

CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO. ACERCAMIENTO A UNA RELACIÓN AMBIVALENTE

Rafael ESTRADA MICHEL*

Después de analizar lo expresado por Maurizio Fioravanti en la concentradísima reflexión que acerca de la codificación civil realiza en su majestuosa obra: *Los derechos fundamentales*, es imposible (moral e intelectualmente hablando) abstenerse de virar los ojos hacia una nueva interpretación que cuestione el tan manido lugar común que, sin más, hace del proceso codificador el mellizo privado de la constitucionalización del orden público.

El replanteamiento historiográfico, de darse, ha de traer consecuencias de considerable entidad a su paso por el mundo hispánico. Y es que las Españas del siglo XIX —europeas o americanas, independientes o colonizadas— no fueron ajenas a un fenómeno que, atendidas las premisas fijadas por el iushistoriador italiano, parecería incompatible con el también panhispánico proceso codificador: el constitucionalismo clásico o revolucionario, esto es, aquel que hace de la Constitución ley de leyes, ley suprema y fundamental a la que ha de sujetarse el orden todo de un Estado que se adjetiva “de derecho”, como bien tempranamente postulaba el padre José Miguel Guridi y Alcocer, diputado tlaxcalteca a las Cortes de Cádiz, en el trascendental debate sobre los derechos que debían corresponder a los españoles afroamericanos (a las *castas*, pues, del Antiguo Régimen): “Lo que yo veo como teoría y metafísica es la distinción de derechos civiles y derechos políticos... *es segregar lo ciudadano de lo civil, lo que es ajeno aun de los nombres mismos*. Decir que los derechos civiles son los legales, y los políticos los de la Constitución, *es decir que ésta no es ley, cuando es más ley que las demás leyes, pues es fundamental y radical*. Distinguir los primeros de los segundos porque deban conformarse a la

* Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México.

justicia aquellos y no estos, es la cosa más extraña... *todo derecho debe tener por norte la justicia*".¹

Por contraste, en el Estado liberal europeo, el de la Restauración, la codificación mantuvo —siempre según Fioravanti— una calidad instrumental: la de dique conceptual, científico y legal respecto de las pretensiones omnicomprensivas del orden constitucional de la Revolución jacobina. Se trataba, dicho de otro modo, de impedir que la coyuntura política —dueña, en última instancia, de poderes y decisiones constituyentes— lograra apoderarse de una dogmática milenaria encargada de la regulación de las relaciones privadas. Para ello resultaba imprescindible hacer que la ley del Estado (eso, y no otra cosa, es el Código) se colocara por encima de los fundamentos constitucionales. La Constitución en la Europa liberal del segundo cuarto decimonónico ni será suprema, ni será intangible, ni será siquiera ley.

Al estatalismo liberal europeo continental le resultaba sumamente incómodo el individualismo voluntarista de la Revolución. Pero, historicista al fin, buscará rescatar lo que le pareciera rescatable no sólo en el Antiguo Régimen, sino en el periodo revolucionario, dado que “la Revolución podía y debía ser aceptada en sus contenidos y principios fundamentales, pero con la condición de que de ella no se originase un movimiento de generalizada y continua puesta en discusión de los poderes constituidos”.² Con esa conciencia expropia el liberalismo la idea de “Código” (por si se duda de su prosapia revolucionaria, concepto presente en la Constitución francesa de 1791) y la transforma para hacerla útil a su programa político. Pongámamoslo en otros términos: el Estado restaurador rechaza “la versión

¹ *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias que dieron principio el 24 de septiembre de 1810, y terminaron el 20 de septiembre de 1813*, Madrid, Imprenta de J. A. García, 1870. También en: Congreso de los Diputados. *Diario de sesiones*. Serie histórica, 1, dos CD-ROM, sesión del 10 de septiembre de 1811, t. III, pp. 1812-1814. Las cursivas son nuestras. Cfr. Garza, D. T., “Mexican Constitutional expression in the Cortes of Cadiz”, en Benson, N. L. (ed. e int.), *Mexico and the Spanish Cortes (1810-1822)*, Austin, The University of Texas, 1966, p. 50, y Lorente Sariñena, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 23: “la Constitución de 1812 nace con la conciencia de ser norma suprema”, citando como prueba de ello el debate sobre las castas.

