

CAPÍTULO XXV

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Primera Parte)

Parecerá a algunos un contrasentido, si no una aberración, hablar de la constitución de la Nueva España. ¿Había acaso constitución en lo que más tarde fue México independiente? ¿Sabíamos siquiera lo que era una constitución antes de la expedida en 1824? Probablemente, para otros, sería admisible la existencia de una constitución anterior a la Independencia, cuando fue promulgada en Cádiz la de 1812, sin saber que ésta no pudo ser aplicada, aún cuando teóricamente sus normas debían regir a las Indias. Algunos otros pretenderán, guiados más por las ilusiones que por la realidad, que el sistema constitucional tiene su punto de partida en el intento de Apatzingán. Por último, los teorizantes no podrán imaginarse que las naciones hayan podido tener constituciones antes que aquélla que se toma como el arquetipo de todas ellas hubiera surgido para el gobierno de los Estados Unidos de América.

Quienes así piensan, seguramente que nunca se han preguntado cuál es el significado de la palabra constitución, dando por cierto que la connotación única de esa palabra es un conjunto de normas que forman un cuerpo diverso de todos los demás cuerpos o códigos legales, y en virtud de las cuales se crean los diversos órganos gubernamentales entre los que se distribuyen y limitan competencias. Fácil es, sin embargo, verificar que esa palabra tiene un significado más amplio, más general y más

propio, y bastaría para ello con recurrir al diccionario de la Real Academia Española, que dice: “*CONSTITUCIÓN.- Esencia y calidades de una cosa que la constituyen y la diferencian de las demás*”. Aplicando esta definición al estado, diremos, siguiendo a don Toribio Esquivel, que:

*“Constitución de un estado es la esencia y calidad de ese estado en todas sus funciones coordinadoras de los actos de los hombres que viven bajo soberanía, expresando para ello la realidad compleja e inagotable de la vida, de modo que no puede la constitución de aquel estado confundirse con la de ningún otro, como no puede la adaptación de medios afines, que forma la vida, ser igual en dos seres que nacen y crecen en distintos medios”.*⁷⁴

Según tales conceptos, nada que es del dominio del Derecho queda fuera de los límites de la constitución de un estado. Pero si se pretendiera, al hablar de constitución, tener únicamente en cuenta la relativa a una estructura gubernamental y su funciones, no sería necesario que constara en un cuerpo de Leyes ni que forzosamente fuera toda ella formulada por escrito, bastarían los usos, costumbres y tradiciones para que el estado mostrara su esencia y calidades diferenciándose de otros.

74 Esquivel Obregón, Toribio. *La Constitución de Nueva España y la Primera Constitución de México Independiente*. Estudio presentado al Tercer Congreso Jurídico Nacional. México. 1925.

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

Pues bien, la Nueva España tuvo tales elementos, y por lo tanto tuvo su constitución bien clara y definida; gozó de una estructura política cuyos órganos, junto con los usos y costumbres, no carecían tampoco de Leyes escritas que los organizaban y determinaban sus funciones. Tales organismos serán los que en seguida nos ocupen.

Cuando el régimen quedó definitivamente constituido bajo la forma monárquica, dos grupos de órganos de gobierno existían, uno en la metrópoli y otro en la Nueva España; el primero, integrado por el rey, el *Consejo de Indias* y la *Casa de Contratación* de Sevilla; el segundo, por el virrey, la Audiencia y los Ayuntamientos, de cada uno de los cuales nos ocuparemos. Conviene advertir que el carácter de dependencias que las diversas entidades estatales de las Indias tuvieron respecto de España, no impedía que fueran tenidas como reinos, así como las partes integrantes de España misma lo eran, tales como Castilla, León, Navarra, etc., o como la tenían también Nápoles, Lombardía y otros. No eran, por lo tanto, colonias, como fue y es usual llamarles, ya que ni por su estructura social ni por sus regímenes que las gobernaban tenían propiamente las características de tales. Sobre el particular, se ha hecho notar la diferencia entre los dominios españoles en las Indias, y las colonias romanas en la antigüedad y las sajonas en la Edad Moderna.

Debe también tenerse en cuenta que, dentro de los organismos gubernamentales de que nos ocuparemos, no había la separación de poderes, que a partir de las doctrinas propaladas por Montesquieu se ha tenido como axiomática,

aún cuando la realidad no concuerde en muchos casos con la teoría. Una tercera observación hay que hacer, y es la relativa a la preponderancia de la función judicial, como se comprobará más adelante.

