
La renovación de la historia constitucional

Pablo Mijangos y González

Durante los últimos 20 años, la historia constitucional ha experimentado una notable renovación en España e Hispanoamérica. Son varios los factores que explican el creciente interés en esta especialidad historiográfica. En principio, las nuevas historias constitucionales responden a la necesidad de comprender en clave histórica las transiciones y cambios democráticos de las últimas décadas. ¿Cómo surgió y cuál fue la trayectoria del gobierno representativo en los territorios que alguna vez formaron parte de la monarquía hispana? ¿Qué factores explican la recurrente caída en ciclos de inestabilidad política y autoritarismo? ¿Cuál fue la respuesta de los pueblos y la gente común a las oportunidades y exigencias de la vida constitucional? ¿Contamos con una tradición constitucional en la que podamos cimentar la construcción de instituciones más respetuosas del pluralismo y de los derechos fundamentales? Al mismo tiempo, estas preguntas coinciden con un cierto hartazgo de los especialistas frente al modo tradicional de hacer historia constitucional, o, mejor dicho, de hacer historia jurídica en general. Como puede apreciarse en la mayoría de los manuales que aún se utilizan en las universidades mexicanas, la historia tradicional del derecho tiene dos rasgos que la hacen poco atractiva para el resto de los historiadores y para los propios abogados: por un lado, es una historia formalista, centrada en la ley como fuente del derecho por excelencia, y que suele olvidar la compleja interacción entre derecho, cultura y sociedad; por el otro, es una historia teleológica que presenta al derecho contemporáneo como fruto y desembocadura de un largo progreso normativo sin interrupciones. Para decirlo de modo familiar, es la típica historia que simplemente enlista “antecedentes” y glosa el contenido de leyes y constituciones históricas, a

la par que supone un vínculo profundo entre los tlatoanis aztecas, los “Sentimientos de la Nación”, la Reforma liberal, los constituyentes del 17 y el presidente en turno.

Historia y Constitución, coordinado por Carlos Garriga,¹ nos ofrece un buen ejemplo del potencial y los hallazgos del nuevo modo de hacer historia constitucional. Sus autores forman parte de la asociación HICOES (Historia Constitucional de España), un grupo de investigadores que, bajo el liderazgo de Bartolomé Clavero, ha llevado a cabo los esfuerzos más ambiciosos para renovar la disciplina en territorios peninsulares, sin perder de vista las agendas comunes y las discusiones historiográficas de este lado del Atlántico. Básicamente, la propuesta de HICOES consiste en una historia *cultural* del derecho y del constitucionalismo. ¿Qué significa esto? Primero, estamos frente a una historia que ve al derecho como un “orden complejo de cultura y convivencia”, y que por lo tanto abre su análisis a las realidades sociales y culturales que dan forma y sentido al mundo jurídico.² Y segundo, se trata de una propuesta que subraya la necesidad de estudiar el Derecho histórico en sus propios términos, liberando al pasado de las categorías impuestas por la historiografía legalista. Según Carlos Garriga, asumir la historicidad del Derecho significa ante todo “replantear las preguntas básicas: cómo era el pasado, cuándo y cómo fue cancelado para dar paso al presente, cómo se ha ido configurando nuestro mundo en su multiforme y dinámica variedad”.³ Así, la propuesta de HICOES busca particularmente redescubrir una “cultura jurisdiccional” en la que el Derecho no se había identificado aún con el Estado y la Nación, a fin de comprender mejor la transición del Antiguo Régimen a la modernidad, el desarrollo y transformación de culturas jurídicas (populares y letradas), la formación de instituciones y ordenamientos estatales a partir de categorías constitucionales, y la respuesta social a las exigencias de un “orden nuevo” supuestamente uniforme y racional.

Con base en esta agenda de investigación, el libro se divide en tres apartados principales. El primero está dedicado a las continuidades y cambios

¹ Carlos Garriga (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*. México: CIDE, Instituto Mora, El Colegio de Michoacán, ELD, HICOES, El Colegio de México, 2010.

² Bartolomé Clavero, *Institución histórica del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1992, p.15.

³ Carlos Garriga, “Historia y derecho, historia del derecho”, en *Istor*, año IV, núm. 16, primavera de 2004, p.5.

del orden jurídico en la transición del Antiguo Régimen al Estado liberal. El común denominador de las colaboraciones que integran esta sección radica en su crítica a las lecturas revolucionarias del momento gaditano: a decir de los autores, 1812 no fue el origen del constitucionalismo español, ni tampoco puso fin a la cultura jurídica heredada del Antiguo Régimen. José María Portillo, por ejemplo, explora los orígenes de la cultura constitucional española en los debates sobre economía política de finales del siglo XVIII, justo durante el auge del despotismo ministerial de los Borbones. Según explica Portillo, buena parte de las ideas que cristalizaron en la constitución gaditana habían sido elaboradas mucho antes de la crisis de la monarquía, en ambientes muy “poco amigables” a la discusión política. Con un ojo atento al estallido y desenvolvimiento de la Revolución francesa, fueron varios los publicistas españoles que se atrevieron a sugerir una reforma del “orden interno de la Monarquía” borbónica, a fin de dar cabida a una mayor “implicación social en el mantenimiento del orden político”. Los principios de este reformismo constitucional se resumen en la carta que escribió el conde de Cabarrús a Manuel Godoy en 1795. Dice esta carta, muy a tono con los principios de la economía política ilustrada, que el único medio de “asegurar y perpetuar” la monarquía era reconciliarla con el “interés y la voluntad general”, lo cual suponía crear y fortalecer cuerpos representativos, “poner en distintas manos la administración de justicia y el gobierno”, y garantizar la seguridad judicial de los derechos.

Una de las notas constantes de esta cultura constitucional española era la idea de que las reformas tan sólo buscaban restituir las cosas a un estado previo, que había sido alterado por el feudalismo y por el despotismo de los Borbones. En otras palabras, este constitucionalismo no buscaba “destruir el orden jurídico tradicional”, sino únicamente sus “desviaciones y derivaciones despóticas”, a fin de recuperar “la libertad política de la nación” y revivir la “sustancia constitucional” de las antiguas leyes del reino. El texto de Carlos Garriga se dedica justamente a explorar las consecuencias de este constitucionalismo historicista en el derecho español e hispanoamericano del siglo XIX. Y aquí resulta muy útil la comparación con la historia jurídica francesa: como observa Garriga, mientras que en la Francia napoleónica los códigos fueron pensados como un cuerpo legal único y radicalmente nuevo que venía a sustituir toda la masa normativa heredada del Antiguo

Régimen, en España y más tarde en las repúblicas hispanoamericanas el derecho viejo no expresamente derogado por la Constitución “hubo de ser asumido como parte del orden constitucional con todas sus consecuencias”. La identificación de las “leyes vivas”, o lo que es igual, la integración del derecho nuevo en el antiguo, se realizó por distintos canales: por un lado, mediante obras doctrinales y compendios legislativos como el *Novísimo Sala* o las *Pandectas Hispano-mejicanas* de Juan Rodríguez de San Miguel; por el otro, mediante la jurisprudencia judicial, en la que se determinó caso por caso el “alcance derogatorio de las nuevas disposiciones sobre las viejas leyes”. Todavía en la década de 1870, señala Garriga, los jueces mexicanos seguían utilizando las Partidas, el Fuero Juzgo y la Novísima Recopilación para suplir e interpretar las disposiciones del nuevo Código Civil...

Aunque no forma parte de esta sección, el ensayo de Alejandro Agüero sobre la justicia penal cordobesa “en tiempos de transición”, también ilustra “la persistencia y aún la potenciación” de las categorías y prácticas judiciales del Antiguo Régimen durante la primera mitad del siglo XIX. Si bien la revolución de independencia había introducido el principio de que toda sentencia debía fundarse en el “texto expreso de la Ley”, en la práctica dicho principio de legalidad se estrelló contra un concepto de “ley” heredado de la antigua cultura jurisdiccional, en la que se equiparaban las disposiciones generales del legislador con todos los “mandamientos, órdenes, decretos y acuerdos” expedidos por los distintos cuerpos de magistrados y gobernadores “para el buen orden de los Pueblos”. Incluso después de la entrada en vigor de la Constitución argentina de 1853, la justicia penal en Córdoba seguiría estando basada en la “prudente discreción del juez” y en el despacho ágil de los delitos menores que más despertaban el “clamor de los hacendados” (como el robo de ganado, el cual se castigaba con penas de azotes y trabajos públicos).

Alejandro Agüero observa que el lenguaje y los criterios utilizados por los letrados cordobeses no variaron de manera significativa pese a los cambios políticos de la era republicana. Esto nos lleva justamente a una interrogante poco explorada en México e Hispanoamérica, pero que ya cuenta con una sólida historiografía en España: ¿hubo cambios de fondo en la formación de los letrados y juristas en el tránsito del siglo XVIII al XIX? Aquí es donde entra el ensayo de Paz Alonso Romero, quien analiza la adaptación

de la Universidad de Salamanca a las demandas regias de una enseñanza jurídica más práctica, centrada en las “leyes vivas” emanadas de la Corona y sus ministros. Aunque la autora reconoce que las reformas educativas impulsadas desde Madrid sirvieron de acicate para la renovación de los planes de estudio en Salamanca, concluye que su efecto en el largo plazo fue negativo, pues se pasó de una enseñanza basada en las destrezas dialécticas y en la búsqueda de soluciones posibles al caso concreto, a otra volcada en la transmisión y memorización de manuales jurídicos y “soluciones preestablecidas”, una formación pobre y tediosa que suponía que la práctica forense sólo exigiría la aplicación automática del “dato legislativo”. ¿Se puede concluir entonces que sí hubo cambios en la formación de los juristas durante la época que nos ocupa? Sí, pero fueron cambios que, paradójicamente, sólo reforzaron la continuidad y las inercias en el mundo de los juristas. De hecho, se trata de algo similar a lo que todavía sucede actualmente: cuando la enseñanza jurídica se reduce a la memorización de códigos, apuntes y libros de texto, lo normal es que el derecho de verdad se aprenda fuera de las aulas, a partir de los usos y prácticas tradicionales del gremio.

Los otros dos apartados del libro están dedicados a la reconfiguración de los “sujetos” del constitucionalismo hispano, y al tema de la administración de justicia frente a los poderes de la administración. Respecto a los sujetos, Bartolomé Clavero analiza la continuidad de la supeditación y tutela de los pueblos indígenas en México pese a la introducción de la ciudadanía constitucional a partir de 1812. Aunque no niega la importancia de instituciones representativas como las diputaciones y los ayuntamientos, Clavero considera que, en última instancia, estos cambios tan sólo buscaban “refundir” a los pueblos indígenas en los nuevos pactos constitucionales, sin tomar en cuenta sus propias prácticas ciudadanas y menos aún su consentimiento. Una prueba de esta continuidad entre colonialismo y constitucionalismo, según Clavero, era la posibilidad de considerar “territorios”, en lugar de auténticos estados soberanos, a los espacios geográficos en los que el predominio criollo podía verse amenazado por el reconocimiento de Naciones indígenas. Tan temidas eran estas Naciones, que incluso la Constitución de 1857 facultó a las entidades federativas para suscribir tratados internacionales con el fin de combatir y exterminar a los llamados “indios bárbaros”. Desde otra perspectiva, Jesús Vallejo también observa la continuidad

de las antiguas exclusiones jurídicas en su interesante estudio sobre la “muerte civil”. Al igual que Antonio Annino, Raffaele Romanelli y otros autores que han estudiado la adaptación de las prácticas ciudadanas a sociedades que siguieron siendo por mucho tiempo jerárquicas y corporativas, Vallejo observa que la personalidad jurídica en la España decimonónica no fue concebida “en términos de estricta individualidad”, pues quien se hallaba en pleno goce de sus derechos civiles no era el mayor de edad sin más, sino el padre de familia, al que se concebía como un auténtico Magistrado al interior de su hogar. De ahí que las mujeres, los hijos y los sirvientes domésticos tuvieran que asumir la “mediación” del “poder paternal” en todas aquellas relaciones que trascendieran del estrecho círculo de la “corporación familiar”.

El tercer y último apartado comienza con un trabajo de Fernando Martínez sobre la importancia de las “calidades personales del juez” en la cultura jurisdiccional del siglo XIX. En sintonía con Garriga y Agüero, Martínez subraya que, en una época en la que todavía no se había consolidado el principio de legalidad, la “rectitud de los fallos” dependía no tanto de su fundamentación y motivación, sino de “las calidades del juzgador y del procedimiento seguido para su adopción”. Por eso se exigía que los jueces fueran hombres distinguidos por su rectitud, moderación, religiosidad y buen concepto público, y que en todo proceso se observaran rigurosamente una serie de rituales y formalidades pensadas como “garantía del justiciable” y “presupuesto del acierto en los fallos”. Un ejemplo poco reconocido de este tipo de formalidades es el creciente uso y publicidad del documento escrito en los procedimientos judiciales y administrativos a lo largo del siglo XIX. Como nos recuerda el estudio de Margarita Gómez, en la España liberal los expedientes no fueron vistos como simples e inútiles montañas de papel, sino, antes bien, como “la mejor expresión del buen orden de las instituciones” y la “principal garantía externa de la actuación de la administración hacia los ciudadanos”. Aunque el estudio de Gómez sugiere una administración pública cada vez más racional y estructurada, no debemos olvidar que la administración española e hispanoamericana del siglo XIX nunca dejó de operar fuera de los cauces de la antigua cultura jurisdiccional. Esto se aprecia bien en el capítulo de Marta Lorente sobre los fallidos intentos de separar completamente las funciones administrativas

de las judiciales, según el modelo francés. Y es que, a diferencia de este último, en el constitucionalismo gaditano no se exigió el agotamiento previo de una vía contencioso-administrativa para reclamar ante jueces y tribunales todo tipo de asuntos gubernativos, como la imposición de una multa, la organización de las elecciones, o la atribución de competencias por parte de una Diputación. De esta manera, lejos de facilitar la marcha de la administración, la “Constitución jurisdiccional” de Cádiz terminó incentivando un aumento de la litigiosidad tan característica de la antigua monarquía católica.

Los ensayos recogidos en *Historia y Constitución* arrojan una imagen del constitucionalismo hispano que muy difícilmente podría obtenerse a partir del mero análisis de los textos constitucionales y legislativos. Nos muestran la persistencia de realidades sociales y culturales que no solamente fueron inmunes a las revoluciones y los decretos bienintencionados, sino también la importancia de tales realidades para descubrir y descifrar la Constitución verdaderamente operante. ¿Qué lecciones se desprenden de este libro para la historiografía del derecho mexicano? Primero, que necesitamos analizar nuestro pasado jurídico con una mirada en verdad transnacional, atenta a la herencia hispana y abierta a los estudios comparativos. Como sostiene Carlos Garriga en el capítulo introductorio, la tradición jurídica colonial persistió de muchas maneras en las nuevas repúblicas hispanoamericanas a lo largo del siglo XIX, lo cual explica que muchos problemas y soluciones hayan sido semejantes y en esa medida comparables. Y aquí me atrevería a señalar que no sólo debemos tomar en cuenta a España, sino también a Francia y sobre todo a Estados Unidos, cuya historia jurídica no es tan distinta de la nuestra como parece. En efecto, si nos tomamos en serio que el México independiente no dejó atrás la vieja cultura jurisdiccional, ¿tiene sentido seguir postulando un abismo insalvable entre el *common law* estadounidense y nuestra supuesta tradición de derecho codificado? Esto me lleva a una segunda lección, relativa al tipo de fuentes que utilizamos los historiadores del derecho. A diferencia de la historiografía norteamericana, en México hemos dado un peso excesivo a los textos legislativos y los debates parlamentarios, en detrimento de la doctrina de los juristas y sobre todo de las fuentes judiciales. Ciertamente, contamos con varios trabajos que desmienten esta afirmación –como los de Andrés Lira, Elisa Speckman y Daniela Marino, por citar tres claros ejemplos– pero es

indudable que aún nos falta mucho por aprender de las revistas forenses y de los expedientes judiciales y administrativos. Y aquí debo insistir que no se trata solamente de aprovechar fuentes poco exploradas, sino de reconocer que la norma general es insuficiente para estudiar el fenómeno jurídico. Como sugieren los estudios de HICOES, los tribunales fueron el espacio primordial de integración entre la vieja cultura jurídica y los grandes principios constitucionales: si pretendemos averiguar qué significaban concretamente los derechos para el ciudadano común y corriente, debemos entonces privilegiar el estudio de las resoluciones donde tales derechos cobraron vida.

La tercera y tal vez más importante lección tiene que ver con la historia jurídica como punto de partida de una nueva forma de aproximarnos al derecho. Muy de pasada, Carlos Garriga hace una afirmación trascendental en la página 14: “lo que a fin de cuentas pretendemos”, dice, es “definir el derecho mediante su historia”. Según mi entender, esta afirmación implica sobre todo que el derecho no puede comprenderse sin su historia, esto es, sin atender debidamente al contexto social y cultural que le dota de significado en un momento y espacio determinados. Aunque Garriga hace un buen uso de la “regla de reconocimiento” de Herbert Hart, me parece que el libro adolece de una reflexión más elaborada y consciente sobre las teorías jurídicas en que se apoya la historiografía cultural del constitucionalismo, y sobre las implicaciones de esta historiografía en los debates contemporáneos de la filosofía del derecho. ¿Podemos imaginar una teoría del derecho que parta justamente de la *historicidad* del mismo y no de su simple *positividad*? ¿Qué consecuencias tendría esta teoría historicista en el modo en que se estudia y transmite el derecho en las universidades y escuelas de abogados? No tengo una respuesta clara, pero agradezco la oportunidad que me ha brindado este magnífico libro para lanzar al aire estas interrogantes. ❧