

REVISTA DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS



# REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

- Lic. Fauzi Hamdan Amad, *Rector*
- Lic. Francisco Simón Conejos, *vocal*
- Lic. Luis Díaz Mirón, *vocal*
- Lic. Pascual Orozco Garibay, *vocal*
- Lic. José Ángel Villalobos Magaña, *vocal*
- Lic. Mauricio Oropeza Estrada, *vocal*

Lic. Gisela Oscós Said  
*Secretaria Académica*

Lic. Renata Sandoval Sánchez  
*Secretaria de Administración*

CONSEJO EDITORIAL

- Lic. Francisco de Icaza Dufour, *Director*
- Lic. Jaime del Arenal Fenochio
- Lic. Fauzi Hamdan Amad
- Lic. Jorge Adame Goddard
- Lic. Carlos Müggenburg
- Lic. Gisela Oscós Said

El Consejo no se responsabiliza del contenido de los artículos ni de las opiniones expresadas en ellos.

ISSN 0185-1438

© 2012. Derechos reservados conforme a la ley  
Escuela Libre de Derecho  
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

Certificado de licitud del título núm. 6861. Certificado de licitud de contenido núm. 7357. Comisión calificadora de publicaciones y revistas ilustradas. Secretaría de Gobernación. Reserva de Derechos al uso exclusivo del título. Núm. de inscripción 2104-93. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

Prohibida la reproducción de los artículos sin permiso de sus autores.

ÍNDICE

Raúl ANDRADE OSORIO	
El Tratado Adams-Onís y la Constitución de Cádiz .....	9
Eber BETANZOS	
En el vilo de la insurgencia mexicana: de la invasión francesa a España (1808) al movimiento juntista y el constituyente gaditano (1810-1814).....	23
José Arturo BURCIAGA CAMPOS	
La Constitución de Cádiz en Zacatecas: realidades e imaginarios.....	47
Luis Norberto CACHO PÉREZ	
Javier Alba Muñoz. Una semblanza.....	63
Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL	
A 475 años: recuerdo y actualidad de la encíclica <i>Sublimis Deus</i> , como proclamación de derechos humanos ...	95
Rafael ESTRADA MICHEL	
Breve ensayo bibliográfico sobre nuestras revoluciones constitucionales.....	131
Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ	
El Liberalismo y Cádiz .....	141

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO Arbitraje y contratación gubernamental.....	163
Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN El testamento en las disposiciones normativas del periodo Adrianeo (117-138 D. C.) .....	181
Alfredo HARO GOÑI Algunos comentarios en torno a los delitos ambientales previstos en el Código Penal Federal.....	233
Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS Principios constitucionales (derechos fundamentales) en el derecho comparado. Algunas sentencias interpretativas.....	283
Carlos MÜGGENBURG El matrimonio homosexual.....	371
Loretta ORTIZ AHLF ¿Es el amparo un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos?.....	453
David PANTOJA MORÁN Ramos Arizpe y las Cortes de Cádiz.....	479
Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ Fundamentación de los derechos humanos desde la Filosofía de la Liberación .....	505
Juan Pablo SALAZAR ANDREU Alejandro G. ESCOBEDO ROJAS Antonio Joaquín Pérez Martínez en el contexto de las Cortes de Cádiz.....	529
Mario A. TÉLLEZ G. El Poder Judicial en el Estado de México en la primera época federal.....	553

## MISCELÁNEA

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ La enseñanza de la Filosofía del Derecho en la Escuela Libre.....	573
DISCURSOS Discurso del Lic. Fauzi Hamdan Amad, Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia por el centenario de la escuela.....	607
José Fernando FRANCO GONZÁLEZ SALAS Algunas experiencias de la reforma en materia de derechos humanos .....	615
Discurso del alumno Juan Pedro Fernández Cueto, presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la ceremonia de inauguración de cursos 2012-2013 .....	633

DOCTRINA GENERAL

EL TRATADO ADAMS-ONÍS Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Raúl ANDRADE OSORIO

SUMARIO: I. Nacimiento de la Constitución de Cádiz y del Tratado Transcontinental. II. Análisis del paralelismo del Tratado Adams-Onís y la Constitución de Cádiz.

I. NACIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y DEL TRATADO TRANSCONTINENTAL

En 1808 Napoleón invadió España y los reyes fueron obligados a abdicar en favor del hermano del emperador.<sup>1</sup>

En relación con Carlos IV, se celebró el convenio de 5 de mayo de 1808, concluido y firmado en Bayona, con Napoleón emperador de los franceses en virtud del cual se le cede la corona de los dominios españoles.<sup>2</sup>

Respecto del príncipe de Asturias, Fernando de Borbón, se signó un tratado el 10 de mayo de 1808, en la misma localidad francesa, en el que el heredero se adhirió a la renuncia hecha por su padre al trono de España, así como a sus derechos de sucesión.<sup>3</sup>

Por otro lado, Napoleón, aconsejado por Murat, plantea la idea de instaurar una Constitución en España, por lo que se reunió en

<sup>1</sup> Cfr. Rafael Almarza, Ángel, "Hispanoamérica ante la Constitución de Cádiz", *Relatos e historias en México*, año IV, núm. 43, marzo de 2012, p. 50.

<sup>2</sup> Del Cantillo, Alejandro, *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas españoles de la casa de Borbón desde el año de 1700 hasta el día*, Imprenta de Alegría y Charlain, Madrid, 1843, pp. 713 y 714.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 714 y 715.

Bayona una asamblea compuesta por clero, nobleza y pueblo llano, con objeto de redactar un proyecto de Constitución y someterlo a debate. Existieron tres proyectos de Estatuto. En el primero de ellos, Napoleón, con poco conocimiento de la realidad política de España, lo fundamenta en la Constitución francesa del 13 de diciembre de 1791 y en otras disposiciones. Las observaciones propuestas y modificaciones hechas al primer proyecto dieron lugar a un segundo, cuyo contenido en lo fundamental es igual al anterior, con la salvedad de que anula el artículo referente a la abolición de la Inquisición, radicalizando en general la intolerancia religiosa. La institución del Senado aparece en el tercer proyecto, motivado en buena medida por las deficiencias técnicas del segundo, en el cual hay, además, diversos artículos nuevos referentes a la Regencia y a los virreinos de América y Asia. Los dos títulos de la Regencia y el Senado son casi una reproducción íntegra de la normativa francesa. El 15 de junio se constituye en el Palacio del Obispado Viejo de Bayona una asamblea de diputados pertenecientes a diversas provincias, con el fin de buscar soluciones a los problemas políticos, entre los que se encontraba la aceptación de las abdicaciones de Bayona y la aprobación de un Estatuto. La convocatoria de Bayona, publicada en la Gaceta de Madrid, hacía constar que el número de diputados no debía sobrepasar los 150, elegidos entre el clero, la nobleza y el pueblo. El número de diputados en la sesión inicial fue de 65. Los datos que tenemos acerca de las sesiones nos indican que las dos primeras se dedicaron a la presentación de José Bonaparte, rey desde el 7 de junio. En la tercera comienza el debate sobre el proyecto de Constitución, que fue repartido impreso entre los diputados para que aportasen sus observaciones y enmiendas. En la sesión del 20 de junio fue cuando se leyó el proyecto de Constitución.<sup>4</sup>

Mientras tanto, para dirigir la guerra contra los franceses, se organizaron algunas juntas de gobierno en España. La más importante fue la Junta Central y Gubernativa de España e Indias, que asumió

<sup>4</sup> Cfr. Fernández Giménez, María del Camino, "El Senado en el Estatuto de Bayona: origen del debate parlamentario en las Cortes de Cádiz", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, vol XXII, México, 2010, pp. 237 y 238.

la responsabilidad de dirigir el destino del imperio en ausencia del monarca.<sup>5</sup>

En esas épocas, la Junta Central confió en nombre del Rey el cargo de ministro plenipotenciario cerca del gobierno de los Estados Unidos a Luis de Onís González López y Vara,<sup>6</sup> pero una intervención del ministro francés impidió que el gobierno de los Estados Unidos le aceptasen, considerándose neutral en la contienda que por aquel entonces desangraba a España.<sup>7</sup>

La guerra de independencia española y la subsiguiente penuria en que quedó sumido el país, dieron ventajas territoriales que consiguieron los norteamericanos a costa de territorio del imperio español, por lo que era necesario llegar a un acuerdo que pusiera término a la expansión estadounidense hacia la Nueva España y arreglara, por otra parte, las mutuas compensaciones económicas de que ambas partes se creían acreedoras por presas hechas por corsarios de una y otra nacionalidad u otras causas; las negociaciones fueron lentas y repletas de incidentes e incomprensiones.<sup>8</sup>

A un año del establecimiento de la Junta Central, en un esfuerzo por fortalecer su legitimidad, decidió convocar a elecciones para el establecimiento de las Cortes Generales en 1810, antes de disolverse y conformar un Consejo de Regencia.<sup>9</sup>

La Junta Central, antes de disolverse, reguló a través de un decreto del 29 de enero de 1810 la constitución de las Cortes, organizadas en dos estamentos: el Popular, compuesto por los procuradores de las provincias, y el de Dignidades, integrado por los grandes de España, arzobispos y obispos.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Cfr. Rafael Almarza, Ángel, "Hispanoamérica ante la Constitución de Cádiz", *Relatos e historias en México*, año IV, núm. 43, marzo de 2012, pp. 50 y 51.

<sup>6</sup> Cfr. De Onís, González López y Vara, *Memoria sobre las negociaciones entre España y los Estados Unidos de América que dieron motivo al tratado de 1819*, Imprenta de D.M. de Burgos, Madrid, 1820, p. IV del Prólogo.

<sup>7</sup> Cfr. Solano Costa, Fernando, "Las fronteras hispano-norteamericanas", *Cuadernos de Investigación: Geografía e Historia*, vol. 2 (1), 1976, p. 47.

<sup>8</sup> Cfr. Antonio Ayala, José, "Las relaciones diplomáticas entre España y Estados Unidos durante el trienio liberal (1820-1823)", *Anales de la Universidad de Murcia. Filosofía y Letras*, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, vol. 36, núm. 1-2, curso 1977-1978, p. 240.

<sup>9</sup> Cfr. Rafael Almarza, Ángel, *op. cit.*, pp. 51 y 52.

<sup>10</sup> Bertelsen Repetto, Raúl, *El Senado en España. Estudios de historia de la administración*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974, p. 35, en Fernández Giménez, María del Camino, *op. cit.*, p. 242.

Las Cortes Generales y Extraordinarias de España e Indias iniciaron sesiones el 24 de septiembre de 1810 en la isla de León y luego se trasladaron al oratorio de San Felipe Neri en la ciudad de Cádiz.<sup>11</sup>

El primer presidente de las Cortes fue Ramón Lázaro de Dou y secretario interino Pérez de Castro. En la primera sesión fueron aprobados una serie de principios que inspirarían el nuevo orden a seguir, de los que destaca el de soberanía nacional: "Hallarse los Diputados que componen este Congreso, y que representan la Nación, legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, en que reside la soberanía nacional". Y también el de separación de poderes: "Se establecía la separación de los tres Poderes, reservándose las Cortes el ejercicio del legislativo". En sesión del 23 de diciembre se dio a conocer el nombre de los trece miembros de la Comisión de elaboración de la Constitución: Agustín Argüelles, José Pablo Valiente, Pedro María Ric, Francisco Gutiérrez de la Huerta, Evaristo Pérez de Castro, Alfonso Cañedo, José Espiga, Antonio Oliveros, Diego Muñoz Torrero, Francisco Rodríguez de la Bárcena, Vicente Morales, Joaquín Fernández de Leyva y Antonio Joaquín Pérez. El 17 de agosto de 1811, el secretario de la Comisión de Constitución, Pérez de Castro, notificó al Congreso que se habían concluido "las dos primeras y principales partes del trabajo que se le había encomendado, a saber. La formación de un Proyecto de Constitución política para la nación española, y que ansiosa de satisfacer la justa impaciencia de la nación entera y de sus diputados, y de cumplir lo ofrecido, tendría el honor de presentar el día siguiente su trabajo en las Cortes". Ya en 1811, el 25 de agosto el presidente de las Cortes abrió el debate del proyecto que dará lugar a la Constitución: "...Hoy se empieza a discutir el proyecto formado para arreglo y mejora de la Constitución política de la nación española, y vamos a poner la primera piedra del magnífico edificio que ha de servir para salvar a nuestra afligida Patria, y hacer la felicidad de la Nación entera, abriéndonos un nuevo camino de gloria..."<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Cfr. Rafael Almarza, Ángel, *op. cit.*, pp. 51 y 52.

<sup>12</sup> Fernández Giménez, María del Camino, "El Senado en el Estatuto de Bayona: origen del debate parlamentario en las Cortes de Cádiz", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, vol XXII, México, 2010, pp. 242 y 243.

Los debates constitucionales culminaron en enero de 1812 con la redacción de la Constitución que fue promulgada el 19 de marzo de 1812.<sup>13</sup>

Mientras tanto, Luis Onís en una carta dirigida al Virrey de la Nueva España, el 1 de abril de 1812, aseveró lo siguiente:

... Este gobierno se ha propuesto nada menos que fijar sus límites en la embocadura del río Norte o Bravo, siguiendo su curso hasta el grado 31 y desde ahí tirando una línea recta hasta el mar Pacífico, tomándose por consiguiente las provincias de Nuevo Santander, Coahuila, Nuevo México y parte de la provincia de Nueva Vizcaya y Sonora. Parecerá un delirio este proyecto a toda persona sensata, pero no es menos seguro que el proyecto existe, y que se ha levantado un plan expresamente de estas provincias por orden del gobierno, incluyendo también en dichos límites la isla de Cuba, como una pertenencia natural de esa República. No hay paraje quizá en nuestras Américas, en donde no haya emisarios napoleónicos y de este gobierno: estos se unen en todas partes para fomentar la guerra civil y la independencia, pero con distintas miras; pues Napoleón quiere que le sirvan estos americanos para su proyecto, y ellos fingiendo que trabajan para él, obran para sí.<sup>14</sup>

El 20 de julio de 1812, se firma en Veliky Louky un tratado de amistad, unión y alianza entre España y Rusia, *en la inteligencia de que fue ratificado por las Cortes Generales de Cádiz*, el 2 de septiembre del mismo año, sin la sanción del rey por ausencia y cautividad.<sup>15</sup> *Este es el primer instrumento de derecho internacional que se signa y ratifica bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz.*

El 19 de marzo de 1813 se signa en Estocolmo, un tratado de paz y amistad entre España y Suecia, el artículo 3, establece: "...Su majestad el rey de Suecia reconoce por legítimas las cortes generales y extraordinarias reunidas en Cádiz, así como la Constitución que ellas han decretado y sancionado..."; la ratificación de la convención de

<sup>13</sup> Cfr. Rafael Almarza, Ángel, "Hispanoamérica ante la Constitución de Cádiz", *Relatos e historias en México*, año IV, núm. 43, marzo de 2012, pp. 51 y 52.

<sup>14</sup> Niceto de Zamaconis, *Historia de México*, vol. 8, Barcelona, México, J. F. Parres, 1879, pp. 297 y 598.

<sup>15</sup> Del Cantillo, Alejandro, *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjerías los monarcas españoles de la casa de Borbón desde el año de 1700 hasta el día*, Imprenta de Alegría y Charlain, Madrid, 1843, pp. 722 y 723.

derecho internacional corrió a cargo de las cortes y se verificó el 5 de mayo de 1813, en las mismas condiciones de ausencia del monarca.<sup>16</sup>

El 11 diciembre de 1813 Napoleón y Fernando VII firmaron un tratado en Valençay, en donde se estipuló que el “deseado” debía regresar a España como monarca legítimo.<sup>17</sup> Pero tanto el Consejo de Regencia como las Cortes reaccionaron con indignación ante la firma de este Tratado, que ponía en entredicho las competencias constitucionales de los representantes de la nación española y los acuerdos de alianza con la Gran Bretaña.<sup>18</sup>

Los regentes se negaron dignamente a tal humillación y las cortes de Cádiz no sólo no aprobaron su conducta sino que expidieron el decreto de 2 de febrero de 1814, en el cual, entre otras cosas, se contenía la disposición de no reconocer por libre al rey, ni, por lo tanto, prestarle obediencia hasta que en el seno de las mismas cortes hiciese el juramento prevenido en el artículo 173 de la Constitución.<sup>19</sup> El precepto en cita, establece lo siguiente:

Art. 173. El Rey, en su advenimiento al trono, y si fuere menor, cuando entre a gobernar el Reino, *prestará juramento ante las Cortes* bajo la fórmula siguiente: “N. (aquí su nombre), por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas; juro por Dios y por los Santos Evangelios que defenderé y conservaré la religión Católica, Apostólica, Romana, sin permitir otra alguna en el Reino; *que guardaré y haré guardar la Constitución política y leyes de la Monarquía española*, no mirando en cuanto hiciere sino al bien y provecho de ella; que no enajenaré, cederé ni desmembraré parte alguna del Reino; que no exigiré jamás cantidad alguna de frutos, dinero ni otra cosa, sino las que hubieren decretado las Cortes; que no tomaré jamás a nadie su propiedad, y que respetaré sobre todo la libertad política de la Nación y la personal de cada individuo; y si en lo que he jurado, o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniera, sea nulo y de ningún valor. Así, Dios me ayude y sea en mi defensa, y si no, me lo demande.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 723 y 724

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 726 y 727.

<sup>18</sup> Cfr. Varela, Suanzes-Carpegna, “La Constitución de Cádiz en su contexto español y europeo (1808-1823)”, *Memorias del Congreso ACE*, 26 de enero de 2012, p. 17.

<sup>19</sup> Del Cantillo, Alejandro, *op. cit.*, p. 728.

El 20 de enero de 1814, en Basilea, se firmó un tratado de amistad y alianza entre España y Prusia, el cual fue ratificado únicamente por las cortes generales del reino el 8 de marzo de ese año, pues se consideraba en ausencia el monarca; los decretos de promulgación estaban redactados de la siguiente manera: “...Su Majestad Católica Fernando VII, rey de España y *durante su ausencia y cautividad la regencia del reino legítimamente elegida por las cortes generales y extraordinarias*...”<sup>20</sup>

En marzo de 1814, con este ambiente tan poco propicio aparentemente para restaurar el absolutismo, Fernando VII abandonó su retiro francés y se trasladó a España.<sup>21</sup>

El 5 de febrero de 1814, se firmó en Londres un convenio entre las coronas de España e Inglaterra para la adjudicación de efectos y buques represados a Francia, en la inteligencia de que lo signó Fernando VII y las ratificaciones se canjearon el 26 de abril, empero, desconocemos si ésta corrió a cargo de las Cortes de Cádiz.<sup>22</sup>

El 4 de mayo de 1814, en Valencia, el monarca expidió un decreto por medio del cual se derogaba la Constitución de Cádiz y todos los decretos aprobados por las Cortes, declarándolos “...nulos y sin ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo...”<sup>23</sup>

Las relaciones normales con los Estados Unidos no se reanudaron hasta diciembre de 1815. Onís fue reconocido en Washington y Erwing en Madrid. El tema de los límites fue enseguida suscitado. El 10 de septiembre de 1816 por Real Ordenanza quedaba autorizado Onís para concluir un Tratado de Amistad y límites con el Gobierno de la Unión, si bien esta disposición no fue acompañada de las instrucciones pertinentes, teniéndose que basar en los antecedentes existentes. La negociación no podía ser fácil. La sublevación de la América hispana, el aislamiento de España y su falta de recursos

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 728 y 729.

<sup>21</sup> Cfr. Varela, Suanzes-Carpegna, “La Constitución de Cádiz en su contexto español y europeo (1808-1823)”, *Memorias del Congreso ACE*, 26 de enero de 2012, p. 17.

<sup>22</sup> Del Cantillo, *op. cit.*, pp. 729 y 730.

<sup>23</sup> *Decretos del Rey Don Fernando VII. Año Primero de la Restitución al Trono de las Españas*, Imprenta Real, Madrid, 1816.



bélicos y económicos contrastaba con la decisión norteamericana de beneficiarse de este estado de cosas aun con el empleo de la guerra.<sup>24</sup>

La cuestión planteada por Monroe, secretario de Estado, era que España cediese todos los territorios situados al este del Mississippi a cambio de la frontera del Colorado; la española era la cesión de las Floridas y el señalamiento del Mississippi como frontera. No se llegó a algún acuerdo. Otra propuesta formulada por los Estados Unidos fue la compra de las Floridas. Onís no era partidario de la venta, sino de que España consiguiese una estabilización de fuerzas por medio de la intervención de algunas potencias, sobre todo Inglaterra y Francia, aunque en la negociación se tuviesen que ceder las Floridas a una de ellas. Se intentó agotar este sistema sin que diese resultado alguno de importancia. Norteamérica, en cambio, se decidió a adoptar una política de hechos consumados y con el pretexto de operaciones de policía una vez (expedición Bankhead-Kenly) y de castigo a los indios seminolas otra (expedición del general Jackson), se apoderaron de la Florida con excepción de la plaza de San Agustín. Dio resultado el apeteído porque el gobierno español comprendió que no tenía otro remedio que transigir. Reanudadas las negociaciones por parte de Onís, de acuerdo con las instrucciones emanadas por real orden de 25 de abril de 1818 y, tras una serie de oferta y contraofertas en las que tomó parte el ministro de Francia se llegó a la confección del tratado.<sup>25</sup>

El 22 de febrero de 1819, se signó en Washington, D.C., un documento de carácter internacional, entre Su Majestad Católica (léase Rey de España), por conducto de su enviado extraordinario y ministro plenipotenciario cerca de los Estados Unidos de América, Luis de Onís González López y Vara, con los Estados Unidos de América a través de su secretario de Estado, John Quincy Adams.

John Quincy Adams siempre creyó que, durante su desempeño como secretario de Estado, entre 1817 y 1825, había rendido a su patria el más grande servicio al lograr, gracias a su intuición política y a su habilidad negociadora, la firma del tratado con España largamente buscado, que le dio a los Estados Unidos, no sólo las Floridas sino la definición de la frontera con los dominios españoles, desde

<sup>24</sup> Cfr. Solano Costa, Fernando, "Las fronteras hispano-norteamericanas", *Cuadernos de Investigación: Geografía e Historia*, vol. 2 (1), 1976, p. 48.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 48 y 49.

el río Sabina entre Texas y la Luisiana hasta el océano Pacífico, a la altura del paralelo 42.<sup>26</sup>

Por su parte, don Luis de Onís sostuvo que el tratado con los Estados Unidos, además de ser sumamente complicado y difícil, era absolutamente necesario para impedir el rompimiento con los Estados Unidos, que era de temer arrastrase en pos de sí la pérdida de la América Septentrional. Tratábase, pues, de evitar ese peligro; de fijar las fronteras de Nueva España y del Nuevo México de un modo conveniente, alejando aquellas preciosas posesiones a los americanos lo más que fuese posible.<sup>27</sup>

El tratado internacional se celebró con la finalidad de "...consolidar de un modo permanente la buena correspondencia y amistad que felizmente reina entre ambas partes [...] terminar con todas sus diferencias y pretensiones por medio de un tratado que fije con precisión los límites de sus respectivos y confinantes territorios en la América Septentrional..."<sup>28</sup>

El tratado internacional fue examinado y aprobado por el senado de los Estados Unidos de América, firmado por el Presidente y canjeado por Luis de Onís y por el secretario de Estado de aquel gobierno, en el entendido de que fue remitido a España a principios de marzo de 1819 con el cónsul de Su Majestad, Luis Zamorano.<sup>29</sup>

La ratificación del tratado por España no se realizó debido a varios incidentes que surgieron. El principal fue la negativa de los Estados Unidos a reconocer la concesión hecha por el Rey en 1817 de extensas porciones de terrenos en Florida al duque de Alagón, al conde de Puñonrostro y al señor Vargas. El gobierno norteamericano se sintió burlado, ante el valor que suponían aquellas tierras. En España las intrigas cortesanas frustraron una pronta decisión de legalización del tratado.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Adams, John Quincy, *Memoirs*, v. IV, 22 de febrero de 1819, pp. 273-276, en González Ortiz, María Cristina, "John Quincy Adams, el provecho moral y práctico de un diario", *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, núm. 25, enero-junio de 2003, p. 54.

<sup>27</sup> De Onís, González López y Vara, *Memoria sobre las negociaciones entre España y los Estados Unidos de América que dieron motivo al tratado de 1819*, Imprenta de D.M. de Burgos, Madrid, 1820, p. 98.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. (8) del Apéndice.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>30</sup> Cfr. Antonio Ayala, José, "Las relaciones diplomáticas entre España y Estados Unidos durante el trienio liberal (1820-1823)", *Anales de la Universidad de Murcia. Filosofía y*

El absolutismo tampoco duraría mucho. Tras los intentos fallidos de Mina, Porlier, Richard, Renovales y Lacy de acabar con él por la fuerza, el 1 de enero de 1820 el Pronunciamiento de Riego logró tan ansiado objetivo.<sup>31</sup>

En febrero de 1820 fue enviado a los Estados Unidos el general Francisco Dionisio Vives con nuevas instrucciones sobre la materia, cuando el tiempo fijado para la ratificación —seis meses— había caducado y cuando el cambio político liberal podía dar una nueva orientación a las negociaciones.<sup>32</sup>

La caída del absolutismo trajo consigo el restablecimiento de la Constitución de Cádiz. Fernando VII, que tanto la odiaba, se vio obligado a acatarla el 10 de marzo de 1820.<sup>33</sup>

Las negociaciones entre Vives y Adams llegaron a un punto muerto. No obstante, la amenaza que pendía del recurso a la violencia para ocupar “en depósito” la Florida aunque no se hubiese ratificado el tratado, no se lleva a cabo después del mensaje del presidente Monroe al Congreso el 9 de mayo de 1820; la cuestión queda diferida hasta saber la decisión del gobierno español. El nuevo régimen liberal instaurado en España hace, además, *necesaria la intervención constitucional de las Cortes en la posible aprobación del tratado*.<sup>34</sup>

Así pues, en sesión secreta de 3 de octubre de 1820, las cortes autorizaron la cesión de las Floridas oriental y occidental que se menciona en los artículos 2 y 3 del tratado transcontinental, pero se produjeron ciertas disensiones entre las partes contratantes que estuvieron a punto de anular lo pactado. En relación con las concesiones de tierras que el rey había otorgado al duque de Alagón y al conde de Puñonrostro, las cortes las declararon nulas, pero las fincas no fueron consideradas dentro de la cesión general a los Estados Unidos de América, sino que encargaron al gobierno que se beneficiase al tesoro público. Los Estados Unidos, que estaban en posesión material de todo el territorio cedido desde 1810, que se veían obligados a devolver la provincia

*Letras*, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, vol. 36, núm. 1-2, curso 1977-1978, p. 241.

<sup>31</sup> Varela, Suanzes-Carpegna, “La Constitución de Cádiz en su contexto español y europeo (1808-1823)”, *Memorias del Congreso ACE*, 26 de enero de 2012, p. 17.

<sup>32</sup> Cfr. Antonio Ayala, José, *op. cit.*, p. 241.

<sup>33</sup> Varela, Suanzes-Carpegna, *op. cit.*, p. 21.

<sup>34</sup> Antonio Ayala, José, *op. cit.*, p. 243.

de Tejas, notaban cierta oposición en los Estados para ratificar el tratado, en atención a que no fue ratificado por España dentro del plazo estipulado, por lo que se negaban a aceptar lo decretado por las cortes. Hubo que exhibir otra ratificación que reservadamente y por precaución se llevaba extendida en los términos que deseaban los Estados Unidos.<sup>35</sup>

## II. ANÁLISIS DEL PARALELISMO DEL TRATADO ADAMS-ONÍS Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Con base en nuestra investigación podemos afirmar que existe un interesante recorrido entre los sucesos que culminan en la promulgación y vigencia de la Constitución de Cádiz y el proceso de negociación, firma y ratificación del tratado de amistad, arreglo de diferencias y límites entre S.M. Católica y los Estados Unidos de América.

Lo primero que salta a la vista es que don Luis de Onís González López y Vara fue nombrado ministro plenipotenciario cerca de los Estados Unidos de América por la Junta Central ante la ausencia del monarca por estar en cautiverio en Bayona; la junta en cita, es la que a la postre convocó a las Cortes que expidieron la Constitución Gaditana.

Lo segundo que llama nuestra atención es que precisamente los acontecimientos que orillaron a la Junta Central a convocar a la constitución de las Cortes, esto es, llenar el vacío de poder que generó la ausencia del monarca por estar preso y la invasión de Napoleón a España, fue la razón que pretextaron los Estados Unidos de América a no reconocer a don Luis de Onís como ministro plenipotenciario, al sostener una supuesta neutralidad ante la situación que imperaba en esa época. Lo tercero que es de destacar, es que precisamente la declaración de nulidad de la Constitución de Cádiz, con la concomitante vuelta al absolutismo de Fernando VII, es lo que destraba el proceso de negociación del tratado, pues es hasta ese momento en que los Estados Unidos de América (diciembre de 1815), reanuda-

<sup>35</sup> Del Cantillo, Alejandro, *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas españoles de la casa de Borbón desde el año de 1700 hasta el día*, Imprenta de Alegría y Charlain, Madrid, 1843, pp. 822 y 823.

ron relaciones con España, al reconocer a Onís en Washington y al embajador Erwing por su contraparte en Madrid.

El cuarto punto de coincidencia se verifica al momento de la ratificación del instrumento de derecho internacional, pues si bien es verdad que se signó y se canjeó por los Estados Unidos de América durante la vigencia del absolutismo, lo cierto es que fue necesario que retornara la vigencia de la Constitución Gaditana para que el 3 de octubre de 1820, las cortes generales de la nación española, autorizaran y ratificaran el Tratado Adams-Onís, esto es, durante la vigencia del Trienio Liberal.

Cabe mencionar que si bien es cierto que el Tratado Transcontinental no fue el primero que se negoció y ratificó bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz, pues esa distinción corresponde a la convención que se signó el 20 de julio de 1812, consistente en un tratado de amistad, unión y alianza entre España y Rusia, también lo es que fue la primera convención de derecho internacional de gran calado que se ratificó con el rey y las cortes generales de manera conjunta y de acuerdo con la norma fundamental gaditana.

En diverso orden de ideas, respecto a la ratificación del tratado hemos observado que las Cortes Generales no tenían esa facultad expresa, dado que el artículo 131, a la letra dispuso lo que a continuación se transcribe:

Artículo 131. Las facultades de las Cortes son: Primera. Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario. Segunda. Recibir el juramento al Rey, al Príncipe de Asturias y a la Regencia, como se previene en sus lugares. Tercera. Resolver cualquier duda, de hecho o de derecho, que ocurra en orden a la sucesión a la corona. Cuarta. Elegir Regencia o Regente del reino cuando lo previene la Constitución, y señalar las limitaciones con que la Regencia o el Regente han de ejercer la autoridad real. Quinta. Hacer el reconocimiento público del Príncipe de Asturias. Sexta. Nombrar tutor al Rey menor, cuando lo previene la Constitución. Séptima. *Aprobar antes de su ratificación los tratados de alianza ofensiva, los de subsidios, y los especiales de comercio.* Octava. Conceder o negar la admisión de tropas extranjeras en el reino. Novena. Decretar la creación y supresión de plazas en los tribunales que establece la Constitución; e igualmente la creación y supresión de los oficios públicos. Décima. Fijar todos los años a propuesta del Rey las fuerzas de tierra y de mar, determinando las que se hayan de tener en pie en tiempo de paz, y su aumento en tiempo de guerra. Undécima. Dar

ordenanzas al ejército, armada y milicia nacional en todos los ramos que los constituyen. Duodécima. Fijar los gastos de la administración pública. Décimatercia. Establecer anualmente las contribuciones e impuestos. Décimacuarta. Tomar caudales a préstamo en casos de necesidad sobre el crédito de la nación. Décimaquinta. Aprobar el repartimiento de las contribuciones entre las provincias. Décimasexta. Examinar y aprobar las cuentas de la inversión de los caudales públicos. Décimaséptima. Establecer las aduanas y aranceles de derechos. Décimo octava. Disponer lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales. Décimanona. Determinar el valor, peso, ley, tipo y denominación de las monedas. Vigésima. Adoptar el sistema que se juzgue más cómodo y justo de pesos y medidas. Vigésimaprimer. Promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan. Vigésimasegunda. Establecer el plan general de enseñanza pública en toda la Monarquía, y aprobar el que se forme para la educación del Príncipe de Asturias. Vigésimatercia. Aprobar los reglamentos generales para la Policía y sanidad del reino. Vigésimacuarta. Proteger la libertad política de la imprenta. Vigésimaquinta. Hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Despacho y demás empleados públicos. Vigésimasexta. Por último pertenece a las Cortes dar o negar su consentimiento en todos aquellos casos y actos, para los que se previene en la Constitución ser necesario.

De lo anterior, se desprende que la Constitución Gaditana estipuló que las Cortes estaban facultadas para aprobar, previa a su ratificación, los tratados de alianza ofensiva, los de subsidios y los especiales de comercio, esto es, nada se dice respecto a la cesión de territorio, cuestión que estimamos es normal, dado que es innatural que una norma fundamental prevea dicha cuestión, porque los Estados nacionales pueden contemplar extender sus dominios, no así perderlos.

Ahora, consideramos que la aprobación de las cortes del Tratado Adams-Onís es jurídicamente válida, a pesar de lo anteriormente precisado, porque no debe inadvertirse que el artículo 172 estableció lo siguiente: "Artículo 172. Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes: Cuarta. No puede el Rey enajenar, ceder o permutar provincia, ciudad, villa o lugar, ni parte alguna, por pequeña que sea, del territorio español".

Como se ve, la Constitución de Cádiz prohibió expresamente al monarca enajenar, ceder o permutar alguna parte del territorio español, de ahí que ante la necesidad de aceptar hechos consumados

como fue la posesión de los Estados Unidos de América de territorio español, en específico, las Floridas, era necesaria la intervención de las Cortes, puesto que el Rey por sí mismo no tenía atribuciones para ratificar la convención internacional, sino al contrario, le estaba expresamente vedado.

La situación particular hizo necesario que se conjuntaran las máximas autoridades del reino de España, esto es, el monarca y las cortes, dado que estas últimas fueron quienes restringieron la potestad real y, en consecuencia, son las jurídicamente facultadas para diluir ese escollo constitucional, asimismo, era necesaria la intervención del Rey, por ser el Jefe de Estado en términos de lo estatuido en el artículo 171, fracción décima de la Constitución de Cádiz.

En resumen, el resultado de nuestra investigación es que el Tratado Adams-Onís *no* fue el primer instrumento internacional que se signó y ratificó bajo la vigencia de la Constitución Gaditana, pero sí constituye la primera convención de derecho internacional de gran calado que se ratificó con el rey y las cortes generales de manera conjunta y de acuerdo con la norma fundamental de mérito.

EN EL VILO DE LA INSURGENCIA MEXICANA:  
DE LA INVASIÓN FRANCESA  
A ESPAÑA (1808) AL MOVIMIENTO JUNTISTA  
Y EL CONSTITUYENTE GADITANO (1810-1814)

Eber BETANZOS

Mientras se reunían las Cortes extraordinarias en España, que darían lugar a la Constitución Política de la Monarquía de 1812, en la ciudad de Santiago de Querétaro, Nueva España, en tiempos del virrey Francisco Javier Venegas de Saavedra, tuvo lugar una conjura independentista. Si bien no era una exclusiva novedad en la época, a la postre marcaría el inicio de la revolución de independencia mexicana.

A través de reuniones disfrazadas de tertulias literarias, realizadas principalmente en la casa del Corregidor de Querétaro, se prepararon planes para independizar a la colonia novohispana. Al ser descubierta y denunciada, debió adelantar sus tiempos. Vendría entonces Hidalgo y su gesta insurgente, comenzada en el pueblo de Dolores en la madrugada del 16 de septiembre de 1810. Después de su captura y fusilamiento, en julio de 1811, el movimiento proseguiría con el liderazgo del cura José María Morelos y Pavón. Parecería extinguirse en diciembre de 1815, con el fusilamiento de este caudillo. Más adelante llegarían los tiempos en los que se reavivaría la llama insurgente, aquella que hizo posible suscribir el 28 de septiembre de 1821 el Acta de Independencia del Imperio Mexicano. Así inició la vida de México.

En el lapso comprendido entre el 24 de septiembre de 1810 y el 14 de septiembre de 1813, mientras tanto, en la Isla de León y lue-

go en la vecina ciudad de Cádiz, Andalucía, las Cortes Generales y Extraordinarias de la nación española comenzaron sus sesiones. El principal objetivo era establecer un gobierno que permitiese, reiterando la fidelidad con su rey Fernando VII, conformar el gobierno más adecuado en el crítico estado que vivía la monarquía.<sup>1</sup> Su legitimidad se encontraba en que, en las Cortes, que representaban a la nación, residía la soberanía.

El 17 de febrero de 1808, los ejércitos de Napoleón Bonaparte ingresaron a España,<sup>2</sup> autorizados por el Tratado de Fontainebleau de 1807, con el pretexto de castigar a Portugal por el apoyo brindado a Inglaterra, que estaba en guerra con Francia tras la ruptura del Tratado de Paz de Amiens, suscrito en 1802.<sup>3</sup> Esta intervención produjo un derrumbe temporal de la monarquía española, ya que el rey Carlos IV, al intentar partir rumbo a Sevilla —con la finalidad de embarcarse a América ante cualquier eventualidad desfavorable a su reinado, como había hecho la familia real portuguesa que se refugió en Brasil— se vio obligado a abdicar, el 19 de marzo de ese año, en Aranjuez. Cedió la corona —por motivos de salud—,<sup>4</sup> a su hijo Fernando VII, príncipe de Asturias. El nuevo rey llegó a Madrid el 24 de marzo siguiente, ciudad que ya estaba en poder del mariscal de Francia, Joaquim Murat. Se organizó el encuentro de Fernando VII con Napoleón en Burgos, España, sin embargo, finalmente tuvo lugar en Bayona. En dicha ciudad francesa Napoleón obligó a Carlos IV<sup>5</sup> a declarar nula su abdicación y luego lo reunió con su hijo Fernando para comprometer

<sup>1</sup> Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Sesión del día 24 de septiembre de 1810. Serie Histórica, núm. 1, p. 3.

<sup>2</sup> En Francia se había instalado la República Francesa, a partir de los trabajos de la Convención en septiembre de 1792. En este marco reformador, Napoleón Bonaparte fue declarado emperador en mayo de 1804. Comenzó así un periodo de guerras europeas que lo llevaron a imponer su hegemonía hasta 1814, cuando el senado francés lo depuso.

<sup>3</sup> A finales de 1806 se estableció una coalición en contra de Francia que llevó a Napoleón a establecer un bloqueo comercial contra Inglaterra, mismo que no fue acatado por Portugal, acción que llevó a Francia a invadirla el 22 de noviembre de 1807, lo que ocasionó que la familia real portuguesa huyera a Brasil.

<sup>4</sup> Gaceta de Madrid. Serie Histórica. 25 de marzo de 1808.

<sup>5</sup> Quien para algunos autores no ponía interés en el cumplimiento de sus deberes de monarca —que había confiado en Manuel Godoy, su Ministro Universal— y se dedicaba más bien al ocio y los placeres. Icaza Dufour, Francisco de, “Reflexiones jurídicas en torno a la independencia mexicana y el primer imperio”, en *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano*, 2003, p. 189.

a ambos, por medio del Tratado de Bayona, a abdicar en favor de él. Luego, Napoleón haría lo propio en la persona de su hermano José Bonaparte.<sup>6</sup> Esta situación colocaba en un ambiente de incertidumbre a las colonias americanas, que durante tres siglos habían vivido en dependencia absoluta de las decisiones reales peninsulares.

Ante las noticias del motín de Aranjuez, en la comunidad de Madrid —revuelta popular suscitada entre el 17 y 19 de marzo de 1808 que llevaría a la caída de Manuel Godoy, Ministro Universal del reino español y brazo derecho de Carlos IV— y frente a la abdicación de la familia real en Bayona, se generó en la península, reinos y provincias de ultramar, un sentimiento de rechazo a la forma en que Napoleón se había hecho de la corona española. Buena parte de la población lo consideró un usurpador, y por ende a su hermano José, a quien había cedido el reinado, emprendiéndose acciones de resistencia armada, las cuales comenzaron de manera regular el 2 de mayo de 1808. Además, se argumentó que las Sesiones de Bayona eran nulas por ser hechas en país extranjero y estar viciadas de origen en su declaración de voluntad<sup>7</sup> bajo presión.

Es conveniente considerar que en los momentos en que se produjo la invasión francesa la corona borbónica atravesaba por una severa crisis económica y una efervescencia política inusual en sus colonias que, a largo plazo —como había anunciado Luis de Onís, ministro plenipotenciario en los Estados Unidos de América— amenazaba, desde diversas perspectivas con la independencia. Igualmente existían riesgos externos de pérdida de territorios ante el creciente expansionismo del vecino del norte: Estados Unidos de Norteamérica, el cual no tardaría en hacer expresa su ambición de más territorios, especialmente los que se ubicaban en las fronteras sureñas con la Nueva España.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Gobernaría del 6 de junio de 1808 al 11 de diciembre de 1813, cuando en virtud del Tratado de Valencia perdió sus derechos reales.

<sup>7</sup> La Asamblea de Bayona finalizó sus sesiones el día 7 de julio de 1808, siendo jurada por el ya proclamado monarca José I. Esta Carta Magna se va a caracterizar por tratarse de una Carta Otorgada, y no de una Constitución propiamente dicha, ya que de acuerdo con las formas legales en su elaboración el pueblo no participó y emana directamente de una decisión real. No establece la Soberanía Nacional, aunque impone ciertas limitaciones a la actuación del monarca, que ha de respetar determinados derechos de índole personal.

<sup>8</sup> Luis de Onís, ministro oficioso de España en los Estados Unidos de Norteamérica, señalaría a la corona en carta fechada el 1 de abril de 1812, que la Unión Americana se había

Cuando las reuniones de ciudadanos, generadas ante la invasión napoleónica, se organizaron más, en éstas se debatió que los reyes españoles no podían disponer libremente de la corona como bien propio que cedieran a voluntad. Aunque algunas personas opinaban que era patrimonio del rey, la mayoría del pueblo, acudiendo a la tradición española, rechazó la idea, ya que estimaban que la soberanía es dada por Dios, y depositada de forma inmediata en la comunidad, quien la transmite al rey.

La sociedad, cuando entroniza un nuevo rey, renueva el juramento de fidelidad. No obstante, se trata de un juramento callado, pues todos –se presumía– sabían cómo se transmitía la corona y admitían aceptar el imperio del monarca de este modo. Ello porque la población española asumía que hay leyes que dicen cómo debe sucederse al rey, por lo que se hace de forma automática, para exteriorizarlo.

De este modo, cada vez que un rey moría y debía ascender otro se hacía una ceremonia pública, donde el rey salía al balcón, y toda la población contestaba –con su aclamación– dando un juramento de fidelidad. En este acto, se entregaban monedas de plata o cobre para conmemorar la ceremonia, también llamadas –en conmemoración de este acto– medallas de Jura.

Napoleón Bonaparte era ajeno a esta tradición de sucesión; por lo que, sin mayor preocupación por las formas, rompió las reglas sucesorias españolas. No obstante, derivado de la abdicación de Carlos IV, formalmente, Fernando VII era el legítimo rey por leyes sucesorias, por lo cual vastos sectores españoles lo reconocían como el verdadero rey de España, de hecho y de derecho.

Con base en ello, el pueblo español consideró válida la abdicación en Aranjuez de Carlos IV a Fernando VII, pero no la de Bayona a favor de Napoleón, señalándose que todos los actos que dictare Napoleón o José Bonaparte serían desconocidos, por estar viciada su voluntad. Por ello, Napoleón y su hermano José fueron considerados por los españoles como tiranos, pues, de acuerdo con las Siete Partidas, asumieron el trono por un medio ilícito, lo que hizo que no existiera

propuesto fijar sus límites en la embocadura del río Bravo, lo que implicaba hacerse del dominio de las provincias de Nuevo Santander, Texas, Coahuila, Nuevo México, Nueva Vizcaya y Sonora; además de que también pretendían a la isla de Cuba. Sobarzo, Alejandro, *Deber y conciencia. Nicolás Trist, el negociador norteamericano en la guerra del 47*, 1996, p. 338.

ningún vínculo jurídico entre ellos y la comunidad y se tratara, entonces, claramente, de una usurpación al trono.

Asumida esta postura, la reacción española consistió en organizarse en juntas soberanas. En este contexto, un grupo de españoles fue a Inglaterra en 1808 –que en ese momento era enemigo de Francia y estaba en guerra con ella y los aliados de Napoleón Bonaparte– para pedir apoyo militar, a lo cual accedió en calidad de pertrechos y venta de armas. Sin embargo, el rey Jorge III, de Inglaterra, pidió que primero se constituyera un gobierno español alterno, que incluyera a las Indias, para que estuvieran representados todos y poder así acordar el apoyo formal de la corona inglesa. Adicionalmente, dio por finalizado el bloqueo comercial a España, permitiendo el ingreso de barcos españoles a puertos británicos.

En este contexto se formaron diversas juntas gubernativas que invocaron el principio legal del derecho hispánico de que, en ausencia del rey, la soberanía regresaba al pueblo, considerando que Dios es el origen último de la potestad real, transmitiendo inmediatamente la soberanía al pueblo para las cuestiones terrenales, misma que pasaría al rey mediante un pacto entre el pueblo y él.