² Fioravanti, F., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 133.

jacobina y voluntarista de la Revolución”³ pero valora todo aquello que pueda contribuir a la estabilidad de los poderes públicos. Y tal cualidad posee, qué duda cabe, el Código Civil: el contractualismo revolucionario, con su constante apelación al pueblo en sede constituyente, había traído, a querer o no, la mengua del poder estatal. El Código representaba la oportunidad de sustraer a la voluntad popular una importantísima parte de la *savia social*, tan importante que el Estado podría erigirse en el gran regulador de la vida de los particulares sin que las cambiantes mayorías constituyentes pudiesen hacer nada. Importaba por tanto hacer de la Constitución un mero programa social y del Código el vértice del sistema de fuentes jurídicas o, si se quiere, la ley fundamental: “Se ha hablado de Código-Constitución. ¡Totalmente cierto! No existe duda de que, en su nacimiento, el Código encarnó la auténtica Constitución del Estado burgués, ya que, habiendo asumido las primeras ‘cartas de derechos’ un carácter filosófico-político, correspondió al Código Civil enunciar reglas jurídicas disciplinadoras de las instituciones fuertemente ‘constitucionales’ de la propiedad privada y del contrato”⁴.

La triada de “fundamentaciones teóricas de la libertad” en la que Fioravanti sustenta el desarrollo de sus reflexiones permite contemplar el fenómeno que se presentó en la Europa posnapoleónica y que acaso no haya podido operar en la América transindiana. En efecto, historicismo, estatalismo e individualismo juegan papeles muy dispares a uno y otro lado del Atlántico. Mientras que la Europa de Constant y Tocqueville, de Carré, de Malberg y Jellinek, experimenta una implacable necesidad estatalista ordenada a recuperar las libertades históricas perdidas con el transcurrir de la Revolución (libertades que corresponden no sólo a los individuos, sino —y primordialmente— a las naciones), América Latina parece lista para ensayar una más de sus tan conocidas aventuras eclécticas, esas que a don Edmundo O’Gorman le parecían expresiones de un racionalismo elefanteásico. Los hispanos fantasearemos con un orden individualista, estatalista e historicista, lo que nos permitirá entre otras cosas cocer en la misma olla Constitución y Código, a diferencia del Estado de derecho europeo-continental, imposibilitado teórica e históricamente para “seguir las

³ Fioravanti, F., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996, p. 99.

⁴ Grossi, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 90.

huellas del constitucionalismo estadounidense⁵. *Marbury vs Madison* es simplemente impensable en el vetusto mundo.

De naciones hablamos, y no ya de pueblos, pues al estatalismo restaurador le resulta imperioso sustituir a ese universo de ciudadanos que los jacobinos llamaron “pueblo” por un fundamento “más estable y sólido de las instituciones políticas”. La nación, antídoto definitivo contra el voluntarismo contractualista de la Revolución, “ya no es el sujeto del poder constituyente. La nación es una realidad histórico-natural, que no se determina por libre voluntad de los individuos, y que a su vez no determina de manera contractualista los caracteres de las instituciones políticas: *la nación, con sus instituciones, es producto de la historia*”.⁶ La *nación*, invención tan revolucionaria como el Código, no será más sinónimo de “pueblo”. Ni siquiera de “tercer estado”, como quería el abate Sieyes. Será una realidad viviente, eterna para algunos, develada merced al accionar de su servidor, el Estado, con quien algún día tendrá que fusionarse a través de la operación dialéctica del pensamiento hegeliano.

Rabasa alabó la sustitución que del término “pueblo” por el de “nación” realizó el Constituyente mexicano de 1823-1824. Es preciso admitir, sin embargo, que el empleo americano del vocablo y de sus significantes resultó asaz distinto que el europeo continental. Respondía a intereses, necesidades, antecedentes y realidades muy diferentes a los de la Europa restaurada, como ha mostrado la historiografía más avanzada,⁷ y a ello se debe, quizás, que las naciones constitucionalmente inventadas en el Nuevo Mundo hayan podido combinar la idea de Código con el repudio al Estado legalista de derecho. Su idea yanqui de Constitución, abandonada por los europeos que huyen del Terror, puede convivir con su anhelo estatalista de codificación. Y es que comprenden que, siempre que no se desnaturalice el constitucionalismo, “la codificación de las relaciones civiles y la constitucionalización de las relaciones políticas se presentan como dos aspectos de un mismo movimiento histórico. Tanto el Código como la Constitución representan la igual adscripción consciente del derecho al ámbito de una, y sólo una, voluntad racional e intencionalmente dirigida contra la irracionalidad del movimiento histórico-político espontáneo, para reprimir las ma-

⁵ Fioravanti, *Los derechos...*, nota 3, p. 103.

