

JURISDICCIONES VETERANAS Y ESTADOS NOVICIOS:
MÉXICO Y TEXAS, 1824-1866

Bartolomé Clavero

El proyecto de Constitución que hoy se encuentra sometido a las luces de vuestra soberanía revela en sus autores un estudio no despreciable de los sistemas políticos de nuestro siglo, pero al mismo tiempo un olvido inconcebible de las necesidades positivas de nuestra patria.

El Nigromante, Congreso Constituyente, México, 1856.

Creo que debemos comenzar por felicitarnos de la ocasión. No se trata de mero escatocolo. En un congreso sobre época preconstitucional se le dedica toda una sesión a tiempo de Constitución: *Antiguas Audiencias y nuevas Naciones*, tribunales hispanos y naciones americanas¹. Entremos directamente en materia. ¿Qué relación de justicia guardan un establecimiento europeo en América de una parte y, de la otra, un surgimiento de entidades políticas independientes en forma de Naciones o Estados bajo modelo tampoco ajeno a Europa? En el momento formativo, ¿cómo se presenta dicha relación para el ámbito de la justicia planteada en términos constitucionales desde dicha misma independencia?

I. JUSTICIA PRECONSTITUIDA EN TIEMPO CONSTITUYENTE

He aquí en efecto un interrogante. ¿En qué medida resulta relevante la vieja justicia para la formación de cuerpos políticos que, como los Estados americanos, se predicán constitucionales desde sus mismos balbucesos? Voy a reflexionar sobre la cuestión en unos términos generales con base en unos casos concretos, el mexicano y el texano. Me pregunto sobre la relevancia de la justicia preconstituida, no de la establecida por determinaciones constituyen-

¹ Entre los motivos que guardo de agradecimiento a Feliciano Barrios, figura ahora el de la acogida, como responsable científico, de mi sugerencia de una sesión de tiempo constitucional, *Antiguas Audiencias y nuevas Naciones*, en el Congreso Internacional, realmente intercontinental, *El Gobierno de un Mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispana*, Toledo-Madrid, España, 4-8 de noviembre, 2002.

tes, para la formación política y la articulación social de unas naciones americanas con el ejemplo de México y de la escisión de Texas sobre el tapete.

La cuestión de la formación y articulación de naciones políticas no suele plantearse en este terreno de la justicia. Más bien se entiende exclusiva del campo representativo. A dichos efectos, lo que se atienden son los mecanismos electorales de representación constitucional. El interrogante suele ceñirse a este escenario. Hoy incluso asistimos a una revalorización militantemente exagerada de las prácticas representativas en la formación de unos Estados, como si el presente requiriese del pasado el panorama². Si ahora nos interesa señalar este enfoque cerrado sobre el terreno político, es tan sólo por cuestionarlo y aparcarlo. Ciega. Produce el daño colateral de solapar otro campo, el judicial. También el presente puede sufrir el efecto al minusvalorarse constitucionalmente la justicia ordinaria. Nos importa ahora la circunstancia de que historiográficamente no suela atenderse al propósito de unas articulaciones constitucionales. A ello vamos. Un viraje está ahora emprendiéndose de forma resuelta³. ¿No resulta importante la actividad que ofreciera precisamente amparo de derechos, defensa de intereses y resolución de conflictos? ¿No forma y articula nación la justicia?

Pudiera de entrada pensarse que fuera relevante para la articulación constitucional un sistema de justicia presidido por altos tribunales más o menos sucesores de las antiguas Audiencias, pero ésta es una conexión que difícilmente se comprueba respecto a planta y función judiciales. Incluso a los efectos de trazado de mapa o determinación de territorio entre Estados independientes o federados, las Diputaciones provinciales de carácter representativo del constitucionalismo gaditano resultan más relevantes al menos en el área mesoamericana⁴. Frente a lo que tiende retrospectivamente a figurarse, para la articulación del mismo espacio de los Estados y entre unas primeras elecciones promovidas todavía desde España, las provinciales e incluso las municipales pudieron ser mucho más importantes que las parlamentarias o generales. Unas y otras, todas ellas, se situaban en el ámbito de la representación constitucional y no de la mera organización administrativa⁵. Tampoco se olvide, pues está también comprobándose, que la ley, incluso la constitucional por parlamentaria de base electoral con toda

² Carlos MALAMUD (ed.), *Partidos políticos y elecciones en América Latina y la Península Ibérica, 1830-1930*, Madrid 1995. Contrástese Antonio ANNINO (ed.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*, Buenos Aires 1995; Eduardo POSADA CARBÓ (ed.), *Elections before Democracy. The History of Elections in Europe and Latin America*, Londres 1996.

³ Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español, 1810-1823*, Madrid 1999.

⁴ Nettie Lee BENSON, *The Provincial Diputation in Mexico. Harbinger of Provincial Autonomy, Independence, and Federalism* (1955), Austin 1992; Mario RODRÍGUEZ, *El experimento de Cádiz en Centroamérica, 1808-1826* (1978), México 1984; Jaime E. RODRÍGUEZ O., *La independencia de la América española*, México 1996, con base monográfica propia sobre México.

su difusión impresa, no alcanzaba de hecho por su parte el efecto de articulación constitucional que se presumía y presume⁶.

Aparte de que puedan también resultar problemáticas las presunciones representativas y virtudes articuladoras de unas prácticas electorales y parlamentarias para la formación de naciones políticas en el caso al menos y quizás no sólo de América, ¿quiere todo ello decir, a lo que ahora nos importa, que no hay relación entre justicia preconstitucional y nación constituyente? No nos precipitemos. De momento sólo parece que dicha conexión, de presentarse, no pasa por las Audiencias donde las hubiera. Aunque se diera algún tracto incluso personal, no podía haberlo institucional, salvo en el caso, que no fue el general, de mantenimiento de la dependencia⁷. Sirva el título de nuestra sesión, *Antiguas Audiencias y nuevas Naciones*, como sugerencia preciosa, más no como guía decisiva. Reconózcase que presenta el mérito de situarnos ante el desafío de una clave por descifrar. Retornemos a los términos más generales. ¿Qué relación pudo darse entre justicia constituida y articulación constitucional?

Existe otro elemento judicial que, a la par de la representación política, fue el que se consideró entonces clave para la articulación constitucional como justicia constituida. Me refiero a la institución del jurado. Se dirá, a bote pronto, que, fuera de la órbita británica, no cabe precisamente que sea pieza preconstituida. Suele entenderse que tan sólo como tal puede darse en el tracto del *common law* anglosajón, donde la institución del jurado ya venía practicándose por tiempos preconstitucionales. Sin embargo, su perfil fue superior⁸. Su consideración como justicia constituida pudo presentarse a lo ancho y largo de América. Llega de hecho, como veremos, identificándose como *jury*, por vía de la lengua inglesa. Aunque el término equivalente de *jurado* ya se tenía, no hizo su ingreso por el castellano⁹.

⁵ José Antonio SERRANO, *Jerarquía territorial y transición política. Guanajuato, 1790-1836. Zamora 2001*, cap IV: "Una mudanza de primer orden: Cabildos, elecciones y Congreso, 1820-1836". Puede adicionarse con seguro provecho comparativo Federica MORELLI, *Territorio o Nazione. Riforma e dissoluzione dello spazio imperiale in Ecuador, 1765-1830*, Catanzaro 2001.

⁶ Marta LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas, 1810-1889*, Madrid 2001, respecto a España. Puede contrastarse el valor desmesurado que se le concede a la misma imprenta de por sí para la formación de naciones por Benedict ANDERSON, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo* (1983), México 1993, capítulo cuarto sobre la América que se dice latina.

⁷ Josep María FRADERA, *Gobernar colonias*, Barcelona 1999, cap. II.2: "¿Por qué no se promulgaron las leyes especiales de Ultramar?" (1995); Javier ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del siglo XIX*, Madrid 2001.

⁸ B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid 1997, cap. II: "Crédito del jurado y credenciales del constitucionalismo".

Cómo, de qué forma, ocurre la entrada del jurado con tal virtualidad articuladora, vamos a verlo en un par de casos, el mexicano y el texano. Al efecto por lo demás se añade la circunstancia bastante patente de que en el periodo preconstitucional existía, por una geografía americana, justicia no sólo de la monarquía española, sino también de las comunidades indígenas. Qué relación haya entre éstas y el jurado, es algo que también habrá de verse. Si estoy recordándolo, es porque alguna conexión de importancia para la articulación constitucional podría manifestarse, pero no son nuestras consideraciones de ahora, sino las evidencias de entonces, las que han de poner de relieve tanto el nexo como su relevancia. No tendremos apenas que confrontar historiografía, pues vamos a tratar puntos que no figuran en la agenda ni siquiera de la especializada jurídica o constitucional⁹. Alguna bibliografía, a lo que alcanzo, podrá asistir y respaldar, inclusive, con disculpas, propia, sobre todo en el momento alegre de aventurarse a la comparación, bien que también triste de acercarse a la despedida¹¹.

Permítaseme entonces replantear, con la venia antes de la sala como ahora de la lectura, bajo mi sola responsabilidad y para mi exposición en exclusiva, los términos del asunto: *Nueva justicia y nuevas naciones*, o tal vez *Antiguas jurisdicciones y antiguos pueblos*, o quizás otros dobletes entre estos o similares sintagmas en una baraja de cartas contadas. Por ahí anda la cuestión. Afortunadamente, me encuentro acompañado en la sesión constitucional, como lo

⁹ M^a Teresa GARCÍA GODOY, *Las Cortes de Cádiz y América. El primer vocabulario liberal español y mejicano (1810-1814)*, Sevilla 1998, índice de palabras por ausencia. La primera Constitución española con aplicación en América, efectiva por donde será México, se refería limitativamente, por lo que veremos, a la institución, y también inopinadamente (*Constitución Política de la Monarquía Española*, Cádiz 1812, art. 307: "Si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces del hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente"; *córtes* en el sentido de parlamento o congreso, no de tribunales).

¹⁰ José Luis SOBERANES, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (Notas para su estudio)*, México 1992; Manuel FERRER y María BONO, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México 1998; Manuel GONZÁLEZ OROPEZA, *El juicio por jurado en las Constituciones de México*, en *Cuestiones Constitucionales*, 2, 2000, pp. 73-86.

¹¹ Prosigo con el programa que, para el momento histórico constituyente, a los efectos de registro bibliográfico que ahora huelga y debate historiográfico que ahora excuso, inicié en el volumen monográfico sobre *Constitución de Cádiz* dirigido por Francisco TOMÁS Y VALIENTE: *Cádiz entre Indígenas (Lecturas y lecciones sobre la constitución y su cultura en la tierra de los mayas)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 931-992.

¹² En el panel de *Antiguas Audiencias y nuevas Naciones* concurren Marta Lorente y Federica Morelli. Desafortunadamente, otro peso fuerte, Antonio Annino, tuvo que ausentarse, por emergencia familiar, en el último momento. Andrés Lira participó en el coloquio con reflexiones interesantes a mi exposición. Esta versión por escrito es posterior, aprovechando las intervenciones varias, las formales y las informales. El papel lo he consultado con la membresía numeraria (M. Lorente, Paz Alonso, José M^a Portillo, Carlos Garriga, Jesús Vallejo, Carmen Muñoz de Bustillo y F. Martínez) del grupo de investigación HICOES (Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España), proyecto del Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU 2000-1378. Debo sugerencias sensibles a James Anaya.

estaré en las actas, por quienes pueden ampliar el panorama y enriquecer la visión¹². Su rótulo oficial entiendo que conserva el valor de una intuición: entre lo constituido y por constituir a los efectos formalmente constitucionales, si no hubo solución más completa de continuidad en el caso de América, quizás incluso de toda ella, pudo ser por preconstitución de justicia y no por virtud de otras funciones. A esto acudo.

II. DERECHOS CONSTITUCIONALES, GARANTÍAS FEDERALES, JURADOS VECINALES

México tiene a la vista seriamente la institución del jurado desde sus primeros tiempos constitucionales independientes. Se plantea de forma más reconocida a través del desarrollo por las Constituciones estatales de la Constitución federal de 1824 que les había sustancialmente confiado, salvo la libertad de prensa, la materia de los derechos y sus garantías¹³. Más esta primera comparecencia no se produce en términos de una justicia preconstituida que pudiera acudir a una articulación nacional¹⁴. Tal cosa cuando ocurre es con la reconstitución de México a mediados de siglo tras alrededor de un par de décadas, entre los mediados de los treinta y los cincuenta, de escaso, si algún, constitucionalismo, aun habiendo Constituciones¹⁵.

Entre el plan constituyente de Ayutla-Acapulco en 1854 y la Constitución federal de México de 1857, el perno y la crujía en la creación histórica de tal formación política compleja¹⁶, se hace presente y somete a debate un diseño constitucional para el que el jurado es pieza crucial y además preconstituida en orden al establecimiento y la articulación de la Federación como Nación. Es lo que quiero considerar no por lo que importe particularmente a México,

¹³ B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 106-128 para el caso mexicano.

¹⁴ Mariano GALVÁN RIVERA (ed.), *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos*, México 1828, Jalisco (1824), arts. 225 y 226; Zacatecas (1825), art. 169; Nuevo León (1825), art. 182; Yucatán (1825), art. 189; Tamaulipas (1825), arts. 194 y 195; Querétaro (1825), arts. 179, 180 y 186; Sonora y Sinaloa (1825), art. 229; Guanajuato (1826), art. 196; México (1827), art. 209; Coahuila y Texas (1827), art. 192. México ya era nombre de Estado además del de la Federación, el uno sustantivo y el otro adjetivo. Para el debate constituyente federal, *Actas Constitucionales Mexicanas, 1821-1824*, edición de José BARRAGÁN, México 1980-1981.

¹⁵ Felipe TENA (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, México 1957, de la que tengo a mano la decimoséptima edición, 1992. La hay viva del 2002.

¹⁶ Richard N. SINKIN, *The Mexican Reform, 1855-1876. A Study in Liberal Nation-Building*, Austin 1979; María del Refugio GONZÁLEZ (ed.), *La formación del Estado Mexicano*, México 1984, pp. 133-230; *El Estado liberal (1854-1910)*, con ponencias de Andrés LIRA, Moisés GONZÁLEZ NAVARRRO, Fernando ROSENZWEIG y Álvaro MATUTE, más comentarios; François Xavier GUERRA, *México: del Antiguo Régimen a la Revolución* (1985), México 1988, parte precisamente de la Constitución de 1857. Para los textos aludidos del arranque constituyente, *Plan de Ayutla y Plan de Ayutla reformado en Acapulco* (1854 ambos), F. TENA (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, pp. 492-498.

sino por sus implicaciones más generales para un constitucionalismo americano. No entro aquí en cuestión ninguna referente a la efectiva implantación y práctica institucionales del jurado en ningún caso, ni siquiera en el mexicano o tampoco en el texano. Vamos a ocuparnos estrictamente del planteamiento constitucional. Lo propongo para México y para Texas en orden a una comparación que nos permita alguna generalización.