El derecho hispano y la tradición establecían que el rey no podía disponer libremente de la soberanía y, por tanto, su transmisión sólo podía efectuarse con arreglo a las disposiciones legales de sucesión del trono, entre ellas las bases sucesorias establecidas en las Siete Partidas de Alfonso X. Ello no ocurrió con la abdicación realizada a favor de Napoleón y la transmisión que se hizo a su hermano mayor, José Bonaparte, por lo que el soberano –en estas circunstancias– era el pueblo y, derivado de ello, las cesiones de Bayona, nulas.<sup>9</sup>

En el reino de la Nueva España el problema político que se planteaba era de urgente solución, similar al de la Metrópoli: el de la autoridad. Esto se incrementaba dado que la legislación vigente en tierras novohispanas debería ser sancionada por la Corona, la cual, además, designaba a los funcionarios mayores del gobierno, tales como el virrey.

<sup>9</sup> Icaza Dufour, Francisco de, “Reflexiones jurídicas en torno a la independencia mexicana y el primer imperio”, en *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José María Lozano*, 2003, pp. 190-191.

Surgió entonces la pregunta: en este escenario, ¿quién y cómo gobernaría el rey —que se estimaba era Fernando VII— a la Nueva España? Era claro que ella podría sostenerse por sí misma en lo social y en lo económico, pero en lo político el panorama era oscuro.

En la Nueva España se generó una división de posturas para enfrentar la situación, si bien desde el 19 de julio de 1808 se desconocieron las abdicaciones de Carlos IV y Fernando VII a favor de Napoleón Bonaparte. Por un lado, se colocaron los criollos terratenientes, comerciantes e intelectuales del ayuntamiento de la ciudad de México, quienes pretendieron crear juntas gubernativas provisionales e incluso seguir el ejemplo haitiano, que había conseguido su independencia de Francia en 1804. Por otro lado, estaban los españoles peninsulares, quienes defendían el régimen colonial, con el apoyo de la Audiencia. Ellos solicitaron formalmente, el 5 de agosto de 1808, se declarara oficialmente el reconocimiento de Fernando VII, como rey. En este debate llegaron, el 31 de agosto de 1808, las noticias de la conformación de Cortes en Sevilla. Similar petición arribó proveniente de Oviedo. En ambos casos se optó, en resolución del 1 de septiembre de ese año, por no reconocer —por ahora— la soberanía de estas juntas.<sup>10</sup>

El virrey José Joaquín de Iturrigaray y Aróstegui simpatizó con la visión de tres criollos que propusieron crear un congreso que asumiera la soberanía ante la ausencia de Fernando VII —ello implicaba además que el virrey asumiría, por lo pronto, el mando directo del virreinato—. Se trataba del regidor Juan José Francisco Azcárate y Ledesma, el abogado Francisco Primo de Verdad y Ramos y el sacerdote Melchor de Talamantes Salvador y Baeza —nacido en el virreinato del Perú—, todos integrantes del ayuntamiento de la ciudad de México.

Al apoyar su causa, el virrey tenía el claro objetivo de conservar el *statu quo* en que vivía el reino,<sup>11</sup> tomando medidas contra la invasión francesa y previniendo alguna expedición gala a América.

<sup>10</sup> Al año siguiente, en 1809, comenzarían las comunicaciones formales con la Junta Central, originalmente instalada en Sevilla, pero que, perdida esta ciudad y Andalucía, se refugiaría en la isla de León, cercana a Cádiz. Esta Junta sería la convocante, el 28 de enero de 1810, a la elección de diputados a las Cortes Generales y Extraordinarias.

<sup>11</sup> Se dispuso no acatar las órdenes de José Bonaparte ni de Napoleón: defender el reino y tranquilizar a la población a través de la suspensión de la enajenación de fincas para la Caja de Consolidación. Torre Villar, Ernesto de la, *La independencia de México*, 1992, pp. 114-132.

Para poder proceder conforme al planteamiento de los autonomistas y con una fundamentación jurídica sólida, la Audiencia hubiera tenido que aprobar que, en ausencia del monarca legítimo, la soberanía recayera en el pueblo, quien podría gobernarse con soberanía en tanto el rey regresara al trono.

No obstante, una parte de la Audiencia no estuvo de acuerdo —pensando que algunos planteamientos fueron considerados heréticos por algunos oidores, al mezclar confusamente conceptos de soberanía popular con el origen divino del gobierno—. Este grupo, con el apoyo del comerciante español, Gabriel del Yermo y de la Barcena, y a través de sus empleados, depusieron al virrey, ordenando el apresamiento de los instigadores de dicha postura, incluido Iturrigaray. Ante tales circunstancias, se designó como nuevo virrey al mariscal español Pedro de Garibay,<sup>12</sup> quien actuaría con sujeción estricta a las instrucciones de la Audiencia. Tiempo después sería sustituido en este cargo por el Arzobispo de la ciudad de México, Francisco Javier de Lizana y Beaumont,<sup>13</sup> fiel a la monarquía española.

Finalmente, la participación de los cabildos de las colonias de América —que luego devinieron, de acuerdo con la Constitución de Cádiz, en ayuntamientos constitucionales y diputaciones provinciales— y su reacción ante la invasión francesa, en búsqueda de la defensa de los derechos de Fernando VII, abrió el camino a posiciones más autonomistas. Ello ocurrió a través de la promoción de juntas de gobierno que se arrogaban la legitimidad para la reversión de los derechos de la soberanía al pueblo. Este punto de vista representó un fundamento esencial para la construcción de la argumentación jurídico-política del tránsito a su libertad.<sup>14</sup>

La idea de un gobierno autónomo, a pesar de lo ocurrido en la audiencia de la ciudad de México, no claudicó. El militar criollo, José Mariano Michelena, planteó la idea de formar un congreso que

<sup>12</sup> Gobernó del 16 de septiembre de 1808 al 19 de julio de 1809.

<sup>13</sup> Gobernó del 19 de julio de 1809 al 8 de mayo de 1810.

<sup>14</sup> Molina Martínez, Miguel, “De cabildos a ayuntamientos: las Cortes de Cádiz en América. Visiones y revisiones de la independencia americana”, en *La Independencia de América: la Constitución de Cádiz y las constituciones iberoamericanas*, 2007, pp. 136-140. Cabe decir que “la situación creada desde la erección de las juntas vino a constituir el caldo de cultivo en el que operaron los excitantes que llegaron a crear una nueva conciencia, que fue extendiéndose en la modelación de un patriotismo”, Suárez Fernández, Luis, *Historia general de España y América: emancipación y nacionalidades americanas*, Madrid, Rialp. 1992.



guardara en depósito la soberanía real, en lo que al reino se refiere, mientras Fernando VII volvía al trono. Con este motivo se convocó a una insurrección popular, fijada para el 21 de diciembre de 1809. Sin embargo, los conjurados fueron descubiertos y el movimiento detenido.

Paralelo a estos acontecimientos, en España, las Cortes reasumieron su soberanía, declarando la nulidad de las renunciaciones de Bayona. En la ciudad de Cádiz se convocó a las Cortes,<sup>15</sup> las cuales se reunieron el 24 de marzo de 1810, fecha en la que se expidió un decreto en el que se proclamó su soberanía y el principio de división de poderes.

A la postre, la reunión de las Cortes tendría como resultado la elaboración de la Constitución Política de la Monarquía Española, publicada en Cádiz el 19 de marzo de 1812,<sup>16</sup> y jurada en el Oratorio de San Felipe Neri, Cádiz. En ella se establecieron límites al poder absoluto del monarca, además de instaurarse normas protectoras de las libertades y para evitar atentados en contra de la propiedad individual.

Ello dio lugar a que se reuniera una junta plural, cuya primera sesión fue en la ciudad de Cádiz, luego en la isla de León y, finalmente, nuevamente en Cádiz, constituyéndose en Cortes, mismas que impulsaron la promulgación de un texto constitucional que buscaba revolucionar, por su corte liberal, el derecho público de España.

En este ambiente político de una metrópoli invadida y de juntas locales que reasumen su soberanía, durante la guerra de la Independencia de México se produjo en España un proceso político sin precedentes, que aceleró el paso del antiguo régimen constitucional monárquico absoluto al liberalismo de la monarquía constitucional. Cabe decir, sin embargo, que este cambio en la concepción del orden

<sup>15</sup> Institución integrada por los representantes de los estamentos más notables: clero, nobleza y representantes de las ciudades.

<sup>16</sup> Unos días antes, en la Nueva España, el 16 de marzo de ese año, el doctor José María Cos —integrante de la Junta de Zitácuaro, órgano gubernativo de la insurgencia mexicana— envió un *Plan de paz y guerra* en el que le propone al virrey Francisco Xavier Venegas terminar la guerra insurgente —plan de paz— mediante el reconocimiento de la independencia de México, sin que ello implicara desconocer a Fernando VII como rey y buscar que en caso de desecharse esta postura —plan de guerra— ésta se llevara en términos que garantizaran el menor derramamiento de sangre, máxime que ambos coinciden al menos en un punto: “Los partidos beligerantes reconocen a Fernando VII”. Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 2009, tomo II, p. 53.

jurídico estatal es novedad para la monarquía española, pero, para esa época, no lo es para el mundo del derecho occidental, que ya había puesto en marcha la Constitución de los Estados Unidos de América el 17 de septiembre de 1787 o la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791 y las que se dictan en 1793, 1795, 1799, 1802 y 1804. Inclusive José I había seguido el modelo de Napoleón, de dotar a la monarquía de un texto fundamental, a través del Acta Constitucional de la España, aprobada en Bayona, Francia, el 7 de julio de 1808.

Las abdicaciones de Fernando VII y Carlos IV en favor de Napoleón y el acatamiento de las órdenes del nuevo gobierno francés por las instituciones y órganos centrales y periféricos del reino —la Junta Suprema de Gobierno del Reino, el Consejo de Castilla, las Audiencias, las Capitanías generales— fueron rechazados por buena parte de la población española.

Como receptoras de esta resistencia, las provincias hispanas fueron el marco propicio para acoger el poder político, a través de Juntas provinciales alzadas contra un gobierno ilegítimo. Juntas provinciales de corte revolucionario, en cuanto que éstas se sublevaron ante las autoridades establecidas —formalmente pero ilegítimas— y que se constituyen con el objeto de recuperar la legalidad sucesoria rota en las sesiones de Bayona. En ellas participaron, como ideólogos, hombres ilustrados, a los que se unieron representantes de todos los estamentos y clases sociales.<sup>17</sup>

Algunas de estas juntas partieron de instituciones tradicionales o apelaron a las mismas: Cortes de reinos, Juntas Generales Provinciales, ayuntamientos, entre otros.<sup>18</sup> Todas ellas asumieron el poder para garantizárselo al titular que apreciaban legítimo: Fernando VII.

Las Juntas llevaron a la práctica la teoría medieval retomada y difundida por la segunda escolástica española,<sup>19</sup> de la *Traslatio*

<sup>17</sup> No así las castas.

<sup>18</sup> Así, en Asturias, Galicia, Zaragoza, Murcia, por ejemplo, tras el levantamiento del 25 de mayo, se convocó a reunión de las Juntas Generales en contra de los franceses. Fontana Lázaro, Josep y José María Delgado Ribas, “La política colonial española: 1700-1808”, en *Historia general de América Latina*, 2000, vol. VI, p. 26.

<sup>19</sup> Autores destacados de este movimiento fueron Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Melchor Cano, Francisco Suárez, Luis de Molina, Alonso de la Veracruz.

*imperii*,<sup>20</sup> según la cual la soberanía era otorgada por Dios al pueblo de forma inmediata y éste la transmitía al monarca, que la obtenía así de forma mediata.

A la tradición escolástica se unieron también las nuevas doctrinas del Estado de naturaleza y el pacto social desarrolladas por el iusnaturalismo racionalista de René Descartes, Gottfried Leibnitz, Thomas Hobbes y David Hume y de los ideólogos de la Revolución francesa, como el Barón de Montesquieu y Maximilien Robespierre, que postulaban la soberanía nacional e incluso popular.

La asunción de una u otra teoría no tenía trascendencia práctica inmediata, pero sería fundamental para los acontecimientos futuros: o el pueblo, titular originario de la soberanía, transmitía al rey sólo el ejercicio y se reservaba la titularidad, o le transmitía su titularidad y su ejercicio.

Los que optaban por la traslación de la titularidad y el ejercicio se decantaban por la doctrina escolástica; no obstante avanzaban un poco más, pues ésta no distinguía claramente entre titularidad y ejercicio de la soberanía. Ello permitiría, en un momento dado, el levantamiento contra la metrópoli, sin necesidad de acudir a tesis revolucionarias, porque, en todo caso, en situaciones extraordinarias, como era el caso del abandono de la corona española en manos extranjeras, el pueblo recuperaba temporalmente la soberanía cedida.

El grupo que apoyaba la idea de considerar que la soberanía reside siempre en el pueblo, estimaba que en el pacto originario de la sociedad sólo se traspaşa el ejercicio. Ello podría acercarse a la teoría de la soberanía nacional, aunque también a la de la soberanía compartida.

Las Juntas ejercieron en estas circunstancias las más típicas prerrogativas de los soberanos, tales como la declaración de guerra a Francia, la búsqueda de un acuerdo de paz con Gran Bretaña —lo que significaba en la práctica apoyarlos con armas y dinero para la lucha contra los franceses—, imposición de tributos, aprobación y derogación de leyes y formación de ministerios o comisiones de gobierno.

La asunción de poderes legislativos, ejecutivos y judiciales por las Juntas provinciales dio lugar a la reorganización de los distintos

<sup>20</sup> Esta tesis sostiene que sólo Dios tiene el poder del dominio del dominio regio e imperial. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*, 2005, pp. 164-165.

territorios y la lucha armada en contra de la ocupación francesa; pero pronto —casi inmediatamente—, se sintió la necesidad de volver a concentrar el poder político para vencer a Napoleón Bonaparte, expulsar a los franceses de España y reconstruir el Estado.

El 11 de agosto de 1808, el Consejo de Castilla declaró nulas las abdicaciones de Bayona y todas las actuaciones del gobierno francés a través de José I o el emperador Napoleón. Es decir, se niega cualquier valor o efecto jurídico a los Decretos de Abdicación y cesión de la Corona de España, firmados en Francia por los señores reyes don Fernando VII y don Carlos IV, los dados a su consecuencia por este monarca, por el emperador de los franceses y por su hermano José, e inclusive la Constitución formada para esta monarquía en Bayona, que tuvo una aprobación forzada por parte de los representantes españoles convocados para tales efectos, en su calidad aparente de diputados.

Es entonces cuando se retoma la orden que le había encomendado Fernando VII, antes de su abdicación, para convocar Cortes Generales del reino en el lugar que pareciese facilitara más la pronta reunión, que mientras tanto se ocupasen únicamente en proporcionar arbitrios y subsidios necesarios para atender a la defensa del reino de España, y que quedasen permanentemente en funciones para los demás asuntos que pudiesen ocurrir.<sup>21</sup> El español Álvaro Flórez Estrada propuso, el 11 de junio de ese año, la convocatoria de unas Cortes compuestas no sólo por españoles representantes de las poblaciones ibéricas, sino también por representantes de cada provincia de España, incluidas las de Ultramar. La reunión de todos ellos representaría al pueblo español. Dicha idea partía del supuesto de que el propio pueblo, sin detalle de fronteras dentro de la propia Monarquía Universal Española, había reasumido la soberanía, aunque sin perjuicio de los derechos que tuvieran las ciudades de voto en Cortes.

Se formó una Junta Central Gubernativa de España e Indias, conformada por 35 individuos, representantes de la España continental, que,

<sup>21</sup> Antes de su abdicación definitiva, firmada el 6 de mayo de 1808, Fernando VII había puesto como condiciones el regreso de Carlos IV a España y la convocatoria de Cortes en el Decreto de 5 de mayo de 1808. De ello da cuenta el propio Fernando VII, años después, en otro Decreto de 4 de mayo de 1814. Fernández Martín, Manuel, *Derecho parlamentario español. Colección de Constituciones, disposiciones de carácter constitucional, leyes, decretos electorales para diputados y senadores, y Reglamentos de las Cortes que han regido en España en el presente siglo*, 1992, p. 574.

más adelante, nombraría una Regencia. Así, el 25 de septiembre de ese año, se instaló en Sevilla, presidida por el Conde de Floridablanca, la Junta Central Suprema Gubernativa del reino, formada por los representantes elegidos por las Juntas provinciales. Este organismo, una vez declarada soberana ante la ausencia del rey, fue el finalmente encargado de decidir sobre la convocatoria a Cortes el 22 de enero de 1809. La convocatoria incluyó a los virreinos de Nueva España, Nueva Granada, el Perú y Río de la Plata y las capitanías generales de Cuba, Puerto Rico, Guatemala, Chile y las provincias de Venezuela y Filipinas, lo que daría lugar a la formación de las Cortes en estas localidades.

La convocatoria de Cortes y la elección de representantes a ella transcurrió con cierta naturalidad. Las dificultades comenzaron cuando se buscó alcanzar un acuerdo en el modelo a adoptar como esquema de organización jurídico-política. Ocurrió una lucha ideológica y paradigmática entre la tradición y el cambio, la reforma y las tendencias revolucionarias, ideas que terminaron influyendo en la forma en la que se configurarían los equilibrios de ejercicio del poder político entre los súbditos y el monarca.

Cabe destacar que en la Junta Central se encontraban presentes funcionarios de la corte de Carlos IV, personajes<sup>22</sup> que ya habían ideado algunas de las reformas que se consideraban necesarias para el mantenimiento y modernización del sistema político de la monarquía española. A su lado surgieron otros representantes, influidos por el liberalismo en moda, quienes tuvieron una visión de mayor apertura.<sup>23</sup>

En los debates del Congreso se plasmarían dos tendencias: por un lado, los absolutistas, que se mostraron partidarios de restaurar el sistema político, económico y social de la monarquía absoluta, con ligeras limitaciones en las opciones de reforma para moderarla. Bajo este modelo, las Cortes serían las que tradicionalmente se llevaban en el reino de Castilla —incluso volviendo a su composición estamental dejada de aplicar desde el siglo XVI— y quienes serían las responsables de jurar al rey de España y tratar los asuntos más trascendentes del reino.

<sup>22</sup> Tales como José Moñino y Redondo, conde de Floridablanca y Gaspar Melchor de Jovellanos, entre otros.

<sup>23</sup> Manuel José Quintana, Agustín de Argüelles, Antonio Ranz Romanillos, por citar a algunos de los personajes más destacados.

Por otro lado, se colocarían los liberales, quienes buscaron la construcción de una monarquía constitucional que estableciera contrapesos al poder omnímodo del rey.<sup>24</sup> Ellos eran herederos de la doctrina política que entendía la figura del monarca limitada por las Leyes fundamentales del reino —que tiene, en cierta medida, como antecedente ideológico lejano a la *Magna Carta Libertatum* inglesa de 1215—, mismas que estimaban debían, además de ajustarse, compilarse para su conocimiento y aplicación. Se buscaba así una Norma Suprema que conformara un nuevo sistema de gobierno, con poderes públicos divididos, siguiendo el modelo del liberalismo francés en legislativo, ejecutivo y judicial, los cuales a su vez estarían limitados a través del reconocimiento de ciertos derechos y libertades de los ciudadanos.

Cabe comentar que había otro grupo ideológico minoritario, formado por los simpatizantes de Napoleón,<sup>25</sup> quienes en el fondo acataban las abdicaciones de los titulares de la corona española —respectivamente, según el orden de abdicación Carlos IV y Fernando VII—, pues veían en el régimen bonapartista de José I, el modo de llevar a cabo las reformas buscadas en el sistema del Antiguo Régimen, sin necesidad de apelar a la revolución. Para fortalecer su punto de vista, apelaban al contenido del Acta Constitucional de España, dada en Bayona en 1808.

Esta variedad de posiciones y matices en los puntos de vista sobre la problemática que estaba viviendo España y sus provincias de ultramar hizo de la convocatoria de Cortes un proceso complejo, pero aún más los debates que ocurrieron en su seno.

La Junta Central hizo pública la convocatoria a Cortes en mayo de 1809, declarando que los territorios ultramarinos formaban parte de España; es decir, no serían consideradas colonias, por lo que podrían tener representación,<sup>26</sup> si bien fue hasta octubre cuando se fijó

<sup>24</sup> Estos reformadores ilustrados, llamados realistas, tendrían a un representante destacado en Gaspar Melchor de Jovellanos.

<sup>25</sup> Llamados despectivamente *afrancesados*.

<sup>26</sup> De América asistieron 64 diputados; de ellos, 21 fueron mexicanos, 17 de ellos comenzaron su participación una vez reunido el Congreso en 1810. De la totalidad de representantes americanos sólo uno era de ascendencia indígena representando al virreinato del Perú, Dionisio Inca Yupanqui. Berrueto León, María Teresa, "La actuación de los militares americanos en las cortes de Cádiz (1810-1814)", en *Quinto Centenario. Revista complutense de historia de América*, núm. 15, 1989, pp. 211-233 y 239. Además participaron en la dele-

su convocatoria, que se expidió el 1 de enero de 1810, señalándose como fecha de reunión el 1 de marzo de ese año.

Para los trabajos preparatorios, se nombró una Comisión de Cortes, encargada de elaborar una Instrucción que debería observarse para la elección de los diputados en Cortes. Dicha Instrucción configuraba las Cortes en un camino intermedio entre las ideas tradicionales y las liberales.

En este punto de la convocatoria a cortes y su efectiva conformación la Junta Central se disolvió para dejar paso al Consejo de Regencia. A esta nueva institución se le encargó la ejecución de lo que quedaba por hacer: el llamamiento a los estamentos noble y eclesiástico y la elección de los representantes suplentes<sup>27</sup> de América y Asia y de las provincias ocupadas por el enemigo que no pudiesen elegir libremente a sus diputados.

En este marco, comenzaron a llegar a Cádiz los diputados elegidos en las provincias, si bien fue un proceso lento.<sup>28</sup> Mientras tanto se procedió a la elección de los suplentes que aún no se habían podido designar y a la multiplicación de las consultas a distintas autoridades y organismos. El Consejo de Regencia, atendiendo a las circunstancias logísticas de la reunión de todos los participantes en las Cortes, fijó la reunión de las Cortes para el mes de agosto de 1810.

En el caso de la Nueva España, el 16 de agosto de 1809 se publicó la convocatoria a diputados integrantes de las Cortes de Cádiz, el cual contemplaría a los quince ayuntamientos y las provincias internas—de las ocho totales—que conformaban en ese momento el virreinato novohispano. Su representación sería de suyo numerosa, pues su extensión territorial abarcaba cerca de cinco millones de kilómetros cuadrados y más de seis millones de habitantes. Sus representantes se destacarían en los debates por su preparación y su activa participación en los debates.

gación ultramarina tres diputados filipinos. Frente a este número, al menos nominalmente pues no todos asumieron el cargo, se ubicaban 236 diputados ibéricos. Juntos conformarían un total de 303 diputados.

<sup>27</sup> Considerando también el caso de que algunos efectivamente no pudieran llegar a la península ibérica por algún contratiempo (muerte, enfermedad, etcétera). Se prefirió para tales designaciones a nativos de los lugares que representarían que se encontraran radicando en España.

<sup>28</sup> El primer punto de reunión fue la Isla de León, cercana a Cádiz.

Los diputados electos originalmente por la llamada América Septentrional, para participar en las cortes doceañeras fueron:<sup>29</sup> 1) José Beye de Cisneros, eclesiástico, por México; 2) José Simeón de Uría, canónigo penitenciario, por Guadalajara; 3) Cayetano de Foncerrada, canónigo de México, por Valladolid; 4) Antonio Joaquín Pérez, canónigo magistral, por Puebla; 5) Joaquín Maniau, contador general de la renta de tabaco, por Veracruz; 6) Miguel González Lastiri, eclesiástico, por Mérida de Yucatán; 7) Octaviano Obregón, oidor honorario de la Real Audiencia de México, residente en España, por Guanajuato; 8) José Florencio Barragán, teniente coronel de milicias, por San Luis Potosí; 9) José Miguel de Gordo, catedrático eclesiástico, por Zacatecas; 10) José Eduardo de Cárdenas, cura de Cunduacán, por Tabasco; 11) Mariano Mendiola, por renuncia de fray Lucas Zendeno, por Querétaro; 12) José Miguel Guridi y Alcocer, cura de Tacubaya, por Tlaxcala; 13) Juan José de la Garza, canónigo de Monterrey, por el Nuevo Reino de León, y 14) el licenciado Juan María Ibáñez de Corvera, por renuncia de Manuel María Mejía, cura de Tamasulapan, por Oaxaca; y por las provincias integrantes de la Comandancia y Capitanía General de las Provincias Internas del Virreinato de la Nueva España, con los mismos derechos, por supuesto: 15) Manuel María Moreno, eclesiástico, por Sonora; 16) Juan José Güereña, provisor del obispado de Puebla, por Durango, y 17) Miguel Ramos Arizpe, cura del Real de Borbón, por Coahuila.

No obstante, los diputados de la América Mexicana,<sup>30</sup> que participaron finalmente en las cortes de Cádiz de 1812,<sup>31</sup> fueron: 1) Antonio

<sup>29</sup> Cruz Hermosilla, Emilio de la, *El periodismo y la emancipación de Hispanoamérica*, 2008, pp. 241-243.

<sup>30</sup> Ellos contaron con la asesoría ideológica del sacerdote liberal mexicano fray Servando Teresa de Mier, en ese momento radicado en Cádiz. Si se toma en cuenta a las naciones centroamericanas—hoy Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica—que se unieron a México en la firma del Acta de Independencia de América Central el 15 de septiembre de 1821 y al Primer Imperio Mexicano el 5 de enero de 1822—separadas nuevamente el 1 de julio de 1823—debemos incluir como diputados mexicanos representados en Cádiz a Antonio Larrazabal y Arrivillaga, por Guatemala; José Ignacio Ávila, por El Salvador; José Francisco Morejón, por Honduras; José Antonio López de la Plata, por Nicaragua, y Florencio del Castillo, por Costa Rica.

<sup>31</sup> Considerando en ciertos casos los suplentes de algunos diputados nacidos en la colonia novohispana que ya residían en la Península Ibérica, con igual requisito de nacimiento, para la fecha de inicio de las sesiones del Congreso Extraordinario, ejercieron las funciones en tanto llegaban los diputados titulares de Nueva España. Ello con la particularidad de que en

Joaquín Pérez y Martínez Robles,<sup>32</sup> diputado por la provincia de Puebla de los Ángeles; 2) José Simeón de Uría Berruecos y Galindo, diputado de Guadalajara, capital del Nuevo reino de la Galicia; 3) José Miguel Guridi Alcocer, diputado por Tlaxcala; 4) José Miguel Gordo y Barrios, diputado por la provincia de Zacatecas;<sup>33</sup> 5) José Ignacio Beye de Cisneros, diputado por México; 6) Octaviano Obregón, diputado por Guanajuato; 7) Francisco Fernández Munilla, diputado por Nueva España; 8) Juan José Guereña y Garayo, diputado por Durango, capital del reino de la Nueva Vizcaya; 9) José Eduardo Cárdenas, diputado por Tabasco; 10) Mariano Mendiola, diputado por Querétaro; 11) José María Couto Ibea, diputado por Nueva España; 12) Máximo Maldonado, diputado por Nueva España;<sup>34</sup> 13) Salvador San Martín, diputado por Nueva España; 14) Miguel González y Lastiri, diputado por Yucatán; 15) José Miguel Ramos de Arizpe, diputado por la provincia de Coahuila; 16) José Calletano Foncerrada y Uribarry, diputado de la provincia de Valladolid, Michoacán, y 17) José María Gutiérrez de Terán, diputado por Nueva España y Secretario.

La participación de los diputados americanos<sup>35</sup> fue activa. En primer lugar no cejarían en buscar una igualdad de representación nacional en las Cortes, equitativa a la población, criticando las condiciones cuantitativas vigentes en ese momento para la elección de representantes entre España y América.<sup>36</sup> Además, buscarían el reconocimiento de la ciudadanía española para todos los habitantes de la

determinados casos no se trasladaron a España o no ejercieron su curul como titulares aun estando ya presentes en las Cortes dejando este lugar a los suplentes.

<sup>32</sup> Quien años más tarde sería uno de los firmantes del Acta de Independencia del Imperio Mexicano.

<sup>33</sup> Sería Presidente de las Cortes en 1813, último año de ejercicio del Constituyente Gaditano, incluyendo su clausura el 14 de septiembre de ese año, para dar paso a las Cortes Ordinarias.

<sup>34</sup> Quien moriría durante su encargo en las Cortes.

<sup>35</sup> En total acudieron 86 diputados americanos. De ellos 25 eran religiosos y 22 laicos —principalmente abogados—. Rieu-Millan, Marie-Laure. “Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz: elecciones y representatividad”, en *Quinto Centenario. Revista Complutense de historia de América*, N° 14, 1988, p. 71. Cabe comentar que en la aprobación de la Constitución de Cádiz el 18 de marzo de 1812 participaron todos los representantes de la Nueva España.

<sup>36</sup> En Cádiz debería haber 303 diputados. No obstante el acta de la sesión inaugural registra 102 diputados, incluyendo los suplentes, el texto de la Constitución de Cádiz en sí lleva la firma de 185 diputados y la sesión de clausura de las Cortes Extraordinarias contabiliza 223 diputados. De todos ellos 64 espacios eran para diputados americanos.

Corona, si bien no se contemplaban en principio a las castas y a las personas de color, aunque posteriormente su voz sirvió —reconociendo motivos de representación—<sup>37</sup> para pedir se les diera participación en las Cortes a este último grupo racial.

Así, las Cortes, llamadas Generales y Extraordinarias, se reunieron finalmente en Cádiz, el 24 de septiembre de 1810.<sup>38</sup> Su composición, en cámara única representando a todos los reinos y provincias de España, formada por diputados elegidos por los nuevos ciudadanos y por las Juntas provinciales, integraba un único cuerpo que representaba a la nación soberana y con una función: actuar como constituyente.

Conviene hacer un paréntesis para ahondar brevemente en la participación de los diputados americanos en Cádiz, en específico la de los provenientes de la Nueva España, que incluso tuvieron representación en la Comisión de Constitución,<sup>39</sup> encargada de establecer los principios básicos que habían de inspirar a la Constitución.

Un aspecto fundamental para la representación americana radicó, en su participación en las cortes gaditanas, en buscar la igualdad de representación entre España y las provincias de Ultramar —o al menos de aplicación de criterios idénticos en los procedimientos de elección de diputados.<sup>40</sup>

Este aspecto era relevante pues llevaría, de entrada, a completar la representación americana en Cádiz y la de sus suplentes, aspectos que se consideraban fuera de discusión, por razones de falta de tiempo y de prioridad en su discusión, a la luz de los diputados europeos. Para los americanos en cambio aún era momento de hacerlo, lo que además, como dijo el diputado novohispano José María Gutiérrez de Terán, significaría una “prueba de imparcialidad a la América”.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Considerando las poblaciones de color en los virreinos del Perú, la Nueva Granada y, en una escasa proporción, en la costa sur de la Nueva España.

<sup>38</sup> Los diputados novohispanos comenzaron a llegar a España a partir de diciembre de 1809, siendo que algunos de ellos ya radicaban en la Península Ibérica para el tiempo de su elección como es el caso de los diputados José María Gutiérrez de Terán, Máximo Maldonado, Octaviano Obregón, Salvador San Martín.

<sup>39</sup> En ella participó el diputado mexicano Mariano Mendiola.

<sup>40</sup> Lo que se buscaba es abandonar el criterio de elección de diputados americanos a partir de elección por parte de ayuntamientos privilegiados y no por las provincias como ocurría en la Península Ibérica. Estrada Michel, Rafael, *Monarquía y nación. Entre Cádiz y Nueva España*, 2006, p. 251.

<sup>41</sup> Citado por Estrada, *Monarquía...*, p. 251.

No obstante este debate de aparente vertiente igualitaria y numérica,<sup>42</sup> había un asunto de fondo que preocupaba a los sectores más conservadores de las cortes gaditanas: abrir la puerta a que los diputados americanos fueran mayoría.

Este temor no sólo implicaba —como señaló el diputado español Joaquín Lorenzo Villanueva— que los legisladores americanos como mayoría desconocieran lo actuado por las Cortes de Cádiz,<sup>43</sup> sino que en lo futuro ellos, y no los diputados españoles, detentaran el poder político real de la mayoría legislativa.<sup>44</sup>

Este debate concluyó con la constitución de la igualdad representativa para toda la nación española, incluidos sus dominios de ultramar, pero no la igualdad para las Cortes constituyentes —como la gaditana—. Ello significó la no modificación de los equilibrios de representación en las Cortes de Cádiz.

En el debate del proyecto de Constitución las contribuciones de los diputados novohispanos fueron activas. Por ejemplo, en el artículo 29 —referente a que la base de la representación nacional es la población compuesta de los naturales que por ambas líneas sean originarios de los dominios españoles, y de aquellos que hayan obtenido en las Cortes carta de ciudadano— la participación del diputado por Coahuila, Manuel Ramos Arizpe —y en menor medida los diputados por Tlaxcala, José Miguel Guridi Alcocer; por Zacatecas, José Miguel Gordo y Barrios; por Querétaro, Mariano Mendiola, y Octaviano Obregón, por Guanajuato— buscó, sin éxito, la inclusión de las castas en la representación de la nación, lo que redujo el censo para estos efectos a la raza blanca.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Hay autores que consideran que la idea de los diputados americanos acerca de la soberanía implicaba que ésta no reside en la nación, sino en cada uno de los individuos que la componen de modo que cada miembro de la nación —por este hecho— debería ser ciudadano. Varela Suárez, citado por Estrada, *Monarquía...*, p. 251.

<sup>43</sup> Estrada, *Monarquía...*, p. 257.

<sup>44</sup> En realidad parece que los diputados americanos por lo que pugnaban era por estar efectivamente representados.

<sup>45</sup> Sobre este aspecto es interesante considerar que probablemente la cuestión de fondo sobre este debate radicaba en que reconocer la ciudadanía a las castas representaría la mayoría americana sobre la representación española en las Cortes futuras, considerando además que en ese momento, en cuanto al volumen de la población, España tenía nueve millones de habitantes y América sumaba catorce millones. Del Arrenal, citado por Estrada, *Monarquía*, p. 281. Cabe comentar que los diputados americanos también defendieron con ahínco, pero sin éxito, la búsqueda del reconocimiento liso y llano de ciudadanía a las personas

Mención especial requiere la propuesta del diputado Guridi y Alcocer referente a la abolición de la esclavitud en todo el Reino de España y las provincias de ultramar. Presentada el 2 de abril de 1811 esta moción establecía que “debía quedar prohibido comprar y vender esclavos, y serían libres los que nacieran de estos”.<sup>46</sup>

Esta propuesta no prosperó en los términos originalmente planteados, pero sí permitió que se aprobara que serían españoles los esclavos libertos desde que adquieran la libertad.<sup>47</sup> Guridi y Alcocer también participaría en el impulso del establecimiento como una facultad de las Cortes el proteger la libertad de imprenta (artículo 131).

El proceso histórico e ideológico de este Constituyente se hizo notar en el preámbulo de la Constitución de 1812, que rememora la legalidad fundamental española, desde la monarquía medieval —que siguió a la orfandad imperial romana— al absolutismo Borbónico, para enlazar el nuevo régimen.

En el contenido de este documento constitucional se destaca que sus bases se encuentran en el reconocimiento de la igualdad de los individuos, al conceder la nacionalidad a todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos, como lo estableció su artículo 5o., si bien limitado en el caso de los esclavos a que obtuvieran la condición de libertos:

*Son españoles:*

*Primero:* Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos.

*Segundo:* Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza.

*Tercero:* Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía.

*Cuarto:* Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.

Es decir, la idea de igualdad sobresalió en el texto al no hacer distinciones entre los habitantes de los territorios dominados por España.

afroamericanas —quizá buscando tener más votantes— sin tener que pasar por la obtención de una carta de ciudadanía otorgada por las Cortes, redacción que finalmente se impuso.

<sup>46</sup> Citado por Estrada, *Monarquía...*, p. 301. La propuesta fue secundada por el diputado liberal español por el principado de Asturias, Agustín de Argüelles.

<sup>47</sup> Artículo 5 de la Constitución de Cádiz.

Bajo el influjo de las Cortes de Cádiz y por la Constitución Gaditana—conocida como La Pepa al promulgarse el 19 de marzo de 1812, mismo día que el de la festividad de San José— se trataría de crear el Código Civil, Mercantil, Penal y Procesal, por lo que empiezan a formarse comisiones. No obstante, en este punto no se logró nada por la condición en la que vivían las diversas provincias del Reino de España.

Mientras se discutía y aprobaba la Constitución gaditana, el virrey, Francisco Xavier Venegas, y su sucesor, Félix María Calleja, aplicaron en la Nueva España una política de guerra implacable que, entre otras cosas, dejó exhausta la economía de la colonia y dio con este motivo una excusa para la no aplicación de la Constitución aprobada por las Cortes de Cádiz de 1812.

Las Cortes extraordinarias ya habían rechazado—postura que continuarían las Cortes ordinarias— la mayor parte de las propuestas liberalizadoras y autonomistas de los diputados americanos: a) gobierno autónomo bajo la soberanía del rey; b) libertad de comercio; c) igualdad de derechos para los americanos, y d) distribución por mitades de los puestos administrativos de cada territorio.<sup>48</sup>

Así, por ejemplo, los artículos publicados en la prensa, de los criollos, Carlos María Bustamante y José Joaquín Fernández de Lizardi, criticando al gobierno español motivaron a que el virrey Calleja suspendiera el artículo de la Constitución relativo a la libertad de prensa, creando un profundo malestar en los Consejos municipales y entre los representantes a Cortes novohispanas.

La política absolutista de estos dos virreyes se manifestó también en las elecciones previstas para la formación de los nuevos cabildos constitucionales previstos por la Carta Magna doceañera de Cádiz. Celebradas en noviembre de 1812, todos los elegidos fueron criollos, entre los que había algunos partidarios ideológicos de la insurgencia. El virrey Venegas alegó irregularidades y anuló las elecciones, manteniendo el equipo anterior de funcionarios.

El sucesor en el virreinato sería Félix María Calleja, quien permitió finalizar el proceso electoral regulado en la Constitución doceañera,

<sup>48</sup> Rubio Mañé, Jorge I., "Los diputados mexicanos a las Cortes españolas y el Plan de Iguala, 1820-1821", en *Boletín del Archivo General de la Nación*, 1968, pp. 347-395.

en abril de 1813. No obstante, el 18 de noviembre de 1813 la Real Audiencia de la Nueva España presentó una representación a las cortes españolas manifestando la imposibilidad de aplicar la Constitución de Cádiz en los territorios novohispanos.

Un año más tarde, en agosto de 1814, llegó al virreinato la noticia de la restauración del absolutismo por Fernando VII, en virtud del tratado de Valencey del 11 de diciembre de 1813, quedando entonces disueltos los órganos electivos y volviendo, jurídicamente, todo a como estaba en 1808.<sup>49</sup>

A la par, la insurgencia cobró nuevos bríos, pero Calleja consiguió contenerla, a costa de una política de guerra que acabó por forzar su sustitución en 1816, ante las protestas de las elites por los altos costos militares, la suspensión de la aplicación de la Constitución gaditana y el malestar social que comenzaba a desatarse.

Sería hasta 1820 bajo el mandato del virrey Juan Ruiz de Apodaca—quien ahora ostentaría el cargo de Jefe Político Superior y Capitán General—, cuando la Constitución de Cádiz volvería a recobrar su potestad normativa en la Nueva España.

En suma, la Constitución de Cádiz, que estuvo vigente en España de forma discontinua desde su proclamación en mayo de 1812, nunca se aplicó completamente en la Nueva España, debido al Estado de guerra entre realistas e insurgentes, esgrimido como excusa por los virreyes. En este tenor, el 17 de agosto de 1814, el virrey Félix María Calleja declaró abolida la Constitución, obedeciendo el mandato de Fernando VII, quien la había declarado nula, así como todo lo actuado en ella. No sería hasta el 31 de mayo de 1820 que volvería a cobrar plena vigencia.

A pesar de la relativamente escasa vigencia—en el tiempo— que tuvo este documento, sí ayudaría indirectamente de manera decisiva a afirmar la idea de la soberanía popular en la Nueva España—al menos en las mentes criollas ilustradas—. Serviría además como un ejemplo de formalidad legal necesaria para constituir una nación. Fue así como las mentes insurgentes consideraron indispensable, en algún momento, contar con una norma suprema.

<sup>49</sup> Ferrer Muñoz, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, 1993, p. 187.

La idea codificadora asumida en la Constitución de Cádiz, pasó al México independiente, en donde, además de los intentos insurgentes de las Bases Constitucionales de Rayón y la Constitución de Apatzingán, Agustín de Iturbide –Agustín I– decidió hacer una Constitución de acuerdo con la historia jurídica y necesidades de nuestro país. Para ello emitió un decreto instruyendo para que se llevara a cabo el trabajo de codificación. Al respecto se tiene indicios que hubo una comisión, pero se desconocen los alcances de su trabajo. No obstante, consciente de la necesidad de contar con una Norma Suprema, o al menos las bases generales en torno a las cuales desarrollaría sus principios, emitió el 18 de diciembre de 1822, el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.

Es importante subrayar que a pesar de que la Constitución de Cádiz tuvo una vigencia irregular en la Nueva España,<sup>50</sup> en cambio, en el México independiente,<sup>51</sup> en virtud de lo expresado en los artículos primero<sup>52</sup> y segundo<sup>53</sup> del Reglamento Provisional del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822 –no obstante el rechazo inicial que se mostraba hacia ella por “inadaptable” (artículo segundo)–, podía aplicarse en cuanto no pugnaran sus normas con las leyes, órdenes y decretos expedidos o que se expidieren en consecuencia de la independencia de México.

<sup>50</sup> Vigente formalmente en la Nueva España en el periodo 1812-1814 y en el periodo 1820-1821. Ferrer Muñoz, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España. Pugna entre antiguo y nuevo régimen en el virreinato, 1810-1821*, 1993, p. 8.

<sup>51</sup> México fue el único país independizado de España que conservó la vigencia del texto gaditano aun después de su independencia. Icaza Dufour, Francisco de, *Reflexiones jurídicas...*, p. 200. La sustitución fue posible en tanto se generaron nuevas normas supremas, lo que implica que en este país nunca dejó de tenerse una Constitución.

<sup>52</sup> Artículo 1: “Desde la fecha en que se publique el presente reglamento, queda abolida la Constitución española en toda la extensión del imperio”.

<sup>53</sup> Artículo 2. “Quedan, sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados anteriormente en el territorio del Imperio hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento, y con las leyes, órdenes y decretos expedidos, o que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia. Y porque entre las leyes dictadas por las partes españolas hay muchas tan inadaptables como la Constitución, que aquí sería embarazoso expresar, se nombrará una comisión de dentro y fuera de la Junta que las redacte, y haciendo sobre ellas las observaciones que le ocurran, las presente a la misma Junta o al futuro Congreso, para que se desechen las que se tengan por inoportunas”.

En este sentido, en tanto no se emitió una nueva legislación constitucional y sus principios liberales inspiraron el desarrollo posterior del derecho mexicano, era posible aplicar la Constitución gaditana, circunstancia que ocurrió hasta la promulgación en México del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, el 31 de enero de 1824 y de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de ese mismo año.



## LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ EN ZACATECAS: REALIDADES E IMAGINARIOS

José Arturo BURCIAGA CAMPOS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las Cortes de Cádiz en el cabildo de Zacatecas: algunas realidades.* III. *Las Cortes de Cádiz en el cabildo de Zacatecas: algunos imaginarios.* IV. *En la materia de justicia: imaginarios y realidades.* V. *Consideraciones finales.*

### I. INTRODUCCIÓN

Ante los acontecimientos de 1808 en España, la invasión francesa, el retiro del trono, de Fernando VII, y la ebullición social y política que ya estaba presente en dominios de la España americana, en todos los cabildos indianos las reacciones llevaron a las acciones de carácter político. La incertidumbre cundió y muchos súbditos de la Corona se preguntaban, como en Guadalajara: “ya no tenemos rey (...) ¿somos o no puros franceses? ¿El presidente de la Audiencia, ya no es presidente? Las mismas autoridades políticas en todo el orbe indiano se urgieron para la selección y nombramiento de los requerimientos de la Junta Suprema Central y Gubernativa del Reino de España e Indias en 1809.<sup>1</sup> El documento emanado de la península decía en su

<sup>1</sup> Se reunió por primera vez el 25 de septiembre de 1808. Fue exactamente el 22 de enero de 1809 cuando esta Junta decretó que los cuatro virreinos (Nueva España, Perú, Nueva Granada y Río de la Plata) y las seis Capitanías Generales (Cuba, Puerto Rico, Guatemala, Venezuela, Chile y Filipinas) debían elegir cada uno, un diputado representante en la Junta Central. Jaime E. Rodríguez O., *La naturaleza de la representación en la Nueva España y México*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2005, p. 35.

premura y su incertidumbre, que los reinos de ultramar nombrarían a nueve diputados para representar cada una de las grandes regiones de Hispanoamérica, incluidas las Filipinas. Un diputado sería nombrado por la Nueva España. De un total de catorce jurisdicciones se encontraba la intendencia provincia de Zacatecas. El Cabildo zacatecano se dividió en dos fracciones políticas; una apoyaba al bachiller José María Semper y al doctor en cánones don José María Cos; la otra apoyaba al rico minero Antonio de Apezechea. José María Cos fue el elegido por el Cabildo y la Intendencia de Zacatecas. El final de la carrera por la representación novohispana fue ganado (en terna primero y finalmente en sorteo) por Miguel de Lardizábal y Uribe, quien a la sazón ya estaba radicando en Madrid. Cada uno de los catorce representantes de la Nueva España debía de otorgar un Poder a Lardizábal, mismo que exhibiría ante la Junta Central. El firmado por el representante de Zacatecas incluía la instrucción de resolver las necesidades más apremiantes: erigir una diócesis, crear tribunales superiores de justicia, fomentar la industria, la agricultura y las artes, aumentar el salario de los subdelegados de la Intendencia y desaparecer los tributos que agobiaban a los indios. Al final, la Junta Central fue disuelta y dio paso a la convocatoria a Cortes en enero de 1810.<sup>2</sup> Los acontecimientos políticos, sociales y militares se desbordarían y decantarían en el llamado a las armas hecho por Miguel Hidalgo en el curato de Dolores, intendencia de Guanajuato, el 15 de septiembre de 1810.