⁶ *Ibidem*, p. 105. Cursivas de M. Fioravanti.

⁷ Por todos, la compilación de Guerra, F. X., y Annino, A., *Inventando la nación. Iberoamérica, siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

nifestaciones del pasado y prevenir las del futuro”.⁸ Quedaba por ver si esa única “voluntad racional” podía moverse al alimón en una dirección constitucionalista y en una codificadora. Las soluciones noratlánticas al dilema se manifiestan tempranamente: es el convencimiento típicamente liberal-restauracionista en el sentido de que la Constitución no debe representar un orden fijo, esto es, normativo, lo que permitirá la consolidación del Código Civil. Y es la convicción exactamente contraria la que impedirá la expedición de Códigos en la Nueva Inglaterra y la que potenciará la *judicial review*. Las reacciones latinoamericanas son, por contraste, tardías y eclécticas. Pretenden que la voluntad estatal es capaz de codificar lo público y lo privado sin incurrir en contradicción conceptual alguna.

Lo que quiero decir es que si el constitucionalismo estadounidense, con su individualismo historicista en función de franco antiestatalismo, rechaza el legiscentrismo basado en la teoría que hace del legislador encarnación absoluta de la voluntad general, y es por ello reacio a la codificación civil y entusiasta de la supremacía de la norma fundamental,⁹ mientras que el historicismo liberal europeo, en funciones antiindividualistas, emplea al Código como un arma ius-estatalista capaz de batir a la idea de Constitución-ley, nuestros Estados nacionales creen en la posibilidad (simultáneamente historicista, individualista y estatalista) de asegurar la constitucionalidad del derecho público al tiempo en que se codifica el *Ius civile*. Y es que la ley económica de la utilidad marginal, con sus sacrificios inevitables, nunca parece haber sido tomada realmente en serio por nuestro barroco *volkgeist*.

Para comprender cabalmente la fundamentación tricotómica de Fioravanti es menester hacerse cargo de que en la Europa posnapoleónica el Código no es un instrumento del individualismo ciudadano, sino una herramienta muy cara al estatalismo nacionalista. Al fin y al cabo, el pluralismo jurídico jamás ha molestado al mercader, como prueba la formación medieval de ese *Ius mercatorum* que es policéntrico derecho hecho por y

⁸ Zagrebelsky, G., *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, p. 32.

⁹ Sin que afirmar lo anterior implique el absurdo de negar el peso que tiene la presencia de un sistema jurídico distinto al romano continental, pero sí aceptar que, bien mirada, la conservación del *Common Law* tras la *American Revolution* es una apuesta historicista-jurisdiccional por la afirmación del individuo y de sus derechos frente a un Estado que no se quiere capaz de variar el curso de la historia.

para los comerciantes.¹⁰ A la nación estatalizada le interesa, en cambio, expropiar las fuentes de creación jurídica. Y para ello se sirve de su brazo armado, el legislador. La Constitución europea decimonónica no es *higher law*, pero por si algún nostálgico recuerda que por lo menos es *loi* resulta necesario establecer la posibilidad de su reforma en sede parlamentaria ordinaria, para así condenar al Poder Constituyente popular a un ostracismo del que —eso se cree— ya no ha de salir.¹¹ En otros términos, “mientras en Estados Unidos el historicismo sirve para afirmar la rigidez de la Constitución frente a los poderes públicos, en la Europa continental la recuperación del modelo historicista concibe tal eventualidad —la Constitución como suprema fuente de derecho, superior a las leyes ordinarias— como el dominio arbitrario del poder constituyente de los ciudadanos sobre las instituciones políticas, destinadas de esta manera a caer, como en el tiempo de la Revolución, en una inestabilidad crónica”.¹² La conclusión no es menos cristalina: al tiempo que en Estados Unidos es la Constitución la que asegura los derechos del individuo en contra de la arbitrariedad estatal, en la Europa continental es el Estado codificador el que garantiza los derechos de la nación en contra del arbitrio popular que entronizó en su peor versión al Terror revolucionario.

