

¡LIBRAOS DE ULTRAMARIA! EL FRUTO PODRIDO DE CADIZ

Por BARTOLOME CLAVERO

*If the tree is known by its fruits,
so are the fruits by the tree.*
Jeremy Bentham
al Pueblo español, 1821.

*Genio del bien, no nos neguéis vos las luces
que nos hace esperar vuestra filantropía.*
Toribio Núñez
a Jeremy Bentham, 1821.

SUMARIO

1. JUICIO POR LO CONSTITUCIONAL Y CONDENA POR LO COLONIAL.—2. LA SUBVERSIÓN AMERICANA DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.—3. PERO ¿QUIÉNES SON LOS COLONIZADOS EN AMÉRICA?—4. COLONIALISMO COMÚN Y CONSTITUCIONALISMOS DIVERSOS.—5. SENTIDO COLONIAL Y SINSENTIDO CONSTITUCIONAL AMBOS COMUNES.—6. EPÍLOGO.

¡Libraos de Ultramaría! es la consigna que Jeremy Bentham lanza a España, al Pueblo español y a sus Cortes Constitucionales, las Cortes de los años entre 1820 y 1823 de más continuada vigencia de la Constitución de 1812. Llega el mensaje ostensiblemente tarde, pues *Ultramaría* ya anda entonces librándose por su cuenta y riesgo de la metrópolis, pero no se emite desnudo y su interés tal vez se cifre en la indumentaria. Hoy podemos conocer toda la argumentación que le revestía. Investido el propio Bentham de la condición de oráculo del derecho que no sólo él mismo se atribuyera y que así pudiera ejercer, su manifiesto dicta toda una lección jurídica a España, a su pueblo y a sus legisladores. Somete su Constitución a juicio y a un juicio constitucional. Y la condena, reputándola colonial. Tratándose de América, se ve comprometido un asunto que viene ya entonces de lejos y que alcanza

a nuestro tiempo, como es el del derecho indígena. Advierto esto porque difícilmente, ni aun mirando tan sólo a la historia, podrá considerársele de espaldas al presente. Es la última cuestión constitucional sobre la que pude departir con Francisco Tomás y Valiente (1).

Digo que hoy podemos conocer el argumento porque ahora se edita la escritura. Tenemos por fin públicas las actas de aquel proceso condenatorio de la Constitución de Cádiz, de aquella Constitución española de 1812. Inédito, pero no desconocido (2), se ha producido más recientemente una fuerte llamada de atención desde un punto de vista económico (3). Y no falta últimamente advertencia de un específico interés constitucional (4). Tampoco es que resulte novedad estricta para España, pues no dejó de tenerse noticia en su momento (5). Mas por fin tenemos publicado el documento completo en la medida que cabe, puesto que quedó inconcluso. Presenta un desarrollo más que suficiente para lo que va a interesarme y quiero que nos interese: el fallo susodicho de la naturaleza colonial del constitucionalismo gaditano, de este primer constitucionalismo español (6).

(1) B. CLAVERO: *Tomás y Valiente: una biografía intelectual*, Milán, 1996, voz *Derecho indígena*. Respondo ahora a una convocatoria a la que, por su procedencia de la Universidad del País Vasco y el respaldo del Instituto Internacional de Sociología del Derecho igualmente vasco, no he querido faltar, la convocatoria del *Seminario Internacional en Homenaje al Prof. D. Francisco Tomás y Valiente* dedicado a *Los fundamentos jurídico-políticos del primer constitucionalismo europeo* y celebrado en Oñati los días 27 y 28 de febrero de 1997, cuyas actas se editarán, como ha corrido la organización científica, a cargo de José María PORTILLO. A él y a un profesorado en situación de acoso guardo gratitud, expreso reconocimiento y deseo ánimos.

(2) MIRIAM WILLIFORD: *Jeremy Bentham und Spanish America: An Account of his Letters and Proposals to the New World*, Baton Rouge, 1980, págs. 44-68, ofrece una amplia reseña.

(3) CARLOS RODRIGUEZ BRAUN: «"Libraos de Ultramar"». Bentham frente a España y sus colonias», en *Revista de Historia Económica*, 3, 1985, págs. 497-509, y *La cuestión colonial y la economía clásica. De Adam Smith y Jeremy Bentham a Karl Marx*, Madrid, 1989, págs. 109-129, procedentes de su tesis de doctorado, *Pensamiento económico y cuestión colonial en el siglo clásico. Los casos de Bentham y Marx*. Universidad Complutense de Madrid, 1984, en la que se incluye una traducción castellana del texto todavía inédito de Bentham sin cabida en el artículo ni en el libro y, a lo que llegan mis noticias, aún no publicada en otro formato que el doctoral, sirviéndose para el original de la misma transcripción, debida a Claire Daunton, nacida Gobbi, base de la editada ahora en las *Collected Works* que en seguida digo. Sigue siendo provisional también, como dicha traducción, la edición por PEDRO SCHWARTZ: *The Iberian Correspondence of Jeremy Bentham*, Madrid-Londres, 1979, cartas que, en alguna parte ya conocidas, están ahora igualmente apareciendo en su lugar cronológico dentro de la correspondencia en publicación por tales *Collected Works*. Para traducción de algunas, P. SCHWARTZ y C. RODRIGUEZ BRAUN: «Cartas españolas de Jeremias Bentham», en *Moneda y Crédito*, 165, 1983, págs. 59-88.

(4) CARLOS PETIT: *Del Anáhuac a la República Federal: México, 1810-1836*, pág. 152, en PEDRO CRUZ VILLALÓN (ed.): *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: Un estudio comparado*, Sevilla, 1994, págs. 107-203.

(5) PHILIP SCHOFIELD: «Editorial Introduction», págs. LIV-LVII, en su edición de JEREMY BENTHAM: *Colonies, Commerce, and Constitutional Law: Rid Yourselves of Ultramarina and Others Writings on Spain and Spanish America*, Oxford, 1995, págs. XV-LXV, que es volumen sin numerar de las *Collected Works of Jeremy Bentham* en curso de publicación bajo la dirección de F. ROSEN.

(6) P. SCHOFIELD (ed.): «Rid Yourselves of Ultramarina, being the Advice of Jeremy Bentham as

Me ocupo así no de acontecimientos brutos, sino de ideas elaboradas, de estas manifestaciones culturales que forman representaciones y conforman realidades. Y me importan constitucionales, las ideas de este carácter. Por esto creo que puede resultar pertinente adentrarnos en materia de la mano así de Bentham, de quien no sólo se presumiera oráculo constitucional, sino que también, aun críticamente, perteneciera a la cultura social progenitora y experimentada del constitucionalismo, la británica. Representa realmente Bentham una posición constitucional característica de su tiempo, de principios del siglo XIX, ulterior tanto a la independencia americana como a la revolución francesa. Desde ella se produce el juicio de derecho que condena por colonial aquel primer constitucionalismo español. Esto es lo que ahora me interesa, tampoco en sí ni la posición general de Bentham respecto a lo que hoy llamamos colonialismo (7), ni sus relaciones particulares con españoles, ya europeos, ya americanos (8).

1. JUICIO POR LO CONSTITUCIONAL Y CONDENA POR LO COLONIAL

Comienza Bentham por tener en cuenta algo que no siempre se ve luego traído a lugar tan principal: el dato realmente primordial de que la Constitución de 1812 pretende regir no sólo sobre España, sobre la europea, sino también sobre *Ultramaría*, sobre dominios ultraoceánicos. Su crítica fundamental consiste en la inadecuación de dicho concreto constitucionalismo español para una tal extensión. Y no ve más alternativa que la separación política. Cree imposible la misma existencia de un régimen constitucional común a Europa y América. El intento sólo provocaría a su juicio corrupción, una perversión interna. Pone como ejemplo la independencia de las colonias británicas que han formado los Estados Unidos de América, una separación política que habría dado lugar y paso a una relación con la antigua metrópolis no sólo más equilibrada, sino también mayor, con incremento sobre todo del comercio. España debería seguir, para provecho también propio, el ejemplo. *Angloamérica*, según le dice, lo ofrecería a esas alturas. ¡*Libraos de Ultramaría!* en suma (9).

Hay argumento económico como lo hay también constitucional, pero es éste el que me interesa aquí en exclusiva. Ya sufre hoy bastante la economía porque se le considera al margen del derecho por parte de su historiografía, como también padece no poco el constitucionalismo porque se le reduce a economía por la misma teoría,

given in a Series of Letters to the Spanish People», en J. BENTHAM: *Colonies, Commerce, and Constitutional Law*, págs. 1-194.

(7) C. RODRÍGUEZ BRAUN: *La cuestión colonial y la economía clásica*, págs. 59-84, a cuya definición colonial, la del autor, me referiré también luego.

(8) M. WILLIFORD: *Jeremy Bentham and Spanish America*; MARÍA TERESA BERRUEZO: *La lucha de Hispanoamérica por su independencia en Inglaterra, 1800-1830*, Madrid, 1989. Para ediciones de época, MANUEL TORRES CAMPOS: *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política, 1800-1896*, Madrid, 1883-1897, voz *Bentham*. Y por supuesto la correspondencia a la que he hecho referencia.

(9) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramaría*, págs. 8-22, 120-123 y 137-153.

una económica (10). Bentham no comete estos reduccionismos. Incurrirá en otro más significativo todavía a nuestro propósito. Ya llegaremos. De entrada, se ocupa de materia jurídica y en esta ocasión lo hace partiendo de una concepción del constitucionalismo que reconoce en la misma Constitución de Cádiz para pasar luego, desde dicha posición, a una crítica que así resulta interna. Punto de partida lo brindan los artículos constitucionales 4 y 13, cuarto y decimotercero, las proclamaciones de principios en las que consisten (11):

The Nation is obliged to preserve and protect, by wise and just laws, the civil liberty and the property, besides all other legitimate rights, of all individuals belonging to it.

The object of the Government is the happiness of the Nation; since the end of all political society is nothing but the welfare of all individuals, of which it is composed.