Constitucional, motivado por libertades y en busca de garantías, es el proceso que conduce a la Constitución de 1857. Lo es el proyecto elaborado por la Comisión Constitucional en el Congreso Constituyente. El texto que se presenta al pleno para seguro debate y eventual acuerdo abriga en efecto la inspiración y el objetivo. Responde también a la precaución entonces lógica de que las libertades no queden a la determinación política no sólo del poder legislativo, sino tampoco del constituyente. El dictamen de la Comisión hace explícito un planteamiento de este género donde, como derecho preconstituido, aparece precisamente el jurado. Vayamos viendo para alcanzar a nuestro extremo. Consideremos documentos que fueran entonces públicos, como tal dictamen¹⁷.

Una vez que la Constitución federal va a hacerse cargo de los derechos y sus garantías, se acentúa la preocupación porque dicha materia fundamental no quede a la determinación de un poder tan superior y concentrado como el del Congreso General Constituyente de la Federación. La inquietud se expresa en nombre tanto de las entidades federadas como de las libertades ciudadanas. El dictamen propone que se acepte la existencia de un derecho constituido en México, de un derecho así no sujeto a poder constituyente. Joven y todo, la Nación ya tendría constitucionalismo instituido. La misma Constitución de 1824 contendría un derecho que, aun no respetado o ni siquiera reconocido durante los últimos años, debería entenderse como ya preconstituido con dicho alcance.

En virtud de tal Constitución, es como se considera que el propio federalismo está vigente en México, cual derecho preconstituido, frente a las mismas prácticas centralistas del régimen no constitucional contra el que había venido a pronunciarse en 1854 el Plan de Ayutla. Esta reposición de 1824 planteada por la Comisión Constitucional en 1856 no llega al punto de recuperarse la confesionalidad religiosa católica por la que estaba fundamentalmente entonces defendiéndose el restablecimiento de dicho primer texto constitucional. Entiende la Comisión que tal cosa estorbaría el planteamiento de libertades que también propone como derecho constituido, como derecho anterior y superior a la misma Constitución primigenia de 1824 y a la propia existencia de México:

¹⁷ Dictamen de la Comisión (1856), en F. TENA (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, pp. 525-554.

La República Mexicana tiene su derecho público, sus leyes establecidas en un código, sus tradiciones constitucionales, su derecho consuetudinario, y aún antes de salir de la esclavitud española y recobrar su ser independiente y soberano, tenía también derechos de la misma naturaleza, imprescriptibles, que no acaban, que no pueden caducar¹⁸.

Son en concreto los *derechos del hombre*, los *derechos de hombres libres* que ya se invocaban por los constituyentes de 1824 sin guardar luego consecuencia. Hombre, de entrada, es entonces excluyente de mujer¹⁹, pero son otras las exclusiones que habremos de contemplar. Ahora interesa que a dicha Constitución directamente, por encima de la adversidad de los acontecimientos, se le imputa el cortocircuito de unos principios. Para evitarse en este nuevo intento, se insiste en la máxima de que los derechos de libertad deben ser reconocidos como superiores a la Constitución misma, con un valor normativo propio que no depende de su registro constitucional y que debe incluso imponerse al mismo riesgo de entender tal dependencia de escritura en su consignación por escrito:

No ignoramos que publicistas muy respetables, para oponerse a la acta de derechos que hoy se ve al frente de todas las constituciones de los pueblos libres, manifiestan que no son estas declaraciones escritas las que establecen el derecho, inviolable, preexistente, que no puede ser mudable como las fórmulas; que los cambios introducidos en las constituciones no se verifican, sino precisamente apoyándose en el derecho mismo e invocando su fuerza moral. Que proclamar un derecho, es admitir que se duda de él, y ofrecerle una sanción escrita, poner una fecha a su sanción. Reconocemos que los derechos de la humanidad son inmutables y sagrados, pero no podemos concebir su pleno y libre ejercicio sino en el estado social. No pretendemos crear esos derechos ni hacerlos dependientes de un pacto variable como la voluntad de los contrayentes; pero por el respeto mismo que nos merece, queremos decir en palabras claras y solemnes cuáles son las seguridades que nuestra sociedad puede prestar a tales derechos.

¹⁸ Dictamen de la Comisión, pp. 533-538, para todas sus citas, por fácil localización, referentes a posición y fundamentación del jurado.

¹⁹ B. CLAVERO, *Happy Constitution*, cap. 1: "Principio constitucional: el individuo en estado"; Ursula VOGEL, *Fictions of Community. Property Relations in Marriage in European and American Legal Systems of the Nineteenth Century*, en Williband STEINMETZ (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age. Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, Oxford 2000, pp. 91-122, que, comparación mediante, trasciende el supuesto y los casos contemplados.

El acento viene de este modo justamente a las garantías, donde se comprende el jurado vecinal como derecho preconstituido en cuanto que procedimiento de justicia requerido por los *derechos del hombre y derecho del hombre* así él mismo. Garantías y derechos se consideran indisociables. De las unas tanto como de los otros se predica la naturaleza constituida como límite para la determinación constituyente:

En su forma, tales artículos [de *derechos del hombre*] podrán ser modificados, pero en su esencia creemos que la asamblea constituyente los tendrá en cuenta como primordiales elementos de la vida social, como bases indestructibles.

Se señala el modelo en otros Estados Unidos, los situados al norte, y se tiene la autoridad en un individuo, Thomas Jefferson, el constitucionalista virginiano, además de presidente estadounidense poco más de medio siglo atrás, a la entrada de la centuria. Autoridad ya era²⁰. Una larga cita suya viene a continuación en el dictamen. Se compone de pronunciamientos anteriores a la presidencia, de entre 1787 y 1789, de cuando se discutía la adición, por vía de primeras enmiendas, de una declaración de derechos o *bill of rights* a la Constitución federal de los Estados Unidos. He aquí unos pasajes de la extensa cita de Jefferson en castellano:

No apruebo (...) la omisión de un *bill* de derechos que garantice (...) la libertad de religión, la libertad de imprenta, la seguridad contra los abusos de los ejércitos permanentes, la existencia perpetua y jamás suspendida de las leyes de *habeas corpus*, y los juicios por *jury* para todas las cuestiones de hecho, susceptibles de ser juzgadas por las leyes del país (...). La acta de derechos es el freno legal que se pone en manos de la autoridad judicial (...). Y no es el poder ejecutivo el principal objeto de mi solicitud. La tiranía de las legislaturas es actualmente, y será por muchos años, el peligro más temible²¹.

En este contexto de particular preocupación por una *tiranía de las legislaturas*, el registro de un jurado con competencia virtualmente universal en el terreno judicial se potencia más allá de su propia reclusión a *cuestiones de hecho* ("matters of fact"). Con capacidad normativa de carácter negativo, resultaba el baluarte principal de libertad particular o local frente a determinación política o general, fuera ésta incluso formalmente legislativa. No lo olvidemos para cuando lleguemos a Texas. Podría constar en México, de lo que no nos faltarán indicios. Veremos a los *vecinos de un pueblo*, de cualquier pueblo,

²⁰ Merle E. SIMMONS, *La revolución norteamericana en la independencia de Hispanoamérica*, Madrid 1992, para alguna pista mediante el índice onomástico, a lo que en México se añadía no sólo la vecindad, sino también, inicialmente, los propios requerimientos de un constitucionalismo federal con acento constituyente en los Estados: Timothy E. ANNA, *Forging Mexico, 1821-1835*, Lincoln 1998.

perfilarse como agentes de determinación del derecho por virtud del jurado²². El propio dictamen deja sentado fundamentos:

La soberanía del pueblo, base fundamental de los principios republicanos, punto de partida para todas sus aplicaciones, regla segura para la solución de todos sus problemas, no se comprende, ni siquiera se concibe sin la institución del jurado (...). ¿Y cómo la sanción de las leyes podrá quedar absolutamente fuera del poder del pueblo, sin menoscabar y destruir su soberanía? ¿Cómo, sin incurrir en una palpable inconsecuencia, se abandonaría esta sanción a magistrados y jueces que no reciben su autoridad por un nombramiento popular, que son inamovibles, que giran en esfera distinta y tienen un tipo diferente y aun contrario a la índole de las instituciones?

He aquí de paso unos motivos para una discontinuidad institucional que ya hemos observado. Se daba por sentada sin más en México. Durante aquel debate constituyente de 1856, resulta llamativo el mismo contraste de la relativa atención prestada a la planta judicial de carácter general en comparación con la dedicada al detalle de la presencia ciudadana en la justicia mediante la institución del jurado de índole local. Nos encontramos ante un exceso de argumentación incluso en relación al efectivo papel que se le reserva en el proyecto constitucional en cuestión. Así se anuncia por el dictamen:

Una innovación importante se introduce en nuestro sistema de procedimientos criminales, fijando como garantía previa en favor de todo

²¹ Se trata en realidad de una refundición de citas indudablemente todas ellas jeffersonianas. Las referentes a justicia de jurado y a tiranía de legislatura las localizo por internet: <http://www.constitution.org/tj/jeff.htm>, entradas correspondientes a los volúmenes sexto y séptimo de la edición reproducida (Albert Ellery BEGH, ed., *The Writings of Thomas Jefferson. Containing his Autobiography, Notes on Virginia, Parliamentary Manual, Official Papers, Messages and Addresses, and other Writings, Official and Private*, Washington 1907). Pertenecen a su epistolario con James Madison, a sendas cartas fechadas ambas en París, el 20 de diciembre de 1787 y el 15 de marzo de 1789: "I will now tell you what I do not like. First, the omission of a bill of rights, providing clearly, and without the aid of sophism, for freedom of religion, freedom of the press, protection against standing armies, restriction of monopolies, the eternal and unremitting force of the habeas corpus law, and trial by jury in all matters of fact triable by the laws of the land"; "The executive, in our governments, is not the sole, it is scarcely the principal object of my jealousy. The tyranny of the legislatures is the most formidable dread at present, and will be for many years". La expresión intermedia, la de que con la declaración de derechos se apodera al ramo judicial y no al legislativo o eso debe, es de lo más usual en Jefferson. Además de alguna precedente, ya existía a la sazón la edición más cumplida de *The Writings of Thomas Jefferson. Being his Autobiography, Correspondence, Reports, Messages, Addresses, and other Writings, Official and Private*, Washington 1853-1854, cuyos materiales se comprenden en la de 1907.

²² Shannon C. STIMSON, *The American Revolution in the Law. Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton 1990, para la comprobación oportuna en el caso de referencia, particularmente de cara a la historiografía y al constitucionalismo convencionales que siguen datando la competencia judicial frente a ley a partir de la jurisprudencia del jefe Marshall en cabeza además de la Corte Federal Suprema, sin radicarla en el jurado de a pie.

acusado o prevenido, que se le juzgue breve y públicamente por medio de un jurado imparcial.

Efectivamente, en la primera sección del primer título del proyecto, la de entrada que se dedica a los *derechos del hombre*, y en su artículo veinticuatro, la comparecencia del jurado es así de importante, pero también de modesta en relación con todo lo que se ha anunciado, como en mayor medida lo resultará respecto a la Constitución definitiva²³. Se le reduce por el proyecto a garantía "en todo procedimiento criminal" y solamente así en caso penal mediante determinaciones previas de la ley, especificándose la previsión del establecimiento legislativo del mapa de los distritos que identifiquen la vecindad para la formación de los jurados. El dictamen acusa conciencia del salto entre motivación y proyecto. Intenta al efecto argumentar que toda ley que se precie es penal:

Las leyes, propiamente hablando y consideradas en su último análisis, no tienen su eficaz cumplimiento ni su verdadera sanción, si no es en la pena. La ley que no es penal, será una declaración política, una publicación de doctrinas, la revelación de un contrato, o la publicación de un hecho.

¿Cubría el proyecto realmente la función más general y decisiva del jurado como contrapeso frente a la llamada *tiranía de las legislaturas*? El propio dictamen no se llamaba a engaño. No toma nombres en vano. La invocación de Jefferson no es cita de adorno. En la función insiste con énfasis, respirando ciertamente por heridas propias, el mismo dictamen:

¿Y cómo no serán aplicables a nuestro país las doctrinas que acabamos de citar [las expresadas por Jefferson], cuando sobre la envejecida costumbre y la facilidad punible que para violar los derechos y garantías individuales han adquirido nuestros gobernantes y aun las autoridades más subalternas y hasta los agentes más ínfimos de la administración, tenemos que pensar en esa misma tiranía de las legislaturas que, creyéndose absoluta y despótica, nos ha dado tantas ocasiones de

²³ Proyecto de Constitución (1856), en F. TENA (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, pp. 554-573 (art. 24: "En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías: ... 4ª, que se le juzgue breve y públicamente por un jurado imparcial, compuesto de vecinos honrados del Estado y Distrito en donde el crimen se ha cometido. Este distrito deberá estar previamente determinado por la ley"); la Constitución de 1857, *Constitución Política de la República Mexicana, sobre la Indestructible Base de su Legítima Independencia, Proclamada el 16 de Septiembre de 1810 y Consumada el 27 de Septiembre de 1821*, como la misma se autodenomina, con una base de ese modo constituida, en pp. 606-629. En edición exenta (encarte entre pp. 594-595), aparece en el mismo año como *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente*.

escándalo, tantos pretextos de discordia, tantos incentivos a la guerra civil? (...). Llegóse a creer entre nosotros, en un tiempo de luctuosa memoria, que el poder legislativo no debía reconocer límites y que para su competencia irregular y monstruosa era lo mismo dictar leyes retroactivas que señalar y aplicar penas a casos especiales, decretar prescripciones, alterar la naturaleza de los contratos; y en fin, atacar y destruir los derechos del hombre y del ciudadano, que son la piedra angular del orden social.