Manuel Chust sintetiza ese contexto que embargó a todos los cabildos americanos en la confluencia de cuatro proyectos políticos y económicos: la persistencia absolutista y colonial; la reforma ilustrada; la revolución liberal y la independencia americana. Más preciso. El primero basado en la existencia de un Estado sostenido por derecho divino con un considerable número de privilegios nobiliarios y señoriales y derechos para la Corona.<sup>3</sup> El segundo proyecto,

<sup>2</sup> Martín Escobedo Delgado, *Por el bien y prosperidad de la nación. Vicisitudes políticas de don José Miguel Gardoza, diputado por Zacatecas en las cortes de Cádiz*, Zacatecas, Instituto Zacatecano de Cultura Ramón López Velarde, 2010, *passim*.

<sup>3</sup> Que iban desde la obligación de los cabildos americanos a realizar el paseo del pendón real para conmemorar la conquista del territorio americano y la fundación de ciudades, hasta la posesión de los monopolios de correos, papel sellado, tabaco, naipes, pólvora, peleas de gallos, fiestas de toros y sobre la venta de nieve. Además, las alcabalas y tributos indios. Del

el napoleónico, sostenido en la traslación de la legitimidad monárquica borbónica en el trono de José Bonaparte I, con una propuesta reformista en las cortes y la Carta de Bayona. El siguiente, la eclosión juntera en ambos hemisferios, que dio paso a la convocatoria para las Cortes de Cádiz culminadas en la Constitución de 1812. Y el cuarto proyecto, derivado, en parte del anterior, que devino en la opción liberal y autonomista del criollismo americano expresado en los movimientos insurgentes en América. Este movimiento fue el culmen que rechazó los tres primeros proyectos (monárquico, absolutista, afrancesado y constitucional) para plantear la construcción de los futuros estados americanos.<sup>4</sup>

El despertar del cabildo<sup>5</sup> zacatecano en el año de 1812, mismo en que fue promulgada la Constitución de Cádiz, luego de las elecciones acostumbradas cadañeras el 1 de enero, se suscitó el 15 de enero de ese año. Un comunicado fue remitido por el intendente de

---

clero percibía la mesada, la media annata, los novenos reales del diezmo y el impuesto de bula de cruzada (extensivo a toda la población). Y las cargas sobre actividades comerciales y mineras: impuesto sobre venta de pulque y otras bebidas, así como las alcabalas del vino; almojarifazgo, medio quinto, monetaje, señoreaje y barcaje; diezmo y quinto real de la plata. Ingresos que suponían hacia 1804 la suma de 400 millones de reales de todas las posesiones en América y Asia, cerca de dos tercios del presupuesto del Estado español. Manuel Chust, "Legislar y revolucionar. La transcendencia de los diputados novohispanos en las cortes hispanas 1810-1814", en Guedea, Virginia (coord.), *La independencia de México y el proceso autonomista novohispano 1808-1824*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Doctor José María Luis Mora, 2001, p. 63.

<sup>4</sup> Manuel Chust Calero, *De la revolución hispana a la revolución española: claves del doceañismo gaditano*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2005, pp. 9-10.

<sup>5</sup> El cabildo es el gobierno que tiene sus antecedentes en el concejo municipal, gobierno de carácter oligárquico en el que no siempre coincidían los intereses de los regidores. El cabildo por excelencia en la época virreinal estaba integrado únicamente por los regidores y demás magistrados municipales bajo la presidencia de los alcaldes ordinarios o alcaldes mayores o corregidores de la ciudad. J. M. Ots Capdequí, *El Estado español en las Indias*, México, FCE, 1986, pp. 61-62. Para Zacatecas, ese fue el último caso. Desde el siglo XVI, se cambió la figura principal del ayuntamiento, de un alcalde mayor por un corregidor. El ayuntamiento se puede entender indistintamente como concejo, común, cabildo o ayuntamiento. Francisco de Icaza Dufour, *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, 2008, p. 281. Los ayuntamientos se transformaron en centros de poder. Los gobiernos municipales, caso el de Zacatecas, como lo señala Jaime E. Rodríguez, pudo haber sido en algunos momentos de la historia virreinal, un centro de dominación elitista sin mucha significación; en otros, cuerpos de ayuntamiento más preocupados por la pompa, la ceremonia y la preeminencia que por la administración de su territorio y de la *res publicae* o la cosa pública. Rodríguez O., *La naturaleza...*, p. 21.

Zacatecas. La guerra de independencia estaba imbricada en toda la Nueva España y la región de Zacatecas no fue excepción. La orden del general Félix María Calleja no dejaba lugar a dudas: pedía que el cabildo participara en la consecución de los arbitrios para dotar de recursos al sostenimiento del batallón de milicias provinciales que trataba de resguardar la seguridad de la ciudad contra las incursiones de los insurgentes. La orden dirigida al Cabildo la firmó José de Peón Valdés, intendente de Zacatecas. Otra comunicación similar provenía del brigadier don José de la Cruz, general de la Nueva Galicia. El batallón destacado en Zacatecas estaba integrado por una compañía de granaderos, cuatro de auxiliares, una de artillería y una de caballería. Eran 21 oficiales, 20 sargentos, 28 cabos y 258 soldados (306 efectivos) que, junto con la compostura de armas y la fundición de balas de cañón, metralla y fusil, habían importado a la ciudad 9 962 pesos y cuatro reales hasta el 26 de enero de 1812. Se proyectaba que el costo de las operaciones para dos meses llegaría a 3 552 pesos y seis reales.<sup>6</sup> Pero las necesidades requeridas al Cabildo no sólo eran militares. El 16 de enero, fray Agustín Melgarejo, del hospital de San Juan de Dios, requería al señor Justicia y Regimiento de la ciudad de los fondos sobrantes de obra pía, la cantidad de quinientos pesos para medicinas de los pobres que acudían a ese nosocomio.<sup>7</sup> El mariscal don Félix María Calleja, general del ejército de operaciones, daba la orden de hacer una graduación y regulación del empréstito forzoso para el sostenimiento del batallón urbano que guarnecía a la ciudad de Zacatecas. El gasto estaba calculado para dos meses por la cantidad de 15 400 + 17 770 + 19 681. Los gastos se habían elevado considerablemente y habían sido prorrateados en 86 contribuciones de particulares, negociaciones mineras, panaderos, comerciantes y clero. Destacaban las aportaciones de: la negociación de Vetagrande (4 000), la de Alicante (1 200), la iglesia parroquial (1 300), Fernando Torices (3 000). Después, el mismo ayuntamiento recibió algunas protestas del clero de la ciudad en el sentido de que los ministros de la Iglesia gozaban de inmunidad canónica para salvaguardar sus bienes y su dinero, por lo que se alegaba que a ellos no se les podía

<sup>6</sup> Archivo Histórico del Estado de Zacatecas (AHEZ), Ayuntamiento de Zacatecas, Cabildo, Correspondencia, 1 de enero de 2012, f. s.n.

<sup>7</sup> AHEZ, Ayuntamiento de Zacatecas, Cabildo, Correspondencia, 26 de enero de 2012, f. s.n.

gravar por parte de las autoridades y sin el conocimiento de la autoridad pontificia. Para el efecto, citaba los cánones, concilios y leyes reales vigentes. No obstante, Vicente Ramírez esgrimía sus derechos de inmunidad, no negaba que aportaría una cantidad considerable en pesos. Solicitaba a la autoridad encargada de recaudar fondos, no lo citara con título de gravamen para que no fuera "ultrajada su persona, por su carácter, autoridad y jurisdicción eclesiástica de que estaba adornado".<sup>8</sup> Otra carta en el sentido de no poder cumplir con la exigencia de un empréstito por 300 pesos, además de esgrimir el mismo argumento de la inmunidad eclesiástica, fue la que envió al Ilustre Cabildo el bachiller José Francisco Sánchez. Insistía en que la orden del préstamo forzoso no afectaba al estado eclesiástico y no citaba a los "distinguidos individuos de que se componía ese cuerpo".<sup>9</sup>

Las necesidades de la tropa eran muchas y muy variadas: harina, maíz, frijol, garbanzo, azúcar, sebo, aceite de España y nacional, aceite para medicamento, marranos, comino, anís, culantro, paja, lana, cera, carne salada, aceitunas, tornachiles, chile, sal, dulces de varias clases, huevo, jamón, loza de Puebla, arroz, queso añejo y fresco, magistral para beneficio de amalgamaciones, jabón, jarcia, fruta pasada, camarón, pescado seco, plomo y greta para las fundiciones, nuez de la tierra y de Castilla, cargas de leña, carbón de encino y de pino, queso de tuna, ocote, saltierra, papel blanco y de colores, cacao de varias clases, canela, pólvora para minas, añil, cochinilla, clavo de comer, pimienta, azafrán, obleas, cristal y loza, mercería, bacalao, vinos generosos, fideos y tallarines, chile verde, maderas, cal, tunas, cigarros liados de 15 en cada cajilla, sedas, listonería, lencerías finas y corrientes, cordobanes, cueros de suela, acero, mulas, caballos, burros, frutas de tierra fría y de tierra caliente, cueros de res y fierro.<sup>10</sup> Además, existía el problema de la falta de circulante de moneda provisional de Sombrerete y Durango que no

<sup>8</sup> AHEZ, Ayuntamiento de Zacatecas, Cabildo, Caja 2, exp. 60, Correspondencia, carta del cura y juez eclesiástico Vicente Ramírez al Cabildo, 4 de febrero de 2012, f. s.n.

<sup>9</sup> AHEZ, Ayuntamiento de Zacatecas, Cabildo, Caja 2, exp. 60, Correspondencia, carta del bachiller Francisco Sánchez al Cabildo, 1 de febrero de 2012, f. s.n.

<sup>10</sup> AHEZ, Ayuntamiento de Zacatecas, Cabildo, Correspondencia, Caja 2, exp. 60, arbitrios según el artículo 4o. del Reglamento Militar del mariscal de campo y general en jefe del ejército del Centro, don Félix María Calleja, s/f, ca. enero de 2012, f. s.n.

“corría”, por lo que se indicaba que se utilizara o cambiara por la de la ciudad de Zacatecas.<sup>11</sup>

## II. LAS CORTES DE CÁDIZ

### EN EL CABILDO DE ZACATECAS:

#### ALGUNAS REALIDADES

Desde 1808 se observó un viraje de timón en la política real acerca de los ayuntamientos o cabildos americanos: recobraron su significación política, se manifestaron contra la intervención francesa en la Corona española; expresaron la representación de sectores sociales muy diferentes. Los cabildos propusieron modificaciones en la estructura socioeconómica de la Colonia y demandaron reformas para buscar el remedio de los problemas más apremiantes. Hubo manifestaciones políticas frente a los acontecimientos históricos suscitados en el orbe español, a partir de la apertura de los cabildos a donde concurrieron un mayor número de vecinos en busca de esa representatividad. El cabildo había tenido una actuación discreta, subordinada al absolutismo real español. Precisamente, a raíz de los acontecimientos de 1808 en la península, comenzó el despertar de los cabildos americanos. El de Zacatecas llegó a desplazar la figura y autoridad de la intendencia del mismo nombre y se convirtió en el principal centro de poder político y escenario de disputas entre criollos y peninsulares. Las autoridades de Zacatecas se pronunciaron contra la invasión francesa y acordaron evocar la ley para demostrar la ilegalidad de dicha invasión; afirmaron que la abdicación del rey español ante José I carecía de legalidad, porque había sido de hecho y no de derecho.<sup>12</sup>

El cabildo integrado en 1811 fue de transición y crucero entre el cabildo americano y el constitucional. Dominada la región de Zacatecas por la insurgencia, el ayuntamiento de ese año estuvo presidido por el insurgente Rafael de Iriarte. Fueron parte del ayuntamiento algunas personas preeminentes como Manuel Garcés (intendente interino), Joan Francisco Joaristi (regidor) y Felipe Díaz González (síndico).

<sup>11</sup> AHEZ, Ayuntamiento de Zacatecas, Cabildo, Correspondencia, Caja 2, exp. 60, curso legal de moneda en Zacatecas, 17 de febrero de 2012, f. s.n.

<sup>12</sup> Guadalupe Nava Oteo, *Cabildo y ayuntamientos de la Nueva España en 1808*, 2a. ed., México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2009, p. 44.

Todos esos criollos lograron mantener la vida política de la capital de la intendencia, pese a los fragores de la guerra.<sup>13</sup>

Años después, una de las repercusiones más importantes de las Cortes de Cádiz es que el Cabildo de Zacatecas estuvo atento a las disposiciones de las mismas. Decidió llevar a cabo la elección de su órgano de gobierno como lo mandaban aquellas, según así lo hicieron saber al diputado por Zacatecas, el doctor don José Miguel Gordo y Barrios.

En 1814 se daba la feliz noticia para los funcionarios reales del Cabildo de Zacatecas, que las Cortes de Cádiz, el 26 de marzo de 1813, habían resuelto conservar a los regidores y otros individuos que ostentaban distintos cargos del antiguo y fiel Ayuntamiento. Se conservaban los mismos honores, tratamientos y uso de uniforme al tiempo en que habían cesado sus cargos.<sup>14</sup> En otro documento del 1 de febrero de 1813, se hacía alusión que no era necesario el pase del extinguido Consejo de Indias para que las resoluciones de Cádiz llegaran a las tierras americanas del reino español, relativo a la comprobación de los derechos particulares para darles cumplimiento. Se entendía que ya estaban derogadas las leyes que disponían lo contrario.

En ese mismo año, el 17 de agosto, el Cabildo recibió una información donde se les indica a los alcaldes constitucionales de Zacatecas, el modo de ejecutar la nueva ley de tribunales y juzgados. El 12 de mayo, el virrey había declarado que tras una consulta de cómo ejecutar la nueva ley de tribunales y juzgados se había dicho, entre otras cosas, que los artículos 30 y 31 del capítulo 2o. de la ley que los virreyes y otros jefes militares, se limitaran al ejercicio de la jurisdicción de guerra. Se suprimían los gobiernos y corregimientos de capa y espada. Fueron respetados los derechos de los asesores de los virreyes capitanes o comandantes generales de las Provincias.

La prevención en el primer punto se consideraba muy vana, porque los empleados que se abstuvieran del ejercicio de la jurisdicción ordinaria civil y criminal que hubieran tenido, se distribuirían los negocios pendientes de esta clase entre los jueces de primera instancia,

<sup>13</sup> Cfr: Héctor Sánchez Tagle, *Insurgencia y contrainsurgencia en Zacatecas, 1810-1813*, Zacatecas, Universidad Autónoma de Zacatecas, SPAUAZ, LIX Legislatura de Zacatecas, 2009, p. 121.

<sup>14</sup> AHEZ, Ayuntamiento de Zacatecas, Cabildo, Caja 2, exp. 77, Aviso sobre el Real Decreto expedido por las Cortes generales, 11 de enero de 1814, 2 ff.

lo cual podría practicarse de igual manera en los demás juzgados que habían sido suprimidos. El virrey consideraba fácil que se verificara la supresión de los gobiernos y corregimientos de capa y espada con sus tenencias, quedando los de capitales de Provincias con la facultad de jefes políticos en sus territorios, sin perjuicio de los que por otro título tenían en los ramos de hacienda y pasando a los nuevos ayuntamientos los negocios económicos pendientes que le correspondían. Se daba la orden a los alcaldes constitucionales para su cumplimiento en la parte que les tocaba. La entrega de los negocios contenciosos corrientes debía hacerse a los respectivos jueces territoriales.<sup>15</sup>

### III. LAS CORTES DE CÁDIZ EN EL CABILDO DE ZACATECAS: ALGUNOS IMAGINARIOS

Más allá de las ganancias políticas de los cabildos a raíz de la (breve) aplicación de la Constitución de Cádiz, está la reivindicación del cabildo a través de su ayuntamiento. El punto de partida fue el argumento de "representación" en la ciudad de México de 1771, como un alegato de derechos jurídicos bien fundamentados e indiscutibles. En ese documento se le recordó al rey las numerosas contribuciones hechas a la monarquía y los importantes títulos, derechos y privilegios que había recibido de la Corona a lo largo de los años. En esa extensa representación se esgrimió que la Nueva España era un reino autónomo dentro de la monarquía española y que sus naturales tenían derecho a la mayoría de los cargos civiles y eclesiásticos.<sup>16</sup> Si este documento llamó la atención del rey, surtió efectos muy localistas, pero el resto de los cabildos americanos no fue incluido en esta demanda de derechos.

En el contexto de la constitución gaditana, hay que agregar el asombro y la perplejidad que causó en materia de gobierno político en suelo americano. Las nuevas estructuras de gobierno no fueron comprendidas rápidamente y cuando se buscó su aplicación, la legis-

<sup>15</sup> AHEZ, Fondo Ayuntamiento de Zacatecas, Serie Justicia, Subserie Alcalde 1o., Informe a los alcaldes constitucionales de Zacatecas sobre el modo de ejecución de la nueva ley de tribunales y juzgados, 14 de agosto de 1813.

<sup>16</sup> Jaime E. Rodríguez, *La ciudadanía y la Constitución de Cádiz*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2005, p. 13.

lación ya estaba al filo de la derogación por parte de Fernando VII. Las nuevas estructuras de gobierno y procesos electorales integraban un nuevo mapa político americano donde los viejos virreinos, capitanías generales y audiencias fueron sustituidos por diecinueve provincias, cada una administrada por la nueva institución de la diputación provincial. El proceso electoral que contemplaba la nueva legislación era complicado por la enorme extensión territorial y la dispar demografía. La junta neogalaica dividió su territorio en dos provincias: Guadalajara y Zacatecas. En éstas se eliminó la tercera etapa del tercer proceso (parroquia, partido y provincia). Al final el resultado fue que en dos periodos constitucionales (1812-1814 y 1820-1822),<sup>17</sup> votaron millones de hombres (no excluidos del proceso, como los descendientes de africanos y las mujeres) y se formaron miles de ayuntamientos constitucionales y dieciséis diputaciones provinciales eligiendo a cientos de diputados a cortes.<sup>18</sup> Lo anterior ratificaba que el territorio de la Nueva España fue un mosaico heterogéneo de derechos provinciales, proveniente de un derecho histórico criollo, conformado desde el siglo XVII.<sup>19</sup> La efímera aplicación de las reformas en la conformación y administración política del cabildo, dejó un resabio de liberalidad que emergería después de la consumación de la independencia novohispana. En el interregno de la vigencia de la constitución gaditana, hubo resistencias y problemas entre los sectores español y criollo. Por ejemplo, los conflictos surgidos en el cabildo de la ciudad de México con el virrey Félix María Calleja, son representativos de lo que se suscitaba en la mayoría de los cabildos de Nueva España.<sup>20</sup> En cabildos como Zacatecas se reflejó la difícil convivencia entre el ayuntamiento y el intendente.

<sup>17</sup> En el último periodo fue conformada la diputación provincial de Zacatecas, integrada a la Nueva Galicia, el 24 de marzo de 1822. Se hizo la jura de obediencia al Congreso Constituyente en el templo de Santo Domingo, ubicado en el centro de la ciudad. Un año después, el 3 de abril de 1823, la diputación provincial de Zacatecas declaró la asunción de la soberanía de la provincia, el paso anterior a la formación del estado libre y soberano de Zacatecas en 1824. Mariana Terán Fuentes, *Combates por la soberanía*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2005 (Lecciones sobre Federalismo/7), p. 21.

<sup>18</sup> *Ibidem*, *passim*.

<sup>19</sup> Marcello Carmagnani, *Las formas del federalismo mexicano*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2005, p. 11.

<sup>20</sup> Cfr. Juan Ortiz Escamilla, "Un gobierno popular para la ciudad de México. El ayuntamiento constitucional de 1813-1814", en Guedea, Virginia (coord.), *La independencia de*

Debido a la distancia entre Cádiz y Zacatecas y, sobre todo, a la situación interna del cabildo de esta última ciudad, expresada en pugnas políticas, influenciadas, entre otras razones, por la violencia desatada en la revolución independentista, se formó un imaginario en el ejercicio del poder local. La distancia no sólo era física, sino hasta ideológica y de formación. Es decir, el diputado por Zacatecas en las Cortes, don Miguel de Gordo, no tenía información fidedigna de la forma de pensar y actuar de los miembros del gobierno municipal de Zacatecas. Las espaciadas noticias que realmente llegaron a intercambiar epistolarmente el diputado y su cuerpo edilicio representado, afectaron la participación de aquél. La influencia de los deseos y necesidades de la provincia de Zacatecas en las Cortes, se diluyó entre los trabajos diarios de los diputados que tendieron a conformar una constitución con diferentes intereses políticos, económicos y sociales. El problema de la representatividad de una provincia como la de Zacatecas en las Cortes, se originaba, precisamente, en un problema de representatividad en el ámbito local y provincial. Lo anterior, no obstante los grandes rendimientos económicos que a la Corona entregaba Zacatecas con la plata que producía. La realidad política de Zacatecas, durante el periodo de elaboración y promulgación de la Constitución gaditana, se vio trastocada por los acontecimientos. Y la realidad política se convirtió en imaginario cuando, por ejemplo, sin profundo conocimiento de la legislación derivada de Cádiz, los funcionarios locales no tuvieron información oportuna sobre la nueva forma de elección de su cabildo y las reglas de operación que debían implementar. La tradición de elección cadañera, con fuerte presencia de intereses económicos de la elite local, no cambió *de facto*.

#### IV. EN LA MATERIA DE JUSTICIA: IMAGINARIOS Y REALIDADES

La preeminencia de las audiencias continuaba en materia de las causas civiles y criminales. Pertenecía a ellas conocer dichas causas de los juzgados inferiores en su demarcación para que fueran fenecidas en

ellas mismas, ya fueran en segunda y tercera instancia.<sup>21</sup> El espíritu de las leyes emanadas de las Cortes de Cádiz rebasaba un idealismo al promulgar que la administración de justicia, por ejemplo, en lo criminal, debía ser –en términos actuales– pronta y expedita. Y si el artículo 286 decía que los procesos fueran formados “con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados”, lo cual distaba de una realidad en el ámbito de los cabildos americanos, igualmente estaba en duda lo mandado por el artículo 287 en el que se indicaba que ningún español (y aquí entraba la diatriba de las castas y los demás sujetos a una virtual ciudadanización por parte de la Constitución) podía ser preso sin la precedencia de una información sumaria del hecho, por el que mereciera, según la ley, castigo con una pena corporal.<sup>22</sup>

En el Cabildo de Zacatecas había alcaldes habilitados para impartir justicia. Éstos tomaron la denominación de constitucionales y se regían por jerarquía. Así lo denota una demanda dirigida al alcalde constitucional 1o. en turno de la ciudad de Zacatecas. El regidor Hilario Santillán acusó al escribano Cristóbal Mercado por no desempeñarse en el cargo responsablemente y porque “tiraba a proteger sus intereses, piedra de escándalo en Zacatecas y de pública notoriedad”. El acusador señaló que el escribano también se conducía de “un modo inquisitorial o de residencia como lo haría un superior en los tiempos del anterior gobierno”. Por otro lado, Santillán se congratulaba de no haber cometido errores que le hicieran parecer “reo ante la ley”. Decía que no era fácil saber el espíritu de las leyes en los juicios verbales. El regidor tenía una idea muy especial de entender el papel de la autoridad: “No se respeta tanto por la persona que la ejerce, sino por lo que en ella en sí representa”. Hacía alusión a que la ley de jurados (*sic*)

<sup>21</sup> Para un panorama más completo, véase el excelente estudio sobre el papel (cambiante) de las audiencias americanas en materia de aplicación y administración de justicia y de jurisdicción –frente a las disposiciones gaditanas vigentes en el periodo 1812-1814 y restauradas (para el caso de Nueva España-Imperio Mexicano, República Mexicana) entre 1820 y 1824– de: Fernando Martínez Pérez, “Competencias de jurisdicción en la crisis del Antiguo Régimen hispano”, en Guzmán Brito, Alejandro (ed.), *El derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América*, t. I, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 2010, pp. 247-268.

<sup>22</sup> *Constitución Política de la Monarquía española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, facsímil de la edición original de 1812, Sevilla, Extramuros Edición S.L., 2001, artículos 262, 263, 286 y 287, pp. 88-89 y 95.

no hablaba de ese tipo de casos en el que él se encontraba envuelto. Y ponía el ejemplo de que sería absurdo si a un funcionario público, que cometiera un homicidio u otro delito, no se le pudiera prender ni perseguir hasta que el supremo tribunal se reuniera en jurado. Dentro de las acusaciones del regidor contra el escribano, figuraba la de tergiversar los hechos con actitudes de desidia, ineptitud y abandono y de conformar un interrogatorio sin autorización superior. El regidor hacía referencia a las penas prescritas en la ley 23, núm. 7, título 25, libro 4o. de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias. En las acusaciones se señalaba el desacato del escribano en ocasión de la certificación de la muerte de un tal Manuel Ignacio Castillo. El regidor se quejó de que el escribano le sugirió llevar a cabo un careo imposible y de no estar presente en la inspección del cadáver. Otra de las quejas contra Cristóbal Mercado fue que “resistió” (se negó a entregar) el libro de juicios verbales para ver la decisión en un caso donde no se debían dar pruebas a las partes, porque el escribano no cobraría derechos. Además, desde la óptica del regidor, el escribano faltaba a las leyes 3, título 8o., libro 1 del fuero real; la ley 2, título 19, partida 3a., que señalaban que todo funcionario debía ser honrado, cristiano, de buena fama, instituido en el arte de escribanía y discreto; no debían ser descubridores, pregoneros, informadores, calumniosos, infieles e ignorantes en su ejercicio. La acusación que hacía el regidor era con base en el “último decreto del H. Congreso sobre jurado y ley de responsabilidades, de 24 de marzo de 1813”. De la demanda anterior no se encontró respuesta.<sup>23</sup>

La línea liberal de la Constitución de Cádiz trabajó en virtud de principios humanitarios contenidos en los derechos del hombre, lo cual implicaba una nueva forma de entender el derecho penal. Principios de corte ilustrado fueron incorporados a los textos constitucionales: la pena de horca fue abolida para demostrar el lado generoso de la nación española. Y después de la restauración de la Constitución, en 1822, se ordenaba la destrucción de todos los potros e instrumentos de tortura. En el texto de la Constitución, en su título V referente a la administración de justicia criminal, establecía una serie de medidas

<sup>23</sup> AHEZ, Ayuntamiento, Justicia, Juzgados, Acusación de Hilario Santillán contra el escribano Cristóbal Mercado, s.f., 3 ff.

ilustradas, reflejo del gran valor que representaba para los vasallos (que intentaban convertirse en ciudadanos) la vida humana. Todo ello con claras consecuencias políticas.<sup>24</sup>

Pese a lo anterior, no hay que olvidar que en medio del fragor de la guerra, y de manera paralela a la justicia del cabildo, operó la Junta Auxiliar de Seguridad y Buen Orden (denominada, parcamente, en los documentos de procesos criminales de la época como Junta de Seguridad o Junta).<sup>25</sup> La vigilancia de la autoridad real y sus agentes en cada villa, pueblo o ciudad de la región de Zacatecas, se centraron en quienes mostraban alguna actitud sospechosa. De hecho, el delito más frecuente así tipificado era “sospechoso de infidencia”. El filtro más inmediato para determinar el grado de inclinación de algunos súbditos de la Corona que estaban traicionando a ésta, eran las conversaciones públicas y privadas o las comunicaciones escritas personales interceptadas por las mismas autoridades. Bastantes casos de delitos contra la Corona española ocurrieron en toda la región de la intendencia de Zacatecas. En Ojocaliente, Nieves, Jerez, Sain Alto, Pinos, El Téul, Fresnillo, Sombbrero y Vetagrande, entre otras villas, personas de diversas actividades fueron enjuiciadas por congeniar con las ideas independentistas de los insurgentes.

En el ámbito de la región de influencia del cabildo de Zacatecas los delitos de sospecha de infidencia originaron una cascada de denuncias contra supuestos traidores al rey, a la religión católica y a la patria. Originalmente, el delito no era privativo de las huestes clericales, pero en ellas recayeron la mayoría de los procesos que se abrieron para tratar de contener lo que anunciaba un gran cambio en las relaciones de España con sus dominios hispanoamericanos: la ruptura de un sistema integral de control desde la metrópoli.

<sup>24</sup> Adriana Terán Enríquez, *Justicia y crimen en la Nueva España siglo XVIII*, México, Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, 2007, pp. 128, 134 y 135.

<sup>25</sup> Creada en septiembre de 1809 por el arzobispo y virrey don Francisco Lizana y Beaumont en sustitución de una Junta Consultiva instituida por el anterior virrey don Pedro de Garibay. Antes de estas dos entidades, las causas de infidencia (que no fue un delito privativo de los años de revolución) eran llevadas por una Sala del Crimen. El objetivo de las Juntas, Consultiva y Auxiliar de Seguridad, fue la persecución de quienes cometieran delitos políticos. Antonio Ibarra, “De los delitos políticos y la vida privada: los infidentes novohispanos, 1809-1815 (escenas cotidianas de obediencia y disidencia)”, *Anuario de Estudios Americanos*, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, vol. II, 2, 1995. p. 258.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

En Valencia, el 4 de mayo de 1814, Fernando VII *El Deseado*, confirmó la restauración de su poder absolutista. En consecuencia, fueron disueltas las Cortes y su gobierno constitucional el 17 de agosto de 1814. El monarca consideró que el ejercicio y las resoluciones obtenidas en Cádiz no aportaba una monarquía moderada y sí un gobierno popular en el que se restaba la fuerza y el poder (algo inaceptable) del rey. Además, perdía *de facto* su dominio sobre los territorios americanos y sus súbditos. Más tarde, el 31 de mayo de 1820, se restituyó en la Nueva España, con una vigencia hasta 1824, año en que fue promulgada una nueva constitución para el naciente Estado mexicano con la modalidad de república federal.<sup>26</sup> Los diputados americanos que todavía estaban en Madrid, realizaron una última propuesta (otras cortes que representarían las tres grandes regiones de América, reunidas en la ciudad de México). Fue inútil esta acción como aquella estricta restitución, pero más útil la indudable herencia en los proyectos que ya se estaban gestando en materia de constitucionalismo en los futuros estados americanos.<sup>27</sup> Es decir, se puede hablar de una lenta y paulatina transformación de algunos imaginarios en realidades en los cabildos americanos. La historia así lo mostraría en la espiral de declaraciones de independencias que dieron paso a la pervivencia de un derecho indiano en la conformación de los nuevos estados americanos.

Las disposiciones y la legislación emanada de las Cortes a los cabildos americanos, entraban a una espiral de derogación.<sup>28</sup> Debido a la lentitud del traslado de las noticias y de los despachos oficiales,

<sup>26</sup> Para de Icaza Dufour la Constitución de Cádiz fue caótica, poco clara en muchos de sus artículos y equívoca: lo mismo nombraba a la nación regida por la carta gaditana como "Monarquía Española" o "Reino de las Españas", al rey le daba el tratamiento de "Rey de las Españas" o "Majestad Católica" y a las Indias Occidentales las llamaba "territorios de ultramar o ultramarinos". De Icaza, *Plus ultra...*, pp. 213-214.

<sup>27</sup> La herencia de las Cortes, en figuras sustanciales: el principio de la soberanía que reside en la nación; el principio del derecho de voto por número de población; y dos instituciones de representación, los ayuntamientos constitucionales y las diputaciones provinciales. Alicia Hernández Chávez, *Monarquía república-nación-pueblo*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2005 (Lecciones sobre Federalismo/4), p. 24.

<sup>28</sup> Chust Calero explica sucintamente cómo fue el retorno de Fernando VII, la estrategia de un golpe de estado a las Cortes a través del *Manifiesto de los Persas* (69 diputados

en algunos cabildos continuaron aplicándose las leyes con el espíritu gaditano. Zacatecas no fue la excepción. Se puede arriesgar una conclusión final en el sentido de que en Zacatecas se trató de seguir la ley gaditana, pero las luchas intestinas de poder en el interior del Cabildo, con los consabidos intereses de sus integrantes, dividieron las acciones y las intenciones por seguir la línea de las instrucciones gaditanas. Al conocer las nuevas disposiciones reales de Fernando VII, el Cabildo optó por volver el cauce de sus aguas, como un retorno a la vida con días sin entera novedad.

En materia de composición del Cabildo se observa una compleja legislación en la Constitución gaditana, pero que, en opinión de Francisco de Icaza, "introdujo escasas e intrascendentes variaciones en la organización municipal". Lo más importante en materia de cambios fue el nombramiento de cargos por medio de elección,<sup>29</sup> que no era una novedad, porque así se estilaba desde la Edad Media, hasta que Felipe II introdujo la orden de transformar los cargos municipales en oficios vendibles y renunciables.<sup>30</sup> Es de recordar que la Constitución de 1812 creó dos instituciones de gobierno local: el Ayuntamiento Constitucional y la Diputación Provincial. Ambos cuerpos fueron defendidos por los diputados, en particular los novohispanos, como un medio para alcanzar una mayor autonomía política en sus jurisdicciones, en busca de un bienestar general para la sociedad. La mayoría de los cabildos constitucionales y las diputaciones provinciales estaban presididas por americanos.<sup>31</sup>

Es de llamar la atención lo que Chust Calero señala de los artículos sobre los ayuntamientos y diputaciones provinciales.<sup>32</sup> La *Memoria* presentada por Miguel Ramos Arizpe, diputado por Coahuila, abordaba la forma de organización de un gobierno político para las provincias internas que, sin muchas dificultades y una serie de adaptaciones, podían aplicarse a todos los cabildos. La influencia directa es la fundación de ayuntamientos en todas las poblaciones que tuvie-

reclamando la vuelta del absolutismo y la disolución de las cortes representativas) y la restauración del absolutismo. Chust, *De la revolución...*, pp. 20-21.

<sup>29</sup> *Constitución Política de la Monarquía...*, arts. 312, 313 y 314, pp. 102-103.

<sup>30</sup> De Icaza, *Plus Ultra...*, pp. 282-283.

<sup>31</sup> Rodríguez O., *Rey, religión...*, p. 42.

<sup>32</sup> Chust Calero, *De la revolución...*, pp. 19-20.



## JAVIER ALBA MUÑOZ. UNA SEMBLANZA

Luis Norberto CACHO PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Datos biográficos*. III. *Estudios*. IV. *Ejercicio profesional*. V. *Docencia*. VI. *Publicaciones*. VII. *Informe de Navidad*. VIII. *Conclusión*.

*No se corrompan, porque al que se corrompe cualquiera lo compra. Y lo que es peor, cualquiera lo escupe.*<sup>1</sup>

JAVIER ALBA MUÑOZ

### I. INTRODUCCIÓN

En este año de 2012, en que la Escuela Libre de Derecho cumple su primer centenario de existencia, debemos recordar y honrar a los que nos antecedieron. Somos herederos de la historia y tradición que formaron nuestros mayores, que ahora custodiamos y que algún día entregaremos a las generaciones que nos sustituyan; “*somos enanos sobre hombros de gigantes*”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Consejo que nos dirigía a sus alumnos, al concluir, cada año escolar, el primer curso de Derecho Penal en la Escuela Libre de Derecho.

<sup>2</sup> Frase atribuida al filósofo y teólogo medieval Bernardo de Chartres. Siglos después, en 1676 la retoma Isaac Newton cuando le escribe a Robert Hooke: “Si he logrado ver más lejos, ha sido porque he subido a hombros de gigantes”. Cfr. Stephen Hawking (edición comentada), *A hombros de gigantes. Las grandes obras de la física y la astronomía* (trad. David Jou et al., del original en inglés, *On the shoulders of giants. The great Works of physics and astronomy*), Barcelona, Crítica, 2010, p. 9.

## JAVIER ALBA MUÑOZ. UNA SEMBLANZA

Luis Norberto CACHO PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Datos biográficos*. III. *Estudios*. IV. *Ejercicio profesional*. V. *Docencia*. VI. *Publicaciones*. VII. *Informe de Navidad*. VIII. *Conclusión*.

*No se corrompan, porque al que se corrompe cualquiera lo compra. Y lo que es peor, cualquiera lo escupe.*<sup>1</sup>

JAVIER ALBA MUÑOZ

### I. INTRODUCCIÓN

En este año de 2012, en que la Escuela Libre de Derecho cumple su primer centenario de existencia, debemos recordar y honrar a los que nos antecedieron. Somos herederos de la historia y tradición que formaron nuestros mayores, que ahora custodiamos y que algún día entregaremos a las generaciones que nos sustituyan; “*somos enanos sobre hombros de gigantes*”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Consejo que nos dirigía a sus alumnos, al concluir, cada año escolar, el primer curso de Derecho Penal en la Escuela Libre de Derecho.

<sup>2</sup> Frase atribuida al filósofo y teólogo medieval Bernardo de Chartres. Siglos después, en 1676 la retoma Isaac Newton cuando le escribe a Robert Hooke: “Si he logrado ver más lejos, ha sido porque he subido a hombros de gigantes”. Cfr. Stephen Hawking (edición comentada), *A hombros de gigantes. Las grandes obras de la física y la astronomía* (trad. David Jou et al., del original en inglés, *On the shoulders of giants. The great Works of physics and astronomy*), Barcelona, Crítica, 2010, p. 9.

Al egresado y profesor al que deseo referirme en esta semblanza, es al Lic. don Javier Alba Muñoz, una de las mentes más claras que ha dado la Escuela. Este artículo no pretende ser una biografía exhaustiva, ni un recuento detallado de su vida y obra, sino un resumen de lo que fue su existencia y un recuerdo, sincero y emocionado, de lo que significaron sus enseñanzas para el autor de estas líneas.

Javier Alba Muñoz fue mi profesor en el primer curso de Derecho Penal, que en la Escuela Libre de Derecho se estudia en el segundo año de la carrera, durante el periodo lectivo 1978-1979. Desde entonces y hasta ahora que tiene más de 15 años de muerto, ha sido MI MAESTRO, así con mayúsculas, porque así es como se debe recordar a los hombres que nos dejan enseñanzas y ejemplos para siempre. A Javier Alba se le puede conocer por lo que dejó escrito, se le puede conocer por las sentencias que proyectó, pero sobre todo, se le conoce por sus enseñanzas en clase, durante casi 40 años, como pueden dar testimonio tantos de los que fuimos sus alumnos.

## II. DATOS BIOGRÁFICOS<sup>3</sup>

*Si algún día llegas a dar clase, te vas a dar cuenta que la mayor alegría de un maestro es cuando ve brotar el conocimiento en el alumno.<sup>4</sup>*

JAVIER ALBA MUÑOZ

Nació en La Encarnación, Jalisco, el 23 de mayo de 1922. Sus padres fueron Francisco Alba y Carlota Muñoz.

Vivió la mayor parte de su vida en la ciudad de México. En 1986, al jubilarse de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se radicó en Monterrey, Nuevo León, hasta 1990.

<sup>3</sup> Gran parte de esta información y de su paso por la Escuela Libre de Derecho, está tomada de Del Arenal Fenocho, Jaime, *Los juristas de la libertad. Biobibliografía de abogados egresados de la Escuela Libre de Derecho (1913-2002)*, México, Escuela Libre de Derecho, 2002, pp. 9-10; y de López Medina, Manuel, "Don Javier Alba Muñoz (23-V-1922/22-X-1995)", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 1996, año 20, núm. 20, pp. 845-846.

<sup>4</sup> Comentario hecho al autor de estas líneas, cuando el maestro Alba me dirigía mi tesis profesional en la Escuela Libre de Derecho.

En ese año se retiró a Cuernavaca, Morelos, donde, después de una larga enfermedad, murió el 22 de octubre de 1995.

## III. ESTUDIOS

*El verdadero jurista debe ser humilde.*

JAVIER ALBA MUÑOZ

Después de estudiar en el Colegio Francés Morelos, en 1942 ingresó a la Escuela Libre de Derecho, concluyendo sus estudios en 1947.

Presentó su examen profesional en la Escuela Libre de Derecho el 21 de abril de 1948, con la tesis, que resultó laureada por el Jurado Examinador, denominada "Derecho penitenciario. Ensayo de formulación de una doctrina".<sup>5</sup> Fue el egresado número 735, que se recibió en nuestra institución. El sínodo estuvo integrado por Rogelio R. Pacheco, Emilio Pardo Aspe, Guillermo Haro y Cueto, Juan José González Bustamante y Ramón Sánchez Medal. Los revisores de la tesis fueron Juan José González Bustamante y Antonio de P. Moreno. El caso práctico fue de derecho civil, propuesto por Rogelio R. Pacheco.

En todo el desarrollo de su tesis profesional, es posible apreciar los primeros resultados de la mente analítica y precisa, de la que gozó toda su vida. Hemos seleccionado los siguientes párrafos, como ejemplo de lo anterior:

El delito es fundamentalmente un actuar contrario a derecho; (...) la pena —elemento del delito— podemos afirmar válidamente que es consecuencia de un hacer contrario a los fines del derecho, en tal forma violento que provoca la reacción jurídica como consecuencia, unida siempre a la actividad de la que es afecto.<sup>6</sup>

Hemos dicho —y lo reiteramos sin titubeos—, que la pena tiene como fines el mantenimiento del orden jurídico y la retribución correspondiente a quien ha violado el mandamiento; para que no se malinterprete la afirmación, expliquemos que al hablar de retribución significamos, no el Talión legendario que bien lejos está ello de nuestro pensamiento, sino que todo aquel que violó

<sup>5</sup> Javier Alba Muñoz, "Derecho penitenciario. Ensayo de formulación de una doctrina", México, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1948, 50 pp.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 4.

el orden jurídico, deba repararlo. ¿Cómo? ¿Suprimiéndolo? Evidentemente que no, pues el conglomerado de que es parte lo necesita, y debe serle útil, y para ello debe reparar la situación violada; cumpliendo los fines de la pena cumple los fines del grupo; por eso sostenemos que la pena es retributiva, y dentro de ese concepto se comprende la utilización del reo para los fines del grupo, y al reparar el derecho violado automáticamente está dentro del postulado colectivo. La pena así entendida está justificada por su propia naturaleza jurídica; hay retribución en cuanto que se debe reparar el orden jurídico violado y al existir —puesto que los fines del grupo y los fines del derecho coinciden—, el reo entra de nuevo a los fines del conglomerado llenándose en esa forma el postulado de convivencia social, generadora del derecho.<sup>7</sup>

El tipo se da en la Ley, el delito en la realidad. En la misma secuela del pensamiento, nosotros sostenemos: la noción de pena se da en el mandamiento, donde existe es en la sentencia; y de allí concluimos: la sentencia es fuente del derecho penitenciario.<sup>8</sup>

Hemos enunciado el concepto de derecho penitenciario afirmando que es: Normas que actúan sobre el conjunto y desarrollo de situaciones jurídicas que emanan de la sentencia.<sup>9</sup>

La sentencia es fuente autónoma de derechos; autónoma con la autonomía que entraña el mandamiento jurisdiccional actualizado; autónoma porque es incuestionable que de ella —fundamentalmente hablando— emana la situación jurídica del sentenciado; firme la concreción jurisdiccional se ha satisfecho la pretensión punitiva; el condenado tiene el derecho de su sentencia.<sup>10</sup>

Cuando se llenan los supuestos de hecho y de derecho que consagra la norma penal en la que se establece el tipo, viene la concreción a través del mandamiento jurisdiccional y se da el fallo; la consecuencia sigue al antecedente; se impone una pena.

Las situaciones surgidas de la sentencia, son abarcadas en su totalidad por el derecho penitenciario; ya sea que se imponga una pena —en el sentido específico— o una medida de seguridad, de cualquier forma entrañan el contenido de nuestra disciplina.<sup>11</sup>

El derecho penitenciario existe como rama autónoma del derecho y debe formularse la doctrina correspondiente; debe ser el juez que sentencia quien se encargue en forma principal —que no privativa— de la ejecución de las sanciones y de la solución a las diferentes situaciones que surgen de la sentencia.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 5-6.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 50.

Siempre nos repetía, en clase y fuera de ella, que “el verdadero jurista debe ser humilde”. Y Alba Muñoz lo era, jurista y humilde. A poca gente mencionaba, por ejemplo, que tiempo después de egresar de la Escuela, había leído las obras de Santo Tomás de Aquino en su idioma original, el latín y que había estudiado el *Semanario Judicial de la Federación*, completo, en todas sus épocas. Pero menos se conocía, por la modestia y reserva natural del maestro, que había estudiado en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Max-Planck-Institut für internationale Strafrecht und ausländisches),<sup>13</sup> ubicado en la ciudad de Friburgo, en la Selva Negra, de la entonces Alemania Federal. Ahí obtuvo el máximo grado académico, el de *Doctor Professor*, y fue el segundo mejor alumno de su generación, sólo superado por un italiano, sacerdote jesuita.