He ahí la cita de Bentham y he aquí su comentario, que sintetizo y traduzco con sus subrayados: «Según los artículos 4 y 13 del Código Constitucional de España, la *felicidad* de todos los individuos que componen la nación se reconoce y declara como el objetivo *sabio y justo* del Estado; pero, si entre la felicidad de los individuos puede darse incompatibilidad, si cabe incluso repugnancia entre sus intereses, la felicidad de todos no puede ser atendida en igual grado por el Estado: sólo resulta alcanzable la mayor felicidad para el mayor número». Siendo esto así, «admitiéndose el interés de los más como el *sabio y justo*», entonces, «todo interés estrecho, todo interés particular repugnante al de la mayoría, es un interés *siniestro*», interés que debe sacrificarse. Inclinandose la naturaleza humana al interés propio y no al común, es el sistema jurídico el que servirá para alcanzarse dicho sacrificio de la minoría y felicidad de la mayoría, el logro que se considera plausible (12).

Es una filosofía que le es notoriamente característica a Bentham, pero que no va aquí a entretenernos pues no interesa ahora en sí misma, sino tan sólo por su aplicación a Cádiz, al constitucionalismo hispanoultramamarino de 1812, a este con-

(10) Son reducciones ambas que abiertamente asume, tras los pasos reconocidos de P. SCHWARTZ, el trabajo de C. RODRÍGUEZ BRAUN: *La cuestión colonial y la economía clásica*, con el que así hay respecto al mío coincidencia de materia, pero no de tratamiento o ni siquiera, como espero que podrá verse, de problema.

(11) Para el original hago uso de RAQUEL RICO (ed.): *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*. Sevilla, 1989, artículos dichos de la Constitución de 1812: «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen»; «El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen». BENTHAM, quien leía español con dificultad que achacaba a la ortografía de sus correspondientes, podía contar con traducción previa: *The Political Constitution of the Spanish Monarchy. Proclaimed in Cadiz, 19th of March, 1812*. Londres, 1813.

(12) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramarina*, págs. 31-37. Traduzco *Government* por *Estado*, que es también lo que significa en su uso general *Gobierno* para el texto gaditano. Bentham dice, no *wise and just*, sino *right and proper*. Y el de la felicidad era un tópico nodal de todo el primer constitucionalismo: B. CLAVERO: *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid, 1997.

creto sistema jurídico. La cuestión es entonces, para Bentham, que el mismo no responde positivamente a dicha primera prueba que podemos decir de constitucionalidad, a este test de la mayor felicidad que la propia Constitución española asume con creces por exceso. Entre España y América, el régimen constitucional que se ha restablecido en 1820 no promocionaría, no ya una imposible felicidad universal, sino tampoco siquiera la factible y obligada de la mayoría. Muy al contrario, por su propio diseño constitucional para más de un continente, serviría para promocionar «el interés *sinistro*» de una minoría: del *ruling individual*, de los *ruling few*, de una clase política que diríamos hoy, solamente de sus individuos (13).

A dicha situación se llega, según siempre Bentham, por el efecto perverso de una serie de elementos exquisitamente constitucionales, por la corrupción que generan. El problema comienza por el uso del lenguaje, por la ficción contra evidencia que con ello se crea: «*Ciencia y lenguaje* deberían desde luego andar siempre de acuerdo. ¡España es *una*! Así debe ser su *aritmética*. ¡Tiene su parte *peninsular* como la tiene *ultramarina*! Así debe ser su *geografía*. Del mismo modo podría decirse que España y la Luna son *una*, con su parte *terrena* como con su parte *lunar*. Así resulta el lenguaje de vuestro *Código Constitucional*», ¡oh españoles! De ahí vendría la perversión: «Un cuerpo de derecho humano, por muy bien arreglados que tenga otros aspectos, no sirve para convertir *imposibilidades* en *hechos*.» Pues es ficción constitucional y ésta resulta operativa, con esto sólo se genera corrupción (14).

Hay unas cualificaciones primarias en la Constitución que no responden a realidades y éstas son precisamente la de *España* y la de *españoles*, sus sujetos. Como tales son calificados indebidamente los americanos: «En el lenguaje del Código Constitucional, esos extraños y vosotros sois designados por un único y mismo nombre». No es un uso inocuo porque sea en sí inoperante. La realidad virtual la produce efectiva. «¿Reside en el poder de las denominaciones el cambio o la inversión del estado y las relaciones entre los intereses, o la eliminación de su influencia sobre el comportamiento? Si los argelinos recibieran el nombre de españoles, ¿esto bastaría para hacerles tales?» No, por supuesto, como cabría añadir por nuestra parte que fuera luego completamente vano bajo dominación colonial bautizarles como franceses y bastante problemático tras la independencia misma de Argelia intentar hacerlos tales (15). Para Bentham, sin embargo, algo entonces ya resulta. Un efecto perverso lo considera inmediato: la representación política se desvirtúa por la participación del contingente que no participa del interés común porque ello se le presume. «Si las puertas de los procesos electorales se abren a toda la humanidad», a lo que se da entrada es a «intereses foráneos y hostiles» a costa y en detrimento de los propios y comunes. Así lo que se produce interiormente es el beneficio de los pocos

(13) J. BENTHAM: *Rid Yourself of Ultramaria*, págs. 17 y 31.

(14) J. BENTHAM: *Rid Yourself of Ultramaria*, págs. 52-53.

(15) ROGERS BRUBAKER: *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, 1994, págs. 139-142.

con sacrificio del de los muchos, el objetivo más contrario al de la felicidad universal constitucionalmente proclamado (16).

«¡Españoles! ¡Mirad a vuestras Cortes! Ahí veis en primer lugar un conjunto de hombres que se llaman y a quienes llamáis vuestros representantes. ¿Y por qué? Porque les habéis comisionado al efecto, porque son vuestros diputados. Mas también veis otro grupo que se llaman y a quienes llaman representantes de Ultramar» sin serlo a veces siquiera, pues resultan sustitutos no electos por sus presuntos comitentes, y sin poderlo ser ordinariamente aunque sólo fuera por la distancia. Pero el problema tampoco se resuelve si las credenciales electorales están en regla y equivalen. «Hagamos la suposición de una representación genuina de los diputados ultramarinos. Entonces tenemos que sois legislados y gobernados por quienes teóricamente elegís y que de hecho no responden del todo a vuestra opción, pues no lo hacen en una parte creciente y crecientemente además extraña a vuestras expectativas. Así tenemos que, por forzar bajo vuestro mismo régimen a otros, a extraños e incluso contrarios a vuestros intereses, ellos podrán ser quienes acaben calzando su yugo en vuestro cuello.» Lo harán porque, sin compartir nunca intereses dadas las diferencias por distancias y circunstancias y dado el territorio de expansión que tienen ante ellos, formarán con seguridad en el futuro mayoría. Constituyéndola, llegará un momento en el que las mismas instituciones centrales habrán de trasladarse a América, gobernándose desde allí España. La felicidad de los pocos sería finalmente de parte ultramarina (17).

2. LA SUBVERSIÓN AMERICANA DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Son las mismas previsiones de la Constitución española las que, para Bentham siempre, producirán la perversión americana. El problema se acusa en la unidad del cuerpo representativo, en la singularidad de las Cortes, y en la previsible secuela de una legislación no menos entonces unitaria, en esta unidad del derecho y de las instituciones para una sociedad imposible de unificar o ni siquiera de federalizar. El problema radica en la ignorancia de la diversidad. Un ordenamiento jurídico común sólo puede conducir a dicho dominio de parte progresivamente extraña, de una parte más ajena en destino que en origen.

En el mismo seno de la Constitución de Cádiz, en su diseño institucional, Bentham advierte la presencia de unos cuerpos políticos de *Provincias* y de *Pueblos*, las Diputaciones y los Ayuntamientos, pero no ve que puedan servir para evitar el

(16) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramaría*, págs. 76-77 y 83. Traduzco *stranger* por *extraño* y *foreign* por *foráneo*, aunque ambos calificativos pudieran desde luego traducirse igualmente por *extranjero*.

(17) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramaría*, págs. 81-82 y 185-187. Fuera de título, traduzco *Ultramaría*, el término original de Bentham del que luego me ocuparé, por *Ultramar*, de donde obviamente, encontrándolo en el texto gaditano, lo acuña.

efecto perverso, la corrupción de felicidades. «Entre las diez competencias atribuidas a los cuerpos políticos provinciales, no logro encontrar ningún poder legislativo subordinado. ¿No debe darse por implícito? No», responde, pues tal no cree que pueda considerarse la competencia normativa de los *Pueblos*, una de las nueve constitucionales suyas, mediante ordenanzas municipales que han de ser informadas por las Diputaciones y aprobadas por las Cortes. Este procedimiento supondría, sobre todo para los territorios ultramarinos, una previsión en línea contraria, una línea de control, tan en sí misma imposible como por sí misma perversa. Los cuerpos políticos provinciales y municipales ni son ni cabe así que sean Cortes legislativas o parlamento en sentido estricto. Y ocurre lo propio en otros órdenes como en el fiscal o como en el más importante de la justicia (18).

La ficción que pervierte el sistema es siempre la de unidad, en mayor medida entonces la de una unidad integral, unidad extendida al campo del derecho o más bien de los poderes, de las instituciones así entendidas. Bentham, como constitucionalista posterior no sólo a la independencia americana, sino también a la revolución francesa, ha adoptado de ésta una posición extremadamente favorable a la unificación del derecho mediante la codificación legislativa, un proyecto que no resultaba ni siquiera concebible, por mucho que otra cosa hoy suela presumirse, con anterioridad a dicho acontecimiento revolucionario (19). Como oráculo del derecho que llegó realmente a creerse, él mismo se ofrecía cual codificador universal, como si la legislación para la humanidad, para una humanidad constitucional, pudiera manufacturarse desde Inglaterra (20). Mas así pretendía una autoridad cultural, no un poder político. Es lo mismo que quería para unas antiguas metrópolis respecto a sus antiguas colonias. Era de este modo favorable a una unidad del derecho por homogeneidad de cultura, mas no a una sustracción de poderes por imposición de otros de radio mayor. Cada sociedad diferenciada dentro de la humanidad constitucional, de una humanidad limitada como todavía veremos, habría de contar con su propio régimen aunque sólo fuera para adoptar autónomamente, sin corrupción para la minoría, con felicidad para la mayoría, las posiciones sustantivas del derecho que propugnaba (21).