El rey

El monarca, primera entre las autoridades de la metrópoli, ha sido objeto de someras exposiciones en temas anteriores, cuando se trató del concepto que de él se tenía y que aparece expresado, entre otras Leyes, en el *Fuero Juzgo*, y posteriormente al examinar la forma como surge el Derecho foral, según la cual la potestad del soberano descansa, en gran parte, en los convenios que celebraba con las comunidades o consejos, en virtud de los cuales éstos aceptaban obedecerlo y servirlo a cambio del respeto que él ofrecía a los fueros locales. Caso análogo acontecía entre el mismo rey y sus vasallos en virtud de relaciones contractuales, no exclusivas de España, sino de toda Europa medioeval, según las cuales, la sumisión y servicios se otorgaban por éstos a cambio de la protección que aquél se obligaba a darles; presentándose el caso, no por cierto raro, de que el contrato se disolviera y el vasallo emprendiera por su cuenta no sólo la administración, sino las guerras de conquista, como aconteció cuando el *Cid*, desvinculado de Alfonso VI, lleva a cabo la conquista del reino de Valencia.⁷⁵

Los conceptos que de la monarquía se tenían en la Edad Media, tenían por base los principios imperantes del Cristianismo que veía en el estado un medio para la realización de los fines trascendentales del hombre, y en

75 Véase sobre este punto *La España del Cid*, de Menéndez Pidal.

el rey a un juez que debía interpretar y aplicar las Leyes y los principios universales del Derecho y de la Justicia, a los cuales él también estaba sujeto y no podía violar.

Pero a fines de la Edad Media, y como iniciación del Renacimiento, el concepto de la monarquía sufre una crisis que en España culmina en los reyes Católicos, don Fernando y doña Isabel, cuyas fuertes personalidades permiten la absorción de toda potestad en sus coronas, para usar de ella con fines a realizar las reformas que la época exigía sin apartarse para ello de la ortodoxia católica, adelantándose así a la Reforma heterodoxa en forma no menos humanista y, sin duda, más humana; reforma que habría de continuar el Cardenal Cisneros, con los éxitos de que son buena prueba, entre otros, los alcanzados en la labor misional en América durante el siglo XVI.

El renacimiento del Derecho Romano, realizado primero por los glosadores y después por los comentadores, influyó notablemente en la crisis de la monarquía, y junto con este factor, la filosofía renacentista contribuyó poderosamente. Pero la ortodoxia en España impidió los excesos del absolutismo, manteniendo, al menos en la doctrina y no pocas veces en la práctica, restringida dentro de ciertos límites la potestad del rey. Sabido es como algunos autores entre los más respetables llegaron en España hasta sostener la legitimidad del tiranicidio, con gran escándalo de otras naciones, entre ellas Inglaterra.

Por vía de muestra, citaremos algunas opiniones que

acerca de la monarquía se externaban por los teólogos y filósofos españoles de esa época. Luis Vives afirma la igualdad entre los hombres, sin más distinción que aquélla que la virtud pide, y asienta que especialmente los reyes deben distinguirse de los demás precisamente por su virtud, para ser por ella estimados, respetados e imitados. Según Martín Azpilcueta, no es de Derecho Natural la potestad de los reyes, sino la del pueblo o de la comunidad, que no puede desprenderse de ella totalmente. Doctrina tomista es ésta, que el doctor Angélico completaba con la de que la potestad del rey descansa en la voluntad de la comunidad para aceptarlo como soberano y someterse a él. Semejante tesis no sólo no fue desconocida en España, sino generalmente aceptada, como lo confirma Domingo de Soto cuando, en su tratado *De Iustitia et Iure*,⁷⁶ afirma:

“Dios como autor del Derecho Natural ha concedido a los mortales que cada república tenga la facultad de regirse por sí misma, y, en consecuencia, de que, si lo aconseja la razón, que es como destello de la luz divina, pueda transmitir esa potestad a otro”; fray Alonso de Castro, sobre este mismo tema, afirma: *“... Nadie es rey o señor del pueblo, sino que los principados y señorías, cuando están poseídos justamente, proceden del consentimiento popular”*.⁷⁷

Análoga tesis mantiene más tarde el padre Francisco

76 *Quaestio Prima*, III.

Suárez, cuando dice: “*Según el orden natural de las cosas, ningún rey o monarca tiene ni ha tenido de Dios inmediatamente el principio político, sino mediante la voluntad y las instituciones humanas*”.⁷⁸ Este mismo autor es, después del padre Juan de Mariana, uno de los que llegan a la defensa del tiranicidio, fundándose en que los actos tiránicos son actos de guerra contra la sociedad y, por lo tanto, ésta puede defenderse, y de no encontrar otro medio para ello puede cualquiera matar al tirano. Semejantes ideas que en España no encontraron obstáculo para circular y propagarse, en Inglaterra hicieron que el rey mandara quemar el libro de Suárez por mano del verdugo, y solicitó de España que hiciera lo mismo, lo cual no se hizo.

Ya había sostenido estas ideas Mariana, basándose en que al tirano debía primero hacérsele notar su proceder como contrario a la convivencia y bien común, y que si se corregía no había porque pasar adelante, pero si, por el contrario se obstinaba en él, y no diera muestras de corrección, debería declararse públicamente que no se le reconocía como rey.

“*Y puesto que necesariamente ha de nacer de allí una guerra, dice Mariana, citado por Esquivel Obregón, conviene explicar la manera de defenderse, procurar armas, imponer contribuciones a los pueblos para los gastos de guerra,*

77 *De potestate Legis poenalis.*

78 *Defensio fidei catholicae adversus anglicanae sectae errores.* Lib. III. Cap. II.

y si así lo exigen las circunstancias, sin que de otro modo fuese posible salvar la patria, matar a hierro al príncipe como enemigo público, y matarle por el mismo Derecho de defensa, por la autoridad misma del pueblo, más legítima siempre y mejor que la del rey tirano”.

Expresivas son tales teorías del tiranicidio de los conceptos e ideas que acerca de los reyes corrían por España, aún cuando no fueran las más comunes y aceptadas ni carecieran de argumentos contrarios. Otras opiniones acerca de la potestad real se encuentran en numerosos autores, además de los ya citados. Así, Diego Covarrubias niega expresamente el poder absoluto de los reyes. Juan Ginés de Sepúlveda dice: *“Lo más conveniente al rey es el culto de la verdad, guardar el juramento que hizo al tiempo de comenzar su reinado, de respetar los privilegios, inmunidades, instituciones y costumbres de los pueblos y de los ciudadanos en particular, contra lo cual no puede hacer nada sin magna injusticia”*; y podían multiplicarse las citas en gran número, si para ello pudiéramos contar con el tiempo necesario.

Y no quedaron solamente en la doctrina las limitaciones de la potestad del rey, las costumbres las tenían también establecidas, y fueron más tarde Leyes escritas. En efecto, como se ha hecho notar, el rey no podía legislar contra Derecho Natural ni contra Fueros, y la Ley 238 del *Estilo* determinaba en qué orden debían aplicar los jueces el Derecho, estableciendo que habían de acatarse,

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

en primer lugar, los principios del Derecho Natural; en segundo lugar, las costumbres razonables, o sea aquéllas no contrarias al Derecho Natural; y finalmente, en tercer lugar, las Leyes positivas. Era, por lo tanto, el Derecho Natural el equivalente, de cierta manera, a lo que son hoy las constituciones modernas, y las demás Leyes no podían cumplirse si iban contra las disposiciones de aquél, como acontece en nuestros días entre las Leyes ordinarias y las constitucionales. La diferencia estriba en que mientras el Derecho Natural radicaba grabado en las conciencias de gobernantes y gobernados, de manera más firme e indeleble de lo que es la escritura, las normas constitucionales constan en escritos susceptibles de borrarse o alterarse sin dejar huella. Surge, sin duda, el problema de determinar lo que debe entenderse por Derecho Natural, pero éste es más bien tema de Filosofía del Derecho que nos aparta de los nuestros.

Las *Leyes de Partida* consagran también en sus normas los mismos principios; basten como ejemplo los siguientes textos: “*Contra Derecho Natural non deben valer privilegios nin carta de Emperador, rey ni otro señor. E si la diere, non debe valer*”.⁷⁹ En la Ley 25, Tít. 13, Part. II, se impone a los gobernados la obligación de guardar al rey por sí mismo, no dejándole hacer cosa alguna que redunde en daño de su cuerpo, o de su linaje o de su reino, y esto se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejen errar a sabiendas, merecen penas

79 *Partidas*. 3^a, 31, 18.

como traidores. Confirmando costumbres tradicionales, la *Novísima Recopilación* consigna:

“Establecemos que si en nuestras cartas mandásemos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra Ley o fuero o Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida, no embarcante quien ella se haga mención general o especial de la Ley o fuero u ordenamiento contra quien se diere, o contra las Leyes y ordenanzas por nos fechas en Cortes con los procuradores y villas de los nuestros reinos”.

Obedecer y no cumplir implica un contrasentido, dado el significado usual de esos dos términos, y el empleo de la frase “*obedézcase pero no se cumpla*” pudiera parecernos como un subterfugio o una *chicana* para eludir el cumplimiento de una orden o de un mandamiento de autoridad; sin embargo, dentro del lenguaje forense tenían en España esos términos connotaciones diversas, deducidas de sus respectivos orígenes etimológicos, pues obedecer, del latín *obedire*, proviene de *obaudire*, que implica la posición de una persona que oye o escucha de otra alguna cosa; es una situación pasiva de atención y respeto, en tanto que cumplir significa completar, perfeccionar, es decir implica una acción, por lo tanto obedecer y no cumplir equivale a escuchar con respeto la voz que manda, pero sin olvidar por eso la voz de la razón y del Derecho Natural grabado en la conciencia, y cuando existe conflicto entre el precepto positivo y el precepto natu-

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

ral, quien ha de hacerlos cumplir se encuentra en un dilema y tiene que seguir aquél que ordena hacer el bien y evitar el mal, o sea el precepto natural, y sin faltar al respeto del que expidió el positivo, se abstendrá de cumplirlo por suponer que la autoridad de quien procede obró por ignorancia por haber estado mal informado, lo que constituye la *obrepción*, o por habersele ocultado los hechos, lo que era la *subrepción*, ya que era de suponerse que el rey no podía querer el mal.

“Es una apelación del mandato del rey ante el rey mismo” –dice el maestro Esquivel Obregón– quien añade: *“Se pide amparo al rey, a quien se ilustra sobre los hechos, contra el rey que había mandado algo por obrepción o subrepción”*. *“Era cuidar al rey del rey mismo, como diría la Partida”*. *“Lo que hoy llamaríamos en México, suspensión del acto reclamado”*.

Con esta fórmula, los alcaldes y Ayuntamientos, celosos de sus fueros e inmunidades municipales, amparaban y defendían a los miembros de sus municipios contra toda invasión del poder real que intentara restringir o desconocer sus derechos individuales. Estos principios fueron también aplicados en América, y las Leyes de Indias tuvieron muy en cuenta que todo precepto legal debía tomarse como una tentativa, susceptible de ser corregida teniendo en cuenta nueva y más amplia información; por otra parte, no dejó de encarecerse el respeto a las costumbres de los pueblos de América, siempre que

no fueran contrarias a las normas del Cristianismo y de su cultura. En esta virtud, en la *Recopilación de Leyes de Indias* se establecía que: “los ministros y jueces obedezcan y no cumplan nuestras cédulas y despachos en que intervinieran los vicios de obrepción y subrepción y en la primera ocasión nos avisen de las causas porque no lo hicieren”.⁸⁰

Con estas limitaciones, la potestad del rey podía expresarse tanto a través de sus funciones judiciales como legislativas y administrativas, ya que, como se ha dicho, no había separación de poderes a la manera como lo consignan las constituciones modernas. Su función legislativa se manifestaba por pragmáticas, cédulas reales, cartas abiertas, ordenanzas y reales órdenes; siendo expresión de resolución real en materia judicial, los autos y las provisiones.

Conviene recordar, antes de terminar este esbozo del concepto de monarquía y de las funciones y limitaciones de la potestad del rey, que cuando a la muerte del último de los monarcas españoles de la casa de *Austria* el año de 1700, sucedió a Carlos II el rey Felipe V de la casa de *Francia*, el cambio de los principios hasta entonces imperantes fue notorio; el concepto de la realeza estaría dominado por la ideas francesas de un absolutismo mucho más radical del que hasta entonces pudiera haber imperado. Y aun cuando en las Indias tardaron en apa-

80 Ley 22. Tít. I. Libro II.

recer las nuevas tendencias, hicieron también su aparición especialmente cuando los reyes de la *Casa de Borbón*, olvidando la tradición española, siguieron las tendencias absolutistas que los llevaron al despotismo ilustrado, propio de las corrientes que de Francia salían para inundar al mundo, tomando cuerpo en el *Enciclopedismo*.

Cierto es que la situación de España durante los gobiernos de los últimos monarcas de la casa de *Austria* revelaba una evidente decadencia, como decadentes fueron esos reyes, la tradición jurídica fue mantenida; no así bajo los *Borbones*, quienes, tanto en España como en las Indias, introdujeron innovaciones que en su oportunidad señalaremos.

Las nuevas tendencias, se manifestaron tanto por actos emanados del mismo gobierno de la metrópoli, cuanto por influencias exteriores, francesas e inglesas, que los reyes de España o no supieron impedir o no creyeron conveniente evitar, iniciándose una nueva época en la que en virtud de tratados internacionales, se comenzaron a conceder franquicias y derechos, especialmente a los ingleses, que si en principio parecían convenientes para las relaciones entre los pueblos y naciones, para los de América el resultado fue la introducción de ideas exóticas e inadaptables más que de ventajas.