“Renovado protagonismo del Estado en lugar de la Constitución”, dice con razón Fioravanti. En *el* lugar que debía corresponder a la Constitución, podríamos agregar. Y el Estado protagonista no dudará en manifestarse en dos direcciones principalísimas, la de la codificación civil y la de su nuevo derecho, el derecho administrativo que no es, en forma alguna, constitucional. Ambas direcciones apelan a la palingenesia más marcada por lo que respecta a los venerables primeros principios de la Revolución. Son, como en 1791, programas de igualdad individual que van más allá de

¹⁰ La nueva burguesía “en su etapa revolucionaria” es cosa asaz distinta a la antigua clase mercantorial. Al burgués le interesa construir una “paz burguesa” capaz de garantizarle seguridad y propiedad. Le interesa una nación estatalmente robusta, lo cual explica el que la burguesía haya sido “la clase impulsora y beneficiaria del movimiento codificador”. Tomás y Valiente, F., *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 474.

¹¹ “Sólo lo que es imperfecto cambia: o porque se corrompe o porque se mejora”. Zagrebelsky, *Historia..., cit.*, nota 8, p. 40. En consecuencia, la inmutabilidad (y acaso también la rigidez) debe garantizarse sólo a lo que es perfecto. El Código quedará a disposición del Parlamento, pero sufrirá, en realidad, pocas mutaciones.

¹² Fioravanti, *Los derechos..., cit.*, nota 3, p. 107.

la mera formalidad constitucional. Habrá que agradecer al Código, en lo privado, que todos los ciudadanos gozaremos a partir de él —o al menos eso se supone que pasará— de “los mismos instrumentos jurídicos para la apropiación y la venta”. Pero el Código (y otro tanto puede decirse de la administración pública) es más que eso. Llegará el momento, incluso, en que su padre —el individualismo— y su madre —la Revolución— no podrán reconocerlo. Y lo propio le pasará a su hermana, la Declaración de 1789, con quien acabará por no poseer relación alguna. Su padrastro, el Estado “soberano, fuerte y dotado de autoridad”, lo utilizará sin escrúpulo alguno para subvertir y aniquilar el añejo sistema de las fuentes jurídicas y para agenciarse un derecho positivo cierto, estable, seguro, que nada tenga que ver con las veleidosas y fluctuantes Constituciones y declaraciones que inundaron a la Francia posrevolucionaria con su insufrible apelación a las opciones político-partidistas propias de una democracia (palabreja que, por cierto, irá perdiendo atractivo a pasos agigantados durante el Ochocientos).

Será la ley del Estado —el Código y no la Constitución— lo que ocupe en Europa el vértice de la pirámide que décadas después intentará trazar Kelsen. La inversión de las fuentes, si se piensa en las reivindicaciones revolucionarias de la primera hora, es absoluta e irresistible. Contra lo que hemos visto que sostenía Guridi en sede tan europea como la que más, “la Constitución no sirve ya para dictar los principios básicos que tienen que reflejar las leyes del Estado y, eventualmente, defender los derechos y libertades frente a los posibles arbitrios de los poderes constituidos; sino que estos últimos, ahora armados con el Código de un sistema normativo cerrado y con autoridad, deben ser defendidos de las intromisiones de los principios constitucionales que reflejan las elecciones políticas del momento y, por ello, amenazan la certeza del derecho garantizada por la ley del Estado”.¹³ Es el Código el que otorga certidumbre al derecho del Estado-nación, y no la Constitución la que tutela los derechos fundamentales del individuo. Lo que debía ser ley fundamental se convierte en mero programa de gobierno, en mayor o menor grado cumplido dependiendo del cinismo del Estado del que hablemos. Bien se sabe desde entonces que los jueces aplican leyes, no programas ni declaraciones. El círculo de la legalidad estatocentrista se cierra con una congruencia admirable. Una con-

¹³ *Ibidem*, p. 110.

gruencia inconstitucional en todos los sentidos de la palabra: el derecho administrativo, el derecho del Estado, no se codifica porque mientras más confusión genera más sirve a los intereses de su amo. El Estado, en tanto que “núcleo de poder público soberano” se coloca en una zona que la Constitución “ni puede ni debe alcanzar”. Es, entiéndase bien, el núcleo de un poder “normativizado”, no arbitrario, liberal pero extraconstitucional, que es tanto como decir extrapolítico. La supremacía de la política, esto es, de la Constitución, constituye un poderoso vomitivo para los liberales posrevolucionarios.