(18) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramarina*, págs. 55, 97-100 y 157-162. Traduzco *governing bodies por cuerpos políticos*. Las referencias son naturalmente a los artículos constitucionales 321.8, para los Ayuntamientos, y, para las Diputaciones, 335, del que luego diré algo.

(19) B. CLAVERO: *Happy Constitution*, tercer capítulo.

(20) J. BENTHAM: «Codification Proposal Adressed to All Nations Professing Liberal Opinions», en JOHN BOWRING (ed.): *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, 1843, vol. IV, págs. 535-594.

(21) Respecto a su ofrecimiento a los mismos Estados Unidos con su constitucionalismo incompatible, por federal y por judicial, con el planteamiento codificador: H. L. A. HART: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, págs. 53-78; y respecto a más América hacia el sur: M. WILLIFORD: *Jeremy Bentham and Spanish America*, págs. 15-30. Por lo general, para España, la europea y la americana, suele hoy partirse del propio paradigma de la codificación que puede por sí solo descentrar la problemática constitucional: B. CLAVERO: «Ley del Código: Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América», en *Quaderni Fiorentini*, 23, 1994, págs. 81-194.

A su entender, la unidad institucional de entrada sobre sociedades diferenciadas, y no la cultural de llegada, es la que corrompe y pervierte. La presunción de indiferencia, de ausencia de diferenciación, a los efectos de establecimiento de instituciones, esto es lo que genera corrupción, lo que produce perversión. Según se formula por una proclama española de unidad frente a los movimientos independentistas con términos que Bentham enfatiza: «*Lengua, religión, leyes, costumbres*, todo igual y lo mismo», incluso «unas *virtudes*». También ironiza: «Mirad, ¡qué fuentes de simpatía! ¡Qué vínculos de conexión! Mantened todos estos instrumentos de atracción mutua que operan sobre el pueblo en favor de vuestra patria y con exclusión de cualquier otra.» Y se pone serio: «Esto no tiene más respaldo que la vanidad y la adulación retórica.» A su juicio en suma, una unidad podría lograrse en lo que entiende que más cabe, como lengua y religión, si no se fuerza en lo que cree que menos, como instituciones y poderes, como leyes y costumbres de este alcance. Existiendo, asegura Bentham, un *linaje común* entre cismarinos y ultramarinos, la unidad factible se fundamentará y desarrollará mucho mejor sin la unidad infactible, esto es, con la independencia política. Podrá haber relaciones y llegar incluso a formarse comunidad sin perversión de derecho ni corrupción de hecho (22).

De las mismas bases no políticas de una conjunción, de su propia conveniencia, procede para Bentham la necesidad de separación política. Desembarazarse de *Ultramarina* es librarse la metrópolis, ya de un yugo futuro si se fuerza constitucionalmente la unidad, ya de una escisión irreversible si se provoca traumáticamente la independencia. El desembarazo constitucional puede dar forma política a la interrelación plausible. El constitucionalismo estadounidense, y no el metropolitano de la más dudosa Constitución de Inglaterra, ofrece el ejemplo sustancial para Bentham, un ejemplo que podría ahora mejorarse mediante un procedimiento más concertado hacia la independencia. Así también podrá producirse mucho mejor el mismo incremento de las relaciones no políticas, sobre todo y particularmente de las económicas. La propuesta no es de ruptura de los vínculos existentes con la que se dice *Madre Patria*, sino de replanteamiento de las afecciones para el mantenimiento de la filiación. No está entre las intenciones de Bentham la de un cambio de metrópolis, la de una sustitución del colonialismo hispano por el británico. Igual que ha partido del texto de Cádiz para la determinación de unos objetivos constitucionales, también comparte con esta norma tal otro empeño de fondo en lo que toca concretamente a América. Difieren en la forma (23).

(22) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramarina*, págs. 118-120, sentando lo de *common ancestry*, el *linaje común*, también respecto a los angloamericanos. La proclama española de referencia es subsiguiente al restablecimiento de la Constitución en 1820.

(23) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramarina*, págs. 188-194, concluyendo por todo lo que ha inferido del texto gaditano: «Si el árbol se conoce por sus frutos, así los frutos por el árbol», su expresión final que es mi cita inicial. P. SCHOFIELD (ed.): *Colonies, Commerce, and Constitutional Law*, añade otros textos de BENTHAM que abundan en argumentos del inacabado *Rid Yourselves of Ultramarina*, uno de ellos editado en su momento y prologado por J. BOWRING: *Observations on the Restrictive and Prohibitory*

3. PERO ¿QUIÉNES SON LOS COLONIZADOS EN AMÉRICA?

Pueden Bentham y Cádiz compartir una composición de fondo que no acaba de hacerse explícita y que interesa traer a la luz. Hay una pregunta primordial cuya respuesta parece que estuviera dada, pues no se formula, o cuyo interrogante no parece que cupiera, pues no se afronta. Es tan sencilla como ésta: ¿Qué es *Ultramaría*? En términos de sujeto constitucional, del sujeto político, sujeto colectivo, que así se designa para una independencia: ¿Quién es? ¿Quiénes son? ¿Quiénes la forman?

Del mismo modo que la Constitución de Cádiz identificaba pasablemente los sujetos individuales, los *ciudadanos*, que integran el sujeto político de la *Nación* propia, quienes «por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y están avencidados en qualquier pueblo» de ellos (art. 18), igual al menos habría de plantearse la cuestión de quiénes componen o habrán de componer la entidad o entidades correspondientes en América. Bentham ha dicho que son unos *individuos* tan extraños, por razón de intereses, como familiares, por tradición de cultura. ¿Qué sujeto colectivo resulta entonces? ¿En cuál se está realmente pensando aunque no se le identifique expresamente? Falta la foto, una imagen.

No es un fantasma. Existe. Comencemos por la denominación. Bentham adopta el hispanismo o latinismo de *Ultramaría* tras algunas vacilaciones y algún otro ensayo. En un escrito sobre el mismo asunto de la emancipación colonial referida a la América española que es poco anterior al de *¡Libraos de Ultramaría!*, en un mensaje de *Philohispanus al Pueblo de España*, no ha acuñado todavía dicha identificación. Tiene con anterioridad otra: *Creolia*. Personaliza más: no la tierra de *Ultramar*, sino la tierra de los *Criollos*, de quienes cuentan con *linaje común* que ha dicho respecto a los europeos. «España ha producido muchos de los padres de los habitantes de la América Española.» Españoles y americanos pueden considerarse *hermanos*, pero no por ello cabe que participen en un mismo régimen. Les separan los intereses que marcan las distancias y las circunstancias. Para entrar ya en el argumento de la perversión, Bentham hace el cálculo de que por una parte, en España, tenemos diez millones y medio de individuos, y por otra, en la América española, siete millones más, unos diecisiete millones y medio de ultramarinos. ¿Tantos *hermanos* por separar hay? Eso parece. Refiriéndose a la India, Bentham no deja de advertir la presencia de la población *hindú*, pero con referencia a América la misma expresión de *nativos* hace referencia a los *criollos*, «vuestros parientes», dice dirigiéndose siempre a los españoles (24).

Commercial System, especially with a Reference to the Decree of the Spanish Cortes of July 1820, Londres, 1821, aquí págs. 345-383. *Madre Patria*, que también, como era usual por entonces, aplica a los Estados Unidos respecto a Inglaterra, es *Mother Country*.

(24) J. BENTHAM: «Philo-Hispanus to the People of Spain», págs. 201, 203, 217, 309 y 322, en P. SCHOFIELD (ed.): *Colonies, Commerce, and Constitutional Law*, págs. 195-344.

¿Tantos *hermanos* en verdad había? ¿Tan grande era la familia que no cabía mantener unida? Bien se sabe que no. Bien lo sabían los mismos constituyentes de Cádiz aunque también ya tendieran, si no a olvidarlo, a solaparlo, prefiriendo no andar advirtiéndolo y, aún menos, pregonándolo. Bien podía saberlo el propio Bentham. Dicha cifra de población americana superior desde luego a los diez millones redondeados de la contraparte europea estaba integrada fundamentalmente por indígenas, por todo un contingente mayoritario no *español*. Se computaban para América como *hermanos* quienes patentemente no lo eran (25). Mas una visión desde Europa no alcanzaba a tanto. No lo hacía un reconocimiento (26).

El cambio de denominación para América por parte de Bentham de la menos inocente *Creolia* a la más neutra *Ultramaría*, si acusa algo, es una huida del problema. Ha descartado en el interin otro nombre todavía más comprometido como *Columbia* o Colombia, la tierra de Colón para *América* o América, patronímico también al cabo de otro personaje europeo. Nunca se muestra seguro del todo dejándole también margen de opción a la posible versión española: «El traductor dirá *americano* o *ultramarino*, según le parezca mejor», como podrá también elegir para la otra parte entre «*español* o *peninsular*.» Respecto al sujeto constitucional que tiene en mente, deja correr la pluma llegando a la fantasía de imaginarse que la población de Ultramar superior a la decena de millones desciende «de unos pocos cientos en el curso de trescientos años» (27)

Para una población que ahora, en ¡*Libraos de Ultramaría!*, cifra en algo más de doce millones, sabe Bentham por supuesto de otras presencias, aunque sin mucha noción de porcentajes: «Incluso si se dedujeran tanto los aborígenes como los negros importados, el incremento de la población seguiría siendo más que considerable». Puede recoger noticia, en estos términos, de la existencia de «habitantes rústicos de países infantiles». Pero con todo ello no estamos ante la constancia que le ha llevado al cambio de nombre entre *Creolia* y *Ultramaría*. Dichos mismos calificativos, el de *aborigen* como el de *negro*, o la misma identificación de *habitantes rústicos de países infantiles* que resulta común para ambos, constituyen descalificaciones e inidentificaciones. De lo que se entiende por *rusticidad* y por *infancia* parece que puede hacerse abstracción sin tener que reajustarse unos cálculos de población. La hispanoamericana del caso sigue superando la cifra de diez millones de la española

(25) B. CLAVERO: «Cádiz entre indígenas: Lecturas y lecciones de la Constitución y su cultura en tierra de los mayas», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, págs. 931-992, con lo que ahora me ahorro tener que extenderme.