#### IV. EJERCICIO PROFESIONAL

*Es derecho lo que el Estado quiere que sea derecho. Si el Estado decide el día de mañana “pena de muerte a todos los que usan corbata”, entonces se aplicará pena de muerte a todos los que usamos corbata.*<sup>14</sup>

JAVIER ALBA MUÑOZ

Antes de ingresar al Poder Judicial Federal, fue Agente del Ministerio Público. Tuvo a su cargo uno de los últimos casos en México,

<sup>13</sup> El Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional fue desarrollado a partir del Seminario de Derecho Penal Extranjero e Internacional, en la Universidad Albert Ludwig de Friburgo, Alemania, en 1938. El Seminario se transformó en el Instituto de Derecho Penal Extranjero e Internacional, fundado en 1947. Por último, se rebautizó con su denominación actual en 1966, cuando se unió a la Sociedad Max Planck.

El Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional es reconocido mundialmente como un centro de excelencia en investigación, y forma parte de la Sociedad Max Planck para el Avance de la Ciencia (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V.). Esta Sociedad es una red de institutos de investigación científica, ubicados en Alemania (y también en otros países de la Unión Europea y Estados Unidos), creados en honor de Max Planck, físico alemán fundador de la física cuántica. Su financiamiento lo obtiene de recursos federales, estatales, licencias de investigación y donativos. El presupuesto original para fundar la Sociedad Max Planck fue aportado por la entonces República Federal de Alemania, el estado de Baden y la Universidad Albert Ludwig de Friburgo.

<sup>14</sup> Esta opinión ratifica el sentido positivista de su pensamiento jurídico. Afirmaba que “una verdadera dogmática penal debe estar apoyada en la ley, toda doctrina penal debe tener sustento en la ley. De otra forma, son simples opiniones sin ningún fundamento legal”.

donde se aplicó la pena de muerte en la justicia común. Como M.P. en el proceso, solicitó dicha sanción para tres acusados de violación y homicidio de una mujer, y homicidio de los padres de ella. La noche anterior a que se ejecutara la sentencia condenatoria, el maestro Alba Muñoz visitó a los responsables, para preguntarles cuál era su último deseo. Uno pidió un sacerdote, el otro pidió una prostituta y una botella de tequila, y el último pidió que no lo mataran, cosa que obviamente no le fue concedida. Los otros dos condenados tuvieron la presencia de un sacerdote y de una prostituta, respectivamente, aun cuando a ella se le ocultó que el preso con el que pasaría toda la noche, a la mañana siguiente estaría muerto.<sup>15</sup>

Fue juez de distrito, pero la mayor parte de su carrera judicial la desarrolló como Secretario de Estudio y Cuenta en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, competente exclusivamente en materia penal, según la organización de nuestro máximo tribunal en aquel entonces.

Los ministros con los que colaboró, en distintos momentos, fueron: Antonio Rocha Cordero, J. Ramón Palacios, Francisco Pavón Vasconcelos, Juan José González Bustamante, Luis Fernández Doblado, Abel Huitrón y A., Ezequiel Burguete Farrera, Manuel Rivera Silva y Fernando Castellanos Tena.

Hemos seleccionado las siguientes tesis de jurisprudencia, que Alba Muñoz preparó como Secretario de Estudio y Cuenta, con el objeto de conocer otro aspecto de su pensamiento:

“ACCIÓN PENAL. CONCLUSIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. QUE ADOLESCEN LA FALTA DE PRECISIÓN. Cuando el Ministerio Público en su pliego de conclusiones señala que acusa por la figura prevista en el artículo determinado, y en la disposición legal invocada se consignan muy diversas hipótesis, no puede la responsable estudiar cuál de todas ellas fue la que se comprobó, pues al hacerlo violaría el artículo 21 constitucional, ya que la acusación debe formularse en términos precisos y de no hacerse en esa forma, no puede dictarse sentencia condenatoria, pues el acusado se encontraría en una situación de indefensión y el órgano jurisdiccional invadiría funciones que corresponden al órgano de acusación”. Amparo directo 913/62, por unanimidad de cuatro

<sup>15</sup> “Porque esas señoras son muy delicadas y si sabía que estaría con un condenado a muerte, seguramente no iba a aceptar”. Relato del maestro Alba a sus alumnos en la Escuela Libre de Derecho, en 1979.

votos. Ponente el Sr. Magistrado Juan José González Bustamante. Secretario Lic. Javier Alba Muñoz. 1a. Sala. Informe 1962. p. 23.

“SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN Y TRANSPORTACIÓN POR EL POSEEDOR. Contemplado el problema de la transportación-posesión desde un ángulo diferente al técnico, puede decirse que para transportar debe poseerse si se entiende por posesión el tener consigo el objeto materia de la transportación. Dentro de la técnica penal en relación con el delito contra la salud, esta Sala ha mantenido el criterio de que por posesión debe entenderse el que el activo tenga dentro de su ámbito de disponibilidad material o jurídica el estupefaciente, y por eso puede considerarse como poseedor, para efectos de delito contra la salud, lo mismo al poseedor originario que al derivado, al precarista y al simple detentador, porque la posesión implica el peligro de la circulación y el consiguiente consumo de la droga. Sin embargo, aun cuando en sentido llano quien transporta posee dentro de la connotación arriba anotada, no debe considerarse como constitutiva de transportación como modalidad autónoma el desplazamiento de estupefacientes por quien es su propietario o poseedor originario, pues se estaría recalificando la conducta considerándola desde un ángulo como constitutiva de posesión y, por la otra, de transportación. Tal recalificación es constitucionalmente inaceptable y violatoria del artículo 23 constitucional cuando prohíbe que alguien sea juzgado dos veces por los mismos hechos, pues la expresión del mandato de la Ley Fundamental debe entenderse a virtud de una jurisprudencia dinámica, significando que prohíbe no solamente que fallado un negocio definitivamente, de nuevo la judicatura se avoque al conocimiento de los mismos hechos y dicte nueva sentencia, sino que también significa dicha prohibición constitucional que no puede imponerse a una misma conducta una doble penalidad”. Amparo directo 2210/85. José Luis González Martínez. 23 de octubre de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Javier Alba Muñoz.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Séptima época, Segunda Parte: Vols. 181-186, p. 103. Amparo directo 3773/84. Antonio Farías Meraz. 11 de junio de 1984. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Vols. 109-114, p. 100. Amparo directo 6076/77. Omar Augusto Zorrilla Lavalle. 8 de marzo de 1978. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Vols. 97-102, p. 106. Amparo directo 4175/76. David Sánchez Lezama. 23 de marzo de 1977. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Nota: En el Informe de 1985, la tesis aparece bajo el rubro “SALUD. DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN Y POSESIÓN”. Séptima época; Registro: 234200; Instancia: Primera Sala; Tesis Aislada; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 187-192. Segunda Parte; Materia(s): Penal; Tesis: p. 70.

“RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y PARTICIPACIÓN. La forma de participación en los delitos contra la vida e integridad corporal, conocida como complicidad correspectiva, tiene como característica básica no tanto el desconocimiento de la causación material específica, como se pretendió durante mucho tiempo, cuanto la ausencia de preordenación. Si bastara para que operara la complicidad correspectiva el desconocimiento de la causación material, se llegaría al fraude de la ley, pues habrían de considerarse incurso en complicidad correspectiva a quienes preordenadamente privaran de la vida, pero mediando la circunstancia de que no se identificara a quien produjera precisamente la lesión mortal”. Vol. 79, p. 16. Amparo directo 2481/73. Abraham Jiménez Sarmiento. 25 de julio de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Secretario: Javier Alba Muñoz.<sup>17</sup>

“PRESCRIPCIÓN, INTERRUPCIÓN DE LA (LEGISLACIÓN FEDERAL). Una interpretación sistemática de los artículos 110 y 111, en relación con el 118, del Código Penal Federal, lleva a conclusión de que mientras no transcurra la mitad del lapso para que opere la prescripción, las actuaciones practicadas “en averiguación del delito y el delincuente”, impiden que empiece a correr el término. Del régimen de la ley se desprende que si un delito hipotético prescribe en diez años, y se practican diligencias durante cinco, es a partir del día siguiente de los cinco años del último acto de ejecución-consumación que principia a correr el término de diez en que operara la prescripción. O dicho en otras palabras, cuando se practican averiguaciones, el lapso de la prescripción puede ser superior en un cincuenta por ciento a aquellos casos en los que no se practica averiguación alguna. Sostener una tesis contraria, llevaría a negar el efecto interruptor de las actuaciones”. Amparo directo 2153/74. Juan Manuel Frías Morales. 8 de enero de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera. Secretario: Javier Alba Muñoz.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Amparo directo 1647/83. Víctor Manuel Rodríguez Valle. 29 de agosto de 1983. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Secretario: José Jiménez Gregg. Séptima época, Segunda Parte: Véase: *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975*, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 272, 273 y 274, pp. 592, 593 y 595, bajo los rubros “COMPLICIDAD CORRESPECTIVA”, “RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y CALIFICATIVAS”, “RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y PARTICIPACIÓN”, respectivamente. En el vol. 79, p. 16, la tesis aparece bajo el rubro “COMPLICIDAD CORRESPECTIVA. En el Informe de 1975, p. 31, la tesis aparece bajo el rubro “COMPLICIDAD CORRESPECTIVA. PREORDENACIÓN”.

Tesis Aislada, *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, séptima época, primera sala, 175-180 Segunda Parte, p. 121.

<sup>18</sup> En el Informe de 1975, la tesis aparece bajo el rubro “PRESCRIPCIÓN. INTERRUPCIÓN”. Tesis Aislada, *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, séptima época, primera sala, 73 Segunda Parte, p. 28.

“CHEQUES SIN FONDOS, TEMOR FUNDADO INEXISTENTE EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE. El temor constitutivo de la excluyente de responsabilidad de temor fundado, debe ser “de un mal inminente y grave”. Y tratándose del delito de libramiento de cheques sin fondos, no puede considerarse como mal inminente y grave el posible embargo de su caso o la “cárcel” con los que el inculcado haya sido amenazado por sus acreedores para obligarlo a firmar un cheque sin fondos y entregarlo en garantía. Aun cuando el inculcado desconociera totalmente los procedimientos legales, es inconcuso que sabía que la amenaza de embargo o la de “cárcel” era una cuestión futura y contingente y no inmediatamente próxima”. Amparo directo 3071/73. Silvia Martínez viuda de Acosta. 23 de octubre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: Javier Alba Muñoz.<sup>19</sup>

“TENTATIVA. DESISTIMIENTO. CRITERIO DE PUNIBILIDAD. El que no se produzca el daño, o dicho en forma más técnica, el que no se integre el tipo por causas ajenas a la voluntad del agente, es el criterio de la punibilidad de la tentativa, pero no su contenido como estadio inferior de la violación delictiva. Puede ponerse en peligro un bien jurídico, pero si no se integra el tipo a virtud del desistimiento, no hay punibilidad aun cuando sí haya habido peligro. La tónica de la figura de la tentativa la da la voluntaria puesta en peligro en forma típica. Puede haberse puesto en peligro, pero si no fue a virtud de un acto de voluntad encaminado precisamente a ello, no habrá tentativa: culposamente puede ponerse en peligro la vida de una persona, pero no por ello podrá decirse que hay tentativa de homicidio”. Amparo directo 2381/79. Manuel Luis Méndez. 20 de febrero de 1980. Cinco votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Javier Alba Muñoz.<sup>20</sup>

“ARMA DE FUEGO. PORTACIÓN DE UNA NO UTILIZABLE COMO TAL. El porqué de haber erigido en tipo la conducta que implica la portación de armas de fuego fue no solamente el peligro abstracto de la vida e integridad personal de los gobernados, sino también la paz y seguridad de los mismos. Por lo tanto, la portación de una pistola sin proyectiles o sin el cargador, aun cuando fácticamente no crea el peligro abstracto contra la vida e integridad corporal, sí afecta la paz y seguridad de las personas, pues si quien la porta la muestra con ánimo de amedrentar (pues no lo podrá tener de privar de la vida o lesionar mediante disparo) sin duda que puede afectar la paz y tranquilidad

<sup>19</sup> Tesis Aislada, *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, séptima época, primera sala, 82 Segunda Parte, p. 19.

<sup>20</sup> No. Registro: 234866. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Séptima época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 133-138. Segunda Parte. Tesis: p. 199. Genealogía: Informe 1980, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 87, p.45.

de las personas, en virtud que ellas ignorarían la imposibilidad de utilizarla como arma de fuego. En consecuencia, siendo diversos los bienes jurídicos tutelados por la figura materia de la condena, resulta intrascendente que la pistola que alguien porte no pueda ser utilizada para disparar, por la falta de cargador o proyectiles". Amparo directo 1677/80. Mariano Aceves Bustos. 8 de agosto de 1980. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Javier Alba Muñoz.<sup>21</sup>

## V. DOCENCIA

*No, a mí no me gusta reprobar, porque me siento en cierta forma fracasado, porque me gusta enseñar, pero no voy a aprobar a quien no sepa, engañaría a la Escuela, y lo engañaría a él, y yo no soy gente que haga esas cosas, pues lo lamento mucho, fracasé porque no le pude enseñar.*

JAVIER ALBA MUÑOZ<sup>22</sup>

Fue en la enseñanza donde Alba Muñoz encontró la razón y la vocación de su vida. Dedicado a sus alumnos, en distintas instituciones, durante casi 40 años, transmitía no sólo conocimientos y experiencias, sino criterio jurídico y, lo más importante, valores de lo que debe ser un abogado y un jurista. Con su ejemplo como funcionario judicial y como persona, nos dio a quienes fuimos sus alumnos las lecciones más valiosas.

Inició su actividad docente en 1948, como profesor adjunto del Seminario de Derecho Penal en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia, de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Continuó ahí un tiempo hasta después de 1955, cuando se transformó en Facultad de Derecho.

<sup>21</sup> En el informe de 1980, la tesis aparece bajo el rubro "Armas de fuego. Portación de una que por algún motivo no puede utilizarse como tal".

<sup>22</sup> Apud Nicolás Martínez Cerda, *Teoría del delito y doctrina penal de Javier Alba Muñoz*, Ciudad Victoria, Tamaulipas, Instituto de Investigaciones Jurídicas Ricardo Couto, 1993, p. X; y en Nicolás Martínez Cerda, *El ilustre jurista y gran maestro, Javier Alba Muñoz, es ya un recuerdo*, p. 2 (inédito existente en el expediente del maestro Alba Muñoz, en el archivo de la Escuela Libre de Derecho). Para esta Semblanza, se consultó el expediente referido.

Pero fue en su *alma mater*, la Escuela Libre de Derecho, donde dedicó más tiempo a la docencia y donde depuró, a lo largo de años, su Teoría del Delito. En nuestra institución fue heredero de otros grandes profesores de derecho penal que le antecieron, como Antonio de P. Moreno, Emilio Pardo Aspe, Juan José González Bustamante, Miguel S. Macedo, Felipe Gómez Mont, Ricardo M. Abarca, José Ángel Ceniceros y Javier Piña y Palacios. Durante los años que dio clase, coincidió con penalistas como Raúl F. Cárdenas, Ignacio Mendoza Iglesias y Sergio Vela Treviño.

En la Escuela Libre de Derecho impartió, durante más de 25 años, el primer curso de Derecho Penal (Teoría del Delito), que se cursa en el segundo año de la carrera. Los primeros años de su actividad docente, en la Facultad de Derecho de la UNAM, solía exponer en clase más de 25 definiciones de delito, que como él diría, años después, era "cultura de refrigerador"; opinaba Alba que no tiene objeto dar enseñanzas al alumno que no tuvieran ninguna aplicación en la vida profesional, y menos de una manera excesiva, sino que lo que debe hacer el profesor es enseñar los conceptos y argumentos que le sirvieran a los alumnos en su labor como abogados y que les permitiera solucionar todas las situaciones o conflictos que se les presentaran. Consideraba que todas las opiniones, comentarios o doctrinas que no tuvieran un apoyo en la ley penal, no tenían ninguna utilidad ni aplicación en la vida real.

Luego entonces, con el tiempo depuró su Teoría del delito, logrando con una capacidad de síntesis impresionante, resumir el curso, para que en el transcurso del año escolar, se viera dos y hasta tres veces. "Conmigo van a aprender por cansancio", era como definía su método pedagógico, de tal manera que volvía sobre los temas, una y otra vez, hasta que estuvieran aprendidos y asimilados, y después de eso los volvía a tratar.

En clase nos hablaba de su perico Genovevo, y en otros años platicaba de su perro Baktu. Era puntual para asistir a clase y para iniciarla, hasta donde recuerdo no faltó ni una sola vez en todo el año escolar; durante tres veces a la semana (lunes, miércoles y viernes), a las 8:00 horas iniciaba su exposición. Apoyándose en un bastón, porque a los 18 años había perdido una pierna en un accidente, siempre lo veíamos llegar al estacionamiento de la Escuela, invariablemente en el mismo taxi que utilizó tantos años. El penalista al que se refería

con mucha frecuencia, invocándolo en clase, era “el gran Mezger”.<sup>23</sup> Sintetizados los conceptos, con extrema precisión, siempre procuró que hubiera utilidad en lo que nos enseñaba, decía que conocer innumerables teorías era “cultura de refrigerador”. El libro de texto con el que encontramos mayor similitud en sus clases, sin que él nos lo dijera, fue *Lineamientos elementales de derecho penal*, de Fernando Castellanos Tena. Cuando se comentaban decisiones equivocadas de los tribunales, su exclamación invariable era “peores cosas se han visto”, y pasaba a explicarnos en qué había fallado la resolución judicial. Algunos de los conceptos que vimos en clase, sistematizados y concretos, en un orden lógico de todo el curso, son:

- a) “Delito es la conducta típica, antijurídica y culpable”.
- b) “Tipo es la descripción de conducta como acreedora de pena”.
- c) “Tipicidad es la adecuación de la conducta al molde legal o tipo”.
- d) “Para crear los tipos, el Estado capta valores medios, impone valores propios”.
- e) “El delito político es el que atenta contra el Estado como estructura de mando”.
- f) “Todo se soluciona con el tipo”.<sup>24</sup>
- g) “La ley no es confusa, los confusos son ellos”.<sup>25</sup>

En 1986 solicita licencia por un año como profesor en la Escuela Libre de Derecho. La renueva en 1987 y en 1988 abandona definitivamente la cátedra en su *alma mater*. Nunca volvería a dar clases en la Escuela. Durante el periodo lectivo 1985-1986, último año que Alba Muñoz dio clases en la Escuela, las tesis que dirigió fueron las

<sup>23</sup> Para una excelente biografía de este penalista y criminólogo alemán, *cfr.* Jesús María Silva Sánchez y Pablo Sánchez Ostiz, “Edmund Mezger (1883-1962)”, en Domingo, Rafael (ed.), *Juristas universales*. Vol. IV. *Juristas del siglo XX. De Kelsen a Rawls*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 97-101.

<sup>24</sup> Alba Muñoz enseñaba que toda cuestión penal, de teoría del delito o de delitos en especial, se soluciona con un adecuado conocimiento y aplicación de la teoría del tipo y de la tipicidad, por lo que no es necesario acudir a ninguna teoría fuera de la ley penal.

<sup>25</sup> Alba opinaba que la labor del jurista es interpretar la ley penal, para aplicarla correctamente. Este comentario era una crítica a los abogados que, debido a una falta de técnica jurídica, responsabilizan a la ley, tachándola de “confusa”, cuando encuentran una norma jurídica penal a la cual no pueden darle su sentido lógico y real.

siguientes (no dirigiría más tesis, ni participaría más en exámenes profesionales en la Escuela):

1. María del Socorro Punzo Dobarganes, “Inducción y auxilio al suicidio”. Fecha de examen profesional: 8 de abril de 1986.
2. Luis Norberto Cacho Pérez, “El delito político”. Fecha de examen profesional: 22 de abril de 1986.
3. Moisés Alejandro Martínez Cosío, “La inseminación artificial humana como delito”. Fecha de examen profesional: 29 de abril de 1986.

El último examen profesional en la Escuela Libre de Derecho, en el cual estuvo presente como sinodal Alba Muñoz, fue en el del autor de estas líneas. Fue parte del Jurado Examinador, que me honró laureando mi tesis (“El delito político”), en la cual Alba me compartió la siguiente reflexión: “Partiendo de la base de los positivistas italianos, quienes consideran al delincuente político como él que lo es por motivos altruistas, el Estado mexicano niega la extradición de delincuentes políticos que lo sean de acuerdo con la calificación que él haga. Este principio está consignado también en la Convención de Montevideo, aplicable a falta de tratado entre los Estados americanos. Desde el punto de vista técnico, el delito político es el más peligroso para el orden jurídico, porque en último termino, el delito político no es sino el ataque al Estado como estructura de mando. Los Estados monolíticos así lo entienden y es por eso que castigan incluso con la pena de muerte al delincuente político. Recuérdese que México adopta la posición de los positivistas italianos a virtud de los antecedentes históricos de la independencia del país, puesto que la gran mayoría de los llamados héroes patrios, en su momento fueron delincuentes políticos. En nuestro país, es un héroe Javier Mina, personaje que por diferencias con el rey de España, y tratando de socavar su poder, decidió luchar con las armas en su contra, y durante el breve lapso que empuñó las armas, indiscutiblemente que estaba actuando en contra de su soberano. Por eso es que cuando fue tomado prisionero en la hacienda de ‘El Venadito’, fue juzgado y muerto como traidor por las autoridades españolas”.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> *Apud.* Luis Norberto Cacho Pérez, “El delito político”, tesis laureada, México, Escuela Libre de Derecho, 1986, pp. 42 y 43. El maestro Alba me permitió tomar su teoría sobre el



Recurría a ejemplos, la mayoría irónicos, para explicar cada figura de la Teoría del Delito. En los siguientes, lo que está en cursivas es la forma en que quien esto escribe recuerda algunas de sus enseñanzas, que pueden no contener las palabras exactas, pero se mantienen fieles a la esencia de lo dicho en clase por él:

1. ESTADO DE NECESIDAD.<sup>27</sup> *Se ponen en conflicto dos bienes jurídicamente tutelados, y se debe resolver sacrificando al de menor*

delito político y tratar de desarrollarla, intento en el cual puse toda mi dedicación; obviamente, si no lo logré fue sólo responsabilidad mía.

<sup>27</sup> Durante todo el tiempo que Alba Muñoz impartió clases, estuvo vigente el *Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal*. En este ordenamiento se preveían, en el artículo 15, las “circunstancias excluyentes de responsabilidad penal”, como el estado de necesidad (fracción IV). Actualmente, tanto en el *Código Penal para el Distrito Federal* (artículo 29), como en el *Código Penal Federal* (artículo 15), se señalan las denominadas “causas de exclusión del delito”.

El *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal*, fue publicado en el *Diario Oficial* el 14 de agosto de 1931.

De acuerdo con lo previsto en el artículo Cuadragésimo Cuarto del “Decreto por el que se reforman diversas leyes para concordarlas con el Decreto que reformó el artículo 43 y demás relativos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, de fecha 21 de diciembre de 1974 y publicado en el *Diario Oficial* el 23 del mismo mes y año, se modificó la denominación para quedar *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal*. Sin embargo, en el artículo primero del “Decreto de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal; al Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con estupefacientes y psicotrópicos y al artículo 41 del Primer Ordenamiento”, de fecha 28 de diciembre de 1974 y publicado el 31 del mismo mes y año, se modifica la denominación para quedar *Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal*. Pero considerando que el primer Decreto entró en vigor, según el artículo único transitorio, 90 días después de su publicación en el *Diario Oficial*, y el último Decreto, siguiendo a su artículo primero transitorio, entró en vigor 30 días después de su publicación en el *Diario Oficial*, es en razón de esta disposición publicada el 31 de diciembre de 1974, que el Código tuvo la denominación de *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal*.

Por reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002, se abroga el Código de 1931 y se expide el *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, para que de esta manera sólo sea aplicable al fuero común. Posteriormente, el 9 de junio de 2006, por Decreto publicado en la Gaceta Oficial del D. F., se modifica su denominación para quedar *Código Penal para el Distrito Federal*. Respecto del ámbito federal, el 18 de mayo de 1999 se publica en el *Diario Oficial* un Decreto mediante el cual

*entidad. Por ejemplo: Voy en un barco, que choca contra un iceberg y se empieza a hundir, me subo a un bote, donde sólo caben dos pasajeros y en el otro lugar subo a mi pantera rosa que canta La Traviata en japonés.<sup>28</sup> Entonces veo que hacia mí viene nadando un negro de Alabama, se sube a la lancha y tira al mar a mi pantera rosa que canta La Traviata en japonés. ¿Puede imponérsele al negro de Alabama alguna responsabilidad por haber tirado al mar a mi pantera? Por supuesto que no, porque la vida humana es más valiosa que la vida de una pantera rosa, aunque cante La Traviata en japonés. ¿Y cómo podemos saber cuál es el bien jurídicamente tutelado más valioso? Pues tenemos que recurrir al tipo específico que puede integrarse en cada caso. Hemos dicho que todo puede solucionarse con el tipo, cualquier cuestión penal se soluciona con el conocimiento del tipo. Entonces, para el caso del negro de Alabama, el tipo que puede integrarse al privarlo de la vida, es el de homicidio. Para el caso de la pantera rosa que canta La Traviata en japonés, el tipo que puede integrarse al privarla de la vida es el de daño, a lo mejor en el derecho panteril puede ser “homicidio de pantera”, pero en el derecho humano es daño. ¿Y qué delito se sanciona con una pena mayor? Pues el de homicidio, porque se aplica una pena de prisión más alta que en el daño. El Estado considera que el homicidio debe ser sancionado de manera más severa, debe ser más reprimido que el daño, porque es más importante el bien jurídicamente tutelado en el homicidio que en el daño, o sea, la vida y el patrimonio, respectivamente. Entonces, así es como podemos resolver el estado de necesidad, la colisión entre dos bienes jurídicamente tutelados.*

2. CONCURSO IDEAL O FORMAL. *Una sola conducta causa varios delitos. Por ejemplo: disparo contra mi enemigo, porque tengo in-*

el Código sólo será de aplicación federal, modificándose su denominación y pasando a ser *Código Penal Federal*. De esta manera, lo que hasta 1999 era un solo ordenamiento, aplicable al Distrito Federal en materia común y a toda la República en materia federal, quedó dividido en dos códigos penales, uno local para el D. F. y otro federal para todo el país.

<sup>28</sup> El maestro Alba adecuaba, a veces con diferencia de años, los personajes de sus ejemplos. Por señalar un caso, para el *estado de necesidad* como justificante, a veces el protagonista era “la pantera rosa que canta La Traviata en japonés”, en ocasiones era “la serpiente descendiente directa de la del Paraíso” y en algunos cursos se refirió a “los gatos Tom y Mix”.

tención de matarlo, pero la misma bala lo atraviesa a él y lesiona a mi amigo, rompo un jarrón chino, le atino a un hipopótamo y mato a una serpiente descendiente directa de la del Paraíso.

3. CONCURSO REAL O MATERIAL. *Varias conductas producen varios delitos, pero todos dentro de una misma secuela delictiva. Por ejemplo: nos ponemos de acuerdo para asaltar un banco, me robo un coche para huir; en el banco matamos al guardia y cuando vamos huyendo, atropellamos a una viejita que no se alcanzó a quitar. Pero todos los delitos deben ser parte de una secuela; puede suceder que a alguno se le ocurre aprovecharse de una muchacha, pues entonces ahí ese delito no forma parte del concurso, porque no fue parte de la secuela delictiva.*

4. DELITO IMPOSIBLE. *Es aquel donde no puede integrarse el tipo, por no estar presente el bien jurídicamente tutelado o no ser idóneo el medio. Siempre tendrá que verse el caso concreto. Por ejemplo: le damos una copa de whisky a un bebé, pues lo matamos, ahí fue idóneo el medio y es homicidio; pero en cambio, me dan a mí la copa de whisky, pues entonces yo les invito la otra. Otro ejemplo cuando el medio no es idóneo: yo estoy despachando medicinas en una farmacia y se presenta mi enemigo con una receta, en vez de surtirle el medicamento, pienso "ahora es mi oportunidad", y quiero darle arsénico para que se envenene y se muera, pero me equivoco y en lugar de eso le doy el famoso afrodisiaco japonés "Fujiyama Doimiluna". Pues entonces no hay tentativa de homicidio, ni homicidio, ni nada, porque el medio no era idóneo, cuando mucho lo que hay es agradecimiento por parte de mi enemigo y mucho más por parte de la amiguita de mi enemigo. Un ejemplo cuando el bien jurídicamente tutelado está ausente: voy caminando por la calle, cuando me encuentro a mi enemigo tirado en la banquetta, entonces pienso "mira nada más éste, donde se fue a poner", y para aprovechar mi oportunidad, en ese momento lo agarro a puñaladas, pero lo que no sé es que a mi enemigo hace media hora le dio un infarto y se murió, por eso está tirado en la calle; entonces no puedo matar lo que ya está muerto, aunque cuando con mi acción demuestre mi extrema peligrosidad, pues no hay bien jurídicamente tutelado, está ausente, pues no hay nada.*

5. DELITO PUTATIVO. *Es el delito imaginario, porque no existe el tipo. Yo pienso que determinada conducta está prevista como delito, pero no es así. Por ejemplo: quiero cometer el delito de "mosquicidio", entonces atrapo una mosca y la empiezo a torturar, le quito un ala, después le quito una patita, y yo estoy pensando que soy un desalmado delincuente, hasta que mato a la mosca. Pues no hay nada, porque no existe "homicidio de mosca".*

6. ERROR INVENCIBLE. *Para entender lo que es el error esencial e insuperable, debemos distinguir entre lo posible y lo probable. Un ejemplo nos aclarará este punto: soy un cazador y me interno en el bosque, buscando presas; a lo lejos veo un oso, apunto, disparo y mato al oso; pues resulta que no era un oso, sino alguien que se le ocurrió disfrazarse de oso, entonces no pueden imputarme homicidio, porque yo no podía saber, en un orden lógico, que a alguien se le ocurrió disfrazarse de oso y andar paseando por el bosque, eso no es algo probable, posible sí, pero de ninguna manera es probable; aquí va a operar una inculpabilidad, desde el punto de vista penal no tengo ninguna responsabilidad, civilmente es otra cosa, porque es una inculpabilidad que excluye la culpabilidad de mi conducta, pero no la antijuricidad. En cambio, voy a una fiesta de disfraces en la ciudad, y en plena fiesta me encuentro un oso, saco mi pistola y lo mato, porque es un oso muy peligroso, pero en realidad era un invitado a la fiesta de disfraces con disfraz de oso; lógicamente yo podía suponer, no sólo que era posible, sino que era probable que ese oso fuera una persona disfrazada; entonces mi argumento del error invencible, pues no es aplicable y se me debe imputar el delito cometido.*

7. COMPLICIDAD CORRESPECTIVA. *Lo que caracteriza a la complicidad correspectiva, es que no existe participación, porque no hay preordenación. Por ejemplo: estamos reunidos platicando en la calle, todos los miembros del Club Pirata. Para ingresar a este Club se necesita tener pata de palo, ojo de vidrio o mano de gancho; pasa alguien por donde estamos y nos grita "esos del Club Pirata, tales por cuales", y entonces, sin que nadie diga nada, sin ponernos de acuerdo, nos lanzamos en su persecución para lavar la afrenta, lo alcanzamos y entre todos lo golpeamos, con nuestra pata de palo,*

*ojo de vidrio y mano de gancho, causándole lesiones. No podemos saber qué lesión causó cada uno, por lo que al darse esta circunstancia y el hecho esencial de que no hubo preordinación, pues opera la complicidad correspectiva, y no existe participación. Recordemos que distinguir entre estas figuras tiene una aplicación real, no es la mera discusión académica; participe es el que pone una condición del resultado, por ejemplo, nos ponemos todos de acuerdo para ir y golpear al que nos insultó, pues entonces somos partícipes por preordenación y todos somos responsables de todo lo que se cause, homicidio o lesiones. Pero en cambio, si no hay preordenación, pues no hay participación, es el caso que mencionábamos del Club Pirata, donde sin ponernos de acuerdo, todos los miembros del Club empezamos a golpear al que nos insultó, entonces si no sabemos qué lesión causó cada uno, se aplica la complicidad correspectiva, y se impone una pena menor a la que corresponde como partícipes en un homicidio o en lesiones, pero la complicidad correspectiva opera, no porque varios causen varias lesiones, sino porque no hay participación. Recordemos que la participación también puede darse por adherencia; ejemplo: veo en la calle que mi enemigo viene corriendo, perseguido por alguien que está armado con un cuchillo, entonces, cuando mi enemigo pasa junto a mí, le meto el pie, se tropieza, el otro lo alcanza, le da varias puñaladas y lo mata, en este caso soy partícipe por adherencia, porque si no hubiera sido por mí, que le metí el pie, probablemente no lo alcanzan, a la mejor era campeón de carreras, y ahora estaría vivo; yo respondo del homicidio como partícipe.*

8. LEGÍTIMA DEFENSA. *Es el rechazo a la violencia, en esencia eso es, estoy rechazando la violencia; porque en caso de aceptar la violencia, estamos hablando de riña. Pero aquí rechazo la violencia y me defiendo, con los requisitos y en las condiciones que se señalan en la ley. Por ejemplo: en la calle me encuentro a mi enemigo, saca una pistola, pero como yo soy el revólver más rápido del oeste, desenfundo primero y mato a mi enemigo. Me dicen "usted mató a esta persona, que era su enemigo", ¡ah!, pero lo maté porque él me atacó y me iba a matar, ni modo que me esperara a que empezara a dispararme, la agresión ya existía, para efectos de la legítima defensa era inminente, tan inminente que apenas alcancé a desenfundar mi pistola, es*

*cierto que era mi enemigo, pero yo no provoqué la agresión, porque yo iba paseando tranquilamente por la calle, cuando me lo encontré y él salió con que me quería matar, era mi enemigo pero lo maté en legítima defensa, él solito fue el que se puso.*

9. TENTATIVA. *Consiste en poner en peligro de manera voluntaria y de forma típica, un bien jurídicamente tutelado. Por ejemplo: un ladrón decide que va a robar una caja fuerte que está en una casa, entonces se brinca la barda, desconecta las alarmas y cuando está a punto de abrir la caja fuerte se arrepiente, porque se acuerda que en la primaria le decían que tenía que ser honrado. Entonces desiste y no se roba la caja. Pues aquí no hay nada.*

10. EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA. *Cuando no hay proporcionalidad en el medio que se utiliza para defenderse, respecto del medio que utiliza el atacante, estaremos hablando de exceso en la legítima defensa. Pero más que el medio, debemos atender al resultado que pudo provocar el ataque y el resultado que produjo la defensa. Por ejemplo: mi enemigo me ataca con un cuchillo. ¿Cuál es el resultado que me puede provocar? Pues me puede provocar la muerte. Entonces, para repeler la agresión, saco mi pistola, le disparo y lo mato. Aquí no hay exceso en la defensa, lo que existe es legítima defensa. Siempre debemos examinar el caso concreto. Otro ejemplo: Cassius Clay me agarra a golpes y para defenderme saco mi pistola y lo mato. ¿Hubo exceso en la defensa? No, porque Cassius Clay es el campeón mundial de box de peso completo, y con un solo golpe que me dé me puede matar, entonces, para defenderme saco mi pistola, le disparo y lo mato. ¿Qué resultado produjo? El mismo que él pudo producir de haberme atinado un golpe, o sea, la muerte. Entonces, está acreditada la legítima defensa.*

Desde 1983 comenzó a viajar cada viernes a Monterrey, Nuevo León, para impartir, en la maestría en Derecho Penal, que se cursaba en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León, las materias de Teoría del Delito y de Teoría del Tipo y Tipicidad. Daba clases la tarde del viernes y la mañana del sábado, para después regresar a la Ciudad de México. Así continuó esos años, hasta que en 1986, ya jubilado de la Suprema Corte, se

fue a vivir a la capital de Nuevo León.<sup>29</sup> En 1990 deja las clases en la referida Universidad.

Además de su actividad docente en la Universidad Nacional Autónoma de México, la Escuela Libre de Derecho y la Universidad Autónoma de Nuevo León, impartió diversos cursos, siendo algunos los siguientes:

- a) *Lineamientos fundamentales de las nuevas leyes penales del Estado de Coahuila*, organizado por el Tribunal Superior de Justicia de dicho estado, en 1983.
- b) *Derecho Penal Sustantivo*, organizado por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos, en 1994.
- c) *Actualización sobre Teoría del Delito*, organizado por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos, en 1994.
- d) *Actualización de Derecho Procesal Penal*, organizado por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, y los Tribunales Colegiado y Unitario del Décimo Octavo Circuito, en 1994. Los apuntes de este curso dieron origen a la obra póstuma de Alba Muñoz denominada *Contrapunto penal*.<sup>30</sup>

## VI. PUBLICACIONES

*Eso es cultura de refrigerador.*

JAVIER ALBA MUÑOZ

Tuvo poca obra escrita, la mayor parte de su pensamiento lo expuso en los cursos que impartió.<sup>31</sup> Existen varios apuntes tomados por alumnos en las clases en la Facultad de Derecho de la UNAM y en la

<sup>29</sup> Datos proporcionados generosamente por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

<sup>30</sup> Magistrado Erico Torres Miranda, "Presentación", en Javier Alba Muñoz, *Contrapunto penal*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, pp. V y VI.

<sup>31</sup> El pensamiento de grandes profesores de la Escuela Libre de Derecho, que han dejado poca o ninguna constancia escrita de sus cursos, tiende a perderse, salvo por la recopilación de apuntes o notas tomadas en clase, que van pasando, en muchas ocasiones, de generación en generación. Es obligación moral de los alumnos y de los que puedan considerarse discípulos de esos maestros, recuperar y dar a conocer esas inapreciables lecciones.

Escuela Libre de Derecho.<sup>32</sup> Sin embargo, el libro donde se condensa gran parte de su pensamiento fue una obra póstuma, denominada *Contrapunto penal*. La obra escrita que tenemos de Alba Muñoz es la siguiente:

1. Javier Alba Muñoz, "Derecho penitenciario. Ensayo de formulación de una doctrina", México, tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, 1948, 50 pp.<sup>33</sup>
2. Gonzalez Bustamante, Juan José, *Bases jurídicas comparadas en el tratamiento de los presos*. Colaboración de Javier Alba Muñoz. Ponencia presentada a la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados, reunida en Lima, Perú, en noviembre de 1947. México, Imprenta Universitaria, 1948, 61 pp.
3. Javier Alba Muñoz, "La Ley de Ejecución de Sanciones. El problema en la doctrina", en *Criminalia. Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, año XXI, septiembre de 1955, núm. 1, pp. 556 y 557.
4. Javier Alba Muñoz, "Eugenio Cuello Calón. Tres temas penales", en *Criminalia. Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, año XXII, enero de 1956, núm. 1, pp. 113 y 114.
5. Javier Alba Muñoz, "Culpabilidad y tipicidad", en *Criminalia. Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, año XXVI, septiembre de 1960, núm. 9, pp. 588-593.
6. Escalona Bosada, Teodoro, *La libertad provisional bajo caución*, México, 1969, 192 pp. Prólogo: Ignacio Burgoa; dictámenes: Ignacio Moreno Tagle y Javier Alba Muñoz.
7. Javier Alba Muñoz, "Informe de Navidad", en *Estudios jurídicos con motivo del 75 aniversario*, México, Escuela Libre de Derecho, Sociedad de Alumnos, 1987, pp. 211-214.
8. Javier Alba Muñoz, "Porte Petit", en *Revista Michoacana de Derecho Penal*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, núms. 26-27, mayo de 1992 (Homenaje al Dr. Celestino Porte Petit Candaudap), pp. 281-284.

<sup>32</sup> En la biblioteca de la Escuela Libre de Derecho existen copias mimeografiadas de apuntes tomados en la UNAM.

<sup>33</sup> Tesis laureada por el Jurado Examinador.

9. Javier Alba Muñoz, *Contrapunto penal*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, XXIII, 620 pp.

Por otro lado, en las siguientes obras encontramos referencias concretas al maestro Alba:

- a) Martínez Cerda, Nicolás, *Teoría del delito y doctrina penal de Javier Alba Muñoz*, Ciudad Victoria, Tamaulipas, Instituto de Investigaciones Jurídicas Ricardo Couto, 1993, 476 pp.
- b) López Medina, Manuel, "Don Javier Alba Muñoz (23-V-1922/22-X-1995)", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 1996, año 20, núm. 20, pp. 845 y 846.
- c) Del Arenal Fenochio, Jaime, *Los juristas de la libertad. Bibliografía de abogados egresados de la Escuela Libre de Derecho (1913-2002)*, México, Escuela Libre de Derecho, 2002, XXXI, 270 pp.

De *Contrapunto penal*, hemos seleccionado los siguientes fragmentos, donde podemos apreciar las inteligentes opiniones que siempre lo caracterizaron:

"De acuerdo con el planteamiento moderno, la técnica moderna, la doctrina no es sino el conjunto de principios que informan la ley. En un sistema como el nuestro señores, yo lo he dicho en algunas ocasiones, no hay derecho fuera de la ley y cuando hablo de ley se comprende desde la Constitución hasta el último reglamento. Es cuestión de jerarquía de leyes. La única garantía que en todos casos opera, es la de la autoridad competente y fundar y motivar".<sup>34</sup>

"La metodología jurídica parte de tres principios: la categoría de las normas, su interrelación y la teleología, pero tiene como presupuesto que el derecho es un todo armónico; el derecho es aporético en cuanto que aparentemente es contradictorio".<sup>35</sup>

"La frase demoledora de Von-Kirchman, un viejo fiscal de Prusia dice: 'Una reforma a la ley y bibliotecas enteras de ciencia jurídica se vuelven basura'. ¿La ciencia puede ser válida en un momento y ya no válida en otro?"

<sup>34</sup> Javier Alba Muñoz, *Contrapunto penal*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, p. 9.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 19.

No. Los abogados no tenemos por qué avergonzarnos de nuestra materia. Precisamente el abogado es auxiliar de la administración de justicia, incluso el litigante. Es lo que ennoblece nuestra profesión. La función del abogado es evitar, hasta donde sea posible, las injusticias, porque injusticias siempre habrá, como la función del médico es evitar hasta donde sea posible el dolor y alargar la vida, pero el dolor siempre existirá y la muerte siempre la habrá, pero no porque el médico fracase no pudiendo alargar la vida o pudiendo evitar el dolor. ¿vamos a decir que ha fracasado la medicina? No. No porque el abogado no logre su pretensión aun cuando dentro de su fuero interno la considere legítima y justa, ¿está traicionando su función? No. Por eso siempre he dicho que el abogado debe tener pleno conocimiento hasta donde sea posible del negocio que patrocina, pero además debe tener las bases técnico-culturales-jurídicas, porque sin los fundamentales del derecho no puede enfrentarse a ningún problema, o se van a los prontuarios y pues eso no es abogacía".<sup>36</sup>

"Ustedes habrán captado que desde mi punto de vista, el talón de Aquiles en la materia procedimental es la valoración de la prueba. No es tan grave eso como lo es la desocupación de los reclusos, como lo es el aumento del consumo de drogas, pero es bastante grave".<sup>37</sup>

"La valoración de la prueba es el tendón de Aquiles del procedimiento penal, por eso yo lo dije y aquí lo repito, debe establecerse la carrera judicial, pero un juez adscrito casi de por vida, a una determinada circunscripción territorial para que conozca el medio, porque si no, ahora, con el sistema que hay que cambiarlo para que no creen intereses, eso es tonto".<sup>38</sup>

"Pero vayamos a lo nuestro, el Estado reprime la conducta porque afecta un valor, valor social o valor propio del Estado, según vimos. Ese valor lo llaman algunos 'bien jurídico', sí, es el que se afecta en el delito. Se ha escrito mucho respecto sobre lo que es el bien jurídico, pero todo se reduce a lo siguiente, claro que es sobre el derecho penal, el derecho penal tutela un orden de valores, valores medios y valores propios del Estado, de manera que es un orden; el que contradiga esos valores debe atenerse a las consecuencias, por lo tanto, el valor que está protegiendo el tipo, la descripción, es el llamado bien jurídicamente tutelado, que es un valor, socialmente hablando".<sup>39</sup>

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 29 y 30.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 174.

VII. INFORME DE NAVIDAD<sup>40</sup>

*Conmigo van a aprender por cansancio.*

JAVIER ALBA MUÑOZ

La Escuela Libre de Derecho es una escuela de tradiciones. Y una de esas tradiciones era que en la última clase de diciembre, de cada año escolar, el maestro Alba Muñoz nos leyera a sus alumnos el cuento escrito por él denominado *Informe de Navidad*, y que es el siguiente:<sup>41</sup>

## I

“Había sido enviado para investigar algo en una minúscula parte del universo conocido a nivel humano como el planeta Tierra. Procedía de una galaxia, más allá de las oscuras cavernas del cosmos. Partió a nivel de su tiempo, hacia un décimo de Kún. Tenía una misión específica y para cumplir con ella, observó la Tierra durante breve lapso.

La información adquirida le permitió conocer que en aquella partícula de materia, era mejor acercarse a las entidades llamadas animales que a los conocidos como seres humanos.

En un claro de la selva, cerca de un lago descendió silente su transporte; salió; conectó el sistema de seguridad que implicaba una zona de energía equivalente a nivel humano a un muro de acero de cinco kilómetros de espesor, y de acuerdo con las instrucciones recibidas, dio principio a su investigación.

## II

Baktú era su nombre. Como ser superior a los humanos, podía transformarse, hablar cualquier lenguaje y volverse invisible para los seres inferiores.

Se desplazó hacia la espesura. Dormían los árboles, las aves y los prados, y al parecer estaban atentos a su presa los grandes cazadores. Entre algunos de varias formas se fijó en uno especialmente bello: cuatro soportes que servían para el movimiento, cuerpo elástico de color dorado con rayas oscuras, orejas pequeñas; en el extremo posterior, algo que parecía un grueso tallo de las

plantas, en el anterior, nariz achatada, dos ojos en los que había rendijas de verde fosforescencia y en sus soportes delanteros, fuertes garras. Él sabía que era conocido como tigre y tomó la forma del mismo para poderlo interrogar.

Todos nos amamos, dijo Baktú, a manera de saludo. El tigre miró a quien parecía su congénere y lo observó en forma extraña. Mi nombre es Krau; ¿quién eres tú, que siendo mi hermano me saludas en esa forma? Baktú captó de inmediato que el tigre no estaba acostumbrado a su saludo y explicó luego: vengo de otra selva: he visto que en la tuya el aire es fresco y la caza abundante; pero también he observado que en esta noche el pueblo de los tigres no está al acecho, sino que contempla quietamente las estrellas. Sí, dijo Krau: hace muchas lunas, según la tradición de nuestra sangre, también nosotros el pueblo de los tigres vimos en el cielo brillar una gran luz. Ignoro lo que ello significa, pero a partir de entonces en esta noche no matamos, pues decidimos no derramar sangre... Pregunta a Kan, el elefante sabio; algo he oído de que entre su pueblo, uno de sus ancestros, supo de la gran luz y estuvo presente en el sitio en que posó.

## III

Tomó Baktú la forma de elefante y con paso silencioso, se internó aún más en la selva: ahí encontró a Kan el elefante sabio. Estaba Kan oscilando sobre sus grandes patas que son como troncos de árboles jóvenes; pero su finísimo oído, le permitió advertir que uno de sus congéneres llegaba hasta su sitio. Baktú, bajo la forma de elefante, y hablando el lenguaje de los mismos, dijo quedamente a Kan: todos nos amamos. El elefante sabio tensó los músculos y quedó por demás extrañado al escuchar aquel saludo. Soy Kan, respondió: ¿algún interés particular te ha traído para hablar conmigo, hermano?

Me ha dicho Krau, el tigre, que puedes darme información.

Los tigres y los elefantes estamos siempre en guerra, ¿eres tú, por ventura, amigo de los tigres?

Escucha hermano, ya que tal trato me has dado. Krau, en un diálogo de paz, me dijo que tú el elefante sabio, podías decirme por qué en esta noche, los cazadores tienen los ojos fijos en el cielo, y por qué en ella no se derrama sangre entre nuestros pueblos.

La gran mole de Kan se movió con suavidad y en sus pequeños ojos apareció un punto que brillaba y dijo luego: he sabido, por lo que me han contado mis mayores, que hubo un tiempo, hace muchas, muchas lluvias, que uno de los nuestros llevó sobre de sí, a un ser humano a un sitio en donde brillaba una gran luz: y ese ancestro nuestro, según me han dicho, ordenó que en una fecha como ésta, todos estemos en paz. Ignoro el porqué de esa orden, pero he sabido que quienes vieron aquel prodigio, fueron las ovejas. Hay una que

<sup>40</sup> Javier Alba Muñoz, “Informe de Navidad”, en *Estudios jurídicos con motivo del 75 aniversario*, México, Escuela Libre de Derecho, Sociedad de Alumnos, 1987, pp. 211-214.

<sup>41</sup> Por los comentarios en clase podíamos suponer que, a pesar de no profesar una determinada religión, Alba Muñoz era profundamente espiritual. Este cuento puede dar prueba de ello. No había contraído matrimonio por la Iglesia Católica, por lo cual, según el dicho de Alba, un miembro de su familia le reprochaba “vivir en pecado”.

tiene información. Ve a las colinas cercanas, en dónde habitan esos seres que se llaman hombres. Cuidate de ellos. Por mi parte, Baktú, hermano, no tengo otra información que dar.

¿Por quién preguntaré? Dijo Baktú.

Pregunta por Ima, la cordera.

Y ¿cómo la conoceré?

Fácilmente; tiene ojos color de almendra y es impoluta, como la luz de las estrellas.

## IV

Estaba Ima la cordera en un prado cubierto de fresca yerba. Tomó Baktú, la forma de cordero y se acercó a ella.

Hermana: todos nos amamos, le dijo a manera de saludo. Había tomado Baktú, la forma de pequeña oveja e intencionadamente miró a Ima como si experimentara gran angustia.

Levantose la cordera y se acercó al pequeño que en apariencia sufría; acarició su nariz rosada y principió a hablarle quedamente: ¿qué te angustia a ti, pequeño?

Baktú estimó que podía hablar de su misión a la cordera y se dirigió a ella en su lenguaje: he venido de Milta, más allá de las estrellas que tú puedes contemplar; me han dicho que tú conoces el porqué de la alegría de esta noche. Te ruego me des información.

Ima, la cordera, miró largamente a quien había descubierto su identidad. Soy pequeña, le dijo, soy minúscula frente a quien llegó una vez como gran luz a un pesebre. Mi madre de hace muchas, muchas primaveras, contó a mis otras madres, que en una noche como esta, llegó para nosotros todos los vivientes algo que nos llenó de luz y de alegría. No sé más, pero tu saludo ha sido bueno: todos nos amamos.

## V

Fue entonces Baktú a la zona de los humanos, llegó a un lugar en que había sonidos estridentes, Había tomado la forma humana.

Unos seres se contorsionaban. Saludó Baktú con su fórmula habitual: todos nos amamos. Aquella entidad a quien se dirigió, sin dejar de contorsionarse, le contestó en forma extraña: ¿qué tráis güey, no ves que ando con mi chava?

Quedó Baktú desconcertado, pero insistió: deseo saber por qué esta noche hay alegría.

Mira a éste; es que no sabe que todos estamos en onda.

## VI

Un tanto entristecido, se dirigió a otro sitio. Los seres humanos, absorbían algo de unos recipientes pequeños e inhalaban humo de unos pequeños cilindros. Hablaban todos al mismo tiempo y cada uno de tema diferente.

Se acercó Baktú a uno de aquellos seres que estaba apartado de los demás, Deseo, le dijo, me informes por qué en esta noche hay alegría.

La contestación, brutal, surgió de aquellos labios: aquí no hay alegría: lo que hay es borrachera.

## VII

Regresó Baktú a su transporte y envió un mensaje de transmisión-recepción instantánea. Traducido al lenguaje humano, el contenido era el siguiente: Milta. Entidades humanas no captan Navidad. Parecen no haber entendido a quien a nosotros nos enseñó la paz y el amor. Entidades llamadas animales conservan un dulce recuerdo. Experimento gran tristeza. Conteste Milta. Firmado: Baktú.

## VIII

La contestación llegó de inmediato: Baktú. Tierra. Mensaje un tanto confuso. Verifique su transmisión. Tenemos plena confianza en su capacidad y estimamos que el sistema está fallando. Creemos que en veinte segundos a nivel Tierra puede corregir cualquier defecto. Todos nos amamos. Milta.

## IX

Cinco segundos después, Baktú contestaba: Milta, transmisión verificada. El texto recibido es el correcto. Insisto, experimento gran tristeza. Firmado: Baktú.

## X

Milta contestó al instante: Baktú. Tierra. ¿Cuándo nos dará la alegría de su presencia? Olvide su tristeza. Recuerde que hace casi dos mil kunes, recibimos a quien nos trajo la paz y la alegría. Feliz Navidad. Milta.

## XI

Milta: su mensaje me ha reconfortado. Viajaré Láctea Andrómeda Mega-Kaima. No temo las grandes cavernas del universo; si perdiera el rumbo, sé que una gran luz me guiaría. Llegaré en un vigésimo de kun. Feliz Navidad. Firmado: Baktú".

## VIII. CONCLUSIÓN

*Peores cosas se han visto.*

JAVIER ALBA MUÑOZ

El maestro Alba Muñoz fue un ejemplo como jurista, funcionario judicial, profesor y persona. Justo en sus proyectos de sentencia, como justo lo era en sus exámenes y calificaciones hacia sus alumnos, fue incorrompible; esa fue parte de las mejores enseñanzas que nos dejó.<sup>42</sup> Siempre amable, dispuesto a dedicar todo el tiempo que sus alumnos le pidiéramos, nunca hubo desplantes de soberbia, fue humilde como los grandes juristas deben serlo. El aprecio y respeto que siempre se le tuvo en la Escuela Libre de Derecho, tuvimos la oportunidad de comprobarlo plenamente en dos trascendentales ocasiones.

Al terminar el curso 1985-1986 se sabía, a nivel estudiantil, que el maestro Alba había pedido licencia, por lo que, por lo menos durante un año, estaría ausente de sus clases. El día que resultaría el de su última clase en la Escuela, el autor de estas líneas se encontraba esperándolo para continuar con el proceso de dirección y revisión de mi tesis profesional; enterado de la anterior situación, junto con otros de sus ex alumnos, todavía estudiantes de la escuela pero en años superiores, entramos al salón de 2o. año, grupo "B", para escuchar esa última clase del maestro Alba en la Escuela Libre de Derecho. El salón estaba lleno, incluso con gente de pie, escuchando su lección; al final de la hora, habiéndose despedido de todos nosotros, le dimos uno de los aplausos más sinceros y largos que se hubieren escuchado en la Escuela.

La otra ocasión fue en la ceremonia efectuada en el Palacio de Bellas Artes, en 1987, con motivo del LXXV aniversario de la fundación de la Escuela Libre de Derecho. En estos eventos, la Escuela entrega condecoraciones<sup>43</sup> a sus profesores, considerando los años

<sup>42</sup> En la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue conocido el episodio en que un litigante trató de sobornarlo, y el maestro Alba le contestó escupiéndole a la cara.

<sup>43</sup> Medalla de Plata, por 10 o más años de servicios a la institución; Palma de Plata, por 15 o más años de servicios; Medalla de Oro, por 20 o más años de servicios; Primera Palma de Oro, por 25 o más años de servicios; Segunda Palma de Oro, por 30 o más años de servicios; Tercera Palma de Oro, por 35 o más años de servicios; Cuarta Palma de Oro, por 40 o más años de servicios; Quinta Palma de Oro, por 45 o más años de servicios. Cabe recordar que el servicio de los profesores en la Escuela Libre de Derecho es invariablemente gratuito.

que han impartido clases. Cuando el maestro Alba pasó a recoger su reconocimiento, recibió por parte de todos los asistentes (invitados especiales, alumnos, egresados y profesores) la ovación más nutrida de esa memorable ocasión.

Diversas opiniones de Alba Muñoz, contenidas en los apuntes tomados en su clase de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, fueron citadas, en esa época, por varios tratadistas, como Celestino Porte Petit y Luis Jiménez de Asúa. Sin embargo, lo principal de su pensamiento se ha conservado en las tesis que dirigió, pero sobre todo en los alumnos y discípulos que formó y forjó. Su obra sigue vigente y trascendió a Latinoamérica, hasta la actualidad, como podemos apreciar en los siguientes ejemplos:

I. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0068/2011-R, de 7 de febrero de 2011, emitida en Sucre, Bolivia, por la Corte Suprema de Justicia, en el expediente 2009-19495-39-AL, mediante la cual se revisa la Resolución pronunciada dentro de la acción de libertad interpuesta por Julio Ariel Coronado López en representación sin mandato de Luis Alberto Valle Ureña contra Eddy Walter Fernández Gutiérrez. Los hechos que motivan este juicio son: "Su defendido se encuentra sometido a juicio de responsabilidades a instancias de la Fiscalía General de la República, a querrela y acusación particular de la Prefectura del departamento de La Paz, por la presunta comisión de los delitos de falsedad ideológica y otros". Los derechos supuestamente vulnerados son: "El accionante señala la vulneración de los derechos de su representado a la libertad, al debido proceso, a la defensa y al juez natural, citando al efecto los arts. 22, 23.I, 117.I de la CPE;<sup>44</sup> 8 del Pacto de San José de Costa Rica; y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)". Respecto del debido proceso, se afirma: "Asimismo, se violó el debido proceso, en varios de sus elementos, entre ellos, el juez natural al ser procesado por un tribunal incompetente, consecuentemente se tiene la amenaza directa de supresión ilegal de su libertad, primero porque se libró un mandamiento de aprehensión arbitrario por tribunal incompetente, y segundo porque en la siguiente audiencia a ser señalada, se tramitará la solicitud de detención preventiva del Ministerio Público

<sup>44</sup> Constitución Política del Estado, Bolivia.



y nuevamente existiría un peligro cierto y cercano que un tribunal incompetente restrinja el derecho a la libertad de Luis Alberto Valle Ureña. Existe también vulneración a otro elemento del debido proceso, el derecho a la defensa, dado que no se citó de manera oportuna y legal a su representado, teniendo en cuenta que la facultad de emitir un mandamiento de aprehensión está supeditada a la certeza que la citación surtió efectos de comunicación y que no obstante ello, el citado no se presentó ante la autoridad jurisdiccional, como ocurrió en el caso”. En la Sentencia, apartado II. Derechos supuestamente vulnerados, se cita lo siguiente:

El tratadista mexicano Javier Alba Muñoz señaló que el debido proceso debemos entenderlo como: “...el razonamiento mediante el cual se da la explicación lógicamente razonable de por qué el acto de autoridad tiene su apoyo en la disposición legal...” (Alba Muñoz, Javier, *Contrapunto penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998, p. 7).

2. RESOLUCIÓN DE RECURSO JERÁRQUICO AGIT-RJ 0118/2012, emitido en La Paz, Bolivia, el 27 de febrero de 2012, mediante el cual la Asociación Alemana para la Educación de Adultos impugna la Resolución ARIT-LPZ/RA 0582/2011, de 12 de diciembre de 2011, emitida por la Gerencia Distrital La Paz del Servicio de Impuestos Nacionales (SIN). Se manifiesta, por parte de la Asociación, que “la Resolución de Alzada con su fallo le estaría causando agravios al no aplicar la normativa en detrimento de la legalidad y sus intereses, pues las Resoluciones Sancionatorias violan el debido proceso, la seguridad jurídica y el derecho a la defensa al vulnerar el principio de tipicidad”. En la Resolución, al resumirse los argumentos de la Asociación, se menciona lo siguiente:

Cita los artículos 72, 73 y 76 de la Ley 2341 (LPA), así como el concepto del principio de Tipicidad según Celestino Porte Petit y Javier Alba Muñoz, e indica que se debe verificar si el SIN ha cumplido con el principio de tipicidad en sus dos partes: es decir, Uno: Definición del Ilícito y Dos: Precisar la sanción a imponerse (...).

Es posible que el maestro Javier Alba Muñoz sea olvidado en la Judicatura o en otras instituciones educativas que no sea la nuestra, pero

donde nunca podrá ser olvidado es en la Escuela Libre de Derecho, a la que tanto quiso y tanto entregó. Su espíritu ronda los pasillos y salones de la Libre y sus enseñanzas son invocadas por los alumnos y discípulos a los que dedicó su vida y su pasión.

*Que haya paz.*<sup>45</sup>  
JAVIER ALBA MUÑOZ

<sup>45</sup> Con estas palabras el maestro Alba terminaba muchas de sus clases, pero sobre todo la última del año escolar, donde la tradición en la Escuela marca que el profesor se dirija a sus alumnos con el mensaje que cada titular decida, respondiendo el grupo con aplausos. Es así, que el maestro nos externaba su sincero deseo.

[Faded text at the top of the page, likely bleed-through from the reverse side.]

[Faded text in the middle section of the page.]

[Faded text in the lower middle section of the page.]

[Faded text in the lower section of the page.]

[Faded text at the bottom of the page.]

[Faded text at the top of the right page.]

### A 475 AÑOS: RECUERDO Y ACTUALIDAD DE LA ENCÍCLICA *SUBLIMIS DEUS*, COMO PROCLAMACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. Introducción. II. Los hechos de conquista y la polémica sobre su legitimidad. III. Hechos clave para entender los tres primeros lustros de historia novohispana. IV. Colofón.

#### I. INTRODUCCIÓN

En la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 35, de la Escuela Libre de Derecho, trajimos a la memoria el quinto centenario del Sermón de Montesinos, como acción fundacional de defensa de derechos humanos en Hispanoamérica;<sup>1</sup> considerando también, que con esta prédica del dominico da inicio la tradición iberoamericana de derechos humanos. Ahora recordamos un producto de esa misma tradición, la carta encíclica *Sublimis Deus*, a 475 años de haber sido dada.

Entre el 29 de mayo y el 2 de junio de 1537 el Papa Paulo III dio tres documentos históricos, mismos que hizo entrega al dominico Fray Bernardino Minaya que los había gestionado. El primero es conocido como *Pastorale Officium* (29-V-1537) y está dirigido al cardenal Juan Pardo de Tavera, arzobispo de Toledo, nombrándolo ejecutor de la encíclica *Sublimis Deus* (tercer documento), esto es, que impidiera

<sup>1</sup> Cfr. Jesús Antonio de la Torre Rangel, "Quinientos años del Sermón de Montesinos y del comienzo de la lucha por los derechos humanos en Hispanoamérica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 35, Escuela Libre de Derecho, México, 2011, pp. 149-163.

la violación de los derechos fundamentales de los indios. El segundo documento es la bula general u orden formal, llamada *Altitudo divino consillii* (La profundidad del Plan Divino) (1-VI-1537), que se trata de una Constitución Pastoral, decretándose la admisión del indio al bautismo y al matrimonio cristiano, y que regulará a la nueva Iglesia indiana. Finalmente, el 2 de junio de 1537 se promulgó la encíclica *Sublimis Deus*, una verdadera Carta Magna de los indios.

Lassègue califica a la *Sublimis Deus* como “la primera encíclica social dirigida a América Latina”;<sup>2</sup> pero en realidad esta letra apostólica es mucho más que esto, pues, como afirma Helen-Rand Parish, “marcó literalmente el verdadero comienzo del derecho internacional en el mundo moderno: la primera proclamación intercontinental de los derechos inherentes a todos los hombres y de la libertad de las naciones”;<sup>3</sup> y Alejandro Rosillo sostiene que la importancia de la bula radica en ser “el primer documento oficial que estableció la igualdad de los indios con los demás habitantes del planeta”.<sup>4</sup> Este documento declara:

...conociendo que aquestos mesmos indios, como verdaderos hombres... determinamos y declaramos que los dichos indios y todas las demás gentes que de aquí adelante vinieren á noticia de los cristianos, aunque estén fuera de la fe de Cristo, no están privados ni deben serlo de su libertad ni del dominio de sus bienes, y que no deben ser reducidos a servidumbre...

La encíclica *Dios Sublime* es producto del pensamiento y la acción de varios miembros de la Iglesia novohispana, tal como lo prueban los historiadores; en su inspiración y solicitud al Papa, destacan las siguientes intervenciones: informes y acciones concretas del dominico Bernardino Minaya; una célebre carta del primer obispo de Tlaxcala, el dominico Julián Garcés; una carta del obispo de México, el franciscano Juan de Zumárraga; varios escritos del dominico Fray Bartolomé de Las Casas, destacando su primer libro conocido como

<sup>2</sup> Juan Bautista Lassègue, *La larga marcha de Las Casas*, Ed. Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974.

<sup>3</sup> Helen-Rand Parish y Harold E. Weidman, *Las Casas en México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 18.

<sup>4</sup> Alejandro Rosillo Martínez, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales *Mispat*, Aguascalientes, San Luis Potosí, 2011, p. 187.

*Del único modo*; las opiniones vertidas por los obispos y religiosos novohispanos en las juntas apostólicas de mediados de 1536, celebradas en la ciudad de México; y el tratado *Información en derecho*, del oidor Vasco de Quiroga.<sup>5</sup>

A continuación nos vamos a referir a las ideas y las acciones de la Iglesia novohispana que dan como fruto la *Sublimis Deus*. Ideas y acciones que se explican por disputas teóricas y situaciones históricas concretas.

## II. LOS HECHOS DE CONQUISTA Y LA POLÉMICA SOBRE SU LEGITIMIDAD

La encíclica *Sublimis Deus* se explica en un contexto histórico de conquista, en donde los vencidos, los pueblos indígenas, son disminuidos por la violencia, despojados y sometidos. Y ante estos hechos se da toda una discusión, una disputa, una controversia, sobre la legitimidad o no de la propia conquista; acerca de si la guerra, el despojo, el sometimiento político y la servidumbre de los indios está justificada o no. Y esta controversia es más compleja porque se añade el factor religioso: ¿son capaces los indios de recibir el mensaje cristiano y son aptos para recibir los sacramentos? En otras palabras: ¿los indios son plenamente seres humanos o son bestias? ¿Son los indios seres racionales? ¿Son iguales o inferiores a los españoles? ¿En cuánto que inferiores, son siervos por naturaleza? ¿Pueden gobernarse por sí mismos y tener bienes como suyos?

En esta controversia indiana se dan distintas posturas, destacando dos como paradigmáticas. Una, la que legitima las acciones de conquista con el consecuente despojo, sometimiento, servidumbre —sin importar el exterminio— de pueblos e individuos; y que argumenta teniendo como base la supuesta bestialidad, o matizada, la inferioridad del indio frente al europeo. Y la otra, que sostiene la plena humanidad del indio, su igualdad con el español, y la plenitud de sus derechos a la vida, a la libertad y a sus bienes, y que llega a poner en cuestión las acciones de conquista.

Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) y Bartolomé de Las Casas (1484-1566) son los más emblemáticos representantes de una y otra

<sup>5</sup> Cfr. Parish y Weidman, *op. cit.*, pp. 23-28.

postura en la polémica indiana. Sepúlveda es un clérigo humanista, cercano a la Corte, conocedor de Aristóteles, filósofo al que sigue en su tesis de que entre los seres humanos los hay libres por naturaleza y siervos por naturaleza. Las Casas que, de clérigo encomendero, se convierte a la defensa de los derechos de los indios, ingresa a la Orden de Predicadores y es obispo de Chiapas.

A continuación cito, a uno y a otro, para mostrar, en líneas generales, las dos posiciones. El humanista cordobés escribe así en su *Democrates Alter*:

Bien puedes comprender ¡oh Leopoldo!, si es que conoces las costumbres y naturaleza de una y otra parte, que con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes clementísimas, de los prodigiosamente intemperantes a los continentales y templados, y estoy por decir que de monos a hombres... ¿Qué cosa pudo suceder a estos bárbaros más conveniente ni más saludable que el quedar sometidos al imperio de aquellos cuya prudencia, virtud y religión los han de convertir de bárbaros, tales que apenas merecían el nombre de seres humanos, en hombres civilizados en cuanto pueden serlo; de torpes y libidinosos, en probos y honrados, de impíos y siervos de los demonios, en cristianos adoradores del verdadero Dios?... Por muchas causas, pues, y muy graves, están obligados estos bárbaros a recibir el imperio de los españoles conforme a la ley de naturaleza; y a ellos de serles todavía más provecho que a los españoles, porque la virtud, la humanidad y la verdadera religión son más preciosos que el oro y que la plata.<sup>6</sup>

El religioso sevillano escribe:

Todos los que de palabra o por escrito enseñan que los habitantes del Nuevo Mundo, que vulgarmente llamamos indios, deben ser dominados y sometidos por la guerra, antes de que se anuncie y predique el Evangelio, para que después estén bien sumisos y se instruyan en la palabra de Dios, yerran groseramente de dos maneras en la fe. En primer lugar yerran con respecto

<sup>6</sup> Juan Ginés de Sepúlveda, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 101, 133 y 134. El título latino de la obra es *Democrates Alter De Justis Belli causis apud indos*.

al Derecho divino y humano, al abusar de las divinas palabras y violentar al sentido de las escrituras, decretos papales y tradición de los Santos Padres. Además yerran al traer a colación historias que no son sino meras fábulas y desvergonzadísimo amaños, con los cuales, actuando como falsísimos enemigos y del todo contrarios al miserable pueblo indio, lo entregan a la perdición.

¿Quién hay tan impío que quiera incitar a hombres crueles, ambiciosos, soberbios, avaros, desenfadados y siempre ociosos; a robar a sus hermanos y a destruir sus almas al mismo tiempo que sus cosas, no siendo nunca lícita la guerra, sino solamente cuando se hace por inevitable necesidad? ¿Quién, pues, de sana mente aprobará una guerra contra hombres inocentes, ignorantes, pacíficos, moderados, inermes y faltos de toda defensa humana, ya que de tal guerra se origina la segurísima perdición de las almas de aquella gente que perece sin el conocimiento de Dios y sin ser robustecida por los sacramentos; y para aquellos que sobreviven resulta odiosa y abominable la Religión Cristiana, por lo cual el fin que Dios se propone, y por cuya consecución tantos y tantos grandes padecimientos sufrió, se frustra por las impiedades y atrocidades que algunos de los nuestros con inhumana crueldad ejercen contra aquellos? ¿Qué opinión concebirá de Cristo y de los cristianos aquella gente al ver que ciertos hombres cristianos, sin ninguna causa justa, a menos por tal gente conocida, ni imaginable siquiera, y sin tales pueblos hayan incurrido en culpa contra los cristianos, se muestran crueles contra ellos con tanta devastación y tanto derramamiento de sangre?<sup>7</sup>

### III. HECHOS CLAVE PARA ENTENDER LOS TRES PRIMEROS LUSTROS DE HISTORIA NOVOHISPANA

Si la *Sublimis Deus* es producto, en buena medida, del pensamiento y acciones de miembros de la Iglesia novohispana, es importante decir algunas cosas referentes a la historia de la Nueva España en sus primeros años.

<sup>7</sup> Bartolomé de Las Casas, en *Apología*, de Juan Ginés de Sepúlveda contra Fray Bartolomé de Las Casas, de Fray Bartolomé de Las Casas contra Juan Ginés de Sepúlveda, traducción castellana de los textos originales latinos, introducción, notas e índices por Ángel Losada, Editora Nacional, Madrid, 1975, pp. 121-122.

## 1. De las cuestiones de gobierno

### *El gobierno de Hernán Cortés*

El martes 13 de agosto de 1521, día de San Hipólito, culmina el sitio que ejercía Hernán Cortés desde el 30 de mayo de ese año sobre la ciudad de México-Tenochtitlan, al ser capturado el último *Tlatoani* azteca, Cuauhtémoc, y rendirse la heroica capital lacustre del imperio mexica, a la hueste formada por españoles y tlaxcaltecas al mando del intrépido extremeño.

Los primeros gobiernos novohispanos eran los ayuntamientos formados por Cortés a partir de su llegada a estas tierras. Estas instituciones, al revivirse en ellas la autonomía y libertad de las ciudades de la tradición jurídica castellana, fueron las que invistieron de poderes y facultades a Cortés para que pudiera llevar adelante sus acciones políticas y militares que culminaron con la toma de México-Tenochtitlan y la organización del país posterior a este acontecimiento.

En su carácter de regente del Reino de Castilla, el cardenal Francisco Jiménez de Cisneros había encargado al gobierno de las Antillas, en septiembre de 1516, a una junta de padres jerónimos que se estableció en La Española, y a quienes se les dio la facultad de celebrar capitulaciones, esto es, contratos en representación de la Corona con jefes de expediciones. Diego Velázquez, gobernador de la Isla Fernandina (Cuba) había capitulado con los jerónimos, teniendo facultades para explorar y rescatar oro.

Velázquez estaba interesado en mandar expediciones a nuevas tierras, pues tenía noticias de ellas por los viajes de Francisco Hernández de Córdoba y Juan de Grijalva. Velázquez elige a Hernán Cortés para que fuera al mando de una tercera expedición a tierras mexicanas. El inquieto ex estudiante salmantino, natural de Medellín, Badajoz, Extremadura, contrata con el gobernador Velázquez, prepara la expedición y la hueste, y recibe *Instrucciones* del propio Velázquez, siendo este instrumento jurídico las primeras disposiciones de derecho “elaboradas *ex profeso* para la Nueva España”,<sup>8</sup> según

<sup>8</sup> Genaro Ma. González, *Génesis del derecho mexicano*. Tema 14 de sus “Apuntes de introducción al derecho”, preparados y anotados por Jaime del Arenal Fenochio, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 7, Escuela Libre de Derecho, México, 1983, p. 212.

el decir del maestro Genaro María González. Sin embargo, como es sabido, Cortés rompe con Velázquez, y contrariando sus órdenes salió clandestinamente de Cuba al mando de la expedición originalmente planeada. Ante este hecho, Cortés necesitaba legalizar de alguna manera su situación y es así que, el 21 de abril de 1519, al llegar a un punto cercano en donde hoy se asienta la ciudad de Veracruz, tiene la feliz ocurrencia, proveniente de su gran intuición jurídica, de fundar en ese lugar un municipio, basándose en las libertades de la tradición jurídica castellana.

Al fundar con su hueste el ayuntamiento de Veracruz, Hernán Cortés aprovecha las grandes facultades del municipio, pues se hace nombrar por los munícipes Capitán General y Justicia Mayor. Desde ese momento no depende ya del gobernador de Cuba, quien pierde autoridad sobre él. No tiene tampoco que sujetarse a lo reducido de las capitulaciones que había celebrado el propio Velázquez con los jerónimos. Desde ese momento es el municipio de la Villa Rica de la Vera Cruz el que le otorga facultades.

Para fines de 1521 Cortés ha fundado ya tres ayuntamientos: Veracruz, Segura de la Frontera y México. Medellín se había ordenado fundar, pero todavía no se verificaba su fundación, aunque tiene ya nombrados los cargos concejiles. A fines de 1521 o principios de 1522, se inicia la construcción de la nueva ciudad de México y la organización del país en general.

A mediados de 1522 el rey Carlos V nombra una comisión, presidida por el canciller Gattinara, para que decida la contienda entre Cortés y Velázquez. Ésta falla en favor de Cortés “aprobando su conducta y también que los ayuntamientos no hubieran consentido en que Tapia tomara la gobernación”.<sup>9</sup> Y el 15 de octubre de ese mismo año, en Valladolid, Carlos V firma real cédula nombrando a Cortés gobernador, capitán general y justicia mayor de Nueva España. “Desde ese momento quedaba legalizada la autoridad de Cortés, no ya tan sólo por la voluntad del ayuntamiento de la Villa Rica, sino por expresa delegación del monarca”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la Historia del derecho en México*, tomo II, *Nueva España*. Trabajos Jurídicos en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV Aniversario, Ed. Polis, México, 1938, pp. 27 y 28.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 29.

El 26 de junio de 1523, Carlos V envió a Cortés las Instrucciones a las que había de ajustarse en lo relativo al gobierno, a la población, pacificación de la Nueva España y tratamiento y pacificación de los indios. En estas instrucciones el rey pone especial énfasis en el cuidado que debía tener Cortés en lograr la cristianización de los naturales.

A principios de 1524 llegan a México los Oficiales reales: Alonso de Estrada, tesorero; Rodrigo de Albornoz, contador; Gonzalo de Salazar, factor; y Peralméndez Chirinos, veedor. El rey le había anunciado a Cortés de su envío.

El 12 de octubre de ese año, Hernán Cortés sale de la ciudad de México al mando de su expedición a Las Hibueras. Deja como tenientes de gobernador a Estrada y a Albornoz, y como justicia mayor al licenciado Zuazo. Estos personajes y los otros dos oficiales reales—Salazar y Chirinos—“serán los actores principales de la confusión y los crímenes que entonces ocurrieron”.<sup>11</sup> “Lo ocurrido en la ciudad de México desde la salida de Cortés y sus huestes a Las Hibueras, el 12 de octubre de 1524, hasta su regreso, hacia el 19 de junio de 1526, es uno de los periodos más turbios de la historia de la dominación española en México. Estos hechos muestran cuán frágil era la estructura del poder y qué feroces y desvergonzadas podían ser las pasiones de quienes debían gobernar”,<sup>12</sup> dice José Luis Martínez.

No podemos detenernos a narrar en detalle esta rebatiña por el poder; sólo diremos, por lo que importa a nuestra historia, que se trata de una época de desgobierno de la Nueva España y que Salazar y Chirinos, cuando se apoderan del gobierno y de los bienes de Cortés, “ponen nuevos tributos a los indios”.<sup>13</sup>

En plenos festejos de bienvenida a Cortés por su regreso de Las Hibueras, recibe la noticia de la llegada a Veracruz de Luis Ponce de León, juez designado por el emperador Carlos V para instaurar juicio de residencia al conquistador y gobernador extremeño y poner orden en el gobierno novohispano. El juez de residencia entró en la ciudad de México el 2 de julio de 1526. “En la iglesia mayor se reunieron Cortés y los miembros del cabildo, quienes recibieron y acataron las provisiones reales; el juez retuvo la vara de mando de Cortés

<sup>11</sup> José Luis Martínez, *Hernán Cortés*, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 419.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 449.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 452.

como gobernador y se pregonó por la ciudad que el conquistador quedaba sujeto a juicio de residencia”.<sup>14</sup> Los juicios de residencia eran procedimientos públicos, para establecer la responsabilidad de los funcionarios. Se les llama así “porque durante él se asignaba al funcionario *residenciado* un lugar donde debía permanecer alejado de aquel en que había ejercido sus funciones, de las que se le separaba; se publicaban pregones convocando a todos aquellos que tuvieran algún agravio que el funcionario encausado les hubiera hecho”;<sup>15</sup> y aunque tienen el inconveniente de que “daban oportunidad a sus enemigos personales, maldicientes y descontentos desahogaran sus rencores... fueron un recurso muy valioso para moderar la actuación de los funcionarios públicos, mayores y menores, ya que todos debían dar cuenta de sus actos”.<sup>16</sup>

Luis Ponce de León, sin embargo, no pudo cumplir su cometido, ya que falleció dieciocho días después de haber llegado a la ciudad de México. Dejó sustituidos sus poderes en el licenciado Marcos de Aguilar. Aunque los representantes de las ciudades instaron a Cortés para que reasumiera el gobierno, desconociendo a Aguilar, el conquistador, sí le reconoció el cargo de gobernador y de justicia.

Marcos de Aguilar, juez de residencia sustituto, falleció siete meses después, el 1 de marzo de 1527. Vuelven a insistir los procuradores de los concejos municipales para que Cortés tomara el mando de nueva cuenta, pero vuelve a rehusarse. Alonso de Estrada y Gonzalo de Sandoval sustituyen a Aguilar en el gobierno novohispano, nombrados por el cabildo de la ciudad de México. El emperador sólo confirmará el nombramiento de Estrada y hace a un lado a Sandoval y quita toda injerencia y poder a Cortés.

#### *La administración gubernativa de la Primera Audiencia*

Debido al aumento de la importancia de la Nueva España, así como a su crecimiento y la enorme complejidad de sus problemas, es que la Corona decidió establecer un órgano de gobierno colegiado y esta-

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 461.

<sup>15</sup> Esquivel Obregón, *op. cit.*, p. 159.

<sup>16</sup> Martínez, *op. cit.*, p. 462.

ble, que tuviera primordialmente funciones judiciales –y continuara el juicio de residencia a Cortés–, y asumiera también funciones de tipo administrativo, por lo que, por cédula fechada en Burgos a 13 de diciembre de 1527 establece la Primera Audiencia en México.

Según Ots, “en la realidad de la vida política y administrativa colonial fueron las Audiencias los organismos más importantes y calificados del Estado español en América”.<sup>17</sup> Las Reales Audiencias de Indias están inspiradas, y en lo fundamental son calca, de las Reales Audiencias y Chancillerías de España. Sin embargo, las Audiencias indianas tenían facultades mucho más amplias que las Audiencias peninsulares, tanto en el estricto orden judicial, como de tipo gubernativo y hasta legislativo, ya que las atribuciones de las de la Metrópoli son casi exclusivamente judiciales.<sup>18</sup>

La llamada *Primera Audiencia* comenzó a funcionar un año después de su erección, en diciembre de 1528. Además de las facultades judiciales estaba ya investida de facultades de gobierno. La Audiencia se componía de cinco miembros; fue presidida por el conquistador y gobernador del Pánuco, Nuño Beltrán de Guzmán. El resto de los oidores eran el licenciado Juan Ortiz de Matienzo, que había sido oidor en Santo Domingo y Diego Delgadillo, y Alonso de Parada y Francisco Maldonado, que murieron antes de ocupar el cargo. La Audiencia funcionó sólo con tres oidores ya que estaba facultada para ello por la cédula que la funda. Estos individuos, a quienes se les encargó el gobierno y la administración de justicia en la Nueva España, no eran “hombres de gobierno”, dice Ezequiel A. Chávez, sino “ambiciosos sin escrúpulos ni conciencia”.<sup>19</sup> Bravo Ugarte agrega que los oidores “se dedicaron a enriquecerse, despojando a Cortés y a sus capitanes y soldados y extorsionando a los indios, de los que se señalaron 100 000 en encomienda, y a los que pedían mantenimientos y ropas en tanta cantidad, que con lo que sobró pudieron hacer alhóndigas de maíz y ropa, que públicamente vendían”.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> José María Ots y Capdequi, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1969, p. 128.

<sup>18</sup> Cfr. Esquivel Obregón, *op. cit.*, pp. 332-341.

<sup>19</sup> Ezequiel A. Chávez, *Apuntes sobre la Colonia. Obras completas*, tomo II, Ed. Jus y El Colegio Nacional, México, 1994, p. 32.

<sup>20</sup> José Bravo Ugarte, *Historia de México*, Tomo II, *La Nueva España*, Ed. Jus, México, 1970, p. 102.

El nombramiento de la presidencia de la Audiencia en la persona de Nuño de Guzmán por parte de la Corona tuvo como razón única el hecho de que el emperador fue persuadido de que Guzmán era el único capaz de reprimir a Cortés y obligarlo a someterse al juicio de residencia.<sup>21</sup> Nuño de Guzmán era “rapaz, irascible y cruel”, que “hizo fuente de ingresos la venta de los indios de su provincia” del Pánuco. “Los resultados fueron cual correspondía a tales antecedentes, como puede verse en la historia de aquellos calamitosos tiempos”.<sup>22</sup>

Cuando la Corona se percató de la desastrosa administración de la Audiencia presidida por Guzmán, procedió a su destitución “provocada fundamentalmente por la situación insostenible en que se encontraba la colonia, debido a la dureza de su política hacia las comunidades indígenas que había reducido drásticamente el número de indios amenazando la existencia de la dominación colonial”.<sup>23</sup>

#### *Sobre el gobierno de la llamada Segunda Audiencia*

Los nuevos oidores fueron nombrados el 5 de abril de 1530. Por cédula de 12 de julio de 1530 se les dan las Instrucciones para su gobierno. Forman parte de este cuerpo colegiado Sebastián Ramírez de Fuenleal, obispo de Santo Domingo, con el cargo de presidente y los licenciados Vasco de Quiroga, que posteriormente, en 1537, sería nombrado obispo de Michoacán; Alonso Maldonado, Francisco Ceynos y Juan Salmerón. Comenzaron a gobernar a principios de enero de 1531.

Según las Instrucciones que se dieron para su gobierno, debían continuar el juicio de residencia a Hernán Cortés y debían castigar y exigir responsabilidad a los miembros de la llamada Primera Audiencia, “devolviendo a los indios las tierras que se les hubiere quitado por aquellos funcionarios”.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Cfr. Esquivel Obregón, *op. cit.*, pp. 305 y 306.

<sup>22</sup> Esquivel Obregón, *op. cit.*, p. 307.

<sup>23</sup> Ethelia Ruiz Medrano, *Gobierno y sociedad en Nueva España: Segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, Gobierno del Estado de Michoacán y El Colegio de Michoacán, México, 1991, p. 31.

<sup>24</sup> Esquivel Obregón, *op. cit.*, p. 322.

El gobierno de la Segunda Audiencia termina el 15 de octubre de 1535, con la asunción al poder del primer virrey, Antonio de Mendoza. Dice Ezequiel A. Chávez que el gobierno de estos oidores se caracteriza por su “extraordinaria cordura”.<sup>25</sup>

El buen gobierno de estos oidores había logrado que los encomenderos estuvieran en “relativa quietud” garantizándoles la paz y la seguridad en la Nueva España, “a pesar de que la Audiencia había quitado encomiendas a un buen número de españoles y que su política hacia los indios fue la de protegerlos en los abusos más notables y destructivos de los colonos”.<sup>26</sup>

#### *La instauración del virreinato en la Nueva España*

La Audiencia como cuerpo colegiado de gobierno preponderantemente de orden judicial, no podía atender con prontitud y plena eficacia las cuestiones cada vez más complejas de gobierno relativas a la Nueva España. Por esta razón la corona determinó dar, de manera preponderante, las funciones de gobierno a un solo hombre y se creó el virreinato.

Así el 17 de abril de 1535 Carlos V firmó tres provisiones o títulos en favor de Antonio de Mendoza. En una lo nombraba virrey de la Nueva España, esto es, representante directo del rey, de su “real persona”. En otra lo nombra presidente de la Audiencia de México —cesando en sus funciones el obispo de Santo Domingo, Sebastián Ramírez de Fuenleal—, y convirtiéndola en Audiencia virreinal. Y en la tercera provisión le da el título y cargo de capitán general. En la misma fecha la Corona libró otra cédula dirigida a los oidores de México en la que se definía las facultades virreinales y les ordenaba que en las cuestiones de gobierno que el virrey les quisiera comunicar lo aconsejaran y ayudaran como más conviniera para el bien de la tierra.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Chávez, *op. cit.*, p. 32.

<sup>26</sup> Ruiz Medrano, *op. cit.*, p. 32.

<sup>27</sup> Cfr. Esquivel Obregón, *op. cit.*, pp. 376-377.

## 2. La naciente Iglesia Novohispana

### *Principios de la obra misionera*

Con Cortés venía el mercedario Bartolomé de Olmedo, capellán de su hueste. Para muchos este fraile “merece el nombre de primer apóstol de la Nueva España”, ya que “desde que comenzó la campaña conquistadora de Cortés, el P. Olmedo se deja ver entregado a la suyo; transmitir, por medio de intérpretes la Buena Nueva”.<sup>28</sup> Olmedo tuvo, como parte de su labor misionera, una actividad de freno y control de los impulsos de Cortés que continuamente quería derribar ídolos y templos de las religiones de las comunidades indígenas, para sustituirlos por cruces e imágenes cristianas, haciéndole ver que era la persuasión mejor camino para sacar a los indios de la idolatría y la aceptación del mensaje cristiano.<sup>29</sup>

Los primeros religiosos que llegan a Nueva España sin que tengan que ver con la hueste de Cortés, son tres franciscanos de origen flamenco, dos sacerdotes y un lego. Los presbíteros fueron Johann Van den Auwera y Johann Dekkers —conocidos por sus nombres castellanizados Fray Juan de Aora o de Ayora y fray Juan de Tecto o de Toict—; el lego fue nada menos que Peeter Van der Moere, de Moor o de Muer, Pedro de Mura “como él mismo, castellanizando su nombre, dijo llamarse, Pedro de Gante, como todo el mundo lo llama”.<sup>30</sup> Desembarcan en Veracruz el 13 de agosto de 1523.<sup>31</sup>

La obra de Fray Pedro de Gante en el aspecto evangelizador, educativo y de defensa de los indios fue grandiosa. Desde el mismo año de su llegada a tierra mexicana, fundó en Texcoco “la primera escuela de cultura europea que hubo en el Nuevo Mundo, la primera también destinada a los indios”.<sup>32</sup> La obra del fraile flamenco “fue

<sup>28</sup> Juan Ledesma Saldaña, O.S.A., *500 Años de la Evangelización de América*, Ed. Instituto Mendel, Aguascalientes, 1993, p. 2.

<sup>29</sup> Cfr. Robert Ricard, *La Conquista Espiritual de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 77.

<sup>30</sup> Ezequiel A. Chávez, *El primero de los grandes educadores de la América. Fray Pedro de Gante*, Imprenta Mundial, México, 1934, p. 5.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 14.



muy hermosa”, dice Ricard, pero aislada y sin plan, por lo que “urgía... organizar la cristianización del país”.<sup>33</sup>

La cristianización organizada de la Nueva España comenzó con la llegada de *los Doce o Doce Apóstoles*, como se conocen a los franciscanos que desembarcaron en San Juan de Ulúa el 13 o 14 de mayo de 1524 y que entraron en la Ciudad de México el 17 o 18 de junio de ese año, trayendo como superior a Fray Martín de Valencia, y siendo uno de los del grupo el famoso Fray Toribio de Benavente, *Motolinia*.<sup>34</sup>

Los dominicos llegaron a México probablemente el 2 de julio de 1526.<sup>35</sup> También eran doce.

Venía como superior Fray Tomás Ortiz, y entre ellos venía el también famoso Fray Domingo de Betanzos, que había estado en La Española. Cinco de ellos murieron a menos de un año de haber llegado y otros regresaron a España, entre ellos el propio Tomás Ortiz.

La partida de éste, dice Ricard que “no parece muy de lamentarse: mezclado en ciertas intrigas con Cortés, revoltoso y nada quieto, hubiera llevado por mal camino a sus religiosos”.<sup>36</sup> Así Betanzos quedó como el fundador de la provincia dominica en México.

La tercera congregación religiosa que se instaló en México fue la de los agustinos. Llegaron a Veracruz el 22 de mayo de 1533, “luego á los veinte y siete de Mayo partieron de la Veracruz para la Ciudad de México, adonde llegaron Sábado siete de Junio, víspera de la Trinidad”.<sup>37</sup> Eran siete frailes, entre los que venía el famoso y venerable Fray Francisco de la Cruz.

El celo misionero de estas tres órdenes religiosas fundarían, propiamente, a la Iglesia mexicana. Años después la Compañía de Jesús se uniría a éstas para fortalecerla.

<sup>33</sup> Ricard, *op. cit.*, p. 82.

<sup>34</sup> Cfr. Ricard, *op. cit.*, pp. 83 y 84.

<sup>35</sup> Cfr. Ricard, *op. cit.*, p. 85.

<sup>36</sup> Ricard, *op. cit.*, p. 86.

<sup>37</sup> Ioan de Grijalva, *Crónica de la Orden de N.P.S. Agustín en las Provincias de la Nueva España. En quatro edades desde el año de 1533 hasta el de 1592*. Reimpresión de la obra de 1624, hecha en la ciudad de México por la Imprenta Victoria en 1924, p. 40.

### *El episcopado defensor de los indios*

El primer obispo de México fue el franciscano Fray Juan de Zumárraga. Había nacido en la villa de Durango en Vizcaya; tomó el hábito de la orden de San Francisco en el convento de Nuestra Señora de Aranzazu en la provincia de Cantabria. Tuvo varios cargos en las diversas comunidades en las que hizo vida religiosa en España, destacándose por sus virtudes franciscanas: pobreza y amor a los pobres; además era un hombre de estudio y prudente.<sup>38</sup>

El 12 de diciembre de 1527 es propuesto Zumárraga para obispo de México, y ese mismo año el Papa Clemente VII le da el nombramiento.<sup>39</sup> “Sin las bulas correspondientes y aún no consagrado, pobrísimo y decidido, se presenta, en otro diciembre luminoso el de 1528, en la doliente ciudad de Tenochtitlán-México”.<sup>40</sup> Llegaba a su sede episcopal, precisamente con aquellos a los que había de enfrentarse por sus injusticias: los miembros de la Primera Audiencia.

La consagración episcopal de Zumárraga fue hasta el 27 de abril de 1533 en España.<sup>41</sup> Ya para entonces había librado terribles batallas en defensa de los indios, en contra de la crueldad y el despotismo de los tristemente célebres oidores presididos por Nuño de Guzmán.

Si bien, pues, el franciscano vizcaíno, no venía aún, en 1528, con la consagración episcopal, sí traía el título de obispo electo y de *Protector de Indios*<sup>42</sup> que le había dado la Corona.

Dice Ethelia Ruiz que los orígenes del cargo de *Protector de Indios* se remontan al siglo XIII español, cuando Pedro II de Aragón instituyó el oficio de “Padre de los Huérfanos”, como una función municipal; de ahí pasó a Castilla y luego a las Indias.<sup>43</sup> El primero que recibió el título de *Protector de Indios* fue Bartolomé de Las Casas, muchos años antes de ser obispo, el 17 de septiembre de 1516, por el regente

<sup>38</sup> Cfr. Francisco Sosa, *El Episcopado Mexicano. Biografía de los Ilmos. señores arzobispos de México. Desde la época colonial hasta nuestros días*, tomo I, Ed. Jus, México, 1962, pp. 44 y 45.

<sup>39</sup> Cfr. Raymundo Solano, O.F.M., “Fr. Juan de Zumárraga (Protector de los indios)”, en *Estudios sobre Fray Juan de Zumárraga*. Número Extraordinario de los Anales de la Provincia del Santo Evangelio, año VII, núm. 2, México, 1950, pp. 129 y 130.

<sup>40</sup> Solano, *op. cit.*, p. 130.

<sup>41</sup> Cfr. Solano, *op. cit.*, p. 135.

<sup>42</sup> Cfr. Ruiz Medrano, *op. cit.*, p. 34.

<sup>43</sup> Cfr. Ruiz Medrano, *op. cit.*, nota 6 del capítulo I, p. 93.

del Reino de Castilla, cardenal Francisco Jiménez de Cisneros. El título era de “procurador o protector universal de todos los indios de las Indias”,<sup>44</sup> con un sueldo anual de cien pesos oro.

En defensa de los indios y de los propios españoles avecindados, Zumárraga entra en muy serios conflictos con las autoridades novohispanas; “los potentados, mandones y altivos señores de la Primera audiencia, arrebatában a los pobres lo que para ellos constituía su único caudal: el sustento, la tranquilidad y aun la vida”.<sup>45</sup>

Los oidores conminaron al franciscano para que desoyese las quejas de los indios; fray Juan, sin embargo, insistió en su empeño. Entonces las autoridades lo amenazaron con destierro, pérdida de rentas, prisión y hasta muerte; y, además, se ordenó ahorcar a los indios que se acercaran a Zumárraga en demanda de amparo. El franciscano insistió en hacer valer y hacer efectivo su cargo de *Protector* y añadió a estas funciones su carácter de obispo, y desde la cátedra sagrada exigió justicia y respeto de los derechos de los pobres.<sup>46</sup>

Fray Juan de Zumárraga defiende los derechos de los indios, de los empobrecidos de las Indias, busca la justicia exigiendo el respeto de los derechos de los propios españoles que injustamente les son violentados y defiende las inmunidades o derechos de la propia Iglesia. Para ello hace uso del derecho objetivo del propio Estado y en funciones del cargo que recibió de la Corona como *Protector de Indios*, y además hace uso del derecho eclesiástico o canónico.

Eugenio Martín Torres, siguiendo las cartas de Zumárraga, nos narra lo que pensaba el primer obispo de México sobre su labor como defensor de los indios; por su *Epistolario* conocemos qué hacía el prelado franciscano frente a la opresión que vivían los vencidos por la rapiña y crueldad de muchos españoles, especialmente los miembros de la Primera Audiencia y los que éstos apoyan. Torres los narra así:

Desde una perspectiva jurídica y moral, su tarea de protector consistía en que los indios, como nuevos vasallos del rey, vivieran “en paz y en justicia” y pudieran, “estar en sus casas y pueblos” sin que nadie “les tomaran lo suyo” y, en caso de que así ocurriera, los infractores debían de ser castigados

<sup>44</sup> Bartolomé de Las Casas, *Historia de las Indias*, Libro III, Capítulo XC, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 136.

<sup>45</sup> Solano, *op. cit.*, p. 131.

<sup>46</sup> Solano, *op. cit.*, pp. 131-133.

conforme al delito cometido según las leyes del rey. De esta forma en 1529, Zumárraga denunciaba que el gobierno de la primera Audiencia había despojado a los indios de sus tierras y aguas como ocurrió en Tacubaya. Les había quitado a sus *hijas, hermanas y parientes de buen gesto*. Había secuestrado, sobornado y amenazado con ahorcar a los caciques para pedirles oro, plata y joyas como rescate y, además, se servía de muchos indios esclavos en las minas. Asimismo a los cargadores o tamemes los cargaban de manera *muy fea y muy prohibida*. Los jóvenes eran convertidos en sus criados y a los macehuales o *gente común* los obligaban a trabajar en la construcción de molinos y casas de su propiedad, *sin perdonarles los días de fiesta ni darles un puño de maíz para que comieran, haciéndoles traer todos los materiales a costas y comprarlos por sus propias haciendas*.

En conclusión, los miembros de la primera Audiencia y sus cómplices estaban *bien gordos de dineros* y tenían una gran *cantidad de indios que tomaron para sí*, pues con *asesinatos, afrentas, injurias, extorsiones, opresiones, vejaciones y robos*, descubrieron la oportunidad de poder salir de sus miserias a costa de la explotación y de la muerte de *los pobres indios*. Por ejemplo, fray Juan describe que, para obligarlos a dar pastura y maíz, a los naturales los *ataban de manos y desnudos los azotaban y les daban de palos y atormentaban grandemente* o como le ocurrió al cacique de Tacubaya, a quien, por negarse a destinar más indios para la construcción de edificios, arrastraron de los cabellos y de los golpes que recibió se le hundió el pecho y *a borbollones* echaba sangre por la boca.

También como lo indican las crueldades de cargar a *muchachos y mujeres preñadas*, de arrojar como pasatiempo indios a los *perros lebreles* y de quemar, herrar o crucificar indios como llegó a ocurrir en Oaxaca.<sup>47</sup>

### 3. Informes y acciones concretas de Fray Bernardino Minaya

Pasados los primeros años de la caída del imperio azteca, y una vez que el conquistador, Hernán Cortés, es marginado del ejercicio del poder, la Nueva España oscila entre desastrosos gobiernos, de opresión y rapiña, como el de la Primera Audiencia, a gobiernos equitativos, como es el caso de la administración de la Segunda Audiencia; y se debate sobre la condición del indio, en cuanto a sus capacidades de

<sup>47</sup> Eugenio Martín Torres Torres, “De la Ciudad Cristiana a la Ciudad Divina: la fundación del Obispado de México, 1528-1548” (I), en *Efemérides Mexicana*, vol. 19, núm. 55, Universidad Pontificia de México, Estudios Filosófico-Teológicos, México, enero-abril 2001, pp. 41-42.

todo tipo (racionalidad, de gobierno, de trabajo, religiosa, etc.), y su libertad, es decir sobre si debe ser sometido a esclavitud.

Así las cosas, en 1531, Fray Domingo de Betanzos, fundador del convento de Santo Domingo de México y de la provincia,<sup>48</sup> viajó a Europa procurando, precisamente, autonomía para la Provincia Dominicana de México. Estando allá, escribió “una impactante difamación contra los indios, declarándolos incapaces de recibir la fe, atacando a las conversiones franciscanas y diciendo que Dios había condenado a los indios al exterminio por sus pecados bestiales...”;<sup>49</sup> un ejemplar de ese escrito lo presentó ante la máxima autoridad indiana con sede en España, al Consejo de Indias. Muchos años después, Betanzos se retractó de sus afirmaciones y se refiere a su dicho en estos términos:

...porque yo muchas veces he hablado en cosas que tocaban a los indios diciendo algunos defectos de ellos y dejé en el consejo de las Indias de su Majestad escrito y firmado de mi nombre un memorial el cual trata de los dichos defectos diciendo que eran bestias y que tenían pecados y que Dios los había sentenciado y todos perecerían...<sup>50</sup>

En Nueva España se conoció el escrito de Betanzos al Consejo, y se daban opiniones en el mismo sentido, muy similares, con repercusión en la libertad de los indios. Precisamente otro dominico, Fray Bernardino Minaya, en 1533, le envía una carta al emperador Carlos V, diciéndole lo siguiente:

Yo, Fray Bernardino Minaya de la Orden de Predicadores... parezco ante su real Majestad, y digo que asy es que:

Syendo el padre Fray Vycente de Santa María, frayle de la dicha horden, prelado en Santo Domingo de Mexico de la Nueva Spaña, predicó publicamente en la yglesia mayor de dicha ciudad que los dichos gentiles o yndios devian ser y heran verdaderamente esclavos e por esclavos e por tales...

<sup>48</sup> Cfr. Juan R. Cabal, *Betanzos evangelizador de México y de Guatemala*, Ed. OPE, Villava-Pamplona, 1968, p. 58.

<sup>49</sup> Rosillo, *op. cit.*, p. 186.

<sup>50</sup> Apéndice I, “Fray Domingo de Betanzos, O.P., se retracta de su opinión sobre que los indios sean animales, Valladolid, 13 de septiembre de 1549”, en Lewis, Hanke, *El Papa Paulo III y los Indios de América*, Ed. Fundice y Ed. Jus, Colección V Centenario, México, 1992, pp. 75-76. El mismo libro contiene un segundo estudio de Alberto de la Hera, *Los derechos espirituales y temporales de los naturales del Nuevo Mundo*.

herrados. Hablando al señor Marques del Valle [Hernán Cortés] en el mysmo sermon, le dixo: y Vuestra Señoria podria echar el yerro [hierro] con verdad al mesmo Señor Monteçuma. Y mas, predicaba que Nuño de Guzman podia hazer la guerra en la tierra que se dize Nueva Galizia, como de facto lo hizo, donde muchos dellos de Mexico murieron. Y todo esto, lo huno y lo otro, hera contradiciendo al señor Obispo de Mexico e Religiosos del Padre Sant Francisco, que en sus predicaciones afirmavan todo al contrario como hera la verdad...<sup>51</sup>

Algunas autoridades se pronuncian porque los indios sean sometidos a esclavitud, entre ellas el mismo cardenal Loaiza, Presidente del Consejo de Indias. “El 20 de febrero de 1534 se recibió otra cédula, que confirmaba el restablecimiento del hierro de rescate. Es en este momento, opino, cuando el prior de los dominicos, Fray Bernardino Minaya, toma la decisión de viajar a España para desfacer el entuerto de su hermano de hábito. Para tal efecto, recaba ‘cartas de lo mejor desta tierra’ ...y cuanto escrito pueda servir para respaldo de su gestión”.<sup>52</sup>

Bernardino Minaya, según sus biógrafos, debió nacer hacia 1489; para 1508 era ya dominico en el convento de San Pablo del Valladolid, del cual es conventual de 1514 a 1519. En 1527 viaja para las Indias; se dedica a la evangelización en la Nueva España, en Oaxaca, Yanguitlan y Tehuantepec. Funda un monasterio en León, de Nicaragua. Sale para Perú y alcanza a Pizarro en Napunal.<sup>53</sup> Ante la actitud del conquistador de Perú contra los indios, decide separarse de ese proyecto. Minaya nos cuenta:

...El Pizarro respondió que había venido desde México a quitarles su ganancia y que, no quería hacer lo que le pedía y así me despedí de él con mis compañeros... Yo le dije que no quería parte de oro tan mal habido ni quería con mi presencia dar favor a tales robos...<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Apéndice 3, Fray Bernardino Minaya, *Primera súplica al Emperador Carlos Quinto* (1533), Archivo General de Indias, en Parish y Weidman, *op. cit.*, p. 269.

<sup>52</sup> René Acuña, *Fray Julián Garcés. Su alegato en pro de los naturales de Nueva España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. XXXII.

<sup>53</sup> Cfr. De la Hera, *op. cit.*, pp. 157-159.

<sup>54</sup> Apéndice II, Carta de Bernardino de Minaya a Felipe II, en Hanke, *op. cit.*, p. 83.

Llega, de nuevo, a Nueva España y es nombrado superior del convento de Santo Domingo de México. Dice Hanke que Minaya “fue el representante típico de los frailes españoles contemporáneos que ansiaban la conversión de los naturales y uno de los cientos de bravos eclesiásticos que espontáneamente surgieron para difundir su fe en ultramar”.<sup>55</sup> Se afirma que Fray Bartolomé de Las Casas “es maestro e inspirador de Minaya”, y fue quien lo alentó a su viaje ante el Papa.<sup>56</sup> De su retorno a la Nueva España dice Minaya:

Y de allí con brevedad venimos a México donde el Señor quiso traerme a tal tiempo que había venido provisión del Presidente Cardenal de Sevilla Loaysa en que mandaba los capitanes viniesen a los indios esclavos a su voluntad movido a esto por un religioso de Santo Domingo, que se llamaba Fray Domingo de Betanzos que afirmó y dijo en el Consejo de Indias que los indios eran incapaces de la fe...<sup>57</sup>

Minaya decidió, entonces, viajar a Europa. Debió llegar a España a fines de 1536. Se entrevista con el cardenal Loaysa, presidente del Consejo de Indias, y no sólo no llegan a acuerdos, sino que chocan. Loaysa “le asegura que Betanzos tiene razón, que los indios son como loros que hablan sin saber que dicen”.<sup>58</sup> En virtud de este fracaso ante la autoridad española, decide ir a Roma a entrevistarse con el Papa. Para ello lleva tres cartas de la Emperatriz recomendándolo con el Papa Paulo III, obtenidas por medio del doctor Bernal Luco, miembro del Consejo de Indias.<sup>59</sup>

Ya en Roma, Minaya es recibido por uno de los asesores de Paulo III, el padre Fray Tommaso Badia, perteneciente, igual que Minaya, a la Orden de Predicadores. A Badia, Minaya le entrega una carta, denunciando el hecho de que se acusa a los indios de seres sin razón e incapaces de recibir la fe cristiana, y le hace una relación de documentos que contradicen esa calumnia. La carta es del tenor siguiente:

<sup>55</sup> Hanke, *op. cit.*, p. 47.

<sup>56</sup> Cfr. De la Hera, *op. cit.*, p. 117.

<sup>57</sup> Carta de Bernardino Minaya, *op. cit.*, p. 83.

<sup>58</sup> De la Hera, *op. cit.*, pp. 163-164. Dice De la Hera, siguiendo a Fabié, que Ginés de Sepúlveda escribió su *Democrates Alter*, a instancias de Loaysa.

<sup>59</sup> Cfr. De la Hera, *op. cit.*, p. 165. El texto de las cartas en Parish y Weidman, Apéndice 5, pp. 272 y 273.

Como, según la enseñanza del Príncipe de los Apóstoles [I Pedro, 5, 8-9], el astuto Satanás siempre aborrece las buenas obras, y ronda cual un león con rugido lúgubre, buscando a quien devorar. Por esto es que el mismo [Demonio] —doliéndose de la pérdida de su poder sobre las naciones de los Indios, viendo que se arrancarán de sus fauces y, creyendo en Cristo, se purificarán en el lavacro de su sangre, es decir el santo bautismo— [el Demonio] ha procurado poner un impedimento para que no se instruyan en la doctrina de Cristo: [un impedimento] no sólo por la avaricia de cristianos seculares sino, lo que es peor, por la opinión de eclesiásticos, afirmando que [los indios] son incapaces de la Fe católica. Pero al contrario, se sostiene el hecho y la verdad que vence y supera todo. Pues [los indios] por naturaleza son seres humanos. Y por consiguiente, tienen almas capaces de pena y gloria, y de los medios para [alcanzar] tales fines. Y además de esto, se ha tenido la misma experiencia de testigo ocular por muchos religiosos y por mí, pasando tantos años entre ellos mismos. Sin duda, son más hábiles a comprender la enseñanza [de la Fe] que nosotros a esponerles la doctrina. Entonces para que la divulgación de tal opinión y la marca de infamia impuesta en ellos por artificio diabólico, no desistan los obreros en la viña del Señor de tan grande y tan santa obra apostólica. Y [pues] a mí, entre otros seguidores de Cristo, tocara responder por ellos en tan grande cuestión —a fin de que el testimonio fuera más eficaz y fuerte entre todos, obtuve del reverendo señor fray Julián Garcés, de la Orden de Predicadores, primer obispo de Tlascala en las Indias, una carta dirigida a su Santidad y significando lo que sentiera de su capacidad. De la cual carta soy mensajero. Ahora, para que [su Santidad] sea movido por las razones del mismo, y para que la capacidad de los indios occidentales se conozca más verdaderamente y claramente para todos: he rogado humildemente a vuestra señoría que, como conviene según vuestro oficio, por autoridad de la Sede Apostólica ordenaréis y mandaréis imprimir esta carta, junta con otras [cartas] de los reverendos señores fray Juan de Zumárraga, de la Orden de los [frailes] Menores, Obispo de México, y el doctor Bernal [Díaz] de Luco, consejero del Consejo encargado de las Indias del César Carlos, aprobandos y atestiguandos la misma cosa. Y vos, que juzgastes tal obra pía y aceptable a Dios, y que también quisisteis ayudar en la salvación de tantas almas, en vuestra benevolencia lo mandasteis hacer. Por lo cual os doy inmensas gracias —[a vos] que recibiréis, pues sois digno, el galardón condigno, a manos de El que dijo: Mirad que no menospreciéis a uno de estos párvulos. Adiós, dignísimo padre.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Apéndice 6, comunicación de Fray Bernardino Minaya a Fray Tommaso Bedia, en Parish y Weidman, *op. cit.*, pp. 274-275.

Paulo III, después de recibir el testimonio de Fray Bernardino Minaya y los documentos que lo avalaban, nombró una comisión de cuatro miembros para estudiar el asunto: el cardenal Contarini, el cardenal Girolamo Ghinucci, el profesor, ex catedrático de Ferrara, Venecia y Bolonia, el dominico Fray Tommaso Badia, y el doctor Pedro Ortiz, ex catedrático en París y Salamanca.<sup>61</sup>

#### 4. La Carta de Fray Julián Garcés

Minaya le hace ver a Badia, que trae consigo “una carta dirigida a su santidad”, sobre la capacidad de los indios, de Fray Julián Garcés, primer obispo de Tlaxcala.

Julián Garcés nació en el Reino de Aragón, alrededor de 1452. Tomó el hábito de la Orden de Predicadores en el Convento de San Pedro Mártir de Calatayud, en Aragón. Se formó en la Universidad de París.<sup>62</sup>

Garcés es nombrado obispo, precipitadamente, de un territorio no definido “de la isla Carolina o Yucatán”, en 1519, cuando no se sabía bien si las tierras recién descubiertas de lo que hoy es México, eran una isla o parte de todo un continente. Es un obispado de papel. Sólo años después, se define el obispado como de Tlaxcala.<sup>63</sup> Garcés es consagrado obispo en Granada, el 1 de diciembre de 1526. Como quiera que sea, Garcés es el primer obispo nombrado y consagrado para México. Sin embargo, como dice René Acuña: “Tras varios años, entonces, de ser obispo de papel, ahora que por fin tiene una diócesis real, saborea la amarga burla de que su sede está en una ‘ciudad’ vedada a la población de españoles.<sup>64</sup> Puros naturales, mi amigo, cuya lengua no entiende ni aprenderá en lo que le reste de vida... incapaces a su vez de apreciar la elegancia y gracia de su predicación cortesana. ¿Quién tendrá corazón para reprocharle que abandone la casa de Mexixcatzin (su ‘palacio episcopal’), se compre un solar en

<sup>61</sup> Cfr. Parish y Weidman, *op. cit.*, p. 16.

<sup>62</sup> Cfr. Acuña, *op. cit.*, pp. XVIII-XX.

<sup>63</sup> Cfr. Torres, *op. cit.*, p. 32, en especial nota 11.

<sup>64</sup> Se trata de un privilegio de Tlaxcala, que como pueblos de indios gozó de un trato privilegiado en la Nueva España; otros privilegios en Ley XXXIV y Ley XXXX de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*.

México y se traslade a esa ciudad?”<sup>65</sup> La reina le conmina, aunque sin éxito, a que resida en su sede episcopal.

En 1532, Fray Juan de Zumárraga, obispo electo de México, tiene necesidad de viajar a España. Garcés, provisionalmente, ocupa la sede vacante, la cual regirá hasta fines de 1535. Es en este tiempo que redacta su famosa Carta al Papa Paulo III, solicitada por Fray Bernardino Minaya.

La Carta es un precioso alegato a favor de la racionalidad de los indios; escrito, dicen los que saben, en un preciso y elegante latín, lengua que el obispo de Tlaxcala conocía muy bien y manejaba con habilidad. Tiene la singularidad de que es un escrito argumentando a favor de los indios, el primero dirigido al Papa, máxima autoridad del mundo cristiano, y quizás por eso sus repercusiones.

La Carta de Fray Julián Garcés, además de ser un elogio de las virtudes intelectuales y manuales de los indios, constituye una denuncia de la crueldad y rapiña de los españoles. A continuación citamos unos párrafos de la traducción que nos ofrece René Acuña:

No son vocingleros ni pendencieros; no son pleitistas ni alborotadores ni díscolos, ni soberbios ni insolentes. Son tranquilos, tímidos, disciplinados; obedientes sobremanera con los maestros, con sus compañeros son deferentes. Nada chismosos ni mordaces ni injuriosos, están, en suma, libres de los vicios en que los chiquillos de nuestra tierra abundan. Hasta donde esa edad lo permite, son en alto grado propensos a la liberalidad. No importa que des a uno o a varios, porque lo dado a uno cuidan que se reparta entre todos.

Son de una templanza admirable, nada beberones ni tragones, de una ingénita y casi innata moderación y freno. Da gusto verlos marchar en orden y en filas, o cuando se les manda sentar o ponerse de pie, o postrarse en los reclinatorios con las rodillas dobladas. Fuera de su *tlaqualli*, que es como llaman a la comida ordinaria, tras el pan o *tlaxcalli*, nada piden con importunación. Tienen, claro está, toda clase de frutas, tanto de nuestra tierra, esto es de semillas importadas de España, como de la suya. ¡Tal es la fecundidad y feracidad del suelo!

Por otra parte, la docilidad de su ingenio es fuera de lo común. Sea que los pongas a cantar o leer, escribir, pintar, modelar, en todo lo concerniente a las artes liberales y mecánicas, pescan al vuelo todos los rudimentos y son agudos sobre manera de entendimiento con singular destreza; lo cual (se me

<sup>65</sup> Acuña, *op. cit.*, pp. XXVI y XVII.

ocurre a mí, dándole muchas vueltas) nace, la clemencia y temple del cielo aparte, de su admirable simplicidad y continencia en la mesa.

Satánica y del Demonio afligido de que su culto sea destruido, es por cierto la voz que las gargantas de cristianos cegados por la avaricia vomitan, cuya rapacidad es tan grande, que, buscando saciar su sed, porfían que criaturas racionales hechas a imagen de Dios son bestias y jumentos. Todo, con el único fin de que a quienes está sometido el cuidado de ellas, ninguno pongan en liberarlas de las rabiosísimas manos de la codicia, antes, por el contrario, autoricen servirse de ellas de su antojo y capricho. Mas, ¿quién habrá tan desvergonzado de ánimo y de tan obtuso cerebro, que se atreva a afirmar que son incapaces de la fe los que vemos ser con sobras capaces de las artes mecánicas y que, sometidos al ministerio de los nuestros, nos consta que son de buen natural, fieles y diligentes?

Ese género de sujetos que tales cosas sostiene daña sobremanera a esta misérrima turba de indios, ya que disuade a algunos religiosos de que acudan a ellos para industrializarlos en la fe. Debido a lo cual, algunos españoles que se llegan a hacerles guerra, apoyados en el juicio de estos fulanos, suelen opinar que no hay crimen en despreciarlos, perderles y darles muerte.<sup>66</sup>

### 5. Parecer de Fray Juan de Zumárraga contra la esclavitud de los indios y su derecho a la libertad

Declarandome en el termino, presupongo primero que los indios entre sí, sin ningun principio juridico, divino, natural, ni humano, acostumbran hazer esclavos a los yndios e venderlos por culpas leves... Y niños y niñas de siete años abaxo me trayan rrescatados, quando tenia la llave de hierro. E de cierto que me trayan, yo no hallaba entrello un esclavo; y los que ponían el hierro dezian que entre mill no hallava un libre Dava voces en los pulpitos; no me valía. Mostrava leyes de partida que expresamente vedavan todo lo que hazian. Dezian que alborotaria y hazia moneda. Yo: que me mostrasen ley divina o humana por donde lo podían hazer; nunca me lo mostraron, ni auctoridad con que si pudiesen herrar. Muchas vezes me traya, rescatados para herrar, trecientos y quatrocientos juntos... Y pues está claro que, aunque el padre por necesidad pueda... vender el trabajo o servicio del hijo, no (puede vender) la libertad —que no hereda dél, sino de su creador y Redemptor que con su sangre los redimió. Y parece claro que ése que ellos llaman rescate o redención es servidumbre y subjeción perpetua, y privación de su libertad...

<sup>66</sup> En Acuña, *op. cit.* Texto latino, pp. 5-19; traducción española: pp. 21-42.

Y porque está claro ser injusto, y todos los religiosos y letrados concuerdan en esta sentencia; que no ay ley ni razón ni ejemplo por donde estos se hagan esclavos como se hazen; (ni) en nuestra cristiandad sufre tal rescate tiránico y contra ley natural y de Cristo...<sup>67</sup>

Así respondía, en principio, fray Juan de Zumárraga, obispo de México, en su *Segundo Parecer o Parecer ampliado con Seis Verdades, sobre esclavos indios y conversión pacífica*, en 1536, al virrey Antonio de Mendoza, quien le había formulado un cuestionario en tres preguntas: 1. Si es justo que se hagan esclavos de rescate entre los indios. 2. Si entre ellos se harán esclavos de guerra. 3. Si a los gobernadores indios, ya que se les comete la declaración de guerra, se les cometerá también el sentenciarlos como esclavos y mandarlos herrar.<sup>68</sup>

En el texto encontramos la defensa de los derechos de los indios, los empobrecidos de las Indias, en derecho positivo (leyes de partida), derecho natural y derecho divino (ley de Cristo) con argumento: teológicos (Redemptor que con su sangre los redimió). El parecer en defensa del indio del franciscano muestra el fundamento de los derechos humanos en aquello que el derecho positivo pueda aportar, en el iusnaturalismo y, de manera fundamental, en la Biblia. Y esto precisamente es lo que caracteriza la concepción de los derechos humanos de los defensores de los indios de nuestra naciente Iglesia novohispana. Por cierto, en abono de la generalidad de este pensamiento en este sector de la Iglesia, Helen-Rand Parish sostiene que la redacción de las Seis Verdades, que fundamentan las respuestas de Zumárraga es de Bartolomé de Las Casas.<sup>69</sup>

### 6. El primer tratado de Fray Bartolomé de Las Casas: *Del único modo*

Bartolomé de Las Casas (1484-1566) es la figura central en la defensa de los derechos de los indios y de una importancia primordial en el

<sup>67</sup> Apéndice 1, "Parecer ampliado con Seis Verdades, sobre esclavos indios y conversión pacífica", de Juan de Zumárraga (con Bartolomé de Las Casas), en Parish y Weidman, *op. cit.*, pp. 255-266.

<sup>68</sup> Cfr. Mauricio Beuchot, *Filosofía social de los pensadores novohispanos*, Ed. Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, México, 1990, pp. 11-14.

<sup>69</sup> Cfr. Parish y Weidman, *op. cit.*, p. 253.

inicio y consolidación de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos, por su pensamiento (teoría) y por su praxis; no sólo por teorizar, sino por estar inserto en la práctica de defensa de los derechos humanos de los empobrecidos de las Indias. Su producción teórica, en tratados y memoriales es inmensa, y la bibliografía sobre la obra del ilustre sevillano enorme.<sup>70</sup>

No es el lugar para detallar datos biográficos de Las Casas.<sup>71</sup> Sólo diremos algunos datos básicos. Probablemente fue ordenado sacerdote en Roma en 1507; pero celebró su primera misa ya en Indias, en La Española, en la ciudad de La Vega, en 1510. En 1522, Las Casas ingresa a la Orden de Predicadores en La Española, en el convento de Villa de Santo Domingo, por el consejo del desconcertante Fray Domingo de Betanzos –quien en La Española sentía y actuaba como sus hermanos dominicos por la defensa de los indios–.<sup>72</sup> Las Casas hace profesión religiosa con los dominicos en 1523.

Entre los documentos producidos por la Iglesia Novohispana, que tuvieron en sus manos y se echaron a los ojos, el Papa Paulo III y sus asesores, que inspiraron los documentos de fines de mayo y principios de junio de 1537, del que sobresale la *Sublimis Deus*, estaba seguramente alguna versión del primer tratado de Bartolomé de Las Casas, o una síntesis del mismo, sobre la evangelización: *Del Único Modo de Atraer a Todos los Pueblos a la Verdadera Religión (De Unico Vocationis Modo)*,<sup>73</sup> escrito en Guatemala probablemente entre 1536 y 1537.<sup>74</sup> El dominico sostiene que la evangelización únicamente puede hacerse con la palabra y el testimonio. A continuación, como probadita, una pequeña muestra del texto lascasiano.

<sup>70</sup> Por mi parte he contribuido con *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de Las Casas*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes (1991 y 1996); y Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Centro de Reflexión Teológica, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.

<sup>71</sup> Una buena síntesis biográfica de Las Casas, en Rosillo, *op. cit.*, pp. 69-78.

<sup>72</sup> Cfr. Cabal, *op. cit.*, pp. 42-46.

<sup>73</sup> Cfr. Parish y Weidman, *op. cit.*, p. 37.

<sup>74</sup> Lewis Hanke, "Introducción", en "Fr. Bartolomé de Las Casas, *Del Único Modo de Atraer a Todos los Pueblos a la Verdadera Religión*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p. 22.

En resolución, aseveramos no solamente que es muy razonable admitir que nuestras naciones indígenas tengan diversos grados de inteligencia natural, como es el caso con los demás pueblos, sino que todas ellas están dotadas de verdadero ingenio; y más todavía, que en ellas hay individuos, y en mayor número que en los demás pueblos de la Tierra, de entendimiento más avisado para la economía de la vida humana. Y que si alguna vez llega a faltar esta penetración o sutileza de ingenio, tal cosa sucede, sin duda alguna, con el menor número de individuos, o mejor dicho, con un número insignificante.

#### PRIMERO CONCLUSIÓN

La Providencia divina estableció, para todo el mundo y para todos los tiempos, un solo, un mismo y único modo de enseñarles a los hombres la verdadera religión, a saber: la persuasión del entendimiento por medio de razones y la invitación y suave moción de la voluntad. Se trata, indudablemente, de un modo que debe ser común a todos los hombres del mundo, sin ninguna distinción de sectas, errores, o corrupción de costumbres.

Esta conclusión se demuestra de muchas maneras: con argumentos de razón, con ejemplos de los antiguos padres; con el precepto y forma de predicar que Cristo estableció para todos los tiempos; con la manera de obrar, o sea con la práctica de los apóstoles; con autoridades de los santos doctores; con la costumbre antiquísima de la Iglesia, y finalmente, con numerosos decretos eclesiásticos.

En efecto, se demuestra primeramente con argumentos de razón, entre los cuales sea éste el primero. Es uno solamente el modo propio de la Sabiduría divina, como que delicada, dulce y suavemente provee y mueve a todos los seres creados para que efectúen sus actos y tiendan a sus fines naturales. Pero, entre todos los seres creados, las criaturas racionales son superiores y de mayor excelencia que todas las demás que no fueron hechas a imagen de Dios; y son, por otra parte, criaturas a las que provee la Sabiduría divina de un modo singular por ellas mismas, en tanto que provee a las demás en atención a éstas, como se demostró al principio del capítulo 1o. Luego la Sabiduría divina mueve a las criaturas racionales, o sea a los hombres, para que realicen sus propios actos u operaciones, delicada, dulce y suavemente. Pero, según las enseñanzas de la fe, los hombres se mueven y encaminan a la verdadera religión únicamente en virtud de una ley común, como se infiere de estas palabras del último capítulo de San Mateo: "Id, pues, e instruid a todas las naciones, bautizándolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo, enseñándolas a observar todas las cosas que yo he mandado"; y de las siguientes de la Epístola a los Romanos (cap. 10): "La fe viene del oír y el oír depende de la predicación de la palabra de Jesucristo". En conse-

cuencia, el modo de enseñarles a los hombres la verdadera religión debe ser delicado, dulce y suave. Pero este modo no es otra cosa sino la persuasión del entendimiento y la moción de la voluntad, como se probará adelante. Luego la Providencia divina ha establecido, para todo el mundo y para todos los tiempos, un mismo y un solo modo de enseñarles a los hombres la verdadera religión, a saber, la persuasión del entendimiento y la invitación o excitación de la voluntad.<sup>75</sup>

### 7. Junta Eclesiástica de 1536

Las Juntas Eclesiásticas o Apostólicas mexicanas son de una extraordinaria importancia para la consolidación de la Iglesia en la Nueva España y para la defensa que la propia Iglesia hizo de los derechos de los indios.

Una Junta Eclesiástica se celebró en México en 1536, conformada por varias reuniones de frailes letrados, obispos y oidores. No es mencionada por los historiadores; Helen-Rand Parish la ha reconstruido recientemente con “documentos totales” y “documentos parciales”. “Todas las fuentes concuerdan en las tres decisiones clave pedidas y tomadas en estas reuniones de 1536 en México. ¿El resultado? Tres Actas y tres o más tratados que coinciden exactamente con los tres decretos papales que Fray Bernardino Minaya obtuvo en Roma en 1537”.<sup>76</sup>

Estos tres temas fundamentales eran: sobre el bautizo de los indios adultos; la cuestión de la licitud de la esclavitud de los indios; y lo relativo a los métodos de evangelización.

Sobre el primero se resolvió, pese a la oposición franciscana que propugnaba por la administración masiva y por aspersion del sacramento, que se requería de pila, catecismo previo y exorcismo de cada indio, bautizo con agua bendita y crisma y aceite para todos; dejando a salvo de requisitos los casos de necesidad. El tratado base debió ser el escrito por el agustino fray Juan de Oseguera *De baptismo indorum per aspersionem*.<sup>77</sup>

Con relación a la esclavitud es unánime la opinión de oidores, obispos y religiosos, condenando cualquier clase de esclavitud y

los abusos tributarios de la encomienda. Tienen los miembros de la reunión un texto base para su opinión, escrito por uno de los participantes, el oidor y futuro obispo de Michoacán, Vasco de Quiroga, se trata de su *Información en Derecho* (1535).<sup>78</sup>

Con relación a los métodos misionales la reunión de 1536 resuelve basándose en el texto de otro fraile participante, Fray Bartolomé de Las Casas, precisamente *Del único modo de atraer a las gentes a la verdadera Religión*, en donde sostiene que la evangelización sólo puede hacerse con la palabra delicada, dulce y suave y el testimonio de vida.

Se trata, pues, de una junta de enorme importancia para la consolidación de la Iglesia novohispana, y para el reconocimiento y defensa de los derechos de los indios.

### 8. Información en Derecho, el tratado por la libertad de los indios de Vasco de Quiroga

#### *Vasco de Quiroga defensor y promotor de derechos*

Sin duda alguna, una de las grandes figuras del siglo XVI mexicano fue don Vasco de Quiroga. Forjador, como jurista, oidor, evangelizador y obispo, de nuestra tradición iberoamericana de derechos humanos, por la promoción y defensa que hace de los derechos de los indios. Como promotor de sus derechos al formar las repúblicas de indios, sus *pueblos-hospitales*, para que pudieran vivir con pleno respeto de su dignidad, teniendo un desarrollo integral como personas y comunidades, y al mismo tiempo pudieran vivir su fe cristiana en la esperanza y la caridad mutua y hacia los demás; y como defensor de los derechos, porque hizo “uso del derecho en la defensa del indio”.<sup>79</sup>

Vasco de Quiroga nació probablemente en 1470 en la villa de Madrigal de la provincia de Ávila, en donde fue bautizado en la iglesia de San Nicolás. Pertenecía a una familia de origen gallego; sus padres fueron Vasco Vázquez de Quiroga y María Alonso de la Cárcel.

<sup>78</sup> Cfr. Parish y Weidman, *op. cit.*, p. 27.

<sup>79</sup> Juan Manuel Hurtado, *Don Vasco de Quiroga. Una visión histórica, teológica y pastoral*, Ed. Dabar, México, 1999, p. 125.

<sup>75</sup> Las Casas, *Del Único Modo...*, *op. cit.*, pp. 64-67.

<sup>76</sup> Parish y Weidman, *op. cit.*, p. 24.

<sup>77</sup> Cfr. Parish y Weidman, *op. cit.*, pp. 24-26.



Recibió la licenciatura en cánones en la Universidad de Valladolid o en Salamanca.<sup>80</sup>

Vasco de Quiroga llegó a la Nueva España, en concreto a las playas de Veracruz, el 30 de diciembre de 1530, y entra en la Ciudad de México el 9 de enero de 1531, en su calidad de oidor de la llamada "Segunda Audiencia" de México. Trae además, de "tal vez unos centenares de libros",<sup>81</sup> una gran experiencia de servicio a grupos humanos minoritarios "destrozados por la guerra, que trataban desesperadamente de adaptarse, para poder sobrevivir, a las costumbres, idioma y religión de los vencedores";<sup>82</sup> son moros y judíos que siguen siendo perseguidos y hostigados, a los que el jurista Quiroga se dedica. Había sido juez de residencia en Orán y había prestado sus servicios en la Real Audiencia y Chancillería de Granada.

A partir del gobierno de la Segunda Audiencia, los indios acudieron ante ella haciendo valer sus derechos. Dice Ethelia Ruiz que la Audiencia "impulsó la atención de las causas de los indios: procuró dedicar un día de su semana de trabajo a escuchar y resolver los asuntos presentados por aquellos, y buscó los mecanismos para que recibieran justicia en forma eficaz".<sup>83</sup>

Entre los impedimentos que tenían los indios para tener acceso al sistema de justicia, estaban lo costoso de los litigios y el desconocimiento de las nuevas formas de justicia impuesto por la dominación y cultura jurídica española. Algunos miembros de la Audiencia fueron sensibles e intentaron captar las características de la sociedad y la cultura indígena; a la cabeza de ellos Vasco de Quiroga. Este jurista comprendió que el orden y el bienestar de los indios dependía de "una adecuación del derecho castellano a la compleja realidad indígena",<sup>84</sup> y con esta idea Vasco de Quiroga "abrevió el procedimiento en los juicios civiles relativos a los pleitos entre indios y españoles y, sobre todo, en las peticiones que se referían a libertades de esclavos",<sup>85</sup> asunto este último que tanto preocupó a don Vasco y motivó que

<sup>80</sup> Rafael Aguayo Spencer, *Don Vasco de Quiroga. Pensamiento jurídico*, en "Estudio preliminar", edición y notas de José Luis Soberanes, Porrúa, México, 1986, pp. 21 y 22.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>83</sup> Ruiz Medrano, *op. cit.*, p. 38.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>85</sup> *Idem*.

escribiera su *Información en derecho*. Con relación a la búsqueda de adecuar el derecho español a la realidad indígena, el oidor Quiroga fue comisionado para ello por la Audiencia y para llevar a cabo su labor se hizo asesorar de cuatro jueces indígenas.<sup>86</sup>

En su *Carta al Consejo de Indias*, el oidor Vasco de Quiroga narra una resolución de justicia, en defensa de los derechos de un grupo de indios, dictada por la Audiencia. Resulta que un teniente de capitán del Marqués -Hernán Cortés-, ante el levantamiento de un pueblo de indios al cual somete, contrariando la disposición de la propia Audiencia, los hace esclavos de guerra y los reparte. Se comisiona al propio oidor Quiroga a recoger esos indios y ponerlos en libertad. Quiroga narra así esta acción de la Audiencia, administrando justicia:

... el dicho theniente, entendiendo mal lo acordado e las instrucciones, repartió entre los que con él fueron, segund él a confesado, obra de dos myll yndios que tomó por fuerza, que se le hizieron fuertes en su peñol, de los quales todos los más se piensa que son niños e mujeres, de que acá avemos recebido no poco enojo e tenemos preso al dicho capitán y avemos reprehendido mucho al márques por que les dio la ynstrucción algo obscura, e hasta agora está acordado que yo vaya a recoger todos los que repartió que se pudieran aver, e saber lo que hizo e como lo hizo, e hacer lo que en ello se deva hazer con justicia.<sup>87</sup>

La obra jurídica más importante de don Vasco de Quiroga es, precisamente, su *Información en derecho*, que está fechada en México el 24 de julio de 1535. El título completo del documento es *Información en derecho del licenciado Quiroga sobre algunas provisiones del Real Consejo de Indias*. Sus objetivos son dejar sin efectos una provisión real que permitía la esclavitud de los indios e insistir en su remedio general para el "Nuevo Mundo": la creación de sus pueblos-hospitales.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Cfr. Ruiz Medrano, *op. cit.*, p. 41.

<sup>87</sup> Vasco de Quiroga, "Carta al Consejo de Indias", en Aguayo Spencer, *op. cit.*, Sección Documental, p. 78.

<sup>88</sup> Cfr. Carlos Herrejón Peredo, en la "Introducción" a *Información en derecho* de Vasco de Quiroga, Secretaría de Educación Pública, Col. Cien de México, México, 1985, p. 9.

Vasco de Quiroga insiste, en su propia *Información en derecho*, en que los indios acuden a la Audiencia a pedir derechos, “libertades” les llama y el máximo tribunal los atiende haciéndoles justicia.

Pues Dios permitió que yo, por experiencia cierta, lo viese y entendiese y supiese, no como privado, sino como en la audiencia de sus libertades, que me está cometida por esta Real Audiencia, que hago cada día con sencillez y llaneza entre estos indios naturales sobre sus libertades, donde concurren de muchas e diversas partes gentes muchas a pedir sus libertades y otras cosas...<sup>89</sup>

Herrejón hace notar como una de las fuentes teóricas importantes de Quiroga en su *Información en derecho* es Juan Gerson, “para la epistemología, el análisis de gobiernos y el concepto de potestad ordinativa”.<sup>90</sup> Y en efecto, el jurista Quiroga cita, en varias ocasiones, al filósofo y místico, “doctor cristianísimo”,<sup>91</sup> como le llama a Gerson. Creemos que la influencia de Gerson está también en el concepto que Quiroga tiene del derecho, como “libertad”, en cuanto que derecho subjetivo activo, esto es que le pertenece y está en el sujeto, y si no puede ejercerlo lo reclama, lo exige. No decimos que toda la concepción quiroguiana de lo jurídico sea de acuerdo con el nominalismo y como derecho subjetivo, pero sí es notable como, al igual que Gerson, identifica derecho y libertad. El filósofo nominalista ve “la libertad como un derecho y el derecho, como una libertad”,<sup>92</sup> y el oidor novohispano también.

Quiroga, en concreto, en relación con la libertad de los indios, se expresa del modo siguiente, teniendo en cuenta que el Real Consejo de Indias, por previsión de 2 de agosto de 1530, había prohibido hacer esclavos a los indios; y que el propio Consejo revocó ese decreto, permitiendo así la esclavitud, con fecha 20 de febrero de 1534.

4. Y digo, con el acatamiento que debo y sometiéndome a todo mejor parecer, que la nueva provisión revocatoria de aquella y bendita primera que, a mi

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 63 (parágrafo 18).

<sup>90</sup> Herrejón, *op. cit.*, p. 20.

<sup>91</sup> Quiroga, *Información en derecho*, *op. cit.*, p. 73 (parágrafo 11).

<sup>92</sup> Mauricio Beuchot, “Derechos subjetivos, derechos naturales y derechos humanos”, en *Laberintos del Liberalismo*, Porrúa, México, 1995, pp. 157 y 158; *cfr.* Mauricio Beuchot, *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 33-35.

ver por gracia e inspiración del Espíritu Sancto, tan justa y católicamente se había dado y proveído, allá y acá pregonado y guardado sin querella de nadie... Porque, aunque a aquéllos hincha las bolsas y pueble las minas, a estos verdaderos pobladores destruye y despuebla los pueblos; y a estos miserables que por ella, como rebaños de ovejas, han de ser herrados, quita las vidas con las libertades; digo a aquestos pobrecillos maceoales, que son casi toda la gente común, que de tan buena gana entran en esta grand cena que es este Nuevo Mundo se apareja y guisa, sin se excusar ni fingir cristiandad, como sus caciques e principales (o tiranos por ventura) lo hacen, a quien se da agora por esta nueva provisión facultad que los vendan y hierren...

5. Como no se espera sino todo lo contrario de aquestos otros sus principales, tales como tengo dicho, favorecidos ahora más contra ellos por la nueva provisión, que permite el hierro de rescate que dicen; ni se debe esperar otra cosa, sino que los han de herrar y vender sin piedad todos...

6. De manera que ya la cosa de esta tierra se iba mucho asegurando y entendiendo, porque ya los mayores y principales, con estas y otras semejantes cosas, temían de hacer cosas que no se daban delante de los maceoales, que son la gente común de quien éstos se sirven, que son los que a título de esclavos, sin serlo más que yo, como adelante se dirá, ahora por la nueva provisión, han de ser herrados y vendidos y comprados, como tengo dicho, sin ninguna piedad, para que mueran de mala muerte en las minas, y no para ser doctrinados, como allá siniestramente se informa, y casi de balde y a manera de decir treinta por un dinero, por vengarse o salir de entre ellos, o sacarlos de entre sí y no ser dellos así descubiertos, engañándolos y forzándolos y atemorizándolos para ello, y para que confiesen ser esclavos con su bárbara crueldad e inhumanidad, e sin ninguna contradicción e resistencia de parte destes miserables, que no la saben ni osan tener, porque los temen, acatan y obedecen como a dioses o como a tiranos; que todo, al fin es una fuerza e violencia e tiranía.<sup>93</sup>

#### IV. COLOFÓN

Un autor racionalista del siglo XVIII, Cornelio De Pauw, escribió, de manera burlona, que inicialmente los naturales de América, no eran considerados como seres humanos sino como orangutanes, y que podían ser destruidos sin remordimientos; hasta que un Papa “promulgó una bula en la que se declaraba que... él y el Espíritu Santo se hol-

<sup>93</sup> Quiroga, *Información en derecho*, *op. cit.*, pp. 48-50.

gaban en reconocer a los Americanos como verdaderos hombres”.<sup>94</sup> Francisco Javier Clavijero le contesta al racionalista Pauw, y sostiene que la *Sublimis Deus* es una proclamación de derechos, hecha por Paulo III, movido por las denuncias, informes y reflexiones que le fueron presentados sobre “los males que sufrían los indios de aquellos malvados cristianos”, y no una declaración de su humanidad.

El Papa, movido de tan graves presentaciones, expidió el año siguiente la bula *original*, que no fue hecha, como es manifiesto, para declarar verdaderos hombres a los americanos, sino solamente para sostener los derechos naturales de los americanos contra las tentativas de sus perseguidores y para condenar la injusticia e inhumanidad de los que, con el pretexto de que los indios eran idólatras o incapaces de instrucción, les quitaban las propiedades y la libertad y se servían de ellos como de bestias.<sup>95</sup>

Es muy claro que *Dios Sublime* va mucho más allá de una declaración sobre la racionalidad de los indios; se trata de una declaración de derechos humanos básicos.

Paulo III, teniendo ante sus ojos los escritos de Fray Bernardino Minaya; la célebre carta de fray Julián Garcés, obispo de Tlaxcala; el Parecer de fray Juan de Zumárraga, obispo de México, sobre la esclavitud; las ideas de fray Bartolomé de Las Casas, acerca de cómo debe ser la evangelización, según las expresó en su tratado *Del Único Modo*; las Actas de la Junta Apostólica novohispana de 1536; y las ideas de Vasco de Quiroga, sobre derechos de los indios; Paulo III, digo, tiene los elementos para hacer el primer reconocimiento universal de derechos humanos, y escribir:

Nosotros, en consecuencia, que, aunque sin merecerlo, hacemos en la tierra las veces del mismo nuestro Señor, y que procuramos con todo empeño que las ovejas de su grey a nosotros encomendadas, que están fuera de su aprisco, vayan al mismo aprisco, atendiendo a que dichos indios nacen, no sólo capaces de la fe cristiana en cuanto hombres verdaderos, sino que, según se nos ha informado, acuden prontísimos a esa fe; queriendo dar cura, además a estos males con oportunos remedios, POR LAS PRESENTES “LETRAS” DECRETAMOS

<sup>94</sup> Citado por Hanke, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>95</sup> Francisco Javier Clavijero, *Historia antigua de México*, Porrúa, Col. Sepan Cuantos, núm. 29, México, 1971, p. 515.

Y DECLARAMOS CON AUTORIDAD APOSTÓLICA, sin que obsten las antes dadas ni cualesquiera otras en contrario:

Que los antedichos indios, y todas las otras gentes que más tarde llegaren a noticia de los cristianos, aunque hayan nacido fuera de la fe de Cristo, no están ni deberán ser privados de la libertad ni del dominio de sus bienes.

Más aún, pueden con libertad y dominio, libre y lícitamente usar, poseer y gozar de lo dicho, y no deben ser reducidos a esclavitud.

Asimismo, “DECRETAMOS Y DECLARAMOS” írrito y nulo, y de ninguna fuerza ni obligación, cuanto haya acontecido disponerse en contrario, y que estos indios, así como las otras naciones, deberán ser atraídos a la fe dicha de Cristo mediante la predicación de la palabra de Dios y mediante el ejemplo de buenas costumbres.<sup>96</sup>

<sup>96</sup> En Apéndice I: *Sublimis Deus*, de Paulo III. Texto latino: pp. LI-LIV; traducción española, pp. LV-LVII, de René Acuña, en Acuña, *op. cit.*

## BREVE ENSAYO BIBLIOGRÁFICO SOBRE NUESTRAS REVOLUCIONES CONSTITUCIONALES

Rafael ESTRADA MICHEL

¿Realmente no tuvimos que ver los hispanos con la generación del tipo cultural que llamamos, en Occidente, “Estado constitucional” y que, de conformidad con las categorías “atlánticas” del binomio 1776-1789, describió en su momento Peter Häberle?<sup>1</sup>

¿Es ésta, la constitucional, la historia de dos ciudades (Filadelfia y París)? ¿Puede incluir a otra? ¿A cuál? ¿Cádiz? ¿Caracas? ¿Quito? ¿Angostura? ¿Apatzingán? ¿Guatemala? ¿Concepción? ¿Buenos Aires?

¿No pasó con nosotros nada sustancial, o al menos relevante, entre 1808 y 1821? Y si pasó, ¿conviene enmarcarlo en la grandilocuencia de los procesos atlánticos o más bien, como sugiere Roberto Breña, ser “cautos” para no subsumir las revoluciones hispánicas “dentro de un ciclo revolucionario en que las revoluciones estadounidense y francesa son (y serán) los dos momentos estelares”, es decir, dentro del ciclo de una Historia atlántica que “está de moda”?<sup>2</sup>

¿Qué tan napoleónicas fueron nuestras guerras de Independencia? ¿Por qué llevaron, como aspiración al menos, al tipo de “Estado

<sup>1</sup> Häberle, P., *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. I. Gutiérrez, Trotta, Madrid, 1998.

<sup>2</sup> Breña, R., “Introducción”, en Breña, R. (ed.), *En el umbral de las revoluciones hispánicas: el bienio 1808-1810*, El Colegio de México, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, México, Madrid, 2010, p. 25.

constitucional”? ¿Y a qué tipo de “Estado constitucional” aspiraron, si es que existe más de una especie para tal género?

¿O es, más bien, que existen en verdad varios tipos de Modernidad y que algunos no nos parecen agradables a la vista ni a la comprensión?

Los libros que sirven de base a estas reflexiones (y, en general, las nuevas perspectivas historiográficas que han venido abriéndose paso entre resistencias francamente beligerantes) ofrecen soluciones que eran impensables hace veinte o veinticinco años; ensayan respuestas a preguntas semejantes a las que expusimos y que, unos cuantos lustros a la distancia, ni siquiera eran formuladas; se colocan en atalayas que, con conspicuas excepciones como la de F. Xavier Guerra, simplemente no eran visitadas.

La nueva historiografía se ha hecho cargo de las conexiones interdisciplinarias y de las explicaciones integrales. Procuraré darme a entender con un ejemplo que acaso pueda funcionar como hilo conductor de estas líneas. Durante un siglo largo,<sup>3</sup> la historia del derecho privado fue vista como algo que excedía—cuando no perturbaba—los análisis políticos y constitucionales. Hoy, merced a trabajos como “Continuidad y cambio en el orden jurídico”, de Carlos Garriga, incluido en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, queda claro que la historia del Código Civil—quizá no tanto la historia de la codificación—posee alcances de enorme envergadura en lo que a la consolidación del programa político de la modernidad se refiere.

Pero el Código, al que volveremos como tenemos prometido, es un universal, por lo menos en sus manifestaciones primodecimonónicas. Nada hay en él que nos permita alejar a la América hispana del movimiento galocéntrico. Si creemos en la originalidad del modernismo constitucional iberoamericano tendremos que preguntarnos qué fue lo que nuestros pininos en la materia aportaron al tipo cultural de los Estados constitucionales. Bibliografía como la que estamos analizando permite adelantar algunas sospechas. A mí me sigue pareciendo que la eventual aportación hay que hallarla en lo que Benjamín González Alonso caracterizó en su momento como la “articulación política del

<sup>3</sup> A este siglo largo en lo legal, por contraste con el corto siglo XX político y militar del que ha hablado Eric Hobsbawm, se ha referido Paolo Grossi en *Novecento Giuridico: un secolo pos-moderno*, Università degli studi Suor Orsola Benincasa, Nápoles, 2011.

territorio” y que, como señala Rafael Rojas en *Repúblicas de aire*, viene siendo la cuestión republicana americana: el enfrentamiento a la o las ideas imperiales que terminarán sucumbiendo, como también lo harán las deseadas *Commonwealths*, frente al vértigo de las “republicuillas cortas” que pronosticó Servando Teresa de Mier en diciembre de 1823.

Procuremos ir por partes, con orden, en la medida de lo posible, cronológico. Y es que los grandes temas de las revoluciones y del atlantismo se agolpan de tal forma en el horizonte ibérico abierto con el año 1808 que es difícil mantener la rienda y acompasar el trote del caballo. Pero, en todo caso, en el principio fue Napoleón, como ha recordado Jean Meyer. Y Napoleón, con su invasión a la Península, echó a andar el mecanismo, contraproducente para él y con el tiempo, quién lo iba a decir, para la Nación transoceánica, de la lealtad borbónica americana.

Por aquí comienza todo, y por aquí empieza *En el umbral de las revoluciones hispánicas: el bienio 1808-1810*, esfuerzo colectivo editado por Roberto Breña que dibuja bien a las claras lo que fue el unánime rechazo de las Américas a la treta bonapartista. Los virreyes y capitanes generales planeados por José I para las Indias no pasaron de ser tentativas inútiles que habrían llegado al Continente a enfrentar un escenario de franca hostilidad. En todos los sitios del Occidente hispánico el grito fue uno solo, pasado el pasmo causado por la abyección de Godoy y de sus peleles: “viva Fernando VII”. Ello, cuando menos, habla de un compromiso criollo aún no roto con un borbonismo que la historiografía posterior ha dado por muerto con cierta premura, como denuncia el propio Breña.

Clément Thibaud dibuja los trazos fundamentales del trascendente bienio haciéndose cargo del caso específico de Caracas, tan cercana al Haití de la revolución de los esclavos y, por ello, tan relevante a la hora de acrisolar las intenciones independentistas de las elites iberoamericanas. Si los emisarios de Napoleón y del gobernador Víctor Hughes que inmortalizara Carpentier en *El siglo de las luces* son despedidos con cajas destempladas por la nobleza mantuana que controlaba la Capitanía general, hay que comprender que la testa borbónica reflejaba mucho más que una mera soberanía política en sentido bodiniano: era la representación de la supremacía de la comunidad política, coronaba al orden estamental y daba vida mayestática

a la Monarquía, doquiera que ésta se hallara. Por eso es que la *vacatio regis* amenazaba no sólo a una familia, la de los Borbón, católica y no atea o deísta, sino a la subsistencia misma de la comunidad.<sup>4</sup> Y eso se sabía en Venezuela, pero también en Quito, en el Perú, en la Nueva Granada, en Guatemala... En fin, a todo lo largo del crepuscular mundo indiano que afrontaba con azoro el fenómeno que Marcela Ternavasio ha caracterizado como el de la “Monarquía sin Monarca” y que excedía, sin duda, la crisis que arrostraba el Río de la Plata al ser un “Virreinato sin Virrey”.<sup>5</sup>

Orden jurisdiccional, legitimidad en la cabeza de la Monarquía y defensa de la Religión contra el impío Napoleón. Tal es la tríada propia del umbral y por eso se hacen frecuentes en América los paseos del pendón y los desempolvos del sello real. Allí donde no hay virrey, las muestras de fervor dan cuenta de la permanencia del cuerpo místico de la Monarquía, así como del poderío estamental de las inamovibles comunidades. Y allí donde hay virrey, *alter ego* humano y tangible del Monarca, tenemos conciencias aún más claras de lo que la ecuación “Rey más reino igual a comunidad política” implica en momentos de excepción y urgencia como los que enfrenta la Monarquía: las Cortes de Bayona son ilegítimas porque carecen del consenso –plural y regnicola– del Imperio transmutado en Nación. Ni ellas, ni el Rey que dócilmente reconocen, ni la carta constitucional que Napoleón gentilmente otorga son suficientes para designar virreyes, oidores, capitanes o regidores en Indias. No representan al organismo, vivo donde los haya, de las Españas.

Todo cambia en 1810, con la caída de Andalucía y el desbarranque de la Junta Central. Es virtud adicional del libro editado por Breña colocarnos a las puertas mismas del momento de mutación. La Regencia nombrada en la Península, sin consulta a los americanos y con una participación ridículamente minoritaria para éstos, enciende la mecha juntista que había sido reprimida en México y Quito<sup>6</sup> durante

1808 y 1809 y con sus disposiciones hace ver a los “españoles de Indias” que ni la soberanía ni la representación corporativa de la Monarquía puede recaer en órganos que ralenticen el peso específico de uno de los dos pilares de la misma o, peor aún, que den en la práctica trato de “colonias o factorías” a los reinos y provincias que integran al dicho pilar. Las Cortes “generales y extraordinarias” de la Monarquía, de cuya reunión y establecimiento se ocupará el propio Consejo de Regencia, tendrán que ganar su legitimidad en el ejercicio de un mandato ficticio. Entre tanto, los reinos americanos se darán a la tarea de poner planta a sus peculiares y específicas Juntas *supremas* de gobierno y de defensa de Fernando VII y con ello abrirán un debate inédito (salvo por excepciones tempranas, como la del fraile Melchor de Talamantes que describe Alfredo Ávila)<sup>7</sup> en torno a quién debía poseer la potestad constituyente (ahora sí, en sentido moderno, siéyesiano) dentro del conglomerado plural de la Monarquía.

¿Fue esta nuestra Modernidad, la que no supo resolver el problema de la jefatura de Estado (o, mejor, el de la jefatura *de los Estados*) sino a través de la testa coronada, de la representación de las comunidades y de la invención de una legitimidad tres veces secular? ¿Aquí iniciaba la América moderna, en el momento de cuestionarse el gran tema de la capitalidad precisamente porque no había cabeza para el cuerpo ni metrópoli para Ultramar?<sup>8</sup> ¿Qué consecuencias podía tener esto en el ámbito articulador del imaginario territorial? ¿Por qué el fenómeno del afrancesamiento se dio prácticamente en exclusiva dentro de la España europea, esa que sería la fuerza central creadora (Ortega, siempre) de la Nación moderna? ¿Es que en la América española se atisbó una forma alterna de Modernidad que no fuese ni anglosajona ni jacobina sino indiana? ¿Qué es lo que hizo a los americanos recelar de las abdicaciones que, en Bayona, habían suscrito sus legítimos e incontestables monarcas, para afirmar que eran nulas no sólo por haber sido arrancadas por la coerción, sino por faltarles lo que el licenciado Primo de Verdad en México llamó el concurso de “la voluntad de la Nación”? ¿Por qué se dijo esto en el Anáhuac, en Buenos Aires, en

<sup>4</sup> Thibaud, C., “*Salus populi: imaginando la reasunción de la soberanía en Caracas 1808-1810*”, en Breña (ed.), *En el umbral...*, p. 339.

<sup>5</sup> Ternavasio, M., “De la crisis del poder virreinal a la crisis del poder monárquico: Buenos Aires, 1806-1810”, en Breña (ed.), *En el umbral...*, p. 271.

<sup>6</sup> Si bien una segunda Junta suprema gubernativa del reino de Quito fue tolerada por unos meses en 1810, tras la elevación y caída de la primera, la presidida por el conde de Selva Alegre. No deja la quiteña de ser una curiosa excepción a la regla del antagonismo

peninsular y liberal frente a la formación de Juntas en América. Andrien, K. J., “Soberanía y revolución en el reino de Quito”, en Breña (ed.), *En el umbral...*, p. 331.

<sup>7</sup> Ávila, A., “Nueva España 1808-1810”, en Breña (ed.), *En el umbral...*, pp. 138-139.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 133. La Ciudad de México se asumió, desde el verano de 1808, como “cabeza de estos reinos y metrópoli de la América septentrional”.

Bogotá y no en Madrid, sede de potestades que no dudaron en doblar la cerviz frente a Bonaparte y al gran duque de Berg?

Lo que fue el fernandismo de la primera hora debe interpretarse como algo más que la “máscara” de la revolución a la que se refirió célebremente José María Morelos. Produjo salidas diversas a ambas orillas del Atlántico español. En la Península, bajo la presión de un bonapartismo que dominaba territorialmente y podía convertirse en mayoritario en las conciencias, el desahogo es conocido: Junta Central, Regencia, Cortes y Constitución. Una constitución que buscaba ser compartida a la generalidad de la Monarquía, pero cuyo eurocentrismo no podía recibirse asépticamente por la América que respaldaba al *Deseado* y que no veía en su cautiverio francés la ocasión propicia para hacer la “revolución de Nación” de la que ha hablado José María Portillo.

Muchas peculiaridades americanas fueron preteridas en el texto de la Constitución de Cádiz (1812). Entre ellas, sin duda, el fernandismo decidido y sincero que manaba de un concepto estamental y organicista de la Constitución, y el sentido confederal, plural, de unión personal, que caracterizaba a la estructura monárquica en la mentalidad indiana. No puede extrañar, por tanto, que trascendido el “umbral de las revoluciones hispánicas” el camino emprendido por las Españas americanas –tanto, dato no menor, por los bandos realistas como por los insurgentes– sea tan diverso a la senda doceañista.

Si en Citramar, como deja muy claro *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, el libro coordinado por Carlos Garriga y publicado por instituciones mexicanas con preciosa alegoría goyesca en la portada, la senda fue la de la ley (entendida en un sentido bastante jurisdiccionalista, a grado tal que el propio Garriga y Marta Lorente han llamado a Cádiz la “Constitución jurisdiccional”),<sup>9</sup> la ruta que tomó Iberoamérica será también legolátrica y legicentrista,

<sup>9</sup> “En respuesta a la concepción jurisdiccional del poder político, el derecho –todo derecho– se entiende como declaración de un orden dado e indisponible por trascendente, que tiene base religiosa y se asume como natural”. Esta concepción se sitúa “en las antípodas de la idea del poder constituyente que vino a sustituirla”. “si hablamos de *constitucionalismo jurisdiccional* es justamente por esto, como su mismo lenguaje de potestades (que no de poderes) legislativa, ejecutiva y judiciaria, significa: concebido el orden jurídico como un orden declarativo a partir de principios indisponibles, éstos quedan ahora identificados con la libertad política de la nación”. Garriga, C., “Continuidad y cambio del orden jurídico”, en Garriga, C. (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*,

pero defenderá el derecho de toda Nación diferenciada (y las suyas comenzaban a serlo) a darse sus propios códigos (yendo mucho más allá de las “variaciones por particulares circunstancias” a las que hacía referencia el texto constitucional de 1812, lo que no deja de inquirir acerca del pretendido carácter universal del Racionalismo jurídico ilustrado) y, en última instancia, su propia y peculiar Constitución “adaptable del reino”, que dirá el Plan de Iguala, México, en 1821.

En Cádiz se había dado el paso hacia la desmembración de la Monarquía universal y a la diferenciación de las culturas jurídicas americanas respecto de un modelo, el europeo del más que tardío *Ius Commune* con sus adherencias de derecho “patrio”, cuya soñada perpetuación en sede pedagógica dieciochesca explica espléndidamente Paz Alonso.<sup>10</sup> Estamos, en suma, ante el fin del derecho indiano propiamente dicho. De aquí la importancia del imaginario territorial, del que diferenciaba entre las Españas europeas y las americanas y que, desde mediados del Setecientos, se planteaba la reforma del sistema provincial “para crear cuerpos más adaptados a la administración territorial que a la casualidad histórica”.<sup>11</sup> El fracaso de Cádiz se halló, ante todo, en la imposibilidad de constituirse como auténtico “derecho patrio” para todas las *patrias* que se asumían configurativas de la Nación española.

En renovado homenaje al orden cronológico por el que queríamos transitar, esta etapa de la revolución puede abarcar el periodo 1813-1820. La siguiente, la de la consolidación de las independencias, es la que analiza Rafael Rojas en *Las repúblicas de aire*, ensayo que mereció el premio Isabel Polanco en 2009.

Importa la ordenación por cuestiones de fecha, sí, pero también para destacar que la Modernidad en su etapa pueril se decanta, en la generación de los “primeros republicanos de América”, como Andrés Bello y José María Heredia, por *conservar* a través del Código. Existe

CIDE, Instituto Mora, El Colegio de Michoacán, ELD, El Colegio de México, HICOES, México, 2010, pp. 62 y 69.

<sup>10</sup> Alonso, P., “La formación de los juristas”, en Garriga (coord.), *Historia y Constitución...*, pp. 107-136.

<sup>11</sup> Portillo, Valdés, J. M., “Entre la historia y la economía política: orígenes de la cultura del constitucionalismo”, en *Ibidem*, p. 39.

en ella una "pasión por el orden y por la ley",<sup>12</sup> que es difícil de hallar en los padres fundadores que hicieron las Independencias y fundaron, en ocasiones a su pesar, las Repúblicas. La "cultura del código, que *reconoce* como derecho siempre y sólo la *voluntas legislatoris*,<sup>13</sup> se abre paso entre nosotros tardíamente.

Gente como Heredia y como Bello, pero también como Lucas Alamán en México, comprende tras el paréntesis de la guerra la necesidad de la continuidad. La generación de 1808 había asumido la legitimidad del *Ordo Iuris* de la Monarquía Católica que para aquellos hombres era un orden dado, preestablecido, indisponible que, por lo tanto, se contraponía a la soberanía constituyente que no tardaría en aparecer de la mano de los políticos y militares encargados del estallido de 1810. La asunción de conceptos semejantes no podía más que arrojar una tensión entre Modernidad y continuidad que atravesará todo el desarrollo de las Cortes de Cádiz y de las guerras civiles hispanoamericanas. Así, traspasará las supuestas barreras entre la vía "autonomista" y la "independentista", pero también las existentes entre la *Iurisdictio* y el legicentrismo. Se decantará en códigos civiles y políticos paradójicamente continuistas, aunque no por ello necesariamente reaccionarios: el Código llamado precisamente "Andrés Bello" no es mal ni único ejemplo.

El drama de la primera generación propiamente republicana, la que no tiene por qué reconocer a Fernando VII, el malagradecido felón que en 1814 abolió la Constitución y apresó a los diputados liberales, se lee mejor, según Rojas, en las primeras constituciones del hemisferio independiente, aquellas que pretendían construir "repúblicas de aire" sobre la base de comunidades estamentales, regnicolas, fuertemente arraigadas en el corporativismo.<sup>14</sup> Ahora bien, ¿qué implicó ser "republicano" en el primer Ochocientos, además de buscar el reconocimiento de unos rejegos Estados Unidos y de tratar de poner en marcha la descorporativización de la sociedad, para lo cual el Código, a imagen y semejanza del napoleónico, resultaba instrumento invaluable?

Me parece que la respuesta, necesariamente compleja, pasa de nueva cuenta por la cuestión territorial, por la de la articulación de reinos y provincias extensísimos e indefinidos, y por la eventual constitución de Imperios previos a las Repúblicas, un imaginario ajeno al de los liberal-peninsulares en Cádiz pero que, sin embargo, se avenía con el de los Estados anglosajones del Norte, tan celosos de su republicanismo pero también de su magnitud imperial y de sus afanes apenas disimulados sobre la vertiente caribeña del Mississippi.

Así, José María Heredia, poeta cubano y magistrado mexicano, buscará dotar a la joven y ensangrentada República del Anáhuac con una tradición curiosamente centrada en el culto a un prócer de ideas imperiales, Iturbide, y a su poco republicano Plan de Iguala, tan proclive a las combinaciones plurales que acaso habrían podido mantener unido al mundo hispánico desatando el nudo sin romperlo, según la expresión del propio Iturbide. Heredia, en los discursos patrióticos del 16 de septiembre durante la década de los treinta, reivindicaría en Iturbide a la cabeza perdida por la Nación mexicana a partir de un aborrecible asesinato, tan aborrecible como el posterior del general presidente Vicente Guerrero.

Este mismo Heredia, republicano pero tradicionalista, frustrado extractor de virtudes cívicas que no existían, se pronunciará por la elaboración de un Código Penal que liberara a México de "la concepción casuística y estamental del derecho, heredada de la administración de justicia virreinal".<sup>15</sup> Lo esperaba todo, o casi todo, de la elevación moral y del perfeccionamiento legal. Aunque su admiración a la virtuosa república de Washington es indeclinable, el suyo no es un republicanismo anexionista sino uno todavía hispánico, con tintes gaditanos y monárquicos que comparte con los "conservadores" de la línea iturbidista: Paredes, Gutiérrez de Estrada, Cuevas.

Como se sabe, la siguiente generación republicana, la del cubano Santacilia y los mexicanos Juárez y Ocampo, será menos hostil a los proyectos anexionistas del tipo Cora Montgomery ("aliada" más bien, la llama Rojas)<sup>16</sup> y sentirá menos nostalgia por la estructura plural, la de los reinos confederados, de la antigua Monarquía castellana. No así por el orden, que seguirá figurando en sus nada anárquicas

<sup>12</sup> Rojas, R., *Las repúblicas de aire. Utopía y desencanto en la revolución de Hispanoamérica*, Taurus, México, 2009, p. 195.

<sup>13</sup> Garriga, *op. cit.*, p. 88.

<sup>14</sup> Rojas, *Repúblicas...*, p. 244.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 283.



obsesiones: no en balde se reúnen en Luisiana, la más latina de las Américas estadounidenses, con su Código Civil napoleónico que aún funciona hoy.

Lo que queda claro tras la lectura es que el paso de los reinos a las repúblicas no se dio sin pasar por las ideas pluralistas de los congresistas americanos de 1820 (Ramos Arizpe, Alamán, Gómez de Navarrete, Zavala, diputados todos a las Cortes españolas), que abrevaban de las ideas dieciochescas de un Aranda o un Godoy, de la *Carta de Jamaica*, manifestación del pensamiento constante y coherente, en absoluto onírico, de un cultor del orden ciudadano como fue Simón Bolívar, y de la *Historia de la Revolución de Nueva España* que escribiera en Londres fray Servando Mier bajo el pseudónimo de José Guerra y que Bolívar citara en la propia *Carta*. Una *Commonwealth* hispánica fue posible, como es posible imaginarla también con múltiples partes (me resisto a utilizar el término “naciones”), cada una con su propia Constitución y sus propios y peculiares códigos, pero todas insertas en un tipo novedoso y exclusivo de Modernidad.

Habrà notado el lector que este ensayo plantea más preguntas que las respuestas que, precisamente, *ensaya*. Me temo que no se puede, todavía, ir mucho más allá, pues transitamos por los caminos que la Historiografía reciente va andando. O quizá, a manera de justificación, acépteseme que caiga en la tentación del *Eclesiastés*: no hay nada nuevo bajo el sol. Finalmente, Tocqueville demostró hace siglos que toda Revolución, incluso la francesa, es mayormente continuidad.

## EL LIBERALISMO Y CÁDIZ

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

Aquella procesión no era una procesión de santas imágenes, ni de reyes ni príncipes, cosa en verdad muy vista en España para que así llamara la atención: era el sencillo desfile de un centenar de hombres vestidos de negro, jóvenes, unos; otros, viejos; algunos sacerdotes; seglares, los más... La procesión venía de la iglesia Mayor, donde se había dado solemne misa y cantado un tedeum. El pueblo no cesaba de gritar: "¡Viva la Nación!", como pudiera gritar ¡viva el rey!, y un coro que se había colocado en cierto entramado detrás de una esquina entonó el himno muy laudable, sin duda pero muy malo como poesía y música que decía: Del tiempo borrascoso que España está sufriendo, va el horizonte viendo alguna claridad. La aurora son las Cortes que con sabios vocales remediarán los males dándonos libertad.

Cádiz, BENITO PÉREZ GALDÓS

De acuerdo con Peter Häberle, el Estado constitucional moderno es ante todo un producto cultural, derivado históricamente de diversos factores como lo son, entre otros, las filosofías políticas, como el liberalismo, el socialismo, o la socialdemocracia. También confluyen textos clásicos, como lo pueden ser *El Espíritu de las Leyes*, de Montesquieu, o el *Contrato Social*, de Rousseau. Asimismo han contribuido los programas de partidos o asociaciones políticas, sa-

beres derivados de la experiencia constitucional, incluso heridas de numerosas generaciones, utopías concretas, o procesos revolucionarios y evolutivos, dentro de estos últimos estarían, la Revolución Francesa y un producto de la misma como lo fue la primera Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, o la decidida intervención de las naciones occidentales de no permitir nuevos desastres mundiales, con la formulación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del año de 1948.<sup>1</sup>

Aunque si bien el maestro de la Universidad de Bayreuth hace referencia a la idea universal del Estado constitucional moderno y por lo tanto, no se detiene a sus diferentes modelos regionales, pudiéramos decir que para la imagen de nuestra idea nacional de Estado constitucional, también contribuyeron eventos particulares como lo fueron las independencias de los distintos pueblos americanos, así como sus planes revolucionarios, en donde plasmaron el ideal de Estado y los objetivos que debía alcanzar. Sin duda también contribuyeron a la formación de este concepto, tanto la guerra de independencia española, junto con su producto jurídico más acabado, la Constitución de Cádiz. Por lo que toca a nuestra región, dichos eventos constituyen la piedra angular sobre la cual se forjó la idea no sólo de nuestro texto supremo, sino del Estado constitucional actual. Respecto de éstos, actualmente estamos celebrando el segundo centenario de la promulgación del texto gaditano, por lo que es oportuno detenernos a meditar sobre su significado y sus repercusiones que persisten hasta el día de hoy.

Son varias las ideas que nos animan a darle relevancia a este documento, el cual resulta indispensable para entender nuestro Estado político constitucional actual. En primer término por lo que se refiere a su origen, toda vez que fue producto de la incapacidad del poder político, así como de sus estructuras administrativas, para hacer frente a la invasión francesa; el abandono de los monarcas españoles, garantes de los reinos integrantes por la abdicación que realizaron, así como a la imposición por las armas, de un texto constitucional, como lo fue la Constitución de Bayona, que si bien inspirada en ideas ilustradas y de filosofía similar a la de Cádiz, no emanó del poder y del sentir

<sup>1</sup> Häberle, Peter, "El Estado constitucional" (traducción de Héctor Fix-Fierro), Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 45.

popular y sólo sirvió para justificar la intromisión extranjera, pero no así para la adecuada formación del pueblo español.

En ese sentido, su más grande mérito fue, usando la terminología de Rabasa, la de ser una "*constitución espontánea*", si bien, no producto de la evolución de las costumbres nacionales, o la conservación de éstas, sí la generación por parte del pueblo mismo, de la norma bajo la cual quería ser en el futuro gobernado. Evento envidiable para nuestro país, que no ha logrado tener hasta la fecha documento de tal naturaleza.

En efecto, fue el pueblo el que dio la cara a los problemas políticos que afectaron a España y se arrogó el carácter de defensor del suelo patrio, reclamando por ello, el precio de romper con la situación constitucional imperante y renunciando a su lenta evolución. Por el contrario, para la adecuada defensa de sus valores, y con base en el conocimiento "*objetivo*" considerado en ese entonces, al amparo del liberalismo político y de la ilustración, de manera revolucionaria pretendió la creación de un nueva forma de Estado y la elaboración de un plan de gobierno para las generaciones futuras, dando cabida a todos los habitantes de los distintos reinos que lo formaban, procurando su igualdad. Así, tanto los españoles en lo individual, como el pueblo al que pertenecían, aparecieron como actores políticos en la historia nacional, marcando para el futuro, el dilema sobre el cual debería definirse su ser. Tal fue el fruto más acabado de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812.

Si bien este texto jurídico-político ha sido menospreciado por los juristas de nuestro país, tal vez por considerarlo "*extranjero*", ajeno a las necesidades o a la realidad nacional en ese entonces, tan es así que no evitó la definitiva separación con la metrópoli, o de relativo influjo en nuestros textos constitucionales posteriores, no hay duda que su influencia en los países iberoamericanos fue relevante, al consagrar por primera vez el ideal de libertad al que se debería aspirar, en sus distintos aspectos. Si bien nuestros países en esa época luchaban por un aspecto concreto de esa noción, como lo fue la independencia, dicho documento buscó regular de una manera integral ese valor, no sólo desde el aspecto político internacional, sino también en sus vertientes nacionales e individuales.

Así, fue la Constitución de Cádiz, en su sentido moderno, la primera que desde el punto de vista formal aunque no tanto material, por su

limitada vigencia, tuvieron los pueblos de Hispanoamérica. No fue la que creó el liberalismo en la zona, pero sí la que lo incorporó en un texto jurídico y lo desarrolló en sus distintos aspectos, proponiendo un medio alternativo al entonces establecido para lograr el desarrollo social y la felicidad individual. El presente artículo pretende describir cómo se reguló ese valor en esa Constitución, así como los alcances que tuvo en sus distintos preceptos, junto con la fuente a la que acudieron para su regulación.

Jurada en las Cortes que se reunieron en Cádiz, el 19 de marzo de 1812, y por ello llamada popularmente como "*La Pepa*", fue Fernando VII, quien, al reinstaurar el sistema absolutista en la monarquía española, la desconoció, junto con todas sus consecuencias. Sin embargo, sus preceptos fueron restablecidos en marzo de 1820, como consecuencia del alzamiento de Rafael de Riego.

Por lo que se refiere a nuestro país, la Constitución fue promulgada el 30 de septiembre de 1812, cuando el entonces virrey Venegas, los miembros de la Audiencia, los del Ayuntamiento y otras autoridades juraron cumplirla, como nos lo platica Julio Zárate, las salvas de artillería y el estruendoso campaneó en todos los templos anunciaron tan excepcional evento a los habitantes de la capital. En la catedral metropolitana se entonó un tedeum y se dio un discurso exhortando al fiel cumplimiento del juramento que se había realizado. En la tarde hubo un inmenso gentío y al pie de la estatua ecuestre de Carlos IV, ubicada por aquel entonces en el centro de la Plaza Mayor, se hizo leer la Constitución por uno de los miembros del Ayuntamiento, la que fue recibida entre aplausos y donde volvieron a sonar las campanas, nuevas salvas de artillería y se iluminó profusamente la ciudad, que sin duda presentía el advenimiento de mejores días para el país.<sup>2</sup>

La primera consecuencia concreta de este juramento fue la publicación del indulto general concedido por las Cortes, por lo que se realizó un recorrido por las cárceles, poniendo en libertad a reos de diversos delitos, pero a ninguno de los que estaban para ese entonces acusados del crimen de insurrección, por nuestra guerra de independencia. Los días 4 y 5 de octubre se juró por el pueblo en todas las parroquias,

<sup>2</sup> Véase Zárate, Julio, *México a través de los siglos*, obra colectiva de México a través de los siglos, bajo la dirección de Vicente Rivapalacio, t. III, 7a. ed., Ed. Cumbre, México, 1970, p. 363.

en los tribunales, oficinas, comunidades religiosas, cuerpos de tropa, incluso se cambió el nombre a nuestra plaza mayor, para llamarla de la "*Constitución*", el cual al día de hoy conserva. En las oficinas públicas como la aduana, la moneda o las rentas, se cambió el nombre de real, por el de "*nacional*", el cual todavía preservamos para invocar a nuestro palacio central. Como se ve, aún contamos y vivimos las reminiscencias de ese importante evento en nuestro sentir nacional, de lo que no somos conscientes en nuestro sistema de derecho.

De igual manera tuvo repercusiones concretas para los habitantes del virreinato, entre ellas, el establecimiento de una de las grandes libertades que consagró dicho documento, como fue la de imprenta, lo que llegó a producir "*grandes temores*" a las autoridades locales e incluso para los intelectuales afines a la Colonia, como lo fue don Lucas Alamán. Así se publicó por parte de Carlos María de Bustamante, el primer número del periódico el "*Juguete*": *¿conque podemos hablar?*", o los primeros artículos de nuestro pensador mexicano Joaquín Fernández de Lizardi.<sup>3</sup>

Sin embargo, pocos meses duró el efectivo goce de tal prerrogativa, ya que finalmente se suspendió por decreto del 5 de diciembre de ese mismo año: "*ante los abusos cometidos y en la necesidad de restablecer las antiguas leyes y disposiciones relativas a la imprenta*", así una vez más la Junta de Censura debió examinar previamente todos los escritos destinados a la impresión, y el virrey se reservó la facultad última de permitir la libertad de prensa, siempre y cuando se garantizaran a su juicio, el orden público y la permanencia en la monarquía, ante las extraordinarias circunstancias que habían obligado a su interrupción.

El informe de Venegas, relativo a la suspensión de la libertad de imprenta fue turnado por la Regencia al Consejo de Estado. Por su parte, 31 diputados americanos presentaron a las Cortes españolas, el 11 de julio de 1813, una exposición que leyó Ramos Arizpe, pidiendo que la Regencia diese cuenta de todo lo sucedido en la Nueva España. Doce días después, los miembros de ese Poder, informaron a las Cortes que en opinión del Consejo de Estado la suspensión de los derechos otorgados por la Constitución debía subsistir hasta que las circunstancias políticas variasen, no pudiendo exigir responsabilidad

<sup>3</sup> *Op. cit., loc. cit.*

por la actuación del virrey o la Audiencia, por la suspensión decretada. Y citando a Lucas Alamán: “*Todo pasó a una comisión cuya mayoría opinó, como el Consejo que en México no debía haber, mientras durase la revolución, más que un régimen militar, y fue autorizado el no impedirlo*”.<sup>4</sup> Tal fue la breve duración de nuestros derechos durante la vigencia de la Constitución en nuestro país.

Si bien a raíz del alzamiento de Riego en España, el entonces virrey Apodaca juró nuevamente el cumplimiento de la Constitución el 31 de mayo de 1820, no se lograron restablecer las libertades concedidas por la permanencia en la lucha de insurgencia, sin embargo su eficacia fue limitada, ya que este juramento se realizó pocos meses antes de que finalmente se lograra la independencia nacional, por lo que no hubo repercusiones en el país tras su posterior derogación.<sup>5</sup>

De tal forma que en México fue efectivamente jurada y algunas de sus disposiciones se pusieron en ejecución, pero con un resultado limitado. Nunca se dio el intento de lograr la aplicación de todo el texto constitucional, debido a que, como lo indica Esquivel Obregón, hubiera producido, ante la guerra ya presente, la anarquía y el caos general, al implicar la destrucción por voluntad de los constituyentes, de la tradición y de la constitución efectivamente vigente, producto de varios siglos, lo que no se podía poner en riesgo dadas las circunstancias históricas, pero el legado moral que dejó fue importante para la naciente conciencia política nacional, de lo que hoy no se repara en su debida dimensión. Prueba de ello, es el siguiente comentario del Dr. José María Luis Mora: “Desde que apareció por segunda vez la Constitución española en México, a mediados de 1820 se empezó a percibir en esta República, entonces colonia, un sentimiento vago de cambios sociales, el cual no tardó en hacer prosélitos más por moda y espíritu de novedad, que por una convicción íntima de sus ventajas que no se podían conocer, ni de sus resultados que tampoco era posible apreciar”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 367.

<sup>5</sup> Véase Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1979*, 10a. ed., Porrúa, México, 1981, p. 59. Es interesante revisar a este importante autor de nuestra historia constitucional, pues nos sirve de ejemplo para ver la imagen actual de este documento, la escasa importancia que se le da y la necesidad de revisar sus planteamientos.

<sup>6</sup> Citado por Manuel Herrera y Lasso, en *Estudios de derecho constitucional*, Ed. Polis, México, 1940, p. 9.

Otra gran consecuencia del texto político que hoy homenajeamos, es que si bien no fue la causa de nuestra guerra de independencia, ni el definitivo establecimiento de nuestras libertades ciudadanas, sí le debemos, aunque de manera indirecta, su final resultado, tras más de una década de lucha, y ante el temor de su restablecimiento a nivel general, como consecuencia del llamado trienio liberal, propició que autoridades eclesiásticas y militares se unieran para impedir el nuevo intento de aplicación. Tal como nos lo platica el maestro Jaime del Arenal, el 9 de marzo de 1820 Fernando VII jura nuevamente la Constitución y promete convocar a las Cortes, por lo que se crea una Junta Provisional. En el mes de abril la monarquía anuncia el envío de comisionados a las provincias americanas insurrectas y se conoce del juramento de la Constitución, por lo que el 25 de mayo el gobernador de Veracruz proclama la Constitución de Cádiz y la jura al día siguiente, junto con los miembros del Ayuntamiento, situación que es del conocimiento del virrey Apodaca, por lo que el 31 de mayo el propio virrey se ve forzado a jurarla, suprimiendo también el Tribunal de la Inquisición, por acuerdo voluntario de sus oficiales, pero ya para ese entonces se está preparando la conspiración en La Profesa, la cual no tiene otro propósito más que combatir al texto gaditano mediante la independencia nacional, lo que se logrará por medio del Plan de Iguala del 28 de febrero de 1821.<sup>7</sup>

Tales fueron los sucesos políticos a que dio lugar esa Constitución en nuestro país, pasemos ahora a desarrollar su principal contribución en la teoría constitucional, y que fue el establecimiento y el desarrollo en sus distintos aspectos de la idea de libertad, como finalidad principal del Estado y valor preponderante de la sociedad y del individuo.

Suele hoy decirse que el concepto “*libertad*” no es unívoco, sino que presenta por lo menos dos distintas significaciones, incompatibles entre sí, difusión que se ha dado gracias a la brillante pluma de Isaiah Berlin, quien logró plasmar casi definitivamente estas dos

<sup>7</sup> Véase Del Arenal Fenochio, Jaime, *Cronología de la Independencia (1808-1821)*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2010, pp. 124-133. Sin embargo, para una tesis contraria véase Estrada Michel, Rafael, donde se exponen las ideas de este autor y de Jaime del Arenal: *Monarquía y nación, entre Cádiz y Nueva España*, Porrúa, México, 2006, pp. 623 y ss.

distintas e irreconciliables concepciones.<sup>8</sup> La más importante y la que ha predominado en la evolución de las naciones occidentales, a decir de este autor, consiste en la ausencia de trabas o limitaciones a nuestra conducta. Soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de ellos interfieren en mi actividad. En ese sentido: "La libertad política es, simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran..."<sup>9</sup> De ahí el nombre que recibe, "*libertad negativa*". En la proporción en que un individuo tenga menos obstáculos para actuar, más libre será. En ese sentido, esta concepción se refiere al individuo aislado y sus derechos de no ser molestado por otras personas, por lo que se convierte, como lo diría Marx, el concepto de libertad del hombre burgués, alejado de cualquier conglomerado humano. En ese sentido, como lo recalca Berlin, no guarda relación alguna con el sistema político, ya que desde el despótico hasta el en exceso democrático pueden reconocer en alguna medida a sus súbditos, esta libertad negativa.

Por el contrario, existe una libertad que sólo puede pertenecer al conglomerado político y sólo cobra relevancia en la relación del hombre con la sociedad a la que pertenece, en ese sentido se es libre, cuando se es dueño de la propia vida y de sus decisiones, cuando se quiere ser sujeto que sólo es movido por razones correctas y verdaderas que nos hacen alcanzar nuestra plenitud con los demás miembros: "Esto es, por lo menos parte de lo que quiero decir cuando digo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo. Sobre todo, quiero ser consciente de mí mismo como ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad de sus propias decisiones y que es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas y propósitos. Yo me siento libre en la medida en que creo que esto es verdad y me siento esclavizado en la medida en que me hacen darme cuenta de que no lo es"<sup>10</sup>

Así sólo somos auténticamente libres cuando realizamos lo que debemos hacer de acuerdo con nuestra naturaleza y fines, ya sea

<sup>8</sup> Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Trad. Julio Bayón), Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 187 y ss.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 191.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, pp. 201 y 201.

que yo mismo por medio de la razón lo descubra, o la comunidad política la llegue a establecer mediante una deliberación racional, lo que se debe perseguir, de ahí el nombre como se le define, es decir la "*libertad positiva*".

Sin embargo, para este autor tales concepciones han aparecido de manera separada y son esencialmente irreconciliables.

Aunque en la teoría se han considerado a ambas ideas de manera separada y en pugna, en la práctica suelen estar mezcladas y coexistir en un mismo momento, por lo que debemos tomar a tal distinción sólo desde el punto de vista abstracto, lo que nos permite distinguir con claridad la diferencia entre ambas nociones. Pero esto no nos debe llevar al error de considerar que en los cuerpos normativos o en los estados de derecho solamente se persiguen cualquiera de estas dos nociones, o no podamos hallar elementos a los que se pueden adscribir normas, figuras o instituciones, ya que finalmente ambas figuras derivan de una misma idea y que tuvieron un mismo origen. Sólo fueron circunstancias históricas políticas, acentuadas durante los siglos XIX y XX, las que hicieron predominar determinados acentos en cada una de estas concepciones y, por lo tanto, las fueron independizando. Sin embargo, como lo mostraremos a continuación, en un origen estuvieron unidas y no se consideraron como enemigas, como nos lo muestra precisamente la Constitución de Cádiz.

Para ello, es necesario que nuevamente nos detengamos en esas distintas ideas acerca de lo que es la libertad, para apreciar que si bien pueden llegar a significar cosas distintas, parten y tienden hacia una misma y única idea, mejorando la imagen que nos proporciona Berlin. Como lo apunta Nicola Abbagnano,<sup>11</sup> no son sólo dos concepciones las que han alimentado a la idea de la libertad, sino que a lo largo del pensamiento filosófico, que ha su vez ha sido el origen del desarrollo de las diferentes especies de libertad como la social, política, moral, económica, etc., podemos encontrar tres distintas acepciones, de las cuales se han derivado las distintas clases de libertad que hoy día conocemos todas ellas emparentadas entre sí.

En primer lugar está el término de libertad como autodeterminación de los individuos o las naciones, y por lo tanto es el propio individuo

<sup>11</sup> En *Diccionario de filosofía* (Trad. Alfredo N. Galletti), Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., México, 1982, en la voz "*Libertad*", pp. 738-748.

o país el que establece sus propias causalidades o se autodetermina. Es decir, son la causa y la creación de sí mismos. Se es libre en la medida en que un individuo o un Estado se crean a sí mismos y no se les ponen obstáculos o barreras en su actuación. Aquí habría que precisar que esta concepción inicial de libertad se asemeja tanto a la libertad negativa como a la positiva de Berlin, es decir, no existe gran diferencia entre una y otra, ya que por un lado es el individuo o las sociedades las que deciden lo que deben perseguir para considerarse como auténticamente libres, pero también sólo pueden lograrlo, si se evita ponerle límites a esos objetivos.

La libertad negativa sólo cobra sentido porque nos permite alcanzar los ideales que como personas y bajo la tutela de la libertad positiva tenemos y, por lo tanto, se es más libre en la medida en que tengamos menos barreras para alcanzar nuestras metas que hemos establecido racionalmente, así como las naciones sólo serán libres, cuando se crean a sí mismas, se vuelven únicas e independientes respecto de otras y si en su fuero interno poseen soberanía, es decir, no cuentan con obstáculos o fuerzas intermedias que impidan el establecimiento de sus normas. En el plano político, libertad, independencia y soberanía llegan a significar una misma cosa. Sin embargo así como se enfatiza la idea de creación por el descubrimiento objetivo de la verdad, también se recalca la idea de unicidad, plenitud y no sujeta a condiciones por parte de la propia libertad. El origen de tal idea lo encontramos ya en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles, cuando afirmó que el hombre es el principio y el padre de sus actos tanto como de sus hijos y, así, el actuar como el no hacerlo sólo depende de nosotros, por medio de nuestra voluntad y de ahí la bondad o la maldad de nuestras acciones y la posibilidad de imputar consecuencias o responsabilidad a ellos.<sup>12</sup> Esta noción ha permanecido a lo largo de la filosofía y de la teoría política, y es posible que el último gran representante haya sido Kant, cuando apuntó que la libertad es una propiedad para iniciar por sí misma una serie de actos, sin que exista otra causa que implique la necesidad de realizar cualquier otra acción

<sup>12</sup> Véase Aristóteles, *Ética Nicomaquea* (Trad. Antonio Gómez Robledo), 18a. ed., Porrúa, México, 1999, lo que corresponde al Libro Tercero, números III a V, o en las referencias clásicas 1111 y siguientes, pp. 31 a 36.

y, por lo tanto, tal causa no puede estar sometida a determinaciones del tiempo o del espacio.<sup>13</sup>

Una segunda significación sobre el término que estamos analizando, consiste en identificarlo con necesidad, en ese sentido la libertad no le corresponde al hombre aislado sino al mundo o universo en el que se mueve, de tal manera que sólo puede participar de ese atributo, si actúa de acuerdo con su naturaleza, concepción derivada de la filosofía estoica y el famoso aforismo de que sólo el sabio es libre y es el único legitimado para dirigir a la comunidad, porque conforma su actuación a la naturaleza,<sup>14</sup> concepción que también encontramos en la ética de Spinoza y más adelante con Hegel, cuando apuntó en su filosofía del derecho que la libertad sólo podía alcanzarse en plenitud cuando el hombre pertenece al Estado y por lo tanto se sujeta a sus prescripciones.<sup>15</sup>

Esta delimitación del concepto libertad excede con mucho la concepción positiva del término, ya que despoja al individuo de su voluntad o de su capacidad para transformarse y en cambio se transmite este atributo a otro elemento como lo es la naturaleza o el propio Estado.

Por último, la tercera concepción entiende a la libertad de una manera diferente y limitada en cuanto a sus capacidades, ya que constituye una mera medida de actuación de acuerdo con las condiciones en las que se ejerce, superando así cualquier crítica determinista que pudieran tener las dos primeras significaciones. De esta forma, el hombre no es la causa de sí mismo, ya que se ve influido en su

<sup>13</sup> Kant, Emmanuel, *Crítica de la Razón Práctica* (Trad. A. García Moreno), Ed. Nacional, México, 1974, Cap. I, del Libro I, pp. 185 y ss.

<sup>14</sup> Como puede verse en las opiniones de Zenón de Citio, fundador de la escuela de la Stoa: "Asimismo en que trae en su República que sólo son ciudadanos, amigos, parientes y libres los virtuosos y buenos", o "Que el fin es vivir conforme a la naturaleza, que quiere decir, vivir según la virtud, puesto que la naturaleza nos conduce a ella", opiniones que se pueden encontrar en Diógenes Laercio, *Vida de los filósofos más ilustres*, Porrúa, 4a. ed., México, 2003, pp. 224 y 238.

<sup>15</sup> Sección Tercera dedicada a el Estado, núm. 258: "El Estado, como la realidad de la voluntad sustancial que posee en la conciencia de su individualidad elevada a su universalidad, es lo racional en sí y para sí. Esta unidad sustancial como fin absoluto e inmóvil de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado", Hegel, G. W. F., *Filosofía del derecho* (Trad. Angélica Mendoza de Montero), Juan Pablos Editor, México, 1980, p. 210.

aspecto interno con tendencias naturales e instintivas, pero tampoco esa facultad le viene impuesta del mundo exterior o político en el que convive, sino dada la circunstancia humana, se vuelve una elección limitada, circunscrita en el tiempo, en el espacio, particularmente en el momento histórico en el que se vive. Es decir, sólo tengo tal capacidad en la medida en que, frente a determinada situación, actuamos de determinada manera, según decidimos en ese momento especial. El representante por excelencia de esta última concepción fue John Locke y podemos decir que fue la que permeó en la elaboración del concepto de liberalismo político y económico, generador de la idea actual de Estado democrático. Es la idea que se respira cuando se analiza el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, sobre todo cuando apunta lo siguiente: "La libertad natural del hombre consiste en estar libre de cualquier poder superior sobre la Tierra y en no hallarse sometido a la voluntad o a la autoridad legislativa de hombre alguno, sino adoptar como norma exclusivamente, la ley de naturaleza. La libertad del hombre en sociedad es la de no estar bajo más poder legislativo que el que no haya sido establecido por consentimiento en el seno del Estado, ni bajo el dominio de lo que mande o prohíba ley alguna, excepto aquellas leyes que hayan sido dictadas por el poder legislativo de acuerdo con la misión que le hemos confiado". Criticando a Filmer, continúa señalando que la libertad no es para que uno haga lo que le plazca o viva como le guste, como pudiera ser el concepto negativo de libertad que apuntaba Berlin, sino que es algo ligeramente diferente y de ahí la necesidad de hacer la distinción: "...La libertad de los hombres en un régimen de gobierno es la de poseer una norma pública para vivir de acuerdo con ella; una norma común establecida por el Poder Legislativo que ha sido erigido dentro de una sociedad; una libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas esas cosas que no han sido prescritas por dicha norma; un no estar sujetos a la inconstante, incierta, desconocida y arbitraria voluntad de otro hombre, del mismo modo que la libertad natural consiste en no tener más trabas que las impuestas por la ley de naturaleza".<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Trad. Carlos Mellizo), Alianza Editorial, Madrid, 1990, ambas citas se encuentran en el núm. 22 del cap. 4, pp. 52 y 53.

En ese tenor, la libertad dentro de una comunidad política está limitada a aquellos aspectos en donde la ley no regula la actuación, pero que también esta ley es producto de los propios ciudadanos, que en el momento histórico, se precisaba de establecer un mecanismo para limitar ese poder que amenazaba a la propia libertad, de tal manera que llegamos a la formulación clásica de lo que es el liberalismo político de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, esto es, la existencia de un Estado en donde participan los ciudadanos elaborando las leyes que lo regulan, que esas leyes dejan un marco limitado de elección y de actuación a sus destinatarios, así como que los individuos, al intervenir en la formación de sus leyes, pueden determinar en alguna medida su propio contenido. Asimismo esta idea de la libertad, también por el influjo de este autor, se vio vinculada a la necesidad de que las leyes de un Estado tendieran a proteger los derechos fundamentales de la persona por lo que toca a su vida, libertad y a su propiedad.

De esta concepción filosófica se desprende la idea misma del Estado liberal, que significa entonces uno en donde si bien se tiene la capacidad de regular la conducta de los hombres, tiene el deber de proteger sus bienes más preciados y que constituyen el núcleo de sus derechos fundamentales, entre los cuales están los ya señalados, reservando un núcleo de actividades concretas libres de la injerencia pública, pero en donde el propio individuo debe intervenir en la formación de las normas sociales que lo limitarán, ya sea por sí mismos o a través de sus representantes, vinculando el concepto de libertad a los de democracia y representación.

Sin embargo, como lo apunta acertadamente Macpherson, el liberalismo decimonónico, en su vertiente política, también llamada democrática, no fue unitario en todos los países, sino que se dieron distintas modalidades, y a veces mezclando sus diversos sentidos, dependiendo del modo en que se entendiera a la libertad, por lo que llega a destacar cuatro modelos principales, la democracia liberal como protección, en donde se tiene como propósito sólo la defensa de los gobernados en contra de la opresión del gobierno, su única finalidad precisamente era remover obstáculos sin preocuparse por el desarrollo de sus integrantes. El modelo de democracia liberal como desarrollo, en donde se busca que los individuos puedan alcanzar plenamente sus capacidades. La democracia liberal como equilibrio,



en donde definitivamente se abandona la carga moral del Estado en la formación de sus súbditos, ya que finalmente no se les puede obligar a alcanzar metas que ellos mismos no consideran valiosas y, por lo tanto, sólo se busca un equilibrio entre elites, sin gran participación popular, como sucede en las democracias del siglo XX y, por último, el de la democracia como participación, en donde se pone el acento a la intervención de los individuos en las actividades del Estado y en la selección de los objetivos sociales a alcanzar.<sup>17</sup>

Realizada la revisión de las principales connotaciones que podemos dar al término libertad, veamos ahora cómo se reflejó en la Constitución de Cádiz. Ya lo habíamos apuntado, por primera vez se incorpora este concepto en la constitución nacional, no creándolo sino tomándolo del ambiente europeo en donde ya se había desarrollado, tampoco lo tomó en un mismo sentido, sino desarrolló en alguna medida, todas las connotaciones de que nos habló Abbagnano, por lo que será ésta la que tomemos y no así la de Berlin, al ser mucho más rica y compatible entre sus distintos elementos.

En efecto, percibimos en el trasfondo de Cádiz la idea de libertad como autodeterminación, en una doble vertiente, es decir, en un plano político-social, y en otro individual. Por lo que toca al primero, al igual que sucedió tanto en las constituciones americana, como francesa junto con las declaraciones de derechos del hombre, encontramos una situación de cambio con el pasado, una negativa a la evolución constitucional, dando lugar a la creación política de un nuevo Estado, con base exclusivamente en la razón y por la voluntad de sus propios súbditos, implicando en los hechos un rompimiento con el ser constitucional anterior, lo que podemos apreciar ya desde el preámbulo de la misma Constitución: "Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española, bien convencidas, después del más detenido examen y maduración deliberada, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación..."<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Macpherson, C. B., *La democracia liberal y su época* (Trad. Fernando Santos Fontela), Alianza Editorial, Madrid, 1991.

<sup>18</sup> En lo sucesivo, se utilizará el texto de esta Constitución, que aparece en la obra de Tena Ramírez, *Leyes fundamentales...*, op. cit., pp. 60-104.

Esta idea todavía se recalca en sus primeras disposiciones que se encuentran en el título primero, capítulo primero, en donde se enfatiza que la Nación es en donde se define jurídica y políticamente a España, que no es otra cosa que la reunión de los españoles que habitan en ambos hemisferios (art. 1). Además, la propia Nación es libre e independiente, ajena a la propiedad de cualquier familia reinante o persona (art. 2). De la misma manera no sólo es una Nación independiente, sino que también libre, en el sentido de que su poder político no depende del extranjero, sino reside internamente en la propia Nación, integrada por los españoles (art. 3).

El ejercicio de tal atributo estatal tiene además un propósito concreto y delimitado, esto es, el de guiar así como proteger a los españoles y sus derechos por leyes sabias y justas (art. 4). En esa misma disposición, se enuncian los derechos fundamentales que se catalogan en tres grandes categorías, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos, entre los cuales está la vida. Como se ve la influencia del pensamiento de Locke es innegable, junto con la influencia de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre, que asimila la esencia de la Constitución a la protección de esos valores fundamentales. Como nota peculiar es que, a pesar de ser un documento extenso, no encontramos una sección específica dedicada a los derechos humanos, sino para ver la manera en que son regulados, hay que acudir a otros preceptos, colocados en distintas partes del documento, como cuando se habla de la libertad de imprenta, prevista en los artículos 131 o 371; la libertad personal, así como las garantías que evitan la detención arbitraria, como se ve en los artículos 286 y siguientes; o la defensa misma de la no variación de los derechos sustanciales, o de los preceptos constitucionales, como se encuentran en los artículos 372 y siguientes. Esta situación la podemos explicar por el ánimo de no querer los constituyentes aparecer como "afrancesados", al incorporar en su obra el producto más atrayente de la Revolución Francesa, como lo era una declaración de derechos humanos.

No sólo existe el ánimo de crear para vivir en constitución, sino además la misma se encuentra ordenada de una manera "racional", para la defensa misma de dichos valores. Es decir, se dividió en diez títulos, los cuales a su vez se subdividieron en capítulos y artículos específicos, dando un total de trescientos ochenta y cuatro, lo que hoy nos parece desproporcionado, pero que habla de la originalidad

de sus autores y el ánimo de crear algo nuevo y propio, que se diferenciara del Estado invasor.

El primer título versa sobre la nacionalidad española y de los españoles, el cual moldea la libertad como autodeterminación social.

El segundo título delimita el territorio nacional, establece los objetivos del gobierno, recalcando que su finalidad es la felicidad de la Nación que no es otra cosa que el bienestar mismo de los individuos que la componen (art. 13). Por último, delimita quiénes son los ciudadanos españoles. Pese a su carácter liberal, estableció de manera obligatoria la religión católica, apostólica y romana para todos los habitantes, la que sería protegida una vez más por leyes justas y sabias, prohibiendo cualquier otra libertad, de tal manera que si bien se protegía una libertad de difusión de ideas, se restringía la libertad de creencias, lo que sólo podemos entender si tomamos en cuenta el concepto de libertad como necesidad al que ya nos hemos referido. Se estableció el territorio español, comprendiendo no sólo la península sino las posesiones tanto en América como en Asia.

En el tercer título se dedica a la formación de las Cortes, sus facultades y la forma de su integración, señala la existencia de una sola Cámara formada por diputados de todos los dominios españoles. La elección era indirecta, por medio de tres juntas electorales, ya sea de parroquia, de partido o de provincia. Su renovación era total cada dos años. Se formó una diputación permanente, integrada por siete representantes que debía velar por la observancia de la Constitución y de las leyes y en los casos supuestos en la ley, convocar a sesiones extraordinarias.

El cuarto título estaba dedicado al monarca, en donde se declaraba como sagrada e inviolable su persona, así como exento de cualquier responsabilidad. Se establecieron sus facultades y atribuciones y un orden en la sucesión. También se reguló el número y funciones de sus secretarios de despacho, quienes, a diferencia del monarca, sí serían responsables de los actos ante las Cortes.

El quinto título estaba dedicado a la administración de la justicia, estableciendo y dando competencias a los tribunales, pero también concediendo prerrogativas a los habitantes, limitando el número de juicios, reconociendo el derecho de acceso a la justicia, regulando la detención de las personas, prohibiendo penas degradantes, la confiscación de bienes, o el allanamiento del domicilio. Mantuvo los fueros eclesiástico y militar.

El sexto título estaba dedicado al gobierno interior de los pueblos y de las provincias. Los ayuntamientos eran los encargados de dirigir a los pueblos, cuyos integrantes se seleccionaban de manera indirecta. Para el manejo de las provincias se creó la figura de intendente nombrado por el rey y por siete diputados provinciales que lo serían por los mismos electores que designaran a los diputados de las Cortes.

El séptimo título versaba sobre las contribuciones que podían ser de dos tipos, ya sean directas o indirectas, así como generales para todo el reino, provinciales o municipales. Los impuestos debían ser pagados por los españoles con proporción a sus facultades, sin excepción ni privilegio alguno, dando también prerrogativas a los habitantes, ya que, por ejemplo, no se podía exigir ningún pago sin que hubiere un decreto del rey refrendado por el ministro de hacienda (art. 347). También se hablaba de una contaduría mayor que había de organizarse por una ley especial, que revisaba las cuentas y los caudales públicos.

El título octavo estaba dedicado a la fuerza militar, que dividió en tropas permanentes o de servicio continuo y las milicias nacionales que se mandaban levantar en determinadas ocasiones, no pudiendo excusarse los españoles del servicio militar cuando fueran llamados para ello, en la forma establecida en la ley.

El título noveno versa sobre la instrucción pública donde se ordenó el establecimiento de escuelas de primeras letras en todos los pueblos de la monarquía, tema del que nos ocuparemos cuando veamos la libertad como autodeterminación individual.

Finalmente, el título décimo contenía disposiciones relativas a la observancia de la Constitución y un procedimiento complicado para hacer modificaciones, volviéndola prácticamente rígida. Se consiguió el derecho de todo español para solicitar la observancia de la ley fundamental, y ninguna modificación o adición a la Constitución podía realizarse sino después de ocho años de estar en práctica en su totalidad, pero, en todo caso, se debían votar en las Cortes con poderes especiales para ello.

Tal es el esquema general de la Constitución, de lo que se aprecia la voluntad de transformar por la voluntad humana a la Nación, de acuerdo con los principios por los que debía regirse.

Por lo que se refiere a la libertad como autodeterminación en los individuos, se preserva la libertad, a fin de que pueda desarrollarse de la mejor manera que considere, dentro de los límites a los que ya nos

hemos referido y que comentaremos también, por ello la esencia del ser español es la de ser un hombre libre, según nos habla el artículo 5 y, además, las leyes sabias y justas que se expidan deben preservar entre otras cosas la propia libertad civil, que no puede restringirse, sino de la manera como se establece en la propia Constitución. Por ello se otorga el ya señalado derecho a la libertad de escribir sus ideas políticas.

De igual manera nos encontramos con elementos de la libertad como necesidad, al establecer un primer derecho-deber social, de enseñar a los niños a leer, escribir, contar y dar la religión oficial que se establece de manera obligatoria, según se desprende de los artículos 12 y 366. Además, para formar iguales individuos ese derecho a la educación es uniforme en todo el reino, en donde deben explicarse no sólo las obligaciones civiles, sino la propia Constitución Política. El hecho relevante es que no hay una libertad de conciencia y, por el contrario, se impone a la católica como única religión, por derivar no sólo de la justicia, sino de la sabiduría, como se expone en el artículo 12 ya citado. Asimismo es deber del poder público el de guiar a los individuos por las leyes sabias y justas que incluso pueden limitar los derechos fundamentales, de tal manera que podemos desprender que al amparo de estas disposiciones, el Estado no solamente debe conferir una esfera de libertad a sus habitantes, sino que además puede limitar la propia libertad, para preservar esa misma libertad, enseñando a sus titulares la virtud y dirigiendo sus actos hacia la bondad.

Por último, también encontramos, derivado del influjo de Locke y demás autores contractualistas, la libertad política como capacidad limitada. No sólo se crea de nueva cuenta a la Nación, teniendo como eje rector al pueblo y sus integrantes, sino se transforma revolucionariamente la idea misma del poder público, para pasar, de acuerdo con el modelo constitucional medieval y renacentista, de ser único, indivisible e ilimitado, patrimonio del monarca, a uno cuyo titular es el pueblo, que lo ejerce a través de una representación política, de manera plural, divisible y limitada.<sup>19</sup> Evidentemente, para el ejercicio de esa representación, es necesaria la democracia. Con ello tenemos

<sup>19</sup> Véase al respecto Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (Trad. Manuel Martínez Neira), Ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 85 y ss.

las ideas medulares de este concepto de libertad: soberanía nacional, democracia representativa y división de poderes.

Ya hemos comentado la idea de soberanía nacional, pasaremos a explicar las tres ideas restantes. La democracia de forma representativa se desprende cuando en primer lugar se recalca que la soberanía radica en la Nación que no es otra cosa más que la reunión de sus habitantes, y prueba misma de este poder es la facultad de establecer sus leyes, lo que se hace, de acuerdo con el artículo 27 por medio de las Cortes, como Cámara Única, a la que se le define como la reunión de todos los diputados que a su vez representan a la Nación, y que son designados por los propios ciudadanos, sin establecer distinción en el lugar en donde se encuentren. De esta forma la representación opera de una manera dual, ya que no sólo los ciudadanos son representados por diputados, sino también en su conjunto representan a la Nación. La base para la designación de diputados, es la de setenta mil ciudadanos, de acuerdo con el artículo 71 y para ello se divide la monarquía en provincias, partidos y parroquias. Es decir, el Estado mismo junto con su territorio se fracciona a fin de hacer posible esta nota libertaria de representación y la formulación del sentir nacional, resultando con todo ello, que el poder público deja de pertenecer patrimonialmente al monarca para pasar al pueblo, quien lo delega a su vez en sus representantes. De esta forma se consagra el inicio de la personalidad del individuo y del pueblo al que pertenece como sujetos políticos.

Son las Cortes, de acuerdo con el artículo 131, las que tenían como propósito primordial el de proponer, decretar, interpretar y derogar las leyes, como reza el artículo 131, las cuales debían tender a lograr el perfeccionamiento y con ello la felicidad de los habitantes. Sólo los diputados contaban con la facultad de proponer los proyectos de ley, siempre que lo hicieran por escrito, pero dando los motivos razonados para su petición, tal como se señala en el artículo 132. El procedimiento legislativo buscaba así cumplir el objetivo de las leyes, es decir, ser las mejores posibles, logrando la veracidad en la actuación pública, ya que todos los proyectos se leen en primera instancia por dos veces y posteriormente las Cortes decidían si se pasaba a una segunda discusión. En este supuesto, si el asunto lo ameritaba, se remitía a una comisión para su revisión. Cuatro días después de admitido, se leía el proyecto por una tercera vez y sólo hasta entonces se podía abrir

a su discusión, según lo señala el artículo 135. La discusión a su vez se hace por la totalidad del proyecto y posteriormente en cada uno de sus artículos. Sólo cuando las Cortes consideraban que se había discutido lo suficiente, se resolvía si se procedía a la votación de la ley, cuyo resultado podía ser aprobarla, desecharla, ya sea en todo o en partes, o modificarla, según sus observaciones. La votación era por mayoría absoluta de votos, con un quórum mínimo de la mitad más uno del total de diputados. El monarca tenía la facultad de sancionar las leyes, lo que equivale a su promulgación y publicación, pero también tenía la facultad del veto, el cual se podía ejercer hasta por dos veces, pero si el proyecto se mantenía firme a pesar de ello, procedía a su promulgación y publicación.

Procedimiento complicado pero que pretendía garantizar que a través de la iniciativa, discusión, votación y veto el que se pudieran alcanzar de manera que se consideraba "*objetiva*" las mejores leyes posibles, para restringir justificadamente la libertad individual, siendo fiel al pensamiento contractualista, en donde el pueblo válidamente representado decide por sí mismo las leyes que le han de obligar y dirigirle para la consecución de sus objetivos esenciales.

El procedimiento de racionalización de las normas sólo es posible si también se confía su aplicación en distintos órganos públicos, de ahí el origen de la división de poderes. Según el artículo 14, el gobierno sería una monarquía hereditaria dividida en tres ramas, de acuerdo con sus tres artículos siguientes, la facultad de elaborar leyes, la que a su vez se dividía en la actividad de las Cortes y del monarca. La de ejecutar las leyes en el reino a cargo también del monarca, pero la de juzgar de acuerdo con las leyes en las causas civiles y criminales estaba a cargo de los tribunales, que sólo podían funcionar si tenían su origen en ley y éstas se hubieren promulgado con anterioridad a los hechos materia de la controversia. En estos términos, la libertad individual está acotada por leyes razonadas objetivamente, en donde sólo se permitía actuar a los entes públicos en las materias y en los tiempos que ellas mismas establecían, condicionando de esta forma la libertad, pero también estableciendo las barreras sobre las cuales se podía decidir de manera autónoma por parte de los súbditos.

Evidentemente no se impusieron competencias limitadas sobre las cuales se pudiera ejercer el poder público en el ámbito nacional, pero sí se establecen frenos cuando se quisiera restringir a la libertad

individual, siempre y cuando estuvieran apoyados en ley, a su vez producto de la voluntad de los propios ciudadanos.

Si bien el documento gaditano no satisfizo las aspiraciones de los americanos, ni los equiparó realmente en derechos respecto de sus connacionales peninsulares, ni les facilitó sus tráficos mercantiles, tampoco contuvieron las revoluciones ya comenzadas, sí sirvió para preparar en el ánimo popular las nuevas ideas conforme a las cuales se organizarían las nuevas naciones, mismas que se alejarían en razón de la distancia al modelo propuesto, para seguir a otro que si bien buscaba los mismos efectos, se apoyaba en nuevas ideas propias de la experiencia continental. De esta forma, por descabellado que pudiera parecer, el surgimiento de la Constitución de Cádiz fue en realidad uno de los primeros pasos firmes para la creación de auténticos sujetos políticos y estados modernos en Iberoamérica bajo la bandera de una nueva concepción de libertad.

## ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

The particular topic of State contracts impinges upon some of the gravest questions of International law.

This part of International law, like so many other branches of the law, is in great need of elaboration. This can best be accomplished by its application to concrete cases by arbitral tribunals. There is a wealth of material from which the law could by this means be developed.

Jennings, *State Contracts in International Law*<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El antecedente: la teoría del contrato administrativo*. III. *El desarrollo*. IV. *El problema*. V. *Una solución contra la Malaise Francaise*. *El antídoto Anglaise*.

### I. INTRODUCCIÓN

La reflexión citada al inicio de este artículo es relevante, no sólo porque proviene de uno de los titanes del derecho internacional, sino porque sigue siendo tan atinada como lo era cuando fue emitida hace más de 50 años. No sólo eso, lo que es cierto con respecto a la contratación gubernamental *internacional* es aplicable también a la contratación gubernamental *local*, sobre la cual me enfoco en este ensayo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *British Year Book of International Law* (1961), 37, pp. 156, 182.

<sup>2</sup> Me ceñiré al derecho administrativo local y sus implicaciones en arbitraje. No abordo las ramificaciones internacionales por haberlo hecho en otros contextos. (¿Cuándo *pacta es*

La utilización del arbitraje en la contratación gubernamental<sup>3</sup> ha generado dudas y preocupaciones. No obstante sus bondades, se percibían riesgos. Recientemente, un doble desarrollo ha puesto el tema en el ojo del huracán. Por un lado, el incremento en su utilización, tanto legislativa como contractualmente. Por otro, la actualización de algunos de los riesgos aludidos.

Este ensayo comenta el desarrollo. Al hacerlo, busco un objetivo que deseo divulgar desde el comienzo: canalizar el debate constructivamente. Percibo que existe una proclividad a dar más eco a los *problemas* que a los *éxitos*. Por motivos que aún no acabo de comprender, comentaristas y expertos diversos están más dispuestos a poner la lupa en el *tropiezo* que en el *logro*. Y al hacerlo, el problema no se comenta —mucho menos analiza— con la profundidad y objetividad necesaria. Para mi gusto, ello es lamentable. No sólo porque es una manera parcial y poco seria de dialogar, sino también porque muestra una verdad a medias. Un panorama sesgado; cuando la realidad es distinta. Y ante una prognosis mala, la diagnosis dista de servir.

La realidad es que existen logros importantes y plausibles en esta materia. A continuación se comentarán, no sin antes describir el trasfondo conceptual sobre el cual ocurre y que explican (aunque posiblemente no justifiquen) el problema que genera. Expuesto ello, propondré una solución.

## II. EL ANTECEDENTE:

### LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO<sup>4</sup>

La teoría del contrato administrativo de la tradición jurídica civilista<sup>5</sup> en esencia dice que el contrato administrativo guarda tanto

*servanda?*: *Cláusulas Paraguas en Arbitraje de Inversión e Interpretación de las cláusulas paraguas en la experiencia del arbitraje de inversión*, ambos se pueden consultar en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje). A su vez, *Arbitraje*, Porrúa, México, 3a. ed., 2011).

<sup>3</sup> Por sencillez, utilizo la frase genérica “contratación gubernamental” para abarcar todas las especies de contratos administrativos.

<sup>4</sup> En la investigación y elaboración de esta sección me he beneficiado de conversaciones con Julieta Ovalle Piedra, una litigante y experta en derecho administrativo que mucho han nutrido mi entender sobre esta problemática. Deseo extenderle mi reconocimiento y agradecimiento por su orientación, deslindándola de cualquier error u omisión por los cuales sólo yo soy responsable.

<sup>5</sup> Es digno de énfasis que el régimen que a continuación describo no ha encontrado eco en jurisdicciones de *common law*. *Grosso modo*, para estas jurisdicciones, el régimen del

*similitudes* como *diferencias* con el contrato regido bajo derecho privado.<sup>6</sup> Las *similitudes* consisten en que parte de dicho acto jurídico se nutre, teje y rige por el derecho de las obligaciones, por la teoría del contrato, por principios de contratación, incluyendo la libertad contractual, aunque matizada.<sup>7</sup> Las *diferencias* radican esencialmente en dos cuestiones. Primero, una de las partes es un ente público que responde públicamente por su gestión. Después de todo, utiliza fondos públicos. Segundo, los intereses en juego. Siendo que contrata para, por ejemplo, prestar un servicio público, y ello con miras a satisfacer necesidades colectivas, sus intereses deben prevalecer sobre las necesidades individuales. Su régimen *viz* el contratante particular merece un tratamiento diverso. Después de todo, no son iguales. Mientras que uno responde a un interés *particular* (lucro), otro responde a un interés *público* (satisfacer una necesidad social). Aceptada la distinción, fluyen consecuencias diversas. Una relevante para los objetivos de este ensayo es el *régime exorbitante*:<sup>8</sup> se trata de un conjunto de principios por los que el derecho contractual privado da ciertas prerrogativas al ente público por encima del ente privado.<sup>9</sup>

contrato administrativo se circunscribe a la licitación y adjudicación (*public procurement*) en términos costo-eficientes y justos. Pero hecho ello, el contrato se torna en un instrumento regido por el derecho privado. Como lo expone Cane: “Unlike French law ... English law recognizes no category of ‘public contracts’ subject to a regime of public law and distinct from contracts between private individuals and corporations. The starting point of English law is that the ‘ordinary’ law of contract regulates public contracting and private contracting alike”. (Peter Cane, *Administrative Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 5a. ed., 2011, p. 224).

<sup>6</sup> Al respecto, ver Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des contrats administratifs*, Librairie générale de droit et jurisprudence, R. Pichon y R. Durand-Auzias, París, 1956. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., France, 2010. Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Thémis Droit, París, Presses Universitaires de France, 2004.

<sup>7</sup> Este punto merece énfasis. Mientras que en los contratos civiles las partes pueden pactar todo lo que no esté prohibido, en los contratos administrativos las partes pueden pactar sólo lo que esté permitido. Lo que el derecho administrativo aplicable permita. Claro, pueden no aceptarlo y simplemente no contratar. Pero no pueden escoger de entre el régimen administrativo qué pactar y qué no. Es a esto a lo que me refiero al aludir a la libertad contractual matizada administrativamente.

<sup>8</sup> Laubadère hace, en la biblia de esta materia, un análisis detallado de la *clause exorbitante*, *op. cit.*, pp. 85 *et seq.*

<sup>9</sup> Por ejemplo, el *ius variandi*: la posibilidad de cambiar algunos términos del contrato dentro de ciertos límites en línea con un propósito de interés general. Otro ejemplo es la terminación administrativa y la posibilidad de emitir decisiones auto-ejecutables. A su vez, en algunas jurisdicciones se acepta que el particular no cuenta con la *exceptio non adimpleti*

Un régimen que deroga derecho común. Una prerrogativa derivada de la fuerza pública,<sup>10</sup> que es tanto causa como consecuencia del hecho que el contratante público es *in natura* distinto al privado.<sup>11</sup> Dicha diferencia en la realidad tiene un reflejo en el mundo del derecho: la ausencia de igualdad que constituye el punto de partida del derecho civil contractual.<sup>12</sup>

Esta teoría, si bien producto y peculiaridad del derecho francés,<sup>13</sup> se contagió a jurisdicciones diversas. Una de ellas fue México. Como resultado, diversas jurisdicciones aceptan,<sup>14</sup> casi como verdad de Perogrullo, que cuando un particular contrata con el Estado (o cualquier ente gubernamental), lo hace en términos distintos a los que aceptaría cuando contrata con otro particular. El siguiente segmento de Serra Rojas es ilustrativo del paradigma:<sup>15</sup>

La institución del contrato forma parte del sistema liberal ya que las partes lo celebran con libertad o en ocasiones sujeto a ciertas restricciones necesarias para asegurar el interés general. Un sistema totalmente diferente es el que existe en los Estados comunistas, en donde estas formas jurídicas no pueden llamarse propiamente contractuales, por la constante y total acción unilateral del Estado.

El contrato administrativo es una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la administración pública con las

*contractus*. El universo exacto de facultades exorbitantes varía no sólo de país en país (consecuencia natural de ser producto del derecho local), sino dentro del mismo dependiendo del régimen aplicable (por ejemplo, puede ser que conforme a una ley administrativa estatal existan más facultades exorbitantes que otro, inclusive del mismo país). Y para añadir a la complejidad, algunos entes públicos contemplan más facultades asimétricas que otros al confeccionar sus contratos de adhesión.

<sup>10</sup> *Prérogative de puissance publique*, para parafrasear a Laubadère (*op. cit.*, p. 91).

<sup>11</sup> Su distinción exacta ante géneros próximos visibles en relaciones contractuales entre partes con asimetría económica puede ser difícil. Ante ello, una manera de determinar si ello es exorbitante, y no simplemente leonino, es que la cláusula exorbitante tiene "sello administrativo", "*porte la marque administrative*", en palabras de Laubadère, *op. cit.*, p. 100.

<sup>12</sup> Aunque la infrecuencia es una característica de las cláusulas exorbitantes, el que una cláusula sea poco habitual no le merece el adjetivo "exorbitante". Es por ello que la alusión al "sello administrativo" es útil.

<sup>13</sup> Guido Santiago Tawil, "On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine", en *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series No. 15, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 327.

<sup>14</sup> Por ejemplo, casi toda América Latina.

<sup>15</sup> *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1995, 16a. ed., pp. 634-635.

prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los contratos que regula el código civil, la voluntad de las partes es la suprema ley, de allí nacen las normas que rigen esa relación jurídica aplicándose el propio Código como normas supletorias para llenar los vacíos no previstos por las partes. Sus principios generales radican en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad.

En los contratos administrativos la situación es diferente: la voluntad de las partes no puede alterar los mandatos de la ley que se aplica directamente, las partes se subordinan a una relación de derecho público preestablecida o a principios jurídicos creados *ex profeso* para normar esas situaciones, que obedecen a los reclamos del interés público. De aquí cierta precariedad en la relación que se establece, que es de antemano conocida por los que contratan con la administración pública que actúa sin propósito de lucro y sólo trata de asegurar el interés general.

Dicho paradigma ha propiciado la existencia tanto de un régimen *sustantivo* como *adjetivo* diverso.

Con respecto al *sustantivo*, el principio subsumido en la legislación administrativa diversa es que, siendo un órgano público parte del contrato, cuya misión es prestar un servicio público que es de interés público, su continuada prestación no puede estar sujeta a vicisitudes provenientes de los intereses privados, individuales, de la parte privada en dicha relación.<sup>16</sup> Con respecto al régimen *adjetivo*, la misma *ratio* motiva la existencia de tribunales especializados que conozcan (a veces con jurisdicción exclusiva) de las disputas que puedan surgir de dicha relación jurídica: el contencioso administrativo y los tribunales administrativos del Poder Judicial.

Entender esto es clave, pues es la raíz del problema. El trasfondo que motiva el desarrollo que a continuación comento.

<sup>16</sup> Al respecto, se recomienda Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 33a. ed., 1994, pp. 395 *et seq.*

### III. EL DESARROLLO

Existe un doble desarrollo en esta materia. Por un lado, un renovado e impetuoso interés en utilizar el arbitraje en la contratación gubernamental. Por otro, un caso que actualiza los riesgos que algunos veíamos en esta materia. A continuación se comentan.

#### 1. Renovado interés en arbitraje en la contratación gubernamental

Se observa un renovado interés en confiar al arbitraje la solución de problemas relacionados con la contratación gubernamental. Legislación administrativa diversa contempla la posibilidad de pactar arbitraje en la contratación gubernamental. Mientras que la Ley de Petróleos Mexicanos<sup>17</sup> y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad<sup>18</sup> lo permitían desde hace tiempo, dos leyes administrativas importantes han modificado su régimen para autorizarlo. Más aún, una pieza legislativa importante del sexenio actual lo contempla dándole un papel importante: la Ley de Asociaciones Público-Privadas.<sup>19</sup>

Este desarrollo merece más comentario no sólo por el resultado, sino por su génesis.

#### A. Ley de Obra Pública y Ley de Arrendamientos y Servicios

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas ("Ley de Obra Pública") y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ("Ley de Arrendamientos") llevaban tiempo contemplando la posibilidad de pactar arbitraje. Sin embargo, dicha posibilidad estaba vedada en la práctica dado el requerimiento

<sup>17</sup> Artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos. Los nuevos lineamientos de contratación con Pemex expresamente contemplan y permiten el arbitraje. Artículo 68 de las disposiciones administrativas de contratación en materia de adquisiciones, arrendamiento, obras y servicios de las actividades sustantivas de carácter productivo de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (DOF, 6 de enero de 2010).

<sup>18</sup> Artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Artículos 42 y 138 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

<sup>19</sup> El autor ha presenciado conferencias del Jefe del Ejecutivo donde presume el logro de dicha ley, incluyendo su inclusión del arbitraje.

de ambos cuerpos normativos de exigir que los acuerdos arbitrales que se celebren se hagan de conformidad con las reglas de carácter general que emita la Secretaría de la Función Pública,<sup>20</sup> *mismas que nunca fueron emitidas*.

Durante aproximadamente siete años se trabajó en los lineamientos exigidos por dichas leyes, sin que vieran la luz de día.<sup>21</sup> En 2008 un funcionario de alto nivel de la Secretaría de la Función Pública se avocó al tema, tomando con mucha seriedad la misión que se le confió. Para ello tomó los mejores cursos de arbitraje que se ofrecen en México y creó un grupo de trabajo especializado. Tuve la suerte de formar parte de dicho grupo de trabajo. Las sesiones fueron muchas e intensas. Por su seriedad, el esfuerzo es digno de ser reconocido y aplaudido. El resultado no fue el mejor, pero fue un gran avance en la materia. Por ejemplo:

1. En vez de emitir lineamientos, se modificó la ley de raíz para contemplar en la misma el arbitraje. Ello para dar más seguridad jurídica a quien contrate.<sup>22</sup>
2. Como regla, se permitió el arbitraje. Y no se sobrerreguló,<sup>23</sup> algo digno de tomarse en cuenta dada la frecuencia con la que se sucumbe a dicha tentación en esta materia.<sup>24</sup>
3. Se estableció un régimen liberal y permisivo.
4. Se contempló la posibilidad de pactar y utilizar otros mecanismos (como peritaje, mediación, conciliación y *dispute boards*).

<sup>20</sup> La ley aludía a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (ahora Secretaría de la Función Pública), y requería que los lineamientos fueran emitidos previa opinión de la Secretaría de Economía.

<sup>21</sup> Divulgo que colaboré en dicho esfuerzo. Fueron muchas las versiones que se circularon de dichos lineamientos. Si bien redacté la primera versión, muchos expertos dieron opinión y nutrieron la misma. Un experto mexicano, Roberto Hernández, fue especialmente activo y atinado.

<sup>22</sup> Los lineamientos son más fáciles de modificar, lo cual podría restar confianza al contratante.

<sup>23</sup> Simplemente se reconoció que es aplicable la *lex specialis* sobre la materia: el derecho arbitral mexicano (Título IV del Libro V del Código de Comercio).

<sup>24</sup> Es enorme la cantidad de foros donde he escuchado que debe existir un cuerpo normativo independiente sobre este tema. Siempre que he preguntado por qué, la respuesta es silencio. Se invita al lector que comulgue con dicho razonamiento a considerar que tenemos derecho arbitral de punta. Ante ello, es mucho mejor establecer normas de engarce que hagan aplicable el mismo, que reinventar el hilo negro.



Todo lo anterior es, en mi opinión, un avance positivo en esta materia. No sólo eso, es producto de un interés maduro, bien intencionado de funcionarios diversos de fomentar la inversión en contratación gubernamental mediante la utilización del arbitraje y otros mecanismos. Ello merece reconocimiento y aplauso. Para mi gusto, el gremio arbitral mexicano no ha acabado de reconocer correctamente este esfuerzo.<sup>25</sup>

A la par de lo bueno, existieron yerros. Al final del artículo 98 de la Ley de Obra Pública se estableció que no será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley. El artículo 80 de la Ley de Arrendamientos decía:

Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los *contratos* de prestación de *servicios* de largo plazo *previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley* o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley. El paso tomado por ambas leyes genera problemas diversos, en resumen:

1. La inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y de la terminación anticipada:

- a) Excluye del arbitraje dos de los problemas más serios que puede vivir un contrato administrativo.
- b) Provoca la existencia de procedimientos paralelos (arbitrales y administrativos).
- c) Manda un mensaje negativo a quien contrata con el gobierno.

<sup>25</sup> Observo que muchos prefieren señalar sutilezas que reconocer el avance del panorama. Siempre es bueno buscar el mejor resultado, pero cuando ello se hace a costa de desconocer la compleja realidad que a veces hace difícil (o imposible) emitir un texto jurídico "perfecto", ello es lamentable y pierde la oportunidad de construir. Pero además, ¿perfecto para quién? Como dice el viejo adagio: ante *dos* abogados expertos, ¡hay *tres* opiniones!

2. El establecimiento de una norma que permita la exclusión del arbitraje por el reglamento crea inseguridad jurídica al contratante.

Además de lo anterior, la Ley de Arrendamientos generaba<sup>26</sup> un problema adicional: adoptó un régimen de excepción, y en dos sentidos. Primero, al establecer que sólo puede pactarse en los contratos "previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley", se excluyeron muchas especies de contratos administrativos.<sup>27</sup> Segundo, la redacción "sólo controversias de interpretación", genera dudas sobre el alcance material de la cláusula arbitral.<sup>28</sup>

La restricción a la arbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada merece un comentario adicional. Comencemos con su génesis: fue incluida en el texto de la iniciativa en la recta final de las sesiones del grupo de trabajo. A su vez, no fue incluida por los participantes del grupo de trabajo, sino por terceros. La respuesta que mereció fue un (aguerrido) rechazo. Muchos consideraron (consideramos) que contemplar dicha cortapisa acarrearía problemas. Tales, que posiblemente era mejor no modificar nada, que adoptar la iniciativa con dicha excepción. Pero lo más importante fue el motivo: al indagar sobre la razón de dicha inclusión se nos informó que obedecía a que ello era el estado actual de la materia, acorde a la jurisprudencia vigente. Esto fue materia de debate intenso. Muchos de los presentes disintieron sobre la rectitud de la aseveración. Otros admitieron (yo estuve dentro de éstos) que existían algunos casos que

<sup>26</sup> Este problema ha sido remediado por la reciente modificación al artículo 80 de la Ley de Arrendamientos (16 de enero de 2012).

<sup>27</sup> Durante las sesiones del grupo de trabajo manifesté que consideraba que ello era un error. Se me contestó que el motivo obedecía a que: a) eran los contratos donde más se preveía; y b) que era para evitar que un funcionario que no sepa lo que está haciendo lo pacte en casos que no lo justifican. Contesté que para mi gusto ambos argumentos eran insuficientes. