dió una nueva formulación destinada a regular su exigencia respecto de los gobernadores de los estados y, finalmente, algunas legislaturas, como la de Michoacán, decretaron que se reimprimiera, publicara y circulara el Decreto de las Cortes de España de 1813 sobre responsabilidad de jueces y demás empleados públicos.

Sobre la estrecha vinculación del amparo y la responsabilidad, aun cuando limitado al texto federal, véase Barragán, J., *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824. (Antecedente inmediato del Amparo)*, México, 1978.

De nuevo, esta comprensión no era novedosa. Bien por el contrario, hundía sus raíces en el Antiguo Régimen¹¹² y gozó de tan buena salud que, en España, se mantuvo hasta muy entrado el siglo XIX.¹¹³ El seguimiento de su historia mexicana nos llevaría muy lejos, por lo que me contentaré en constatar que dicha comprensión puede inferirse del tratamiento que el constitucionalismo estatal dio a las infracciones.¹¹⁴ Como sucediera con el recurso de nulidad, la despreocupación por la ley contrasta con la preocupación por el control de la actividad; pudiera pensarse que estoy estableciendo una dicotomía imposible por inexistente, pero repárese en que además de basarse en una concepción tan antigua como arraigada,¹¹⁵ muchas de aquellas autoridades se debieron encontrar huérfanas de normas destinadas a regular su actuación: el control de su responsabilidad no pudo ser el resultado de un contraste entre la norma y su ejecución en exclusiva.

La amplitud con la que se concibió el recurso por infracciones permitió que el objeto del mismo pudiera ser toda la actividad de una autoridad, que es lo mismo que decir su persona: a la mala comprensión o deficiente ejecución de las disposiciones constitucionales (o legales) podemos añadir que también pudo denunciarse como inconstitucional la posición política e, incluso, conducta moral de las mencionadas autoridades. La defensa del nuevo orden, pero también la de la tradición, pudo ser objeto de un

112 De cita obligada: Lira, A., *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, 1972.

113 Garriga, C., M. Lorente, "Los contenciosos de la administración y la 'autorización para juzgar': de los orígenes de la jurisdicción administrativa" (en prensa).

114 "Todo sonorense puede reclamar la observancia de esta Constitución, y denunciar al Congreso directamente las infracciones que se cometan por los tribunales y funcionarios..." (artículo 22); el Consejo de Gobierno de Durango debía "cuidar de la observancia de la Constitución y de las leyes del Estado, formar expedientes contra infractores y dar cuenta al Congreso..." (artículo 83.4) y, el Congreso de Chihuahua, después de determinar la existencia de una infracción, declaraba "suspensión al funcionario..." correspondiente (artículo 36. XVIII). En definitiva, como había ocurrido en Cádiz, el constitucionalismo mexicano entendió que por garantía de la Constitución debía entenderse control de la actuación y personas de las autoridades.

115 Respecto de la "antigüedad" de dicha concepción, véanse las siguientes afirmaciones procedentes de un magnífico conocedor del mundo institucional indiano: "La idea de que el hombre constituye una unidad inescindible y de que su conducta no admite divisiones artificiales sino que debe ser evaluada en su integridad inspira durante los tres siglos de dominio español en América las consideraciones de la ley y la doctrina acerca de lo que cabe exigir del agente de la Administración Pública. Se espera que el empleado no sólo cumpla con las obligaciones que le impone el oficio sino que tenga una vida privada irreprochable, pues se piensa que una conducta desordenada en su vida familiar o social basta para descalificarlo. Actos aparentemente desvinculados de los deberes oficiales trascienden así la vida privada...". Mariluz Urquijo, J. M., *El agente de la administración pública en Indias*, Buenos Aires, 1998, p. 140.

recurso que pretendió ser instrumento de garantía del constitucionalismo católico, español y mexicano.¹¹⁶

Muchas Constituciones mexicanas fueron, digámoslo así, más sensatas que la gaditana, ya que intentaron definir y separar las infracciones diferenciando la responsabilidad que por ellas se podía exigir a las altas autoridades y al resto de los funcionarios: éste es el caso de Jalisco o el de Yucatán. Pero casi todas dejaron la vía del recurso no sólo abierta, sino indefinida. Esta decisión se asemeja mucho a la apuesta por el recurso de nulidad: en ausencia de un régimen sofisticado de organización de una legalidad inexistente, la única vía legítima¹¹⁷ para controlar el funcionamiento de los incipientes aparatos fue la regulación genérica de la responsabilidad de sus integrantes.

Desconocemos por completo qué ocurrió en las diferentes legislaturas. Como se habrá podido observar, nos hemos servido únicamente de textos constitucionales pero creo que su mera formulación es suficientemente indicativa. De la mano de la ley, terminamos, tanto en México como en España, en la responsabilidad. Y éste es un viaje que creo puede considerarse exclusivamente nuestro, lo suficientemente característico como para definir una transición que parte de la quiebra del antiguo régimen español, de fuerte impronta jurisprudencial, para llegar al constitucionalismo de matriz legal propio de épocas más avanzadas de nuestra historia.

2. *Recapitulación: responsabilidad y constitucionalismo*

Vistas así las cosas, volvemos al principio, no sólo cabe hablar de la pervivencia del derecho español en el México independiente sino también de lo similar, con todos los matices que se quiera de los problemas mexi-

116 J. M. Mariluz señala como las residencias indianas descendieron a detalles “aparentemente nimios”, pero que contribuían a trazar el perfil moral de los administradores residenciados. La honestidad de los mismos (y, en consecuencia, su responsabilidad) fue determinada por “el derecho... la religión y la moral”. En definitiva, la herencia que recibieron los revolucionarios se caracterizó por una indeterminación de “lo público y lo privado” en lo que respecta a la valoración de la conducta de los empleados o autoridades públicas. *Idem*, pp. 144 y 145.

117 He utilizado el término legítimo porque, como ya afirmé, en ausencia de otras normas los textos constitucionales, vueltos del revés, pudieron servir como razonable catálogo de delitos y faltas. Infracción a la Constitución pudo ser la mala organización de unas elecciones, la ausencia de juicio de conciliación, la injerencia de unas autoridades en el ejercicio de competencias atribuidas a otras o el allanamiento de morada. El amparo, si se me permite utilizar este delicado término, deducible de esos juicios de responsabilidad abarcó tanto a los derechos como la separación de poderes y, al mismo tiempo, pudo considerarse también una garantía de funcionamiento institucional.

canos y españoles. Y también de las soluciones. Pero no basta, en este punto, hablar por ejemplo de la presencia de la Constitución gaditana¹¹⁸ o de la legislación doceañista:¹¹⁹ de lo que se pretende convencer es de que los textos utilizados hasta aquí sirven, con sus contradicciones, para identificar los problemas comunes con los que se enfrentaron los antiguos territorios de la monarquía después de la crisis de 1808.

Porque realmente fueron comunes; recordemos, sintetizando lo dicho hasta aquí. La indeterminación, por lo menos material, de leyes, decretos y órdenes fue una característica gaditana; las Cortes, aunque no lo expresaron, mantuvieron un régimen de consultas más complicado que el de Zacatecas; la Constitución la juraron los pueblos de la península; los alcaldes constitucionales fueron jueces legos auxiliados por asesores menos controlados (por regulados) que los mexicanos; el Tribunal Supremo no fue una Corte de casación, sino un inspector de las conductas de los integrantes del aparato de justicia; no se motivaron las sentencias y, finalmente, sin códigos pero con Constitución, se abrió causa a tirios y a troyanos por infracciones a la Constitución (confundidas, en ocasiones, con las nulidades judiciales).

Este ¿sistema? no puede calificarse de legal, por más que se desearan los códigos; tampoco se parece al jurisprudencial americano, amputando claro está la cuestión federal. Parece un producto de nuestra más inmediata historia: la obsesión demostrada por los monarcas de controlar a las personas ocupantes de oficios, en defensa de su autoridad pero con un corolario de aprovechamiento de los, digamos, administrados,¹²⁰ se mantuvo viva en las opciones constitucionales, determinándolas en gran medida. Aun cuando se hubiera alterado por completo la comprensión de la legitimación política e intentado diseñar un aparato conforme al cambio, los instrumentos imaginados para conseguir tal fin fueron, en definitiva, una reformulación de los ya conocidos hasta entonces: sin Código Civil, pero con Decretos “para hacer efectiva la responsabilidad”, México y España entraron en el ochocientos liberal.

118 Véase como ejemplo la clásica obra de Benson, N. L., *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, 1955.

119 Recuérdese esta conocida colección: *Colección de los decretos y órdenes que se reputan vigentes en la República de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 1829.

120 Sobre ello, véase Garriga, C., “Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la —visita— del Ordenamiento de Toledo”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXI (1991), pp. 215-390; del mismo autor: “La expansión de la visita castellana a Indias: presupuestos, alcance y significado”, *Actas del XI Congreso*, cit., t. III, pp. 51-79.

No sé hasta que punto hemos podido convencer sobre la existencia de un modelo hispánico con sus diferentes variantes. No obstante, lo que sí creemos que no será muy discutible, es la conveniencia de no fiar mucho a la historia de las influencias la propia. Se ha dicho que la Constitución gaditana es una copia de la francesa; también se afirma que los constituyentes federales se reunieron provistos del texto norteamericano. No queremos poner en duda estas afirmaciones, pero lo cierto es que predicar la identidad, obliga al historiador a levantar continuamente acta de las no coincidencias. Por ello, si no cupiera hablar de un modelo, si es posible pensar en una forma de enfrentarse al estudio de nuestro primer constitucionalismo, tanto español como mexicano, que no es otra que la sugerida al comienzo de esta exposición: la de intentar localizar los problemas principales, a veces no muy llamativos, que estuvieron en la base de la construcción contemporánea de nuestros estados. Una construcción jurídica cuya historia, con sus quiebras y vaivenes, puede ser tan instructiva como las que dan cuenta de la política o de la sociedad.