(26) LEA CAMPOS BORALEVI: *Bentham and the Oppressed*. Berlín, 1984, págs. 120-141, es capítulo sobre *Native People of the Colonies* donde, respecto a América, una *oprimida* humanidad *nativa* brilla por su ausencia, pues tal resulta la criolla. Y es estudio que ya utiliza la transcripción de C. GOBBI de *Rid Yourselves of Ultramaría* todavía entonces inédita. Con anterioridad, M. WILLIFORD: *Jeremy Bentham and Spanish America*, que estudia ya el original como sabemos, ha observado al menos, pág. IV, la ignorancia de la población indígena por parte de Bentham, y digo lo de al menos por lo que luego añadiré.

(27) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramaría*, págs. 11 y 80; si se quiere confrontar sin ir más lejos, pág. 143, nota editorial: «*Columbia* era nombre poético para América».

sin que conste así por ningún sitio tal concurrencia de *hermanos*. Las cuentas nunca salen, pero el reajuste jamás se plantea (28).

Nunca se trata distintamente aquí, en *¡Libraos de Ultramaría!*, de la población americana no hispana o no anglosajona. Puede contar como en el primer caso por el bulto, pero nunca para el derecho. Es población que concurre a marcar diferencia y volumen de la parte *criolla*, reforzando así su posición. Sirve para afirmar y acentuar el mismo derecho de la presencia europea en América de cara a la propia Europa. Cuando Bentham niega que unos americanos puedan decirse *españoles* como efectivamente lo dice la Constitución de Cádiz, en ningún caso ni en ningún momento Bentham está diciendo lo que pudiera ser más evidente incluso entonces, pues ahí están otras gentes como los *argelinos* o los *hindúes*, de que la población indígena no puede calificarse como tal, como *española*, a unos efectos jurídicos por no serlo a los culturales. Muy al contrario, es entre *hermanos* que está introduciéndose la distinción. Es a *españoles* americanos a quienes se está denegando la condición española frente a la investidura de Cádiz. Es entre ellos y como si fueran tantos que se plantea a la contra la cuestión constitucional de la separación.

La regla de la felicidad de los más con sacrificio de los menos no juega en favor de los indígenas por mucha mayoría que en realidad conformen (29). Aquí no hay diferencia social ni distancia espacial que valgan constitucionalmente lo más mínimo. Es como un resto de humanidad que en verdad, porque se compute cuantitativamente, no se identifica cualitativamente. No se observa. Pasa realmente desapercibido. No resulta relevante. No es olvido ni es vacío porque el texto quedara inconcluso. La noticia de la existencia figura y no supone ni siquiera censo de una presencia, la de otras culturas, sino registro de carencia de la cultura única que se concibe y admite: *rusticidad* e *infancia*. Así se produce toda una cancelación bien efectiva. El sujeto político concebible en las colonias resulta entonces el mismo sujeto europeo, su doble. La propia cuestión colonial puede así plantearse, no entre

(28) J. BENTHAM: *Rid Yourselves of Ultramaría*, págs. 9, 11, 30, 80, 110 y 121. El cambio de términos entre *Creolia* y *Ultramaría* se produce en agosto de 1820, aun de forma todavía no definitiva: *Editorial Introduction*, págs. XXI, XXIX-XXX, XLI y XLV. *Rude inhabitants of infant countries* es cita que procede de JOSEPH TOWNSEND: *A Journey through Spain in the Years 1786 and 1787, with particular Attention to the Agriculture, Manufactures, Commerce, Population, Taxes, and Revenue of the Country, and Remarks in passing through a Part of France*, Londres, 1791. Y *negros* es *negroes*, con una complicidad para con la esclavitud que tampoco es que riña con un constitucionalismo primero ni con el gaditano: CLARA ALVAREZ: «Libertad y propiedad. El primer liberalismo y la esclavitud», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, págs. 559-583, número con parte monográfica sobre la Constitución de Cádiz, por iniciativa y bajo la dirección de Tomás y Valiente, en el que pueden encontrarse otros buenos trabajos para contrastar en concreto la lectura institucional de Bentham, los frutos que él conoce tan sólo por el árbol, lo que no es aquí mi objeto, aunque luego lo toque en el epílogo.

(29) M. WILLIFORD: *Jeremy Bentham and Spanish America*, pág. 139, trivializa su advertencia de la inobservancia de la población indígena por parte de Bentham entendiendo que su concurrencia, por ser entonces mayoritaria, podría encontrar acomodo gracias al principio de felicidad de la mayoría.

colonizados y colonizadores, sino entre éstos y sus *hermanos*, los cómplices e hipócritas que diría el poeta (30).

Ocurrencias como la de *infancia* y la de *rusticidad* no constituyen inventos de Bentham ni de sus fuentes más inmediatas. Son categorías tradicionales de sometimiento colonial que ahora pueden así servir para una exclusión constitucional. Venían dando mucho juego en el colonialismo hispano y van a darlo en la vertiente colonial del constitucionalismo americano, inclusive del estadounidense. No deja de operar porque ahora tienda a solaparse. También ocurre una y otra cosa, la operación y el solapamiento, bajo la Constitución de Cádiz, como aún comprobaremos. Estamos ante todo un tracto colonial que para el mismo constitucionalismo pudo y puede resultar un punto literalmente ciego (31). A la vista está.

4. COLONIALISMO COMÚN Y CONSTITUCIONALISMOS DIVERSOS

Es cosa que de sobra se sabe, pero que por lo usual no se observa, lo mismo que ya le ocurría al fin y al cabo a Bentham. Algo en común desde luego con él tenemos. No es tanto su filosofía como la sombra que produce. Nos movemos todavía en unas mismas presunciones de cultura, así ya vieja, pero advertimos también que la posición que vemos, la de *¡Libraos de Ultramar!*, era, por constitucional, nueva. Podía ser novedosa en algún aspecto clave. No refleja exactamente la cultura colonial tradicional europea y en esto puede que se produzca alguna divergencia importante respecto al planteamiento que se contrasta, el gaditano de 1812. Puede que nuestras mismas perspectivas estén hoy más cerca de Bentham que de Cádiz, aun no estándolo igualmente unas realidades, tal vez éstas en cambio más cercanas de la segunda que del primero. Prosigamos con esto. Sigamos tomando distancias para situarles a ellos y para así también situarnos nosotros mismos.

La manera concreta como Bentham ve y no observa la presencia indígena en América, el modo determinado como un registro de población no implica un reconocimiento de derecho, es creación de la cultura constitucional que se venía generando desde hacía algo más de un siglo por Inglaterra y sus aledaños. Entre John

(30) C. RODRÍGUEZ BRAUN: *La cuestión colonial y la economía clásica*, pág. 19: presenta el colonialismo con su doble entendimiento, «como asentamientos en el extranjero de pobladores originarios de la metrópoli o como dominios de ésta sobre territorios lejanos poblados por otras razas» (*sic*), para pasar a centrarse en lo primero, lo secundario, sin hacer la más mínima advertencia de que olvida lo segundo, lo primario, particularmente cuando ya no media distancia, la lejanía que ha dicho, con lo cual además pueden parecer anticoloniales posiciones coloniales como la de *Libraos de Ultramar* sin ir más lejos. C. Rodríguez Braun cree descubrir toda una tradición liberal de signo anticolonial. Mas por representar otra línea interpretativa de la posición colonial, no deja de contener una misma cancelación efectiva de la presencia indígena. L. CAMPOS BORALEVI: *Bentham and the Oppressed*, pág. 126: *Native People* en América resultan sólo quienes tienen *Mother Country* en Europa también para la misma autora preocupada y ocupada, como por lo visto Bentham, por *los oprimidos*, inclusive los animales.

(31) B. CLAVERO: *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, 1994, lo que también me ahorra bastante.

Locke y Adam Smith se ha producido dicha mirada. El constitucionalismo ha concebido como sujeto primario de derecho uno individual que no es de aplicación y que no se aplica a las culturas ajenas a dicha misma antropología. Identificado a tal punto con ella, con su concepción del individuo, el propio constitucionalismo se concibe a sí mismo como cultura sin más de la humanidad toda, cancelando la relevancia de cualquier otra. Ahí se potencia de hecho un derecho, el de la parte constitucional que puede seguir así siendo perfectamente colonial. No es cosa que guste recordarse por parte de una historiografía constitucional ufana de su estirpe ilustrada, pero, si no recordamos, no entenderemos (32).

El colonialismo tradicional, el no constitucional, no llegaba a ese extremo. Su mismo juego de presunciones, como la de *infancia* y la de *rusticidad* referidas, constituían una forma de reconocimiento de derecho ajeno, de un derecho fuertemente subordinado, pero derecho al cabo como puede precisamente contrastar con la cancelación constitucional, con esta última vuelta de tuerca de una presunción colonial (33). En una posición, la tradicional, se había situado la misma cultura británica con sus resultas políticas de reconocimiento y subordinación de la parte colonizada (34). En la otra, la constitucional, pueden venir a situarse a unos efectos prácticos los primitivos Estados Unidos (35), como lo hace luego a los suyos teóricos Bentham, con sus consecuencias tan reales como intelectuales de ignorancia y ninguneo. Tampoco es que fuera originalidad. Se trata del extremo último de una cultura constitucional notablemente discriminatoria desde sus propios inicios como la inglesa. No conviene olvidarlo cuando estamos refiriéndonos a lo que representaba un modelo aunque sólo fuera porque originalmente había sido el único constitucionalismo, el constitucionalismo sin más. No hubo otro hasta que fueron haciendo su aparición modalidades como ésta de Cádiz que estamos ahora comparando (36).

(32) Con contexto y contraste, HERMAN LEBOVICS: «The Uses of America in Locke's Second Treatise of Government», 1986, en MARYANNE C. HOROWITZ (ed.): *Race, Gender, and Rank: Early Modern Ideas of Humanity*, Rochester, 1992, págs. 49-63; ROBERT A. WILLIAMS JR.: *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, New York 1990; BÁRBARA ARNEIL: *John Locke and America: The Defence of English Colonialism*, Oxford, 1996.

(33) URS BITTERLI: *Los «salvajes» y los «civilizados». El encuentro de Europa y Ultramar*, 1976, México 1982; R. A. WILLIAMS JR.: «Documents of Barbarism: The contemporary legacy of European racism and colonialism in the narrative traditions of Federal Indian Law», en *Arizona Law Review*, 31, 1989, págs. 237-278.

(34) ROBERT N. CLINTON: «The Proclamation of 1763: Colonial prelude to two centuries of Federal-State conflict over the management of Indian affairs», in *Boston University Law Review*, 69, 1989, págs. 329-385; R. A. WILLIAMS JR.: *The American Indian in Western Legal Thought*, págs. 233-286.

(35) Digo *prácticos* porque no se formularon y *primitivos* porque, como añadiré luego, pronto se producirá un viraje: HOWARD R. BERMAN: «The Concept of Aboriginal Rights in the Early Legal History of the United States», in *Buffalo Law Review*, 27, 1977-1978, págs. 637-667; MARK SAVAGE: «Native Americans and the Constitution: The Original Understanding», in *American Indian Law Review*, 16, 1991, págs. 57-118; FRANCIS P. PRUCHA: *American Indian Treaties: History of a Political Anomaly*, Berkeley, 1994, págs. 21-102.

(36) B. CLAVERO: *Happy Constitution*, primer capítulo.

Así podía concebirse e intentarse en los mismos medios de la cultura constitucional una *Ultramaría* distinta por entero como *Creolia* solapada por completo, lo que no era desde luego exactamente el planteamiento menos genuino de Cádiz. La Constitución gaditana no se situaba en la posición que vengo exactamente diciendo, por fiarme de Bentham y de su cultura, constitucional. Por estos prolegómenos, resulta que hay otro constitucionalismo, uno con una postura diversa en esta vertiente neurálgica que es la colonial. Es fácil caracterizarla sin necesidad siquiera de meternos en mayores complicaciones: se trata del colonialismo tradicional, sólo que en el nuevo contexto constitucional. Aquí no hay vuelta de tuerca. No hay abstracción teórica ni cancelación práctica de la presencia indígena.

La fórmula referida de la Constitución de Cádiz para la definición de los *ciudadanos*, aquellos ante todo que «por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios», encierra la intención de incluir a unos americanos, los indígenas, como de excluir a unos africanos, los esclavos, los *importados* que decía comercialmente Bentham, *negros* que también añade, los procedentes de otro continente por alguna línea. La presencia resulta también bastante solapada, en unos términos similares a los de Bentham, pero no semejantes. No llegan o ni siquiera se acercan a sus extremos. La población indígena comienza por ser sujeto político, pero tampoco por sí mismo, sino como parte de la propia *Nación* española, de su componente ultramarino. Lo es así en la medida que participa de la misma cultura constitucional, respondiendo a sus requerimientos de sujeto primariamente individual y sin poder nunca llegar a conformarlo colectivo como *nación* distinta (37).

Unas condiciones y limitaciones no deja de registrarlas la misma Constitución de Cádiz, sólo que no en una parte *De los Ciudadanos* que está entre las primeras, a partir del artículo 18 referido y reiterado, sino en lugar más discreto, en el capítulo *Del Gobierno político de las provincias* que se encuentra entre los postreros. Bentham lo ha tenido ante la vista sin saber apreciar este punto, o sin poder hacerlo desde su posición más radicalmente cancelatoria. Entre las diez competencias provinciales que él advertiera, figuraba esta siguiente como última, quizá primera para América:

Las diputaciones de las provincias de ultramar velarán sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos: todo lo que las diputaciones pondrán en noticia del Gobierno.

Todo lo que hay aquí contenido no vamos a extraerlo ahora. Es toda una constitución en el fondo la solapada, otra distinta, para la sociedad ultramarina, para estos dominios coloniales. Me limito tan sólo a recordar una lectura tan fidedigna o

(37) JAMES F. KING: «The Colored Castes and American Representation in the Cortes of Cadiz», en *The Hispanic American Historical Review*, 33, 1953, págs. 33-64; MARIE LAURE RIEU MILLÁN: *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz (Igualdad o Independencia)*, Madrid, 1990; MARTA LORENTE: «El "problema americano" en las primeras Cortes liberales españolas, 1810-1814», en P. CRUZ VILLALÓN (ed.): *Los Orígenes del Constitucionalismo Liberal en España e Iberoamérica*, págs. 67-106.

interpretación tan auténtica como de las propias Cortes constituyentes mediante decreto de finales de 1813. Aquí tenemos, «conforme a lo mandado en el párrafo 10, artículo 335 de la Constitución», el recién citado, la mejor muestra de la posición colonial gaditana, bien diversa desde luego a la de Bentham, a la de una cultura constitucional más genuina o al menos más representativa a las alturas de las primeras décadas del XIX, tras independencia de los Estados Unidos y revolución de Francia más de parte también de Europa. Me permito transcribir una muestra que resulta por sí misma tan elocuente de forma íntegra y sin mayor comentario, pues no voy a entrar ahora en las particularidades operativas que pueden estar así dándose por supuestas (38):

Las Cortes generales y extraordinarias, a consecuencia de lo que les ha expuesto Don José de Olazarra a nombre del Reverendo Obispo electo de Guayana Don José Ventura Cabello acerca de los males que así en lo moral como en lo político afligen a aquellas provincias con motivo de que las Reducciones de Indios encargadas a las misiones, en que se emplean los religiosos Capuchinos y Descalzos, no se entregan al Ordinario eclesiástico aun pasados treinta, quarenta, cincuenta y más años de su reducción del gentilismo a nuestra católica religión; han venido en decretar y decretan:

I. Todas las nuevas Reducciones y Doctrinas de las provincias de Ultramar, que estén a cargo de misioneros, y tengan diez años de reducidas, deberán entregarse inmediatamente a los respectivos Ordinarios eclesiásticos, sin excusa ni pretexto alguno, conforme a las leyes y cédulas concordantes.

II. Así estas Doctrinas como todas las demás que estuvieren crigidas en curatos, deberán proveerse canónicamente por los mismos Ordinarios, observándose las leyes y cédulas del Real Patronato, en ministros idóneos del clero secular.

III. Los religiosos misioneros desocupados de los pueblos reducidos, que se entregaren al Ordinario, se aplicarán a extender por los otros lugares incultos la religión en beneficio de sus habitantes, procediendo en el ejercicio de sus misiones conforme al párrafo 10, artículo 335 de la Constitución.

IV. Los Reverendos Obispos y Prelados eclesiásticos, en virtud de la jurisdicción ordinaria que les compete, podrán destinar a los religiosos idóneos, según juzgaren convenir, para Tenientes de Curas de los Párrocos seculares, y en calidad de interinos en las parroquias donde la necesidad lo exigiere, sin que por esto puedan jamás aspirar a la propiedad, ni continuar en el servicio de las parroquias más tiempo del que pareciere a los Ordinarios, con arreglo a las leyes.

V. Por ahora y hasta que las Cortes con más conocimiento otra cosa resuelvan, a las órdenes religiosas que estuvieren en posesión de servir algunos curatos, se les continúa la gracia a cada una de ellas de servir una o dos Doctrinas o Curatos en todo el distrito de los conventos que estén bajo el mando de cada Provincial, de modo que el número de estos Curatos que se les continúa, deberá contarse, no por el de conventos que tuvieren en diversos lugares, sino por el de cada provincia del instituto regular,

(38) *Colección de Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias*, Cádiz, 1811-1813, reprint Madrid, 1987, vol. II, págs. 1044-1046 (original, vol. IV, págs. 242-244), este Decreto de 13 de septiembre de 1813; para el que el mismo cita de principios del mismo año sobre reducción de tierras comunitarias a propiedad privada, págs. 738-742 (III, 174-178).

baxo cuyo mando y potestad estuvieren los respectivos conventos, aunque éstos se hallen repartidos en diferentes obispados.

VI. Los religiosos misioneros deberán cesar inmediatamente en el gobierno y administración de las haciendas de aquellos Indios, quedando al cuidado y elección de éstos diponer, por medio de sus Ayuntamientos, y con intervención del Gefe superior político, se nombren entre ellos mismos los que fueren de su satisfacción, y tuvieren más inteligencia para administrarlas, distribuyéndose los terrenos, y reduciéndose a propiedad particular, con arreglo al decreto de 4 de enero de 1813 sobre reducir los baldíos y otros terrenos a dominio particular.

Lo tendrá entendido la Regencia del reyno para su cumplimiento. Dado en Cádiz a 13 de setiembre de 1813.

He aquí el colonialismo antiguo embebido en el constitucionalismo moderno. Aquí se encastra. Los indígenas podrán ser sujetos ciudadanos, pero no mientras que estén ajenos a la cultura constitucional, a la cultura única que constitucionalmente se concibe, y así se reputen expresamente por *incultos*. Habrán de ser cultivados, sometidos a esta *reducción*, por los mecanismos eclesiásticos más eficientes entonces, con suspensión entendida de constitucionalidad, a fin de que adquieran la *inteligencia* que les traiga a la antropología propia del constitucionalismo, *reduciéndose* así no sólo ellos, sino también explícitamente sus tierras, éstas a *propiedad particular*, a este atributo de ciudadanía. El decreto no puede ser más paladino de unos principios ya contenidos en la Constitución y presupuestos por su cultura (39). Esto, lo constitucional, creo que es lo que debe aquí sobre todo importarnos.

Todo un título de la misma Constitución, el noveno y penúltimo *De la Instrucción Pública*, abunda con carácter general en estos objetivos de inculturación integral por acción no sólo estatal, sino también eclesiástica. La conversión ha de ser constitucional, más así ahora que religiosa. Ya podría sufrirse también esto por una población europea poco proclive a dicha antropología del sujeto no comunitario y de la propiedad individual, cuya suerte sigue resultándole hoy igual de indiferente a una historiografía que, por constitucional, se identifica y comulga con una misma presunción de cultura, pero estamos mirando a América. Ahí puede resultar una verdadera transculturación, dicha imposición de toda una cultura, tal grado de privación de derecho propio.

Cabe decir que hay también un objetivo de cancelación de toda una población, de todo un conjunto de culturas, de todas salvo la propia, pero no una abstracción, esta eliminación de entrada. La cancelación no era inmediata y conocía una transición que podía mantener la situación precedente de derecho para la misma población indígena. Se mantenía la posición más franca de una subordinación directa y así reconocida desde un inicio. En esta variante constitucional, la gaditana que no se repudiará por la independencia respecto a este preciso punto, dicha población, la

(39) B. CLAVERO: *Razón de estado, razón de historia, razón de individuo*, Madrid, 1991, cuarto capítulo.

indígena, está presente desde un origen. No todos los constitucionalismos comienzan respondiendo a una misma forma y un mismo grado del colonialismo que comparten.

5. SENTIDO COLONIAL Y SINSENTIDO CONSTITUCIONAL AMBOS COMUNES

Es una realidad la colonial de Cádiz que no vio exactamente Bentham, o que no pudo realmente observar porque su visión no la admitía. Su cultura no la concebía como situación constitucional. Para él y para ella, el constitucionalismo no podía plantearse sino entre quienes ya participaban de su antropología. La población indígena no era problema suyo. La *incultura* que así se le presume la excluye. Procurársela no es responsabilidad de la parte constitucional. Esta representa a la humanidad y como tal se hace cargo directamente, sin mayores miramientos, de unas tierras y de unos aprovechamientos. El mismo *Derecho de Naciones* de la época, un derecho que es Bentham quien bautiza como *International Law*, como *derecho internacional*, ya venía ocupándose de estos fenómenos de dominio y no predicando otra cosa (40).

El tratado entonces más autorizado de un tal *Derecho de Naciones*, el de Emer de Vattel, llegaba a correr entonces también en castellano haciendo precisamente la distinción entre un dominio jurídicamente aceptable, el de la exclusión anglosajona, y otro que lo resulta menos, el de la inclusión hispana. Se nos dice que unos pueblos que no organizan el territorio para el trabajo de la tierra mediante apropiación privada carecen del derecho de defenderla y retenerla frente a la colonización: «No pueden quejarse si otras naciones más laboriosas y de menos extensión vienen a ocupar una parte», no el todo. Por ello se nos agrega que «mientras que la conquista de los imperios organizados del Perú y de México fue una usurpación escandalosa, el establecimiento de muchas colonias en el continente de la América septentrional, podía ser muy legítimo» (41). Y tampoco era una ocurrencia singular. Era motivo generalizado que ponía en cuestión no sólo un dominio en América, el hispano, sino también la legitimidad de la *Monarquía católica*, la misma hispana, y en su doble sentido la calificación de catolicismo, el religioso y el geográfico (42).

(40) SHARON KORMAN: *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford, 1996, págs. 5-131; S. JAMES ANAYA: *Indigenous People in International Law*, Oxford, 1996, págs. 9-38. Para una somera introducción con la perspectiva de una continuidad no precisamente por anticipo histórico de derechos en este campo, B. CLAVERO: *Diritto della Società Internazionale*, Milán, 1995.

(41) *El Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las Naciones y de los Soberanos, escrita en Francés por Mr. Vattel, y traducida al Español por el Licenciado D. Manuel Pascual Hernández*, Madrid, 1820, vol. 1, págs. 118-119, datando la edición original de 1758.

(42) PABLO FERNÁNDEZ ALBALADEJO: *Entre la «gravedad» y la «religión»: Montesquieu y la tutela de la Monarquía*, en las actas del *Seminario Internacional en Homenaje al Prof. D. Francisco Tomás y Valiente sobre Los fundamentos jurídico-políticos del primer constitucionalismo europeo*.

Era condena de esto, de un *catolicismo*, y no exactamente del colonialismo. Responde a una lógica menos sostenible tras una independencia que rompe lazos políticos en términos además constitucionales. El propio constitucionalismo americano pudiera entonces sanar, si no desde luego el colonialismo, alguna responsabilidad ya no europea. La independencia querida por Bentham puede así hacerlo. No esperemos consecuencia de un mismo *Derecho de Naciones* tras ¡*Libraos de Ultramaría!* Una independencia sobre las mismas bases coloniales del dominio hispano e incluso con los mismos mecanismos, los eclesiásticos incluidos, no va a calificarse también de *usurpación* y de una usurpación encima *escandalosa*. La forma constitucional está solapando, no cancelando, el fondo colonial. Podrán efectivamente mantenerse los mecanismos tradicionales de dominación criolla sin el peligro de la descalificación (43).

Y hay más, algo que podrá definitivamente consagrar, no el planteamiento constitucional más genuino que va de Locke a Bentham, sino el del colonialismo tradicional que se ha conservado en cambio por parte de Cádiz. Me refiero al acontecimiento de que, desde tiempo cercano al que estamos viendo, a partir de los años treinta del XIX, se plantea y comienza a imponerse en los Estados Unidos de América una jurisprudencia constitucional que resueltamente recupera las categorías tradicionales con cometidos muy precisos tanto de subordinación de la población indígena como de disposición de sus territorios. Puede verse perfectamente en ella unos orígenes hispanos que son en realidad *católicos*, de un tronco del catolicismo común a los protestantismos (44). La imposición del replanteamiento puede tomar todo el siglo, si no más, pero el mismo ya se encuentra claramente formulado. La expansión de costa a costa de los Estados Unidos durante este tiempo hubiera podido peor producirse, o no podría haberse constitucionalmente realizado, con el planteamiento cancelatorio de la propia independencia (45).

Bentham tachaba de *imposible* el régimen gaditano. *Constitución imposible* se ha dicho en repetidas ocasiones de aquella desde su misma época sin que la descalificación por inviabilidad señale ni entonces ni hoy a nuestro extremo. Bentham apuntaba en la dirección sin acertar y sin haber ni siquiera que lo hiciera, pues su capacidad de crítica no podía llegar donde su campo de visión no alcanzaba. Mas la imposibilidad no parece precisamente confirmarse al efecto colonial. *Imposible*

(43) Para unos primeros pasos en un tema tan básico como sintomáticamente ignorado por todo un *Derecho Indiano*, ABELARDO LEVAGGI (ed.): *El aborígen y el derecho en el pasado y el presente*, Buenos Aires, 1990.

(44) FÉLIX S. COHEN: «The Spanish Origins of Indian Rights in the Law of the United States», in *Georgetown Law Review*, 31, 1942, págs. 1-21; R. A. WILLIAMS JR.: *The American Indian in Western Legal Thought*, págs. 287-323.

(45) PHILIP P. FRICKEY: «Marshalling Past and Present: Colonialism, Constitutionalism, and Interpretation in Federal Indian Law», en *Harvard Law Review*, 107, 1993, págs. 381-440; SIDNEY L. HARRING: *Crow Dog's case: American Indian sovereignty, tribal law, and United States law in the nineteenth century*, Cambridge, 1994; BLUE CLARK: *Lone Wolf v. Hitchcock: Treaty Rights and Indian Law at the end of the nineteenth century*, Lincoln, 1994; FRANCIS P. PRUCHA: *American Indian Treaties*, págs. 287-358.

realmente se ha demostrado la posición extrema del propio Bentham y de la cultura que representa. Tal se ha probado no la presunción misma, mas su grado extremado, esto que puede resultar precisamente característico de toda una primera cultura constitucional. De hecho implicaba un verdadero genocidio (46).

Tampoco es que vaya a producimos satisfacción la historia algo distinta de un constitucionalismo que, embebiendo igualmente colonialismo y no repugnándole tampoco episodios genocidas, ha privado y sigue privando de derecho a parte de la humanidad, a una parte invadida y reducida, a la Indoamérica aún tan inconstituida que no cuenta ni con nombre propio (47). Pero se trataba de situar el constitucionalismo gaditano y de hacerlo desde la perspectiva más constitucional de su tiempo.

Se nos ofrece un penoso panorama, más penoso por cuanto que hoy se reproduce y además todavía como punto ciego, estando a la vista, y no sólo mediante responsabilidad de la historiografía porque sea con su complicidad. Es el modo como se plantea y desenvuelve con el presupuesto y el resultado de sellar la cancelación del derecho indígena en América, de algo presente para una población de alrededor de cuarenta millones de personas, pues tal es en cifras redondas la humanidad que, pese a presunciones de exterminio irremisible y mestizaje ineluctable, permanece resueltamente con culturas y territorios propios a lo ancho y largo del continente (48). Bastaría con deslizar alguna vez la mirada por alguna superficie que no fuera la engañosamente cristalina del propio espejo, por otras páginas si sólo se tiene este acceso, para observarse vivo el asunto (49). Mas la humanidad se considera hoy

(46) R. A. WILLIAMS JR.: *Documents of Barbarism*. pág. 251, respecto a LOCKE, admirándose de que se le siga sintomáticamente considerando un clásico constitucional.

(47) B. CLAVERO: «Teorema de O'Reilly: Incógnita constituyente de Indoamérica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 49, 1997, págs. 35-77.

(48) MARIO G. LOSANO prologa como director de todo un programa de investigación de derecho americano lo último: MARZIA ROSTI: *Come la Spagna perse l'America. La Spagna di fronte all'indipendenza delle proprie colonie sudamericane, 1800-1840*, Milán, 1996, bajo ese presupuesto de ignorancia que por su misma adopción se hace resultado; presentando también la publicación anterior de la misma M. ROSTI: *L'evoluzione giuridica dell'Argentina indipendente, 1810-1950*, Milán, 1994, págs. XII-XIII, el propio LOSANO tiene el mérito de franquear lo que no suele exponerse abiertamente en foro jurídico: el escenario de unas culturas indígenas destruidas por la conquista y subsistentes sólo algunas «primitivas» con la inferencia expresa de que así no existen hoy que impliquen derecho y merezcan consideración. Y no me resisto a añadir que otra obra cancelatoria en igual medida, o en una mayor pues ni siquiera registra la advertencia y además se refiere a momento histórico, el nuestro gaditano, de mayoría indígena más que absoluta, la obra de L. CAMPOS BORALEVI: *Bentham and the Oppressed*, como ya se habrá adivinado, tampoco es de responsabilidad privativa de la autora, pues se plantea y dirige en el Instituto Universitario Europeo, la institución universitaria de la Unión Europea que tiene su sede en Florencia, con créditos magisteriales también externos de tal calificación efectiva, págs. VII-X: con responsabilidades científicas de maestros actuales de la cultura europea respecto a la ignorancia sin advertencia.

(49) Partiendo de la misma presencia histórica española, MAGDALENA GÓMEZ RIVERA: «El derecho indígena en la antesala de la Constitución», en *Economía Informa*, 250, 1996, págs. 24-42, revista de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México que así evidentemente y al menos para el caso no aplica la categoría tan privativa de *economía* de estudiosos tan representativos hoy y entre

descolonizada manteniéndose el colonialismo interior americano, este producto constitucional europeo.

«Si el árbol se conoce por sus frutos, así los frutos por el árbol», ha concluido, aun quedando inconcluso, *¡Libraos de Ultramaría!*, un mensaje constitucional frente a un dominio colonial. Mas constitucionalismo y colonialismo no parecen de entrada tan distintos. La distinción depende de la mirada. Si únicamente miramos el árbol de la Constitución, veremos tan sólo frutos constitucionales y no otros, frutos dulces y no agrios. Vemos unos frutos pendientes y en sazón, no los desprendidos y en descomposición, siendo como son cosecha de la misma planta. Son gérmenes de la misma cepa (50).

Es mirada producida en buena parte todavía por la historia, quiero decir por la historiografía, por nuestra tarea profesional. Comienza por ser constituyente sin necesidad ni siquiera de ser jurídica. Ocupa toda ella, una historia general y unas historias especializadas, lugar importante entre las creaciones culturales que forman representaciones y conforman realidades. Es así efectivamente la historiografía parte de la historia misma. ¿Cómo va a considerársele, ni aun mirándose sólo al pasado, de espaldas al presente?

6. EPÍLOGO

Mirando al pasado y al presente, no se me oculta que lo dicho sobre América pudiera tener también su aplicación para Europa. Podría aplicarse, sin ir más lejos, al caso vasco. El asunto no hay por qué rehuirlo. No creo que tengamos que renunciar al ejercicio de la inteligencia porque suframos el de la violencia. El uso de la razón

nosotros, quiero decir en la actual coyuntura milenarista y entre europeos y eoultramarinos, como los citados, si no benthamistas, benthamólogos P. SCHWARTZ y C. RODRIGUEZ BRAUN.

(50) La figura del árbol y los frutos es expresión final allí y cita inicial aquí, como ya he advertido. La segunda acotación capitular mía procede de carta de Toribio Núñez a Bentham, de 20 de diciembre de 1821, que ya hiciera imprimir en su momento el autor, Salamanca, 1822, y que, con acceso a sus papeles, al archivo de la familia Núñez, también editara LUIS SILVELA: *BENTHAM. Sus trabajos sobre asuntos españoles. Expositor de su sistema en España*. Madrid, 1908, págs. 80-88. Es del párrafo final de su *postdata*, todo un muestrario antológico de la presunción cultural común desde luego no sólo a BENTHAM y benthamistas, sus corresponsales, secuaces e incluso estudiosos, los benthamólogos: «Adiós, pues, Genio del bien; no nos neguéis vos las luces que nos hace esperar vuestra filantropía, y acá cuidaremos de propagarlas; la evidencia une los ánimos, y las vuestras conducen a ella, y la facilitan; porque vos habéis realizado el proyecto de Sócrates, habéis justificado la aserción de Galileo, habéis hecho palpable el dictamen de Locke y habéis llevado a cabo las apreciables tentativas de Beccaria. Adiós, y vivid mucho para bien de la especie humana y para gozar de la gloria que no fue dado hasta vos conseguir a otro mortal.» BENTHAM contaba entonces setenta y tres años. Fallecería en 1832, no llegando a ver por poco más de un par de años el momento cuando España comenzara por fin a librarse por su parte de *Ultramaría*, decidiéndose a reconocer formalmente unos independencias criollas con cuenta y riesgo comunes: sobre la base constitucional perfectamente compartida de concernimiento nulo, por *apartheid*, de la parte indígena, entonces con creces la mayoría.

es forma de responder al crimen. Su práctica sistemática que llamamos justamente terrorista persigue lo contrario. Apela a la razón, pero apunta a la voluntad, intentando secuestrarnos la una para imponernos la otra. Discurramos entonces haciendo abstracción del terror no porque nos resignemos, sino para que no comience a vencernos pesando no sólo en el ánimo, sino también en el raciocinio.

No hay por qué eludirlo. La cuestión no es sólo americana. La ficción *nacional* generatriz de perversión *constitucional*, este efecto muy superior incluso a lo que Bentham acusara, puede que también opere respecto a la España cismarina. Toda una historiografía sobre aquella primera *Nación* constitucional española parece que no logra apreciar la envergadura consiguiente del problema, ni siquiera la doméstica, desde el mismo momento en que ha dejado fuera de visión su manifestación más palmaria, la ultramarina indígena. Ni aun cuando mira a América llega a contemplar el asunto. Una *nación* comienza por nacer sin figura definida que pueda historiográficamente acomodarse con el propio panorama histórico de naciones entonces internas (51), más de un centenar si computamos, como debemos pues constitucionalmente se incluían, las indígenas de gran parte de América y alguna de Asia. De advertirse la presencia humana, llega incluso a negarse la cualificación constitucional. Así incomoda realmente el panorama (52).

Hubo ya entonces razones para el desacomodo y no en América tan sólo, como tampoco es que las hubiera en Europa solamente, dado el expansionismo napoleónico, en el interior de la *Nación española*. Las había para la misma resistencia de una ficción *nacional* frente a otra, entre unas ficciones que, por constituyentes, no dejaban de tener su realidad operativa. Una *Nación*, la de España, se resistía a convertirse en extensión o en duplicado de otra *Nación*, la de Francia. Se afirma mimetizándose y así, cual gemela, se constituye. Dándose las *Naciones* por preexistentes, no cabe que se perciba el fenómeno por parte de unas historiografías cuyo *nacionalismo* no es siempre a nuestras alturas consciente. En los inicios españoles, los de Cádiz, el invento de la *Nación* en clave historiográfica que resulte constituyente se plantea de la forma más franca (53).

(51) MARÍA CRUZ SEOANE: *El primer lenguaje constitucional español (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, 1968; PIERRE VILAR: «Patria y nación en el vocabulario de la guerra de la Independencia española», 1971, en sus *Hidalgos, amotinados y guerrilleros. Pueblo y poderes en la historia de España*. Barcelona, 1982, págs. 211-252; JOAQUÍN VARELA: *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, 1983; XAVIER ARBÓS: *La idea de nació en el primer constitucionalisme espanyol*, Barcelona, 1986.

(52) X. ARBÓS: *La idea de nació en el primer constitucionalisme espanyol*, pág. 149: la igualdad de derechos o ciudadanía común «no arribava als qui no eren de raça blanca», siendo los primeros interesados en esta presunta exclusión «els membres de la burgesia criolla». Es tesis doctoral dirigida y prologada por Jordi Solé Tura, habiendo pasado examen como tal ejercicio académico, aparte de otros reconocidos consejeros, de Enrique Tierno Galván, Miguel Artola, José Antonio González Casanova e Isidre Molas. Y he de añadir, para no resultar injusto, que la primera vez que lei el libro, a su aparición, tampoco advertí un error como éste verificable, pues es de hecho.

(53) B. CLAVERO: «Cortes tradicionales e invención de la historia de España», en *Las Cortes de*

Una asamblea como la de Cádiz de una precariedad aun superior a la francesa de 1789, entendiéndose *Nación* e ignorando naciones, se apodera a sí misma en un grado insólito para la historia y desproporcionado para el constitucionalismo. Una práctica podía haber sido ya todavía más perversa de lo que Bentham se imaginara. La asamblea gaditana no sólo se atribuye y ejerce un poder legislativo de alcance constituyente, sino que igualmente, sin miramiento tampoco para derechos, recurre a la avocación y desempeño de poderes judicial y ejecutivo conferidos en principio por ella misma a otras instituciones. Entendiéndose representación de una *Nación* y así la *Nación* misma, se arroga un poder no sujeto a derecho, no debido a los derechos de sus individuos y naciones. Aprovechando una situación militar que permitía cancelaciones institucionales (54), se apresta al ejercicio más expedito de un poder constituyente sobre la *Nación* toda (55). Y todo esto no es sólo que podamos acusarlo nosotros. Entonces, que es lo que importa por significativo, podía acusarlo una crítica constitucional desde posiciones diversas dentro del constitucionalismo mismo, no desde unos campos pre o contraconstitucionales (56).

Ya sólo por plantearse desde una posición de dicha naturaleza constitucionalista merecerían especial atención unas críticas de entonces. Las historiografías *nacionalistas* no siempre a la larga conscientes, tanto la de Francia como la de España, han provocado el espejismo de que sólo hubo oposición significativa no constitucional a sus respectivos arranques constitucionales, añadiendo de este modo puntos ciegos interesados. Así se ha limitado también el campo de visión hasta el extremo de anularse la posibilidad del mismo contraste constitucional que se planteara desde el propio constitucionalismo realmente entonces existente, que es lo que importa de cara al pasado y puede que también al presente por no seguirse perdiendo perspectivas (57).

Castilla y León, 1188-1988. *Actas de la III Etapa del Congreso sobre la Historia de las Cortes*, Valladolid, 1990, vol. 1, págs. 147-195.

(54) CARMEN MUÑOZ DE BUSTILLO: «De Corporación a Constitución: Asturias en España», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, págs. 321-403.

(55) F. TOMÁS Y VALIENTE: «Génesis de la Constitución de 1812. De muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, págs. 13-125, cita en pág. 88 de un acuerdo preparatorio de las Cortes: «Adoptar por máxima fundamental del sistema de reforma que debe establecerse que no habrá en adelante sino una Constitución, única y uniforme para todos los dominios que comprende la Monarquía española», lo que así fue determinación por dar y no evidencia dada. Este *Nacimiento de una Nación* es de fecha de 5 de noviembre de 1809.

(56) MARTIN MURPHY: *Blanco-White: Self-banished Spaniard*, New Haven, 1989, págs. 48-93; JUAN FRANCISCO FUENTES: *José Marchena. Biografía política e intelectual*, Barcelona, 1989, págs. 222-258, ambos, Marchena y Blanco White, tanto por los acontecimientos que sufrieron como por las ideas con las que reaccionaron desde posiciones bien dispares y pese a la falta de competencia específicamente constitucional también de ambos, más reconocida en el caso más consciente de Blanco White. Y entre los críticos constitucionales de Cádiz habríamos de incluir por supuesto también, aunque no viviese para ver la Constitución, a Gaspar Melchor de Jovellanos, otro constitucionalista sin obra constitucional.

(57) B. CLAVERO: *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, donde inicio este género de contraste que he proseguido particularmente desde entonces en las páginas de *Quaderni Fiorentini*.

Y hay más, algo que puede ahora especialmente interesar. En dicha crítica constitucional contemporánea de Cádiz se plantean también cuestiones que no dejan de afectar al constitucionalismo porque no tengan la apariencia de constitucionales. Así ocurrió respecto a invento historiográficamente tan celebrado como el de la *guerrilla*, el de la guerra sin atenuamiento alguno a derecho y con recurso por tanto al terror. La parte *nacional* que se considera en condiciones de inferioridad frente a todo un imperio europeo no sólo la practica, sino que la bendice. La considera y predica como justa. El otro bando lo acusó no solamente con terror social, mas también con horror intelectual. Ahí tenemos otra censura constitucional frente a Cádiz y ésta en caliente. El terrorismo fue práctica común en aquella guerra, como lo será en otras, pero la crítica apuntaba justamente a la cuestión, no de conductas, sino de principios y de aquellos principios que pretenden legitimarlas y pueden así alentarlas (58).

Un bando *nacional*, por serlo, se entendía exento de derecho, cuya misma presunción podrá aplicarse también luego a guerras internas más inciviles todavía por comprometer a ejércitos regulares, a fuerzas constitucionalmente identificadas con la *Nación* (59). La cuestión comenzaba siendo constitucional por afectar a derechos y lo será en mayor medida por interesar a instituciones. La práctica no es que pueda decirse constitucional, pero resulta siempre *nacional*. Y es de tiempo del constitucionalismo. Con todos los conflictos que se quiera, unas relaciones se habían encauzado con anterioridad en unos términos de derecho en lo que interesa al menos al caso vasco (60). No había en tiempos preconstitucionales por supuesto la cuestión

(58) J. MARCHENA: «Al gobierno de Cádiz», en la *Gazeta de Madrid*, 27 a 29 de julio de 1812: *Obra española en prosa*, edición de J. F. FUENTES, Madrid, 1990, págs. 119-138. Pero no tenían por qué haber sido terroristas las tácticas en las que pensara JOVELLANOS cuando propuso formalmente la formación de «guerrillas»: JAVIER VARELA: *Jovellanos*, Madrid, 1988, pág. 218. Y respecto a la dirección de MARCHENA recuerdo que *gobierno* no significa lo que llamamos *gobierno*, categoría todavía inexistente, sino el sistema todo, comprendidas las Cortes, como se expresa en la misma Constitución de Cádiz ya entonces promulgada, pero en trance aún de ratificación básicamente corporativa, dada entre otras cosas la precariedad dicha de la asamblea gaditana: M. LORENTE: «El juramento constitucional», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, págs. 585-632, el número monográfico que vengo citando, el que obliga a mi juicio a cuestionar toda una historiografía constitucional.

(59) Baste el testimonio del constitucionalista a mi entender más sensible de aquel siglo en España, GUMERSINDO DE AZCÁRATE: *Minuta de un testamento*, Madrid, 1876, que publicó anónima, pág. 78, respecto a las guerras carlistas y particularmente a la que ha conocido, «la segunda guerra civil que ha aniquilado la patria»: «En ésta, como en la primera, ambos partidos contendientes han sido poco escrupulosos en los medios: el rebelde, faltando a todas las leyes divinas y humanas, para sostener lo que llama sacrilegamente la causa de Dios; el liberal, olvidando que nunca un Gobierno puede tomar como criterio de conducta el responder con la injusticia a las que cometen los que comienzan por ponerse fuera de la ley. De un lado el incendio, el saqueo, el asesinato; de otro las confiscaciones, los destierros, la tala de campos y cosechas: de ambos, la consagración del principio inicuo e inmoral de que el buen fin autoriza los malos medios».

(60) JOSÉ MARÍA PORTILLO: *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en la Provincias Vasca. 1760-1808*, Madrid, 1991.

constitucionalmente más primaria, la de derechos individuales, los propiamente tales, pero así tampoco la encontramos a efectos prácticos en los constitucionales.

Defendiéndose una *Nación* frente a otra, es la que se considera débil la que comienza por creerse con el derecho de actuar al margen de todo derecho salvo el que entiende propio. La fuerte podrá seguir el ejemplo. Todo daño que se infrinja resultaría legítimo cuando de una defensa de *Nación* se trata. Este sujeto político vendría así a situarse sobre la misma *Constitución* que lo sustenta, por encima de los mismos derechos que el orden constitucional representa, los que le distinguen. Así, sin sujeción alguna a derecho salvo el de la propia existencia, es como viene entonces a producirse el mismo nacimiento. El invento *nacional* de la guerra de *guerrillas* por parte del bando *patriota*, el de Cádiz, es al fin y al cabo un corolario de esa forma de invención de la *Nación* misma. La historiografía *nacionalista* no hará sino corroborarlo convirtiendo a aquella misma *guerrilla* en gesta expresamente *nacional*. Tampoco es que sea exclusiva suya. En la conocida visión de unos observadores exteriores, mientras que el constitucionalismo gaditano puso *las ideas*, el movimiento guerrillero aportó *la acción*. Aunque con esto quería acusarse desconexión (61), resulta también complementariedad, cabiendo entonces acoplamiento. Estaríamos ante el par de caras de la misma moneda, de una misma pieza *constitucional* y *nacional*. No hace falta citar. Es la imagen que suele ofrecerse, la que se da por hecha y tiene por sabida.

Miremos la visión más cercana de otro observador exterior en el sentido de no connacional. La historiografía *nacionalista* propia resultaría mucho menos convincente aunque sólo fuera por ponernos las cosas demasiado fáciles. Un especialista en *estructuras nacionales* no ha dejado de interesarse por el momento fundacional gaditano con su *guerra de Independencia*, con una guerra de la que se nos asegura que «marca el momento de la historia en que mejor se afirma la unidad española, la unidad *nacional*». De ella, de la guerra, se nos dicen más cosas. Marcha mal en su forma convencional, por lo que surgen «los grupos de combatientes populares». He aquí entrando en acción «unas clases populares» que «experimentan siempre alguna satisfacción en el empleo de la violencia cuando se les da ocasión de criticar a las autoridades establecidas y a tomar ventaja sobre las minorías dominantes». Todo esto se nos especifica porque se dan casos de «horribles venganzas» no sólo contra franceses, sino también entre españoles y particularmente frente a autoridades propias de las que se desconfía. «¿Cómo negar razones a estas desconfianzas y violencias, aunque no les demos la razón?», se pregunta nuestro observador con la respuesta complaciente tan entendida que no tiene necesidad de manifestarla (62).

(61) KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS: *Revolución en España (1854-1876)*, Barcelona, 1966, págs. 90, «hazañas de la guerrilla», y 109, «acción sin ideas» e «ideas sin acción», que son páginas de MARX, 1854, traducidas por MANUEL SACRISTÁN, 1960.

(62) P. VILAR: «Ocupantes y ocupados: algunos aspectos de la ocupación y resistencia en España en 1794 y en tiempos de Napoleón», 1968, págs. 189-205, en sus *Hidalgos, amotinados y guerrilleros*, págs. 169-210.

La resistencia a ultranza y el ataque por cualquier medio se considera que estarían más que justificados porque, como le espeta más o menos por entonces un español a un francés, *intentáis tratarnos como indios*. Quienes por lo visto merecen la vejación constante son ellos, americanos aborígenes, y no nosotros, europeos nativos. Pero la otra presencia ya se encuentra cancelada desde que se nos ha asegurado que llegamos al momento «en que mejor se afirma la unidad española, la unidad *nacional*». Nuestro observador, que es francés, entiende con todo al español (63).

E igual que con el pasado se muestra comprensivo con el presente. La historia pretende que le enseña. No habría solución de continuidad no ya entre terrorismos contemporáneos, sino tampoco entre ellos y resistencias antiguas conformes a derecho: «En definitiva, *Euskadi Ta Askatasuna* es pariente de *Visca la terra i mori el mal govern*. Hay momentos en que la lucha de clases y las luchas de grupo llegan a juntarse» (64). Y esto se decía tras la Constitución de 1978 cuando el terrorismo aludido en términos tan apreciativos había dado muestras, mediante asesinatos, de que no iba a cejar. Sobran otros comentarios. Lo que en definitiva resulta es que somos hijos de Cádiz, fruto podrido.

(63) P. VILAR: *Patria y nación en el vocabulario de la guerra de la Independencia*, pág. 231, citando la *Respuesta pacífica de un español a la carta sediciosa del francés Grégoire que se dice obispo de Blois*, Madrid, 1798, pág. 5; *Ocupantes y ocupados*, pág. 205, esto citado.

(64) P. VILAR: «Estado, nación y patria en las conciencias españolas: historia y actualidad» (conferencia pronunciada en 1980), pág. 268, en *Hidalgos, amotinados y guerrilleros*, págs. 255-278.