Hasta aquí Fioravanti y hasta aquí el Estado liberal de la Restauración. Contemplado este panorama, que es el propio de la orilla europea del Atlántico, no puede dejar de intrigar que en el Orbe indiano las cosas se hayan presentado de manera tan aparentemente idéntica y tan esencialmente diferenciada. Estado, Constitución y Código. O mejor, abriendo comillas con toda malicia, “Estado”, “Constitución” y “Código”. He aquí la triada predilecta en la América ibérica de los siglos XIX y XX, la trilogía que ha mantenido fascinado al Leviatán mexicano, para volver a utilizar una feliz expresión de Brading. Lo interesante, la meta hacia la que, en mi concepto, debemos avanzar, se halla constituida por la explicación del fenómeno de la codificación estatalista en el ecléctico mundo hispano, que gozará, apenas alcanzada la independencia, de Constituciones rígidas y de códigos. Todo a una vez.¹⁴

¿Cómo compaginar los tempranos intentos de codificación con la existencia de órdenes constitucionales pretendidamente acabados y operantes?

¹⁴ Sigue siendo pertinente la admonición de C. Ramos Núñez en el sentido de que “cabe preguntarse por las motivaciones que impulsaron el proceso codificador latinoamericano. Mientras que en los pueblos germánicos y en Italia (las codificaciones) eran concebidas como instrumentos hacia la unidad nacional y en Francia como medio eficaz hacia la uniformidad legislativa, en América Latina no se presentaban tales presupuestos. Cuando promulgán sus códigos nuestros países ya habían alcanzado la Independencia política y la unidad nacional —incluso en aquellos lugares con inmensas poblaciones indígenas—, se daba por concluida”. Nuestro propósito es, sin embargo, llamar a una mutación de perspectiva. Parece prudente colocarse en una atalaya que explique la razón por la que “cada Estado, así como contaba con una Constitución, ambicionaba también disponer de un cuerpo de leyes” codificadas en lo privado. Ramos Núñez, C., “La codificación: impulso moderno de la familia romanista”, *Derecho y Sociedad*, núms. 8-9, Estudiantes de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, s/f. Manejo versión electrónica: www.pandectasperu.org/no200003/cramos.html, consulta del 9 de agosto de 2005, pp. 9 y 10.

La respuesta podría estar en el texto de Cádiz, obra de la proto-restauración europea, pero también de los ideales constituyentes americanos que los diputados indianos llevaban en las gavetas con las que cruzaron la Mar Océana.

En 1812, los liberales peninsulares ofrecieron a los indianos, a cambio de su sumisión política —asegurada por la no contabilización de las castas afroamericanas en los censos electorales de la monarquía—, el fin de la diferenciación jurídica privada. La soberana nación española se hallaría compuesta por la totalidad de los españoles “de ambos hemisferios” (artículos 1o. y 3o. de la Constitución de Cádiz). No más derecho de Indias, pues “el código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes” (artículo 258).¹⁵ La discusión del precepto rinde testimonio de lo avanzada que se hallaba la unificadora idea estatal-codificadora en ambas orillas del Atlántico español. Es un indiano, el diputado zacatecano José Miguel Gordo, el único que ofrece reparos a la disposición, y no por considerar indeseable la codificación sino por la razón exactamente opuesta: en su concepto, las “variaciones” que autorizaba el precepto servirían para la conservación del régimen colonial en América. Gordo se pronuncia por mantener identidad absoluta en la legislación “esencial” de la nación cuatricontinental. Y es otro americano, el chileno Joaquín Fernández de Leiva, miembro de la comisión de Constitución, quien contesta a los reparos alegando que el artículo no provocaría que hubiese diferencias en lo sustancial para beneficiar a una u otra provincia, sino que tendría simplemente a mantener viva la capacidad para adaptar la legislación a lo circunstancial de cada provincia.¹⁶ No subsistiría, en consecuencia, un derecho indiano que era contemplado como un emisario de la indeseable dispersión propia del Antiguo Régimen y como

¹⁵ Cfr. la crítica que formula Suárez Verdeguer, F., *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Rialp, 1982, p. 119 y las consecuencias que de la discusión en torno a la disposición extrae correctamente Calzada Conde, R., “El principio configurador y garantista en la Constitución de Cádiz”, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, Parlamento de Andalucía-Tecnos, 1989, p. 148. En general sobre la revolución española, Artola, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, 2a. ed., Madrid, IEP, 1975, y Portillo Valdés, J. M., *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, CEPC, BOE, 2000.

¹⁶ *Diario de sesiones...*, sesión del 21 de noviembre de 1811, III, p. 2305.

un formidable obstáculo a la consolidación del poderío del Estado-nación español que las Cortes creían estar pariendo.

No obstante su pasión codificadora, el texto de Cádiz es el propio de una Constitución-norma suprema. ¿Resulta en consecuencia equiparable el artículo 258 a sus pares de las Constituciones y Declaraciones propias de la primera hora del jacobinismo galo? No es fácil sostener idea semejante, habida cuenta de que la Constitución de 1812, ávida por diferenciarse de los antecedentes terroríficos del invasor francés, carece de una declaración de derechos. Como sucederá con la hija que será producto de su ayuntamiento con la Constitución de Filadelfia —la Constitución federal mexicana de 1824—, el texto de Cádiz “no garantiza los derechos individuales, de los que sólo hay uno que otro regados en diversos tratados” de la ley fundamental.¹⁷ En este sentido es, probablemente, el primer fruto del constitucionalismo liberal de la Restauración.

Un fruto no granado, ni mucho menos, precisamente porque es concebido como ley de leyes contenida en un texto rígido (artículo 375) y sujeto a un cierto control de regularidad constitucional a cargo de las Cortes y, sorpresivamente, de las Diputaciones que habrían de operar en cada provincia del entramado panhispánico (artículos 335, numeral 9o. y 372-374).¹⁸ Se abre, pues, con el texto gaditano el incurablemente ecléctico constitucionalismo hispano. Durante el Trienio liberal, en plena segunda vigencia de la Constitución doceañista, se genera un serio intento de codificación civil, de establecimiento del Estado legicentrista de derecho (1821). Sólo seis años después, vigente la Constitución de 1824, se promulga el primer Código Civil iberoamericano en el mexicano estado de Oaxaca.¹⁹

La Constitución de 1824, empapada ya de constitucionalismo estadounidense, concede a la Suprema Corte de Justicia la facultad para conocer “de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley” (artículo 137, fracción 6a.). Control de la normalidad constitucional, sí, pero subordinado a una ley expedida por el Poder nacional por

¹⁷ Rabasa, E., *La Constitución y la dictadura*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 7.

¹⁸ Clavero, B., *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1992, pp. 32, 41 y 42.

¹⁹ Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2004, p. 706. Para el proceso de codificación anahuacense, considerado en su integridad, *cfr.* del mismo autor *La codificación en México. Una aproximación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

excelencia, el Legislativo. Algo que el juez Marshall no hubiera podido concebir: un precepto que por sí mismo echaba por tierra toda posibilidad de auténtica *judicial review*. El estatalismo liberal hace su aparición en tierras aztecas, por la puerta de atrás, vergonzante pero irresistiblemente. La ley del Congreso está por encima de la Constitución del pueblo, para así consolidar la fuerza del Estado propio de la inventada nación.

Doce años después, las centralistas *Siete Leyes constitucionales* fijarían un matiz al paradigma estatalista al establecer un Supremo Poder Conservador (ley 2a., artículo 12, fracción I) capacitado para “declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración o el supremo Poder Ejecutivo, o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del Poder Legislativo”. Las leyes o decretos del poder nacional quedan subordinados a la Constitución, con lo que parece triunfar la fundamentación individualista de las libertades (y también la historicista, pues los actos de la Corte sólo podrían ser controlados por el Supremo Poder en caso de usurpación de funciones, situación que hace que el paradigma jurisdiccionalista propio del Antiguo Régimen recobre aliento).²⁰ No saldría sobrando preguntarse si esta aparente derrota del estatalismo fue lo que provocó que en el México del centralismo no se generasen “mayores logros en materia de codificación”.²¹ Da la impresión de que nos estábamos alejando de la Restauración europea.

Una impresión falsa, si se atiende a lo que ocurriría sólo cuatro años después. La Constitución del estado de Yucatán establecería un afamado sistema de control de la constitucionalidad puesto en manos del Poder Judicial (1840). Individualismo e historicismo muy cercanos al ideal anglosajón, podría decirse tras una rápida mirada. Sí, pero no se olvide que estamos en tierras sincréticas y que el estatalismo sabe abrirse paso por cualquier rendija. El juicio de amparo yucateco posee ya las características legicentristas que se mexicanizarían a partir de 1847 y llegarían a nuestros días: el principio de instancia de parte agraviada (que salva los derechos del Estado cuando obra unconstitutionalmente si ningún particular se toma

²⁰ Para el paradigma, Garriga, C., “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *Istor. Revista de Historia Internacional*, núm. 16, México, CIDE, primavera de 2004, pp. 13-44.

²¹ Cruz Barney, Óscar, *op. cit.*, nota 19, p. 707.

la molestia de solicitar la protección de la justicia) y el principio de relatividad de las sentencias, la celeberrima Fórmula Otero, que permite que actos y disposiciones declaradas inconstitucionales se sigan aplicando en perjuicio del individuo que no tuvo la diligencia suficiente para obtener el amparo constitucional.

Y mientras tanto avanza el proceso codificador. Un Estado a la moda europea restauracionista, podría pensarse, pero volveríamos a errar. La Constitución en México será programa, sí, pero ello no significará que podamos ver en la cúspide del sistema de fuentes a ley o código alguno. Ni Estado legal de derecho, ni *judicial review* auténticamente constitucional. Ni garantía, ni proyecto de renovación social. Nada más que simulación y apacentarse con viento: poesía constitucional y verdad extralegal. Un Estado al servicio ya no de la nación o del individuo, sino del poder en sus formas más elementales de expresión. El barroquismo terminó por costarnos caro.

Conclusiones. La estatalización del derecho privado ha traído consigo una disminución en la riqueza conceptual proveniente de la tradición civilista. Basta reparar en lo que son hoy las clases de derecho civil, en el mejor de los casos meras críticas a la obra del legislador, sin conciencia creativa y sin esfuerzos palpables por vincular la disciplina con el orden social, esto es, con el orden vivo, actuante, efectivo. Otro tanto puede decirse de la extraordinariamente pobre labor jurisprudencial civilista que ha campeado en Occidente durante las dos últimas centurias. Habrá que reparar en si tal estado de cosas es compatible o no con una doctrina y una praxis auténticamente constitucionales.

Habrá que cuestionarse también, tarde o temprano, en torno de los objetivos que buscó la codificación en América Latina, tierra de naciones y de Constituciones aparentemente jurídicas para el tiempo en el que el Código hizo su aparición. En el caso de México, es necesario hacerse cargo de la viabilidad y coherencia de la idea codificadora en una estructura que, por su naturaleza federal, invita en forma natural al particularismo jurídico, hecho frente al cual, como anticipó fray Servando Teresa de Mier en 1823, no ha quedado más salida que la de la simulación.

La tentativa ecléctica latinoamericana, la que ha pretendido no sacrificar ninguna de las tres fundamentaciones de la libertad, se tradujo rápidamente, desde el principio de nuestras vidas nacionales, en anunciados fracasos: ni vigencia del Estado de derecho a la manera de la Europa del

Code civil, ni auténtico control de la constitucionalidad a lo Marshall. Todo ha quedado a la celebración patriotera, al discurso políticamente correcto y a la simulación cortesana, lo que implica en buena medida que, ya ubicados en pleno siglo XX, nuestros Estados sociales hayan sido el hazmerreír del mundo.

Decía alguien, creo que Cioran, que la gran diferencia existente entre los pueblos anglos y los latinos radica en que mientras que a aquéllos se les permite todo tipo de locuras en materia religiosa para poder mantener una rotunda ortodoxia política, a los nuestros se les obliga a seguir los dogmas piadosos y se les permite la demencia y el vaivén en el orden de las cosas públicas. No estoy en condiciones de secundar o refutar la opinión, pero sí de señalar que algo muy parecido ha acaecido en materia constitucional-codificadora. La locura ha construido su morada en nuestros textos constitucionales (piénsese en las más de 500 aventuras reformadoras que ha experimentado la Constitución de Querétaro) en tanto que la imaginación no ha operado allí donde puede desenvolverse con mayor eficiencia: el terreno propio de esos locos visionarios que fueron los jurisconsultos romanos, el territorio de un derecho civil no insularizado, no estatalizado, no coartado, jamás aislado de la sociedad a la que regula. El de un orden que fue suficiente para garantizar la libertad de los antiguos y que, no veo por qué no, es compatible con la Libertad de los modernos, esa que se escribe con mayúscula y que ha generado enormes sacrificios que alguna vez tendremos que atrevernos a justipreciar.