Con este panorama bastante crudo, puede entenderse el mismo empeño por limitarse el poder constituyente mediante la concepción de un derecho constituido de tal alcance como *piedra angular del orden social*. El efectivo papel en esta dirección que pudiera entonces desempeñar el jurado queda bastante neutralizado, aunque no completamente eliminado, por dicha reducción a cuestión de hecho en el orden penal sin capacidad reconocida siquiera para interferir legislación *irregular y monstruosa* en el mismo campo criminal. No parece quedar espacio para un jurado de comunidad local de cara a la legislación de nación constitucional, pero ésta es precisamente la perspectiva que se nos va a mostrar. En todo caso, de momento, ahí figura su planteamiento como pieza de un derecho constituido para el propio proceso constituyente.

El pleno del Congreso va a discutir no sólo la propuesta del proyecto, sino también el planteamiento del dictamen, lo que aquí nos interesa precisamente. Comienza el Congreso General Extraordinario Constituyente por no aceptar la sustracción de debate que entrañaría la aceptación de dicho trazado de derecho sustancialmente preconstituido. Se entra en la discusión y se hace a fondo, cuestionándose tanto derechos como garantías y produciéndose una criba no generalizada, pero significativa. No sólo se toca *forma*, sino también *esencia*.

Pasamos al pleno. Es un decir por supuesto. Nos ponemos en el momento o eso tratamos. Y no somos congresistas ni tampoco público al que le quepa asistir. Ya que no cabe hacernos presentes a nuestras alturas, vengamos a informarnos como hoy se pueda o incluso como entonces buenamente se pudiera. Instruyámonos por la crónica más fresca de un simple periódico²⁴. Bueno es que observemos desde fuera de la asamblea para que no perdamos de vista la humanidad exterior dentro del propio México.

²⁴ FRANCISCO ZARCO, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, edición y estudio preliminar, pp. VII-XXIII, de Catalina SIERRA, México 1957 (p. XII: "Poco se ha reparado en que, si parte de la doctrina liberal no alcanzó a plasmar en la Constitución, tal doctrina aparece claramente delineada en las deliberaciones, en los dictámenes, en los discursos", lo que es buena sugerencia salvo por el calificativo bastante común de *liberal* que queda realmente corto incluso

III. PRESUNCIÓN DE IGNORANCIA, PRESENCIA DE PUEBLOS, CONSTANCIA DE JURISDICCIONES

El jurado cual garantía general en el proceso penal, no para casos especiales como el de libertad de imprenta, va a ser rechazado por el pleno mediante una votación en verdad bastante ajustada, tanto como con una diferencia tan sólo de un par de votos²⁵. En la Constitución de 1857 (arts. 7 y 20, éste en contraste con el 24 del proyecto), no figura el jurado finalmente en la posición de derecho que se le deparara por la Comisión. Se reduce a garantía en ejercicio de dicha libertad, la de imprenta, con juego de doble jurado para competencia respecto a la calificación del hecho y a la aplicación de la ley, también así con cometido de derecho, pero en estos términos de sujeción a determinación de orden legislativo²⁶. Ha empezado además a diseñarse un sistema judicial sin previsión de jurado al margen del Congreso en virtud de los poderes extraordinarios del gobierno provisional conforme al Plan de Ayutla-Acapulco²⁷. Desde el ministerio de gobernación se expresaba la aspiración de que la Constitución no viniera a otorgar competencia al poder judicial no sólo respecto al legislativo, sino tampoco de cara al ejecutivo, con la fuerte prevención que esto implicaba frente a cualquier eventualidad de participación ciudadana en la justicia²⁸. Fuera de la Comisión, no se perfilaba un ambiente favorable al jurado, pero el debate de pleno será serio y la votación, como he dicho, reñida.

No habrá éxito para el jurado. No comparecerá en el título *De los derechos del hombre* de la Constitución de 1857. Entre las garantías procesales penales

en sentido estadounidense. El cronista, F. ZARCO, era diputado, secretario del Congreso y también redactor en jefe del periódico *El Siglo XIX* en cuyas páginas fue editándose sobre la marcha el material, no recogido luego tal cual en volumen hasta cumplirse el centenario. Con complementos y alguna integración, ya lo reeditó él mismo a continuación como *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente. Extracto de todas sus sesiones y documentos parlamentarios de la época (1857-1861)*; p. V: "Hasta ahora, por un descuido lamentable, en la República no se han dado a conocer los debates parlamentarios", con reedición a su vez igualmente conmemorativa, estudio de Antonio MARTÍNEZ BÁEZ e índices de Manuel CALVILLO, México 1956. En la misma ocasión se publicaron, siempre por el Colegio de México, las *Actas Oficiales y Minutario de Decretos del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856-1857*, prólogo de C. SIERRA y edición de Luis Felipe MUÑOZ y Xavier TAVERA, México 1957. Aun con problemas por su beligerancia a favor del proyecto, *El Siglo XIX* llegó a fungir de registro oficioso para el propio Congreso: C. SIERRA, *Estudio preliminar de la Crónica*, p. XIV. Las *actas* son de agenda y acuerdos; no reproducen discursos ni siquiera en resumen.

²⁵ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 512: "El juicio por jurados fue reprobado por 42 votos contra 40"; las *Actas Oficiales*, p. 334, registran la relación nominal de los votos contrarios.

²⁶ *Proyecto* (1856), arts. 14: "(...) Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho y aplique la ley, designando la pena, bajo la dirección del tribunal de justicia de la jurisdicción respectiva", y 24 ya citado. *Constitución* (1857), art. 7: "(...) Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho y por otro que aplique la ley y designe la pena".

²⁷ R. N. SINKIN, *The Mexican Reform*, referencias de *Ley Juárez* en index. *Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana* (1856), en F. TENA (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, pp. 499-517, arts. 96-101, para previsiones sobre poder judicial.

de carácter general que se comprenden como tales derechos, no se hará vivo. No se le considerará finalmente uno de entre ellos y así preconstituido. No tendrá el jurado ocasión de contribuir a la articulación constitucional de nación política. Más esto, con toda la trascendencia que pueda entrañar para la historia mexicana, nos importa aquí y ahora menos, como ya sabemos, que la misma discusión constituyente aplicada al caso. Nos interesan los argumentos que incidan en la virtualidad constitutiva de la institución más incluso que los atenedos a su papel constitucional en el proyecto o en la Constitución mismísima.

Los argumentos a favor no presentan especiales novedades en cuanto que se sitúan en la línea de la motivación del dictamen, comprendido todo su exceso ya detectado en relación al tenor del proyecto. Si hay una exposición de motivos entre trabajo de comisión y defensa de pleno, la misma se excede abiertamente no de por sí, sino en función del objetivo. No digo así que haya abuso en el apoyo y la cobertura, sino que se comete respecto a lo que se patrocina. Interesa ahora esto segundo. Para un proyecto que acoge al jurado de forma bastante limitada, no considerándolo en absoluto para el campo civil, llega a asegurarse que la justicia, con solo prescindir de la participación ciudadana, si no resulta ya clamorosamente anticonstitucional, se prestaría a serlo por doquier y en México. La propia experiencia lo tendría más que demostrado:

En los países en donde subsiste la administración de justicia bajo el pie que repele a los jurados, países como la Rusia, la España, la Turquía, México antes y después de la conquista, los que tienen cargo de juzgar al acusado son (...) unos delegados nombrados por el Poder Ejecutivo, revocables a voluntad, encargados de conservar el orden y la tranquilidad en sus dominios (...), responsables al poder supremo y susceptibles de ascender en honores, consideración y riqueza, absolutamente como en la jerarquía militar, en fin, hombres que dependen enteramente del que los ha electo²⁹.

En los términos positivos de defensa del jurado no ya por los vicios de otra justicia, sino por las virtudes propias, no es menor el abuso que sigue cometiéndose de razonamiento excesivo para las necesidades del proyecto, pero al tiempo y con ello la argumentación interesa a la problemática general que ahora nos importa. El exceso mismo es significativo. He aquí un par de muestras, que se presentan como concluyentes, entre referencias que se entienden

²⁸ Mensaje de José María LAFRAGUA, ministro de la gobernación, presentando al Congreso el *Estatuto Orgánico Provisional* en F. TENA (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, pp. 517-525 (p. 523: "El Poder Judicial, independiente en el ejercicio de sus funciones, será desempeñado conforme a las leyes vigentes, prohibiéndose toda intervención en los negocios administrativos; porque así debe ser para que conserve la imparcialidad que tan necesaria es para la buena administración de la justicia").

²⁹ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 496, debiéndonos fiar, por lo dicho, de sus transcripciones de discursos de congresistas que, salvo excepciones por tales, no necesitamos aquí identificar.

empíricas a las historias británica y estadounidense que se toman al propósito por modélicas. La primera pertenece al mismo congresista que ha descalificado de una tacada la justicia rusa y la turca junto a la española y la mexicana de "antes y después de la conquista":

Mis investigaciones han dado por resultado esta verdad. En todos los tiempos y en todas las naciones no han existido ni existen más de dos modos de administrar la justicia: el uno, puesto en práctica en los países despóticamente gobernados, en donde juzga el monarca o sus delegados; el otro, nacido espontáneamente de las instituciones en los países libres, en donde protege la inocencia y reprime el vicio el pueblo por sí o por sus representantes, o, lo que es lo mismo, por medio del jurado (...).

Se ha dicho que el nombre de la ley es sagrado, cuando lo sagrado debe ser la justicia. Cuando hay leyes injustas, al pasar por el crisol del jurado, pierden sus defectos, pues el jurado falla en nombre de la justicia y en nombre de la conciencia, mientras el juez, que nunca puede salirse del texto de la ley, que sólo procede según lo alegado y bien probado, tiene a veces que fallar contra su conciencia³⁰.

Es una competencia del jurado sobre la ley que no se contempla en lo más mínimo por el proyecto, pero que aparece, como ya sabemos, entre las motivaciones del dictamen de la Comisión, lo cual a su vez así ayuda, si no a lo que entonces importase, a centrarse el debate, al menos a lo que ahora nos importa, a ampliarse el panorama. Los argumentos en contra tampoco se ciñeron a los términos concretos del proyecto constitucional, sino que impugnaron el jurado o al menos de momento lo rechazaron en términos más generales. No se objetaba tanto la institución en sí como su recepción en México. Salvo momentos de alegación de doctrina europea y particularmente española adversa al jurado, que pudieron resultar hasta humorísticos³¹, la discusión fue de oportunidad.

Verbalizándose y parafraseándose del modo más variado, el motivo es uno y constante, el de la falta de experiencia y, por tanto, de cultura, el de que el pueblo mexicano sería ignorante. No estaría preparado ni formado, disponible ni cooptable, para el ejercicio judicial de la ciudadanía. Ignorancia era la consigna contra el jurado. Se tomaba por evidente. La demostración parecía que holgase.

El mismo dictamen de la Comisión parecía curarse en salud con tal argumento tan contraproducente para el alcance de su motivación como sintomático respecto a la limitación de su propuesta. Alegaba en concreto que

³⁰ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, pp. 495 y 509.

³¹ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 511, con referencia a Joaquín ESCRICHE, *Examen histórico-crítico de la institución del jurado*, Madrid 1844.

la ignorancia no resultaría tan preocupante si se tomaba en debida cuenta el detalle de que el jurado habría de ocuparse tan sólo de la cuestión de hecho y no, para nada, de derecho³².

A la confesión de parte sabe acogerse el ataque. En la excusa se hurga. La razón básica que se opone así se cifra en lo que se entiende como incultura y se da por hecho como evidencia. Sería transitoria, pero definitiva para el momento constituyente a la sazón de México. El argumento se desarrolla de forma que viene a concretar dicha misma constatación o tal vez presunción de una incultura:

Declara [el orador de turno] que no atacará la institución del jurado porque es eminentemente liberal y sólo se ocupará de si es o no conveniente introducirla en México. Haciendo grandes elogios de la República Romana, hablando de Bruto y de los Tarquinos y de la ley Valeria y de los comicios, los compara con los jurados. Habla de su organización y cree que en Roma se puso la administración de la justicia en manos del pueblo al exigir que toda sentencia fuera el resultado de un plebiscito y de una ley. Por una rápida transición, el orador se traslada a un pueblo de indios otomíes que viven en los montes y pregunta si entre ellos es posible el jurado. Imposible, se contesta, porque los indios otomíes van a juzgar a los indios otomíes³³.

Acabáramos. Más que de incultura en singular, se trata de culturas en plural; más que de pueblo, por la presunción del mexicano, de pueblos, por la concurrencia de los *indios*, no sólo los otomíes o, según su propia denominación dificultosamente transcrita a grafía de otra fonética, ñhañhús³⁴. El signo más patente de persistencia de unas culturas podría ser el de la resistencia de unas lenguas. En tal medio hondamente diversificado, el jurado encerraría virtualidad tamaña como para constitucionalizar las jurisdicciones indígenas existentes, tales prácticas y culturas de justicia propia. Estaban las mismas realmente en ejercicio sin esperar al jurado ni a otra venia extraña al propio tracto por constitucional, en advocación de libertad, que el ajeno fuera.

³² *Dictamen de la Comisión*, p. 538: "En vano se repite que la ignorancia del pueblo es un obstáculo para el establecimiento del sistema de jurado. En todas partes se ha ponderado y exagerado lo mismo, olvidando que al instituir el jurado no se trata sino de la evidencia del hecho, para cuya calificación basta siempre el sentido común, guía mucho más segura que el saber de un juez, acostumbrado a querer encontrar culpables por todas partes", lo cual, esto último, es cita innominada de Cesare BECCARIA, de su *Dei Delitti e delle Pene*: "Non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso meno fallace che il sapere di un Giudice assuefatto a voler trovar rei", que ya contaba con menú de versiones variadas en castellano (B. CLAVERO, *Happy Constitution*, p. 50).

³³ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 510, con el estilo indirecto menos fidedigno que reserva a discursos de la oposición.

³⁴ M^a Teresa SIERRA, *Discurso, cultura y poder. El ejercicio de la autoridad en los pueblos ñhañhús del valle de Mezquital*, Pachuca 1992.

Frente a realidad dada de justicia, vemos interponerse previsión de ley por dar. La justicia de pueblos en plural, los indígenas, tendría que dejar paso a la de un pueblo en singular, el mexicano. *En manos del pueblo* estaría la justicia que habría de pasar por legislación y no la existente que pudiera cubrirse por jurado. Roma, y no Britania, constituiría ejemplo. Lo haría la imagen respectiva al margen de las propias evidencias del pasado europeo como modelo de cuerpo presente mediante el proyecto de codificación en particular. Los códigos se invocaban y promovían representando imperio de ley como determinación política en oposición a regla de derecho como garantía de libertad³⁵.

El jurado obligaba a mirar el mismo núcleo de unas alternativas constituyentes entre ley y derecho, entre un orden de cúspide y una libertad de base, entre opciones de fondo en cuanto a generación normativa y reproducción social. Así se planteaban el dilema incluso entre quienes aceptaban el jurado. De este modo podían presentarse argumentos y propuestas para que no se dejara un margen de juego que de hecho podría serlo de determinación normativa para las jurisdicciones indígenas:

Sólo ha querido [el congresista proponente] la apelación a otro jurado nacional para evitar que unos pocos vecinos de un pueblo puedan derogar una ley que afecte los intereses generales³⁶.

Para aquel presente se tenía la constancia de que en tierras indígenas jurado significaría sencilla y llanamente justicia a pesar de las limitaciones mismas del propio proyecto constitucional. *Pocos vecinos de un pueblo* determinarían a su turno el derecho del mismo, de la localidad y del grupo. No se pensaba que la Federación ni los Estados contarán con capacidad de establecer la dirección de los jueces ni la reducción de la competencia del jurado a lo ancho y largo de la geografía mexicana. Ni parecía plantearse el esfuerzo. Con razón la discusión, igual que la motivación, sobrepasaba de continuo las propuestas del proyecto. El jurado, de aceptarse, iba ser más, mucho más, de lo aparentemente previsto. Al fin y al cabo, la posibilidad de un jurado impartiendo justicia por sí solo estaba hasta admitida. Cuando se desarrolla este debate, ya se ha aprobado por el propio Congreso, en materia de libertad de imprenta, jurado sin juez ni tribunal, aun bajo ley en su caso como ya hemos constatado.

No pensemos que el acuse del efecto de cobertura de jurisdicción indígena por jurado constitucional tuviera el resultado de una revelación. No parece que produjera sensación particular ni vuelco perceptible en el curso del debate. México se hallaba poblado de comunidades indígenas con juris-

³⁵ B. CLAVERO, *Happy Constitution*, cap. 3: "Imperio de la ley y *rule of law*: tópica y léxico constitucionales"; o también, con episodio mexicano y otras referencias por medio, *Código como fuente de derecho y desagüe de constitución*, en Polo CAPPPELLINI y Bernardo SORDI (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milán 2002, pp. 69-147.

³⁶ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 733.

dicciones propias. La práctica ñhañhú no representaba excepción de nota. Si tal justicia constituía un secreto, lo sería a voces. Resistiendo por activa y por pasiva, la presencia era patente³⁷. Y la votación ya sabemos que estará reñida. Que el jurado iba a cubrir constitucionalmente jurisdicción indígena era algo que podía estar pasablemente a la vista del foro constituyente. De esta forma es como se conectaría precisamente justicia antigua, la indígena, con nación nueva, la constitucional. De este modo podría tal vez efectuarse la articulación. Y por tal razón, para que no se produjera el acomodo, se intentaba la desconexión. Sobre todo quienes se oponen al jurado traen la presencia indígena ante la visión del pleno desde el inicio mismo del debate:

Califica [el diputado en uso de la palabra] el jurado de planta exótica, cree que esta institución necesita de códigos *ad hoc*, y que establecerlos en todo el país será atacar la soberanía de los Estados, sin que ahora pueda admitirse el jurado en los pueblos indígenas³⁸.

El mismo argumento de la competencia estatal y no federal estaba mirando al objetivo. Se trataba de privar definitivamente del carácter de garantía fundamental de libertad a la institución del jurado confiándola a la discreción de cada Estado interno para que fuera ensayándola y controlándola conforme a unas condiciones tan diversificadas como desconocidas para el Congreso Constituyente de la Federación. Las manifestaciones de propia ignorancia respecto a la humanidad destinataria de su acción constitucional son continuas a la luz del propio debate. Sobre todo se acusa cuando surgen problemas de demarcación territorial³⁹. Ignorante resultaba el Congreso presumiendo que lo era una humanidad rica en culturas. Ni siquiera se sabe identificar en su diversidad con sus propios nombres a unos pueblos que se confunden de continuo bajo calificativos como *indios* o como *indígenas*. Sin embargo, el Congreso solo, o más bien parte suya ante la misma duda, se empeñaba en identificarse por representación con México todo, la nación o el pueblo:

Pregunta [el orador]: "¿Nos creemos acaso representantes de todo el pueblo mexicano". "¡Sí, sí, replican varios diputados!"⁴⁰.

Otros se creían representantes del respectivo Estado o territorio. Ninguno presumía que representase en modo alguno como tal a pueblo indígena ni se ofrecían condiciones para la suposición. El distrito electoral se definía sobre las bases estatales o territoriales⁴¹. En definitivas cuentas, entre las circunstancias reales, las presuntas y las negadas, ante la maraña de evidencias, pretensiones, incertidumbres e

³⁷ Leticia REINA (ed.), *La reindianización de América, siglo XIX*, México 1997, por sí y por sus referencias.

³⁸ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 231.

³⁹ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, referencias de "división territorial" en el índice analítico.

⁴⁰ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 246, con los síes, como fuera del discurso, entre paréntesis.

ignorancias, ¿cómo iba a tener el propio Congreso competencia constituyente más allá del reconocimiento de un derecho preconstituido? Retornamos a la cuestión.

No hemos salido de ella. Si el jurado, como ya ocurre notoriamente en el mismo proyecto, no alcanza la categoría de derecho constitucional que pueda así tenerse por constituido para todo México, si esto resulta así y no como se argumenta en el dictamen, no habría entonces razón para registrarlo, con la imprevisión consiguiente, en la carta federal. El jurado de hecho se extenderá más allá del campo de la libertad de prensa bajo la Constitución de 1857, pero como garantía en el orden penal sin capacidad de articulación constitucional de cara a los pueblos indígenas⁴².

Por esto también ya sabemos que en estos momentos nos importa más la disputa teórica que la planta práctica. No nos cerremos en la perspectiva así ya entonces impuesta. Nos interesa la virtualidad, no la actualidad. Entiéndase siempre bien, no vayan a producirse equívocos. No estoy arrojando desprecio sobre la historia efectiva, sino intentando cobrar perspectiva para que podamos encontrarnos en condiciones precisamente de entenderla. Tampoco es que propugne una historia contrafactual. La intento que tome en cuenta historias posibles no porque se figuren hoy, sino porque se concibieron entonces.

IV. CULTURAS VARIAS DE PROPIEDAD, DE IDIOMA, DE RELIGIÓN

La presencia indígena la tienen realmente a la vista los propios redactores del dictamen y promotores del proyecto. Surgieron éstos de la Comisión acompañados de votos particulares, uno de ellos bien significado por perteneciente a quien la presidía y también se sentaba en la presidencia del Congreso, el potosino Ponciano Arriaga⁴³. Se centraba en materia de propiedad, más por considerar la indígena. Impugnaba el individualismo propietario que entonces estaba promocionándose no sólo por el planteamiento constitucional, sino también y sobre todo, paralelamente desde el gobierno, por la legislación desamortizadora⁴⁴. El voto acusaba los efectos lesivos de la propiedad privada para los dominios comunitarios y también los mecanismos de explotación social que la misma potenciaba en un contexto social y económico como el mexicano:

Un rico hacendado de nuestro país, que raras veces conoce palmo a palmo sus terrenos, o el administrador o mayordomo que representa su

⁴¹ F. ZARCO, *Historia*, añade a F. ZARCO, *Crónica*, documentos de convocatoria y composición del Congreso.

⁴² B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 114-124. Significativamente, J. L. SOBERANES, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX*, pp. 77-99, no toma en consideración el jurado.

⁴³ *Derecho de propiedad. Voto del Sr. Arriaga*, en F. TENA (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, pp. 573-594; las citas que seguirán en pp. 579 y 580. Tuvo entonces publicación exenta, además de la de *El Siglo XIX*.

persona, es comparable a los señores feudales de la edad media. En su tierra señorial, en cierta manera y con más o menos formalidades, sanciona las leyes y las ejecuta, administra la justicia y ejerce el poder civil, impone contribuciones y multas, tiene cárceles, cepos y tlapixqueras, aplica penas y tormentos, monopoliza el comercio y prohíbe que sin su consentimiento se ejerza o se explote cualquiera otro género de industria que no sean las de la finca. Los jueces o funcionarios que en las haciendas están encargados de las atribuciones o tienen las facultades que pertenecen a la autoridad pública, son por lo regular sirvientes o arrendatarios, dependientes del dueño, incapaces de toda libertad, de imparcialidad y justicia, de toda ley que no sea la voluntad absoluta del propietario.

Frente a esta realidad, existe una tímida previsión en el proyecto constitucional al reconocerse la libertad de trabajo: "No puede ser coartada (...) por los particulares a título de propietario" (art. 17), pero que en el pleno, tras fuerte debate, se rechaza quedando así suprimida del texto definitivo (art. 4). La intervención pública respecto a ejercicios privados de propiedad y contrato requerirán sentencia judicial o previsión legislativa, bien que manteniéndose la preocupación constitucional por prevenirse el efecto de explotación⁴⁵. Para el doble presidente de la Comisión y del Congreso, la constatación se inscribía en el contexto de una reivindicación de la propiedad comunitaria al menos de montes, aguas, pastos y cultivos, pues no tan claramente de las tierras mismas. En todo caso, la necesidad social presenta de forma expresa la identidad indígena colectiva:

¿En qué tribunal del país no vería un pueblo o una república entera de ciudadanos indígenas, litigando terrenos, quejándose de despojos y usurpaciones, pidiendo la restitución de montes y aguas?

El voto particular de Ponciano Arriaga, por una parte, en lo que se centra es en el *derecho de propiedad* y, por otra, lo que contempla son las *haciendas* en una medida que no se aplica a las comunidades. No considera así la jurisdicción indígena que arraiga en comunidad. Por parte y cuenta nuestras, miremos también fuera de la asamblea⁴⁶. Resulta que la justicia indígena, precisamente

⁴⁴ R. N. SINKIN, *The Mexican Reform*, referencias de *Ley Lerdo* en index; *Estatuto Orgánico Provisional* (1856), arts. 62-71, para registro del derecho de propiedad.

⁴⁵ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, pp. 452-460 y 766, retirándose el artículo 17 del proyecto sin votación y aprobándose el cuarto definitivo "por unanimidad de 79 votos" presentes. *Constitución* (1857), arts. 4: "Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad", y 5: "Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. La ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción o destierro".

por comunitaria, podía especialmente prestarse al acomodo constitucional mediante el jurado. Pero de ello no trata el susodicho voto. El mismo se enfrenta al régimen de hacienda que le parece de señorío feudal y no confronta esa otra realidad incluso más añeja de un sistema comunitario en el que no sólo *los indios otomíes* se juzgan entre ellos. Unas y otras comunidades indígenas venían haciéndolo de siglos y no esperaban al jurado para hacerse cargo.

Ceñirse para propuestas constitucionales al caso de las haciendas, con su uso patente del derecho de propiedad para explotación humana, tiene sus consecuencias en el orden del discurso, pues crea verdaderos puntos ciegos. La hacienda era realidad patente⁴⁷. Podía solapar. Al no atenderse en similar medida la existencia de comunidades, no resulta visible la propia capacidad indígena. ¿Cómo iba a mirarse al acomodo constitucional? Sin horizonte para conjugar lo comunitario en su integridad, no sólo respecto a recursos, el voto se aventura en una comparación entre Constitución, que ignora propiedad de comunidad, y *Leyes de Indias*, que reconocen *pueblos de indios*, resultando el cotejo favorable entonces naturalmente, pero con sensación y confesión de incomodidad, a las segundas. También se llama a este derecho histórico de procedencia hispana *Código de Indias*, como si fuera sin más contemporáneo⁴⁸. Horizonte en efecto no parece que así quede mucho, si alguno, para la conjugación constitucional entre comunidades en plural y nación en singular.

En el seno del propio Congreso, las haciendas resultarían igualmente más familiares que las comunidades, bien que tampoco constituirían estas otras un punto completa y definitivamente ciego. No cabe decir que los pueblos indígenas no estuvieran a la vista del foro público en aquel momento constituyente o ni siquiera que algún horizonte no se vislumbrase por entonces. Llega a proponerse en el Congreso la posibilidad de que los pueblos lingüísticamente

⁴⁶ Bernardo GARCÍA MARTÍNEZ (ed.), *Los pueblos de indios y las comunidades*, México 1991; Antonio ESCOBAR OHMSTEDE, (ed.), *Indio, nación y comunidad en el México del siglo XIX*, México 1993; Teresa VALDIVIA (ed.), *Usos y costumbres de la población indígena de México. Fuentes para el estudio de la normatividad (Antología)*, México 1994; Rosa Isabel ESTRADA y Gisela GONZÁLEZ GUERRA (eds.), *Tradiciones y costumbre indígenas en comunidades indígenas de México*, México 1995; Victoria CHENAUT y M^a T. SIERRA (eds.), *Pueblos indígenas ante el derecho*, México 1995.

⁴⁷ David A. BRADING, *Haciendas and Ranchos in the Mexican Bajío. León, 1700-1860*, Cambridge 1978; Richard B. LINDLEY, *Las haciendas y el desarrollo económico. Guadalajara, México, en la época de la independencia* (1983), México 1987; Raymond BUVE, *Haciendas in Central Mexico from Late Colonial Times to the Revolution*, Amsterdam 1984; Ricardo RENDÓN, *Dos haciendas pulqueras en Tlaxcala, 1857-1884*, México 1986; Pedro BRACAMONTE, *Amos y sirvientes. Las haciendas de Yucatán, 1789-1860*, Mérida 1993; Simon MILLER, *Landlords and Haciendas in Modernizing México. Essays in radical reappraisals*, Amsterdam 1995.

⁴⁸ La misma compilación de tiempo preconstitucional se mantenía materialmente viva entre España y América: M. LORENTE, *La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del siglo XIX, en XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires 1997, pp. 431-480.

diferenciados se constituyesen en sujeto y no objeto de federación para que ésta pudiera responder realmente a un principio de libertad en común:

¿Quereis formar una división territorial estable con los elementos que posee la nación? Elevad a los indígenas a la esfera de ciudadanos, dadles una intervención directa en los negocios públicos, pero comenzad dividiéndolos por idiomas; de otro modo no distribuirá vuestra sabiduría [el Congreso Constituyente] sino dos millones de hombres libres y seis de esclavos⁴⁹.

Se reclamaba de este modo un federalismo no sólo interterritorial entre estados, sino también intercultural entre pueblos. Hablaba un congresista significado, Ignacio Ramírez, conocido, por seudónimo periodístico, como *El Nigromante*. Provenía de esos millones de *esclavos* habiendo logrado incluirse en la minoría de *libres*. Era indígena en suma⁵⁰. Además, mediante ese tránsito, le tentaba la identificación, como cultura que entendía superior, con el derecho civil e incluso canónico de procedencia europea. También llegaba a reclamar la constitucionalización de prácticas confederativas entre Estados de la Federación para que pudiesen militarmente cooperar en la llamada *guerra de castas* contra los pueblos indígenas independientes y así desentendidos de dicha cultura de matriz ultramarina. No parece, con todo, que estuviera en condiciones de articular la propuesta de alguna especie de federalismo intercultural, de alguno no sólo interterritorial más allá, como concretaba, de un nivel municipal y así infraestatal, subordinando comunidades indígenas a Estados no indígenas, la mayoría a la minoría por entonces. Vacilaba ante el mismo principio de situar en primer lugar derecho de libertad, ley de nación o incluso orden histórico. Aparte su valor desigual por supuesto, eran por entonces productos culturales europeos todos. Ahí, por estas raíces, anidaba en todo caso la identidad consciente⁵¹.

En todo ello, prácticamente en todo salvo en la ocurrencia sobre lenguas, le acompañaba el Congreso. Ni el Nigromante ni ninguno de los diputados concebían el empleo de una palabra como cultura en plural. A los de origen indígena, como él mismo, ni siquiera se les pasaba por la cabeza la posibilidad

⁴⁹ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 233.

⁵⁰ R. N. SINKIN, *The Mexican Reform*, pp. 37-44, se interesa por el *background* de los reformistas, ubicando laxamente a un indígena como Ramírez entre los que llama *mestizos* en sentido expresamente racial y no ocurriéndosele indagar por cultura específica de origen ni lengua concreta de infancia ni relaciones eventuales, aunque sólo fuera por familiares, de madurez.

⁵¹ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, mediante el registro del índice onomástico, intervenciones de Ignacio Ramírez; particularmente, para el dilema de fondo entre derecho y ley, pp. 249-251: "Cree que antes de decir que los derechos del hombre son la base de las instituciones sociales, se debe averiguar y definir cuáles son esos derechos. ¿Son acaso lo que concede la misma Constitución? ¿O los que se derivan del Evangelio y del derecho canónico? ¿O los que reconocieron el derecho romano y la ley de Partida?", precisando en cambio a continuación el mismo Nigromante

del uso social de otro nombre personal, aparte seudónimos ocurrentes, que el castellano de sacramento religioso, el bautismo católico. Sólo imaginaban la cultura de nación en singular como representativa de civilización⁵². La pluralidad de lenguas ni siquiera era cuestión para el Congreso. Su uso no se concibe como derecho declarable y garantizable ni siquiera para el castellano del propio texto constitucional. Derecho era presupuesto e incuestionado, así constituido, para la misma determinación constituyente. Pudiera cubrirse para todas las lenguas en presencia por el ejercicio de la libertad de expresión, sólo que ésta se reconocía entre una serie de precauciones, como el *orden público*, que podrían afectar fácilmente, dado el caso, al uso de las indígenas en ámbitos no familiares fuera de las respectivas comunidades⁵³.

Con tamaño lastre, lo que tampoco se planteó en momento alguno de frente en el seno del Congreso respecto en concreto al jurado era algo que resultaba del propio debate y esto es que, en las condiciones dadas, su posible ventaja no sólo alcanzaba a la apreciación de los hechos. Por experiencia y sin necesidad de otra ciencia, unos jurados de la vecindad, los *vecinos de un pueblo* y no unos jueces foráneos, lo que podían tener es el conocimiento del derecho de la propia cultura. El mismo Nigromante se acercaría a la constatación por la vía de entender que el jurado habría de representar una justicia de conciencia por encima de la ley e incluso para obviarla, bastante más así, por lo que alcanza al derecho, que la mera garantía en la apreciación de hechos⁵⁴. La distinción constituyente entre lenguas que proponía implicaba en definitiva otras diferencias de fondo como también otros cauces de forma, sobre todo el municipal referido de base igualmente indígena⁵⁵.

Ahí puede que se cifre la clave, quiero decir que se descifre. Sólomente sobrentendiéndose un tal contexto, sólo si se dan el motivo y el soporte por supuestos, cabe comprenderse toda la potencialidad de la misma propuesta de un federalismo interlingüístico. Podía estarse entendiéndolo como intercultural, bien que así de indeciso y también así de desequilibrado por el propio prejuicio.

ante una réplica frontal ("El Sr. Ramírez no negará que el hombre es un ser eminentemente libre..."): "Los derechos no nacen de la ley, sino que son anteriores a toda ley y el hombre nace con ellos". También referencias en la *Historia* por el índice onomástico de diputados.

⁵² Guillermo BONFIL, *México profundo. Una civilización negada*, México 1987; Nicole GIRÓN, *La idea de "cultura nacional" en el siglo XIX: Altamirano y Ramírez*, en Héctor AGUILAR CAMÍN y otros, *En torno a la cultura nacional* (1976), México 1983, pp. 51-83; Miguel Alberto BARTOLOMÉ, *Gentes de Costumbre y Gentes de Razón. Las identidades étnicas en México*, México 1997.

⁵³ *Constitución* (1857), art. 6: "La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque a algún crimen o delito, o perturbe el orden público", conforme al 13 del *Proyecto* casi literalmente, con el solo añadido de *la moral* en posición primera.

⁵⁴ M. GONZÁLEZ OROPEZA, *El juicio por jurado*, pp. 75-78, sin la conexión indígena.

⁵⁵ Ignacio RAMÍREZ, El Nigromante, *Obras Completas*, edición de David R. MARCIEL y Boris ROSEN JELOMER, México 1984, para ulteriores calas.

Aparte entonces la ignorancia constatada del Congreso e incluso su desentendimiento, aparte así la incompetencia de este órgano constituyente para la formulación y su impotencia para la articulación, nos interesa por sí misma la intuición del federalismo basado en la diversificación persistente entre lenguas que efectivamente representaban culturas y que ciertamente se resistían al castellano o también al náhuatl, la franca entre las indígenas por buena parte de la geografía mesoamericana⁵⁶. Se traía así a la vista un escenario donde podía cobrar vida el acomodo constitucional de jurisdicciones constituidas en su misma pluralidad, algo que, entre tales presunciones de raíz europea, podía interesar más a México, pues se le articulaba, que a los pueblos indígenas, pues se les supeditaba a poderes de federación más de los que pudieran requerir las libertades en común. Hubiera en todo caso resultado no otra modalidad, sino otro sistema constitucional, uno inédito. Futurible entonces, ¿pudo realmente apreciarse?

¿Cabía que lo apreciaran los pueblos indígenas, quienes estaban ejerciendo jurisdicción propia sin esperar al acomodo ajeno del jurado, del municipio ni otro alguno? La misma publicación del debate constituyente por un periódico en castellano, ¿alcanzaba a procurarles la información para plantearse el asunto? ¿Se interesaban acaso? No hay respuesta. Puede que no sean ni siquiera preguntas pertinentes. No son formas. Estamos interrogando al constitucionalismo y no a otros espacios. No podemos considerar a todos ellos como interpelados. Tratamos de medir unas posibilidades según la conciencia que acusa y las evidencias que ofrece la parte constitucionalista y no ninguna otra. Más no cabe⁵⁷. A la historiografía empieza usualmente por fallarnos un uso de lenguas. Seamos conscientes de que, salvo excepción que no es mi caso, sólo nos comunicamos con quienes se expresaban en castellano. Faltando entonces la puesta en práctica y careciendo ahora de conocimiento nosotros, historiadores e historiadoras⁵⁸, no cabe ni plantear el interrogante respecto al aprecio y la suerte en destino de previsiones como la del jurado.

El Congreso todavía es más elocuente. El debate suyo más expresivo para entenderse la implicación del jurado y la raíz de sus límites fue entonces el de la libertad de conciencia que más limitadamente se decía de religión o de cultos. Constituía la piedra de toque en la sustitución del texto de 1824 por el

⁵⁶ Shirley Brice HEATH, *La política del lenguaje en México. De la colonia a la Nación*, México 1972; Francesc LIGORRED, *Lenguas indígenas de México y Centroamérica*, Madrid 1992; Bárbara CIFUENTES, con la colaboración de Lucina GARCÍA, *Letras sobre Voces. Multilingüismo a través de la historia*, México 1998, que es volumen de la serie de *Historia de los pueblos indígenas de México* dirigida por Teresa ROJAS y Mario Humberto RUIZ.

⁵⁷ M. FERRER y M. BONO, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México*, se ocupan de lo municipal y de lo nacional con distracción de lo jurisdiccional y sin advertencia de la unilateralidad.

⁵⁸ Como muestra para el test de cada cual, también conviene de la lectura si la sugerencia se me permite, R. N. SINKIN, *The Mexican Reform*, p. 63: "Profound distrust of popular instincts produced the defeat of trial by jury", dando al efecto por buena una manifestación de la época:

de 1857. Quienes se empeñaban en el restablecimiento del primero miraban ante todo a la confesionalidad católica y, en un segundo plano, al federalismo laxo con la competencia sustancial de los Estados, y no de la Federación, sobre derechos y garantías. En el seno del Congreso Constituyente, la discusión sobre la libertad religiosa prende, enciende y arrebata. Llega a enconarse. El signo de reconocimiento o rechazo de culturas fue más la religión que la lengua o que ninguna otra manifestación. En el foro constituyente prima la repulsión. El proyecto proponía un régimen de libertad de culto que de hecho preveía tratamiento de privilegio para una iglesia, la católica. La Constitución eludirá el compromiso de pronunciarse expresamente sobre religión, salvo para reservarse competencia⁵⁹.

Ahora es la defensa del derecho la que se produce en términos de oportunidad y no de principio. No se habla tanto de libertad de conciencia o ni siquiera religiosa como de política de población. Los Estados Unidos del norte estarían marcando el contraste entre un territorio atractivo para la inmigración europea por su libertad de religión y otro en cambio no atrayente como fuese el México confesional. La cuestión se plantea de modo expreso en términos de necesidad de reducción de la mayoría indígena a minoría poblacional. Así se procede incluso entre quienes acarician la idea de un acomodo constitucional mediante instituciones como la del jurado y el municipio. Se ofrece incluso una impresión de sintonía y hasta de unanimidad en el Congreso cuando de lo que se trata es de conjurar el fantasma de una revitalización de religiones indígenas, tildadas de "supersticiones", por ejercicio ciudadano de libertad:

"La civilización es imposible sin el desarrollo de la inteligencia" (en F. ZARCO, *Historia*, p. 718), y así pie a su suposición de instintos achacables al pueblo, para cuyo grado y capacidad de conocimiento en la visión de una historiografía y por parte de ella misma ilustra bien su apéndice A, *The Reform Leaders* (pp. 181-184): la categoría que aplica es la de *Race* con no más variables entre *razas* que *Creole*, *Indian* y *Mestizo*. ¿Quién, de parte académica no indígena, da más?

⁵⁹ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, mediante el registro por artículos del debate constituyente en el índice analítico, referencias de art. 15; *Historia*, la voz de libertad de culto en el índice del debate. *Proyecto* (1856), dicho artículo decimoquinto: "No se expedirá en la República ninguna ley ni orden de autoridad que prohíba o impida el ejercicio de ningún culto religioso; pero habiendo sido la religión exclusiva del pueblo mexicano la católica, apostólica, romana, el congreso de la Unión cuidará, por medio de leyes justas y prudentes, de protegerla en cuanto no se perjudiquen los intereses del pueblo, ni los derechos de la soberanía nacional". *Constitución* (1857), art. 123: "Corresponde exclusivamente a los poderes federales ejercer, en materias de culto religioso y disciplina externa, la intervención que designen las leyes". La misma conocerá prácticamente de inmediato, entre 1859 y 1863, un desarrollo legislativo en línea diversa a la que pretendiera el proyecto: *Leyes de nacionalización de los bienes eclesiásticos, de Matrimonio Civil, de Registro Civil y sobre libertad de cultos*, más decretos por los que "cesa toda intervención del clero en los cementerios y camposantos", se "declara qué días deben tenerse como festivos y prohíbe la asistencia oficial a las funciones de la Iglesia", "quedan secularizados los hospitales y establecimiento de beneficencia" y "se extinguen en toda la República las comunidades de religiosas", todo ello en F. TENA (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, pp. 638-667.

El indígena, señor, está propenso a levantarse en guerra de castas porque busca su emancipación, porque quiere salir del estado de ilotas en que vive, porque, en fin, no quiere estar explotado por los propietarios, porque no quiere estar esquilado por los curas. Pero repito, señor, los indígenas no quieren volver a su antigua idolatría. Y ¿qué remedio contra la guerra de castas? ¿Qué remedio a ese mal que nos amenaza de ser absorbidos por la raza indígena? Señor, a una avalancha humana, una barrera humana; cinco millones de indígenas, diez millones de blancos; a la guerra de castas, en fin, población, emigración europea⁶⁰.

Piedra de toque para la empresa constitucional es la política de población. Se trata de ofrecer derechos y garantías a *emigración europea* por encima o incluso en contra de *raza indígena*, esto es, de la mayoría reconocida de la propia nación que se está constituyendo. Contra millones de indígenas, más millones de *blancos*, los que conviene atraer con un derecho de libertad religiosa, excluyéndose de raíz como *idolatría* religiones no europeas, así de sesgado⁶¹. No hay cabida constitucional para cultura que no procediese de Europa, para humanidad que no reconociera tal matriz o no se sumara o doblgara a tal hegemonía. Nación constitucional reclamaría población europea, política de inmigración expresamente dirigida contra culturas y pueblos americanos. No quiere dejarse ni cabida humana tan siquiera. ¿Qué posibilidad de articulación queda para el jurado previsto en el proyecto o incluso, con dicho contexto, para el contemplado en el dictamen? Ahí hundía sus raíces el desequilibrio. Aquí anidaba el sesgo. Y no constituye todo esto interpretación que se haga hoy, sino evidencia que se acusa por entonces:

De inducción en inducción, los indios, que creen que se les ha devuelto su culto, querrán que se les devuelvan sus bienes y llegarán a pensar en el trono de Guatimotzin. Esto no es novela, señores, es un peligro, y no infundado, porque hace años que la República está amagada por la guerra de castas. No se levantará el trono antiguo, pero sí tendremos una lucha antisocial que nos hunda en un abismo de males. ¿Han olvidado los señores diputados la suerte de Yucatán?⁶²

Aunque fuera nahua y no maya, Guatimotzin o Cuahutemoc, este *trono antiguo*, cobraba vida por entonces como signo de independencia incluso religiosa particularmente en el caso referido de Yucatán, la zona de resistencia

⁶⁰ F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 405, con otros momentos expresivísimos del conjuro: pp. 219, 269-270, 344, 415 y 484-485.

⁶¹ Yuri ESCALANTE, Ari RAJSBAUM y Sandra CHÁVEZ (eds.), *Derechos religiosos y pueblos indígenas. Memoria del Encuentro Nacional sobre Legislación y Derechos Religiosos de los Pueblos Indígenas de México*, México 1998.

⁶² F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, p. 484.

indígena más abierta, notoria y constante. También se señalaban en el mismo Congreso otras situaciones similares. Hoy se contemplan sobre el terreno, pues *la guerra de castas* es motivo historiográfico⁶³, pero no se consideran como factor activo tan presente en las determinaciones de alcance constituyente. Dentro de los limitados conocimientos del propio Congreso⁶⁴, no dejaba de exponerse un panorama que se entendía en su seno unánimemente adverso a la empresa constitucional. Es la evidencia exacta de entonces que ahora nos interesa.

Insisto en que sea la historia y no la historiografía, quiero decir la fuente y no la literatura, quien nos procure evidencia. Puede ocurrir que, con el desarrollo de la segunda, de la historiografía, la primera, la historia, produzca, interés mediante, más zonas oscuras. Las tenemos de fondo y alcance sin necesidad de incrementarlas. ¿Cómo hubiera funcionado el jurado concebido por el dictamen? ¿Hubiera ofrecido acomodo digno y seguro a las jurisdicciones indígenas con capacidad de determinación normativa o quizás constituido una cuña de introducción a la larga de justicia ajena bajo ley de nación escorando definitivamente la situación? ¿Hubiera generado una dinámica intercultural que equilibrase con el tiempo posiciones, al abrir espacios de autonomía, o acrecentado en cambio el acoso de culturas? No hay respuestas. Ya tengo advertido que, porque nos interese por mundos posibles, no vamos a aventurarnos por historias contrafactuales.

V. Y CULTURA DE DERECHO ENTRE AMBOS ESTADOS UNIDOS, MEXICANOS Y NO MEXICANOS

⁶³ Bastaría el registro de Nelson REED, *La guerra de castas en Yucatán* (1964), México 1971, pero añádase particularmente, por superarse la perspectiva bélica entre *castas* y situarse también culturalmente la confrontación entre religiones, Henri FAVRE, *Cambio y continuidad entre los mayas de México. Contribución al estudio de la situación colonialista en América Latina* (1971), México 1973; Victoria Reifler BRICKER, *El Cristo Indígena, el Rey Nativo. El sustrato histórico de la mitología del ritual de los mayas* (1981), México 1989; Nancy M. FARRIS, *La sociedad maya bajo el dominio colonial. La empresa colectiva de la supervivencia* (1984), Madrid 1992; M. A. BARTOLOMÉ, *La dinámica social de los mayas de Yucatán. Pasado y presente de la situación colonial*, México 1988; Grant D. JONES, *Maya Resistance to Spanish Rule. Time and History on a Colonial Frontier*, Albuquerque 1989; Mathew RESTALL, *The Maya World. Yucatec Culture and Society, 1550-1850*, Stanford 1997. Una *Enciclopedia Iberoamericana de Religiones* se inaugura con la entrada: Mercedes de la GARZA y Martha Ilija NÁJERA (eds.), *Religión maya*, Madrid 2002.

⁶⁴ Para otro caso de constancia entonces, en el doble sentido de que no cejaba y de que se conocía: Francisco P. TRONCOSO, *Las guerras con las Tribus Yaqui y Mayo del Estado de Sonora. Comprende: Desde el 22 de diciembre de 1529, hasta el 31 de diciembre de 1902*, México 1905, pp. 50-56: "Época de 1822 a 1866"; con introducción de Michael ANTOCHW, 1977.

Vayamos a Texas. Nos interesa en sí y por comparación. Un inicio lo comparte. Durante la fase mexicana, se había planteado desde temprano la implantación del jurado como institución de justicia no sólo penal, sino también civil. Cuando hacia 1833 inicia como Estado su marcha hacia la defección formal de México, alega la quiebra en ciernes del federalismo y contrapone planteamientos constitucionales propios⁶⁵.

Texas en 1833 proclama todavía su adhesión a los Estados Unidos Mexicanos de la Constitución de 1824. Defiende el federalismo frente a la propia Federación ante la perspectiva de su replanteamiento y la posibilidad de su cancelación. Ya vendría conculcándose. Manifiesta agravios reivindicando los correspondientes derechos, como el de *trial by jury*, juicio por jurado, forma preconstituida de justicia para un planteamiento constitucional que, para Texas, se presenta expresamente conforme al *common law of England*, a derecho británico y no a legado hispano⁶⁶. La Constitución transitoria de 1835 lo proclama en su artículo séptimo: "Todos los juicios serán por jurado". El agravio respectivo se enfatiza en 1836 con la declaración de independencia⁶⁷.

La Constitución inmediata de Texas independiente adopta sus diligencias para situarse en la órbita del *common law* anglosajón no dejando de consignar el jurado como derecho preconstituido: "El derecho de juicio por jurado se

⁶⁵ Ya me he referido al artículo 192 de la Constitución de Coahuila y Texas de 1827, pero no lo he citado: "Una de las principales atenciones del congreso será establecer en las causas criminales el juicio por jurado, estenderlo gradualmente y aun adoptarlo en las causas civiles, a proporción de que se vayan conociendo prácticamente las ventajas de esta preciosa institución"; junto a la federal de 1824, tuvo traducción al inglés, *The Constitutions of the Republic of Mexico and of the State of Coahuila and Texas. Containing also an Abridgement of the Laws of the General and State Governments relating to Colonization*, New York 1832 ("One of the principal subjects for the attention of the Congress shall be to establish in criminal cases the trial by jury, extending it gradually, and even adopting it in civil cases, in proportion as the advantages of this precious institution may be practically developed"). Las mismas traducciones venían respondiendo a una política mexicana, aun un tanto indecisa, de atracción de emigración desde Estados Unidos a México: *Constitution of the Mexican United States, the General Colonization Law, and the Colonization Law of the State of Coahuila and Texas*, Natchez 1826; *Political Constitution of the Free State of Coahuila and Texas*, Natchitoches 1827. Las Constituciones se incluyen en la colección de textos estadounidenses que ahora citaré y en los sitios de internet que luego diré. Para referencias a toque de tecla sobre los intentos tempranos de implantación del jurado en Texas: <http://www.tsha.utexas.edu/handbook/online/articles/view/JJ/jz2.html>.

⁶⁶ Para el constitucionalismo de Texas entre México y Estados Unidos de 1824 a 1866, fecha de llegada por lo que se verá, baste aquí la colección de textos y referencias de Francis Newton THORPE (ed.), *The Federal and State Constitutions. Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies, Now or Heretofore Forming the United States of America. Compiled and Edited under the Act of Congress of June 30, 1906*, Washington 1909, vol. 6, *Porto Rico-Vermont*, pp. 3475-3591.

⁶⁷ *Plan and Powers of the Provisional Government of Texas* (1835), art. VII: "All trials shall be by jury (...)". *The Unanimous Declaration of Independence Made by the Delegates of the People of Texas in General Convention* (1836), párrafo séptimo (numeración mía): "It [the Mexican government] has failed and refused to secure on a firm basis the right of trial by jury, that palladium of civil liberty, and only safe guarantee for the life, liberty and property of the citizen".

mantendrá inviolable". En 1845, la Constitución de Texas ya en trance y a la vista de la incorporación a los Estados Unidos repite la misma expresión entre otras que resaltan particularmente la función garantista del jurado en el campo penal. Mas el requerimiento constitucional y la condición constituida de la institución como derecho de libertad por garantía de libertades se formulan y establecen en dichos términos generales, aparte de que tampoco deje adicionalmente de especificarse la competencia del jurado en materia civil⁶⁸.

Comencemos a comparar. A mediados del siglo XIX, en 1857, cuando México reconstituía su constitucionalismo y Texas se mantenía bajo su Constitución de 1845 ya en el seno de los Estados Unidos, ¿la virtualidad del jurado como justicia preconstituida que se frustra en un caso, el mexicano, está entonces desplegándose en el otro, el texano? Con las implicaciones que hemos visto respecto particularmente a la presencia indígena, no parece que la bifurcación se estuviera produciendo en esa precisa dirección, pero no nos fiemos de intuiciones de ahora y acudamos a evidencia de entonces. ¿Cómo, de qué forma, lo que se prefigura y frustra en México no se plantea y consolida en Texas?

El constitucionalismo texano de mediados del XIX se basta para proporcionarnos una respuesta válida incluso respecto al conjunto de los Estados Unidos, salvo matices por supuesto de los que aquí puede hacerse gracia. En las normas constitucionales texanas no sólo hay, que pueda importarnos, declaración de derechos con asunción de justicia constituida. Ellas mismas nos ofrecen el diseño de un escenario.

Ya la Constitución de la independencia en 1836 adopta precauciones bien precisas en orden a la determinación de la ciudadanía. Quedan expresamente excluidos *Africans, the descendant of Africans, and Indians*, aún en el caso de que fueran libres. Se prohíbe, salvo licencia del Congreso de Texas, la residencia de afroamericanos en libertad. El sujeto de los derechos y acreedor de garantías, por si quedara alguna duda, no deja de identificarse: *all free white persons*, todos y solos "las personas blancas libres"⁶⁹. El juego mexicano entre inclusión de ciudadanía y exclusión de culturas queda cancelado como ya innecesario.

Si hay una continuidad en Texas entre México y los Estados Unidos, resulta, aun con marcados altibajos durante los años de tensión y tránsito, la persistencia de una política de población en la línea que hemos visto formularse con toda franqueza en el seno del Congreso mexicano de 1856. Está planteada prácticamente desde el inicio de unos constitucionalismos, de ambos estadounidenses.

⁶⁸ *Constitution of the Republic of Texas* (1836), *Declaration of Rights* ("This declaration of rights is declared to be a part of this constitution..."), art. IX: "(...) And the right of trial by jury shall remain inviolate". *Constitution of the State of Texas* (1845), art. I, sec. 12, igualmente al final el mismo pronunciamiento, y art IV, sec. 18, para la competencia civil.

⁶⁹ *Constitution of the Republic of Texas* (1836), *General Provisions*, secs. 6 ("All free white persons..."), 9 ("All persons of color...") y 10: "All persons (Africans, the descendants of Africans, and Indians excepted)...".

Se trata del sobreseimiento de humanidad indígena por matriz europea. Ahora, con la reducción categórica de la ciudadanía misma, se puede lograr una congruencia constitucional. Pues la parte indígena ya ha sido excluida, no se opera contra la propia nación, aunque se actúe contra la misma humanidad⁷⁰.

La Constitución de Texas de 1845, la vigente a las alturas de 1857, ya se plantea sobre tales expresos supuestos reductivos de ciudadanía. Ya se tiene por excluidos a los pueblos indígenas y se aprovecha la incorporación a los Estados Unidos para reforzarse la institución de la esclavitud que estaba en cambio siendo abolida en México⁷¹.

De evidente mala gana, la Constitución de 1866 ha de hacerse en cambio cargo de la abolición federal planteada a su vez en los Estados Unidos: "La esclavitud africana, habiendo sido extinguida en este Estado por el gobierno de los Estados Unidos mediante la fuerza de las armas y prohibiéndose su restablecimiento por enmienda de la Constitución de los Estados Unidos", queda en efecto extinta. El principio juradista sigue reiterándose como orden constituido: "El derecho de juicio por jurado se mantendrá inviolable"⁷².

Respecto a la presencia indígena, se consolida el silencio constitucional sobre los supuestos consabidos. De hecho, con las bases de presunción cultural ya introducidas de forma explícita en el propio constitucionalismo estadounidense y compartidas con el resto de América de matriz europea⁷³, ahora, con la

⁷⁰ David J. WEBER, *La frontera norte de México, 1821-1846. El sudoeste norteamericano en su época mexicana* (1982), Madrid 1992, pp. 277-305 y 409-454. Las leyes tempranas de colonización de Texas, que ya hemos visto cómo podían publicarse junto a los textos constitucionales, se encuentran por la red: <http://www.tamu.edu/ccbn/dewitt/cololaws.htm>; <http://texinfo.library.unt.edu/lawsoftexas/pdf/law01002.pdf>.

⁷¹ *Constitution of the State of Texas* (1845), art. VIII, *Slaves*, sec. 1: "The legislature shall have no power to pass laws for the emancipation of slaves, without the consent of their owners; nor without paying their owners, previous to such emancipation, a full equivalent in money for the slaves so emancipated. They shall have no power to prevent immigrants to this State from bringing with them such persons as are deemed slaves by the laws of any of the United States (...)", aunque sí para imponer un tratamiento que se dice humanitario, "to treat them (slaves) with humanity", y además viniendo la sección segunda con requerimiento de jurado para el enjuiciamiento de esclavos por delitos mayores y la tercera con asimilación de desmembramiento y muerte de esclavo a los cometidos contra "a free white person... except in case of insurrection of such slave". *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* (1857), art. 2: "En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes", considerándose principio de derecho constituido desde la independencia en virtud del *Plan de Iguala* (1821), art. 12: "Todos los habitantes de la Nueva España, sin distinción alguna de europeos, africanos ni indios, son ciudadanos...", el cual había conocido otra versión: "Todos los habitantes de él [del Imperio Mexicano], sin otra distinción que su mérito y virtudes, son ciudadanos...". Sobre este extremo, Jaime DEL ARENAL, *La utopía de la libertad. La esclavitud en las primeras declaraciones mexicanas de derechos humanos*, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 4, 1994, pp. 3-24.

⁷² *Constitution of Texas* (1866), art. I, *Bill of Rights*, sec. 12: "(...) And the right of trial by jury shall remain inviolate"; art. VIII, *Freedmen*, sec. 1: "African slavery, as it heretofore existed, having been terminated within this State by the Government of the United States, by force of arms, and its reestablishment being prohibited by the amendment to the Constitution of the United

fuerza de las armas y también mediante el orden escorado del derecho, cobrará impulso todo un proceso de enervación federal de la autonomía indígena, toda una movida de hostigamiento legislativo y, sobre todo, de subversión jurisdiccional de la independencia o *sovereignty* que, como excluidos, habían podido mantener, incluso mediante tratados formales, unos pueblos preexistentes y englobados dentro de las fronteras de los Estados Unidos⁷⁴.

No queda Texas mínimamente al margen. De todo ello participa como Estado entre Estados, como estrella definitivamente no tan solitaria en el firmamento común⁷⁵. Se compartía incluso con México en cuanto a fondo excluyente, no a forma ciudadana. Entre unos y otros Estados Unidos, con la aventura de otros terceros de por medio militarmente ahora vencidos, ya no había para Texas vuelta atrás⁷⁶. Su suerte ya no era la de México.

Texas ha optado por el *common law*, por el orden jurídico británico según se adopta y también se adapta en América. A diferencia del *Código de Indias*, ya estaba de origen aclimatado el *common law* a tiempos constitucionales, reconociendo derechos y ofreciendo garantías, como ante todo la del jurado. En su versión americana ya también definía netamente el sujeto beneficiario de tales títulos preconstituídos: *every free white man*, el varón blanco no esclavo. Incluso *free negroes and mulattoes*, los afroamericanos no esclavos, quedan excluidos.

States..."; sec. 2: "Africans and their descendants shall not be prohibited, on account of their color or race..." determinadas capacidades civiles comunes "to the white race" (entre ellas, ser testigo ante jurado, pero no formar parte del mismo), lo que, limitado y todo, desaparecerá del texto con la Constitución inmediata de 1868.

⁷³ Robert A. WILLIAMS, *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, New York 1990, pp. 287-323.

⁷⁴ Sidney L. HARRING, *Crow Dog's Case. American Indian Sovereignty, Tribal Law, and United States Law in the Nineteenth Century*, New York 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. History of a Political Anomaly*, Berkeley 1994; David E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U. S. Supreme Court. The Masking of Justice*, Austin 1997; Vine DELORIA JR. and D. E. WILKINS, *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin 1999.

⁷⁵ Solitaria puede brillar ahora al menos en internet: <http://www.lsjunction.com> (*Lone Star Junction: A Texas and Texas History Resource*). El proyecto *Avalon* de la Universidad de Yale brinda documentación del tránsito texano entre unos y otros Estados Unidos: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/texmenu.htm>. La Universidad de Texas ofrece las Constituciones desde la federal mexicana de 1824 con un buen buscador de términos, si se quieren más referencias de *jury*: <http://www.law.utexas.edu/constitutions/constitutions.html>. Para bibliografía también mexicana: <http://www.law.utexas.edu/constitutions/text/supbib.html>. Otra colección de los textos constitucionales de Texas: <http://tallons.law.utexas.edu/search/dconstitutions+texas%20>. Las Constituciones de México también están en el firmamento: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist>; <http://cervantesvirtual.com/portal/constituciones/pais.formato?pais=Mexico&indice=constituciones>.

⁷⁶ *Constitución* de México (1857), art. 2: "En la República todos nacen libres. Los esclavos que pasen al territorio nacional recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes"; *Amendment XIII* (1865) a la Constitución de los Estados Unidos, sec. 1: "Neither slavery nor involuntary service, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction".

Podrán continuar estándolo tras la misma abolición de la esclavitud. Era factible. A su vez, la exclusión indígena se da por supuesta en tal modo que no tenía usualmente ni que expresarse al efecto de la determinación de la ciudadanía⁷⁷.

¿Qué resulta a propósito del jurado, de esa garantía tan básica para el *common law* que era derecho ella misma? Sencillamente, su virtualidad como justicia preconstituída para la articulación constitucional en una sociedad plural, para esta específica función, ni siquiera cabe entonces plantearse. Ha quedado de entrada ya excluido lo que habría de articularse. En lo que pudiera importar a los pueblos indígenas, el punto de partida no es el de la inclusión en una misma ciudadanía, como en México, sino el de la exclusión más llana, como en los Estados Unidos del norte por los que Texas como Estado opta. El planteamiento no es texano, sino estadounidense. La estrella solitaria copia a otras estrellas agrupándose entre ellas⁷⁸.

Suele luego olvidarse de parte tanto mexicana como texana algo que ayuda a explicar una opción entre constitucionalismos. A mediados del siglo XIX, en materia de derechos y garantías, el federalismo estadounidense estaba más cerca del mexicano de 1824, aunque más bien se trataba de la viceversa, en el sentido de que los unos y las otras correspondían sustancialmente a la competencia de los Estados y no de la Federación. Tal y como de hecho defendiera

⁷⁷ Tomo las expresiones de la obra inicialmente más representativa del *common law* en versión americana: George TUCKER, *Blackstone's Commentaries with Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and of the Commonwealth of Virginia*. (...) *Containing short tracts upon such subjects as appeared necessary to form a connected view of the Laws of Virginia, as a member of the Federal Union*, 1803, nota *Of the Constitution of Virginia*, que consulto en pantalla, donde pueden localizarse con facilidad dichas expresiones por buscador: <http://www.constitution.org/tb/tb-0000.htm>. Para otras exposiciones autorizadas sobre unos mismos supuestos definiendo el estado del *common law* propio del constitucionalismo estadounidense por aquellos tiempos, James KENT, *Commentaries on American Law*, 1826 (http://www.constitution.org/jk/jk_000.htm); Joseph STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States before the Adoption of the Constitution*, 1833 (http://constitution.org/js/js_000.htm). En origen, el aclimatador principal a constitucionalismo, no a América, era en efecto William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769 (<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/blacksto.htm>). Que el *common law* presidía, se puede comprobar con tan sólo el contraste del primer pronunciamiento de la primera Constitución de Virginia, la de 1776 que G. TUCKER consideraba, pues estuvo vigente hasta 1830: "All men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights", faltando especificación tal cual, sin ir más lejos, la mexicana vista: "sin distinción alguna de europeos, africanos ni indios", o más bien quedando la misma posibilidad excluida de antemano.

⁷⁸ B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid 2000, pp. 86-113, y pp. 73-75 para el Tratado de Guadalupe-Hidalgo (1848) que estableció reglas más comunicativas de ciudadanía en la transferencia de otros territorios entre México y los Estados Unidos y a las que éstos no hicieron cumplido honor ni podían conforme a su derecho preconstituído. Hay versión americana: *Culture versus Rights. Indian Law and Derecho Indiano*, en Julius KIRSHNER y Laurent MAYALI (eds.), *Privileges and Rights of Citizenship. Law and the Juridical Construction of Civil Society*, Berkeley, Robbins Collection, 2002, pp. 277-297.

el virginiano Jefferson entre otros reacios al propio federalismo, las primeras enmiendas de la Constitución federal que componían un *bill or rights* se reducían en principio a limitar poderes centrales sin otra ulterior garantía de los mismos derechos que registraban, salvo por parte de los constitucionalismos estatales en su respectivo ámbito precisamente⁷⁹.

Con ello, con un federalismo de competencia estatal sobre derechos, también por entonces cabía más fácilmente el mantenimiento de la esclavitud en Estados como Virginia o como también Texas. Un viraje hacia el reforzamiento del propio federalismo en consideración de derechos para participación de garantías se ha planteado por el constitucionalismo mexicano antes que por el estadounidense. Planteamiento, pues no la práctica como ya de sobra sabemos, es lo que aquí y ahora nos interesa.

VI. NACIÓN, JUSTICIA, REPRESENTACIÓN, RESPONSABILIDAD

En el diseño constitucional mexicano de 1856 se proponía una articulación de nación política no sólo a través de elecciones, sino también por medio de una justicia de jurado que pudiera ofrecer acomodo a las jurisdicciones indígenas. Las respectivas comunidades podían también encontrar espacio al nivel municipal de las instituciones electivas, pero parece que la vía de justicia resultaba en comparación más apreciable por cuanto permitiría una determinación normativa propia no claramente sujeta a ley de nación. Cuando en 1857 la Constitución se ultima, habiendo sido rechazada la propuesta de instituirse el jurado como órgano ordinario de justicia, la articulación nacional ya sólo puede confiarse a una vía, la del voto político. Guardándose silencio sobre todo el resto fallido, así se proclama por el manifiesto que el Congreso dirige a la Nación en presentación de la Constitución⁸⁰:

El Congreso proclamó altamente el dogma de la soberanía del pueblo y quiso que todo el sistema constitucional fuese consecuencia lógica de esta verdad luminosa e incontrovertible. Todos los poderes se derivan del pueblo. El pueblo se gobierna por el pueblo. El pueblo

⁷⁹ Akhil Reed AMAR, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven 1998, pp. 3-133; comentándolo junto a otra historiografía, B. CLAVERO, *Constituyencia de derechos entre América y Europa*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 29, 2000, pp. 87-171. La sección segunda del *Amendment XIII* trae también la novedad contraria a la línea de Jefferson, que se frustrará todavía durante bastante tiempo, de la potenciación del legislativo por el reconocimiento de derechos y para su garantía no sólo así judicial más pasiva: "Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation", el de la sección primera ya citada.

⁸⁰ *El Congreso Constituyente a la Nación* (1857), en F. ZARCO, *Crónica del Congreso*, pp. 957-961, cita que sigue en p. 959, redactado por el propio ZARCO; la *Crónica* añade que "fue aprobado casi por unanimidad", y la *Historia* que se produjo la unanimidad sin el casi (la edición de la primera por C. SIERRA imprime en cursiva lo que desaparece en la segunda). De hecho, no hubo votación ni se abrió turno de palabra.

legisla. Al pueblo corresponde reformar, variar sus instituciones. Pero siendo preciso por la organización, por la extensión de las sociedades modernas, recurrir al sistema representativo, en México no habrá quien ejerza autoridad sino por el voto, por la confianza, por el consentimiento explícito del pueblo.

Ya no se dice que, por dicha misma *soberanía del pueblo* en singular, el pueblo no sólo *legisla*, sino también *juzga*, y esto mediante la institución del jurado que pudiera procurarle cabida a los pueblos en plural. Mas hay un hilo de continuidad. La pluralidad constituyente ni se ha concebido por el dictamen ni se concibe por el manifiesto. No cabe cuestión de *consentimiento explícito* de los pueblos⁸¹.

El tono del manifiesto, más que jeffersoniano como el del dictamen, es propio de *El Federalista*, de quienes ponían el acento en la Federación, en una articulación por medio no sólo de derechos ciudadanos, sino también de poderes federales⁸². Con todo ello, en resumidas cuentas, un arranque mexicano que tomaba por modelo primordial a los Estados Unidos norteros y por autoridad primera a Thomas Jefferson, a fin de fundar un entendimiento de la nación con mayor capacidad de articulación de la pluralidad, resulta que se ha producido en falso. También cabe que nunca se hiciera el planteamiento propiamente presente. Hay más de un hilo de unión entre la trama y el desenlace. En el mismo escenario de arranque podía darse un malentendido. Ni los Estados Unidos vecinos representaban ni la figura de Thomas Jefferson propugnaba una articulación nacional de pueblos en plural mediante instituciones como la del jurado o por ninguna otra. El equívoco ha pesado en el fracaso, aunque no se le haya debido por supuesto en exclusiva.

En el dictamen de la Comisión de 1856 y para el registro más modesto del jurado en el proyecto, cuánto más respecto al de la Constitución, la invocación de los Estados Unidos y la autoridad concreta de Jefferson resultaban largas y también quedaban cortas. Ya podemos apreciar lo uno como lo otro. Ocurre que la misma potencialidad del jurado para la articulación de nación era muy

⁸¹ Bruce ACKERMAN, *We the People*, vol. I, *Foundations*, Cambridge 1991, pp. 314-319, no suponiendo diferencia de entrada la inclusión (México) o exclusión (Estados Unidos) en la ciudadanía, pues esto mismo ya es primera determinación constituyente sin participación indígena incluso hasta hoy, lo que el propio ACKERMAN elude.

⁸² Me refiero obviamente a Alexander HAMILTON, John JAY y James MADISON, *The Federalist. A Collection of Essays written in Favor of the New Constitution as agreed upon by the Federal Convention. September 17, 1787* (1787-1788, primera edición exenta de dicho título este mismo año, en el fragor del debate), ahora por partida múltiple en internet con el mejor de los índices de materias, el virtualmente universal de los buscadores: <http://memory.loc.gov/const/fedquery.html>; <http://www.law.emory.edu/FEDERAL/federalist/>; <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/federal/fed.htm>, y bastantes más (pídase *The Federalist Papers*), siendo inferior en la red la presencia de la posición *Anti-federalist*.

superior en los Estados Unidos Mexicanos que en los otros, los del norte, Texas inclusive, en los cuales ni siquiera propiamente se presentaba. La cuestión del relativo acomodo constitucional de la presencia indígena mediante instituciones como el jurado y la municipalidad ni siquiera se les planteaba a dichos vecinos, los norteños, porque entre ellos se partía de una exclusión y en México de una inclusión en cuanto a la determinación de la ciudadanía⁸³.

Dentro del propio ámbito constitucional, ahí, en México, se produce la comparecencia de los *ciudadanos indígenas* y en plan además que puede ser colectivo de un ejercicio de ciudadanía nada pasivo, *litigando terrenos, pidiendo la restitución*, como nos relataba el doble presidente congresista de 1856, Ponciano Arriaga. Le preocupaban los efectos excluyentes de la nación constitucional por desconsideración hacia las comunidades indígenas, aunque sólo lo apreciara en la dimensión dominical y no en la jurisdiccional. Una tal ciudadanía activa hubiera podido quizás incluso apreciar, de no haberse extraviado en el taller, el acomodo de jurisdicción en jurado, lo que proponía implícitamente el dictamen y ya no se contenía ni siquiera claramente en el proyecto. Mas esto del aprecio de la mayoría de entonces, la parte indígena, es cuestión fuera de nuestro alcance, o al menos del mío, como ya he advertido. Ni puedo ni debo asegurarlo.

Por quien se pudo apreciar es por el Congreso Constituyente en México. Cabía desde luego la ceguera, pero no se carecía de prismáticos para la clarividencia a distancia. A la luz de la votación ajustada tras debate aclaratorio, no debe descartarse que un constitucionalismo alternativo por fondo intercultural, aunque de manera tan indecisa como desequilibrada, estuviera bien a la vista siendo entonces deliberadamente rechazado. El modelo concreto de guía europea que así se imponía, el de ley sobre derecho, podía abrigar cabida para el ciudadano indígena, pero no para la comunidad o el pueblo indígenas, no para otras culturas, con lo cual incluso la primera figura, la individual, quedaba demediada y condicionada por el requerimiento implícito de una defeción de cultura propia que ha cumplido notoriamente al menos uno de los congresistas de dicha otra procedencia cultural, el Nigromante. Sin ello, sin esta privación, ni siquiera cabía ciudadanía indígena en la nación constitucional. Se le veía finalmente como adversidad para su establecimiento y no como concurrencia para su articulación. Si se tomó en consideración, fue para el descarte. Si se le incluyó, fue para excluirse. En el transcurso, no olvidemos que mediaba conciencia, resolución y responsabilidad humanas de la parte que, sabiéndose además minoría, se arrogaba por presunción de cultura poder determinante sobre un todo. Si la sociedad no respondía, se mostraba esa parte dispuesta a

⁸³ Para el potencial y las limitaciones del acomodo municipal sobre base de derecho preconstituido que aquí ha quedado en segundo plano, B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala*, cap. IV: "Apuestas comunitarias vasca y maya entre prototipo constituyente y palimpsesto constituido".

crearla distinta mediante política de inmigración reconocidamente racista. El poder constituyente llegada a este extremo de creación de una humanidad en detrimento de otra, ésta la de nación propia.

Por unos momentos constituyentes, pudiera haber cabido comunidad de ciudadanía mediante la vía de justicia más y antes que por medio de la electoral, bien que ésta concurriera en el ámbito municipal. La primera, la judicial, ofrecería confianza para posiciones tanto individuales como, de mediar jurado, colectivas, dada sobre todo la raíz comunitaria de la jurisdicción indígena, mientras que la segunda, la política igualmente constitucional de vía electoral, introducía a unos niveles entonces superiores la incertidumbre de unos poderes. Como hemos visto en México y en Texas, los generaba y potenciaba, comenzándose por ese constituyente incluso de humanidad mediante política de población⁸⁴. Y eran además nuevos por inéditos. Para ninguna de las culturas en presencia, tampoco para la europea, existía con anterioridad ya no digo un poder de establecimiento constitucional, sino tampoco en rigor el legislativo que ahora se tiene por ordinario. El paradigma que se conocía y practicaba con anterioridad era de índole jurisdiccional, esto es, basado en el reconocimiento operativo de ordenamiento establecido por encima de potestades constituidas⁸⁵.

Es una clave la jurisdiccional que usualmente luego se olvida respecto a la parte precisamente no indígena. Se velan imágenes. Se retrotraen novedades con tradiciones que se adaptan sobre la marcha como hemos visto entre Roma y México. Se pone ley donde hubo jurisdicción. También para la parte no indígena primaba por entonces, con anterioridad al constitucionalismo, a sus mismas vísperas, la justicia debida al orden y así preconstituida respecto a determinaciones normativas. Pues era lo común, con independencia de cuál fuese el derecho constituido en el caso de cada cultura, el paradigma jurisdiccional podía compartirse. Ofrecía un terreno de confluencia. Cabía comunicación. Podría participarse constitucionalismo y así nación mediante el jurado, no como mera y simple garantía⁸⁶, sino como algo más y distinto, como derecho al derecho, como derecho constitucional al derecho propio, sobre supuestos así compartibles de libertades comunes.

Hubiera podido haber una justicia respetuosa de la diversidad de culturas con toda la virtualidad de un momento constituyente bajo paradigma común juris-

⁸⁴ B. CLAVERO, *Virtual citizenship, electoral observation, indigenous peoples, and human rights between Europe and America. Sweden and Peru*, cap. 7: "Rights make might: freedoms and elections, citizenships and peoples", a publicarse en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 31, 2002.

⁸⁵ Para el panorama constituyente, F. MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad*, para las raíces europeas y la institucionalización castellana del escenario preconstitucional, Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid 1992; Carlos GARRIGA, *Las Audiencias y las Chancillerías castellanas (1371-1525)*, Madrid 1994.

diccional. La alternativa de articulación constitucional de nación incluyente por medio de justicia antes que por ley se había presentado también en la Europa no británica, incluso en el caso de Francia, para cancelarse pronto⁸⁷. Entre la posibilidad y el conjuro, el factor disruptivo entonces se cifra en el planteamiento de la Constitución como determinación de poder por muy representativo que éste fuera y más aún si tan sólo lo resultaba de una de las culturas en presencia, con independencia del origen de sus agentes, y además apoderada hasta el punto de forzar humanidad, lo que resultaba de mayor alcance y superior gravedad en el caso de América⁸⁸. El federalismo intercultural que comunicase mediante el reconocimiento mutuo podía llegar a concebirse, como hemos constatado, pero se optaba con deliberación y resolución por el de carácter interterritorial que permitía la reproducción a escala de la operación constituyente de apoderamiento, para lo que se ofrecía también el modelo efectivo y empeñado de los Estados Unidos del norte⁸⁹. Se querían poderes sobre derechos, poderes propios sobre derechos ajenos. Si la ciudadanía era incluyente, como en el caso de México, no cabía entonces en absoluto justicia preconstituida a derecho constituyente inclusive como poder el legislativo. Si se anteponía lo segundo a lo primero, la ley y la Constitución misma al jurado, no cabía concurrencia reglada y pacífica sobre dichas bases no excluyentes de partida. La comprobación, si hace falta, se encuentra en un futuro que es pasado y es también presente para hoy en día⁹⁰.

El caso mexicano puede que sea representativo para América o al menos para aquella que procede de España culturalmente, en cuanto a cultura dominante no por tracto histórico a los efectos constitucionales, sino por determinaciones y responsabilidades constituyentes. Texas demuestra que caben trasvases. Para la América de matriz hispana, la discontinuidad entre *Antiguas*

⁸⁶ John Phillip REID, *Constitutional History of the American Revolution*, Madison 1986-1993, vol 1, *The Authority of Rights*, cap. 6: "The jury right", pero sin considerar la posibilidad de la comunicación al encerrarse de entrada a los efectos constitucionales en la cultura británica, pese esto además a contar el propio J. P. REID con obra monográfica sobre derecho indígena.

⁸⁷ B. CLAVERO, "La Paix et la Loi". *¿Absolutismo constitucional?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 68, 1999, pp. 603-645, comentando a Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán 1998, por cuanto entiendo que, ley mediante, afecta a derecho constitucional.

⁸⁸ La consideración que adopto de la función judicial como previa a la representación política, chocando con la historiografía imperante bajo constitucionalismo todavía más de poderes que de derechos a mi entender, ha sido puesta en cuestión por Maurizio FIORAVANTI reseñando *Happy Constitution en Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 27, 1998, pp. 405-408.

⁸⁹ Para el caso más significado (aparte las propias confederaciones indígenas) de posibilidad de federalismo intercultural que acabara cancelándose como tal, no como interterritorial, por parte de los Estados Unidos, William G. McLOUGHLIN, *Cherokee Renaissance in the New Republic*, Princeton 1986; Jeffrey BURTON, *Indian Territory and the United States, 1866-1906. Courts, Government, and the Movement for Oklahoma Statehood*, Norman 1995.

⁹⁰ B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias, ayer y hoy*, Madrid 2002, anexo III: "Estados constitucionales y pueblos indígenas: federalismo y multiculturalismo".

Audiencias y nuevas Naciones puede que con todo resulte síntoma de alcance. Junto al caso texano por contraste que resulta al fin relativo, ya advertí que tocaba el mexicano por lo que pudiera tener de significativo para una problemática más general de articulación constitucional entre derecho constituyente y justicia constituida. Aquí no nos hemos asomado ni siquiera a una práctica judicial concreta, ni mexicana ni texana ni estadounidense ninguna. Nos interesaba un panorama. Nos importaba un escenario. Nos intrigaba un horizonte.

Helo ahí de historia posible, de historia finalmente contrafactual por determinación y responsabilidad humanas, para la condición y situación de naciones americanas o pueblos en su pluralidad constitutiva, una alternativa ésta que por aquel entonces se cegara o, mejor dicho, que por aquellos tiempos se iluminara para cegarse a continuación. De la posibilidad de nación política articulando naciones culturales, nueva nación de antiguas naciones, se pasa al empeño y las ficciones de la Nación con mayúscula y en singular imposible por mucho constitucionalismo y también mucha historiografía que se pongan en exclusiva o con preferencia a su servicio. Y ya nos consta que las evidencias son de su momento, de la propia época. Permanecen, entre amagos de rectificación constitucional⁹¹, las frustraciones de un empecinamiento no sólo mexicano. El quiste es patente por poco que se ejercite el sentido de la observación. Se acusa en México y fuera de México, en América toda y en todas las latitudes donde se han constituido Estados por gentes sobrevenidas sobre pueblos precedentes sin el debido consentimiento⁹². La política de población nos ha hecho ver hasta qué punto las libertades constitucionales no se concebían a favor, sino en contra de dichos pueblos. Servía la ley, su imperio. ¿Qué acomodo podía haber entonces? ¿Qué horizonte?

Entre México y Texas, al sur de los Estados Unidos y por el resto de América, no hay una historia constitucional ineluctablemente latina con la divisa de legislación de nación presidiendo sobre derecho de libertad y con el rasgo más común de cultura de Europa acosando culturas precedentes sobre el terreno. He evitado no sólo el calificativo de colonial que todavía justamente hostiliza, sino también el prefijo de latino, como igualmente el de hispano o ibero para esa sección de América, el de anglo para otra o el de indo para toda ella, pues la realidad es más compleja⁹³. El mismo reto constitucional se minimiza de

⁹¹ Cletus Gregor BARIÉ, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, México 2000; Marco APARICIO, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona 2002; Francisco LÓPEZ BÁCENAS, *Legislación y derechos indígenas en México*, México 2002.

⁹² Hurst HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*, Filadelfia 1990, pp. 74-103; James TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge 1995; S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford 1996; Duncan IVISON, Paul PATTON y Will SANDERS (eds.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge 2000.

ignorarse contingentes. No se ciega parte alguna. Hubo alternativas constitucionales no sólo internas a la matriz europea, por modalidades hispana o británica, como hubo opciones constituyentes que se produjeron en dirección de la exclusión cultural aún cuando se partiera de la inclusión ciudadana. Esta misma se frustraba por quiebras de secuencia entre dictamen y proyecto, proyecto y Constitución, provocándose cortocircuitos entre derechos y garantías, garantías e instituciones. El constitucionalismo, de guardar consecuencia, podía encerrar posibilidades de articulación inéditas.

Es la historiografía, quiero decir la figuración y narrativa presentes del tiempo pretérito, la que luego se distrae ante momentos de verdadera responsabilidad tanto ajena por pasada como propia por actual. Puede que haya más constancia e incluso más conciencia de un reto de justicia en una historia constituyente que en una historiografía constitucional. Es la historiografía la que vela finalmente el panorama con ficciones y presunciones de nación. Y resulta el presente quien sufre la desarticulación.

⁹³ Para el momento constituyente americano global, haría falta un abordaje como el de fase precedente por parte ahora de Patricia SEED, *American Pentimento. The Invention of Indians and the Pursuit of Riches*, Minneapolis 2001, pero precisamente sin sus estereotipos jurídicos comparativos. Desbordándose América y respecto a más claves que la postesclavista, ubican y orientan, para la historiografía postcolonial que se precisa si se quiere un futuro tal, Frederick COOPER, Thomas C. HOLT y Rebecca J. SCOTT, *Beyond Slavery. Explorations of Race, Labor, and Citizenship in Postemancipation Societies*, Chapel Hill 2000.

JURISDICCIÓN Y TERRITORIO: LA CRISIS DE LA AUDIENCIA HISPANA¹

Marta Lorente Sariñena

*Catedrática de Historia del Derecho y las Instituciones
Universidad Autónoma de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

1. El 13 de Junio de 1812, el pleno de las Cortes generales y extraordinarias decidió pasar a la Comisión de Arreglo de los Tribunales una "memoria" de Ramos Arizpe y otros dictámenes sobre el establecimiento de una Audiencia en la provincia de Cohauila². Esta "petición" no fue en absoluto singular: como bien nos informa Fernando Martínez, la creación de una Audiencia en Santo Domingo provocó una avalancha de proposiciones a las Cortes para la creación de nuevos tribunales que procedían, sobre todo, de Ultramar³.

La historia parlamentaria de una y de otras, esto es, de la Comisión y de las proposiciones que las Cortes le fueron atribuyendo, no es sino una pieza del "arreglo" de la justicia realizado por la labor de las sucesivas Cortes reunidas bajo la vigencia de la Constitución gaditana⁴. No obstante, y con el objeto de establecer nexos que relacionen las "viejas Audiencias" con las "nuevas naciones", he traído aquí el recuerdo de la famosa Memoria de Ramos Arizpe debido a que no sólo nos remite a un texto representativo del primer constitucionalismo hispanoamericano en el que se habla genéricamente de "Audiencias" y "naciones"⁵, sino también porque su suerte parlamentaria documentada de forma muy significativa la "reducción" de sentido que de *propuestas federalizantes* como la contenida en textos como el que nos viene ocupando hicieron las Cortes Generales y Extraordinarias.

¹ El origen de estas páginas fue una comunicación presentada en el Congreso en la que intenté responder a la Dra. Federica Morelli, encargada de la ponencia central de la última sesión. Esta es la razón de que las referencias a su principal obra sobre la cuestión sean numerosas a lo largo del presente escrito, que se inscribe en un proyecto de investigación del que soy directora: "Historia institucional y cultural de la justicia hispana (ss. XIII-XIX)" PB 2000-0195.

² *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias* (=DSCGE), p. 3432.

³ F. Martínez, *Justicia entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810.1823)*, Madrid, 1999, p. 387.

⁴ *Ibid.*, passim.

⁵ De la memoria se hicieron dos ediciones, la príncipe en la propia ciudad de Cádiz en 1812 y una segunda en Guadalajara, México, en 1813; finalmente, un año después, se imprimirá en Filadelfia una traducción. El texto que manejo es una reimpresión de la edición gaditana. El ejemplar que sirvió para realizarla procede de la Colección Genaro García de la Biblioteca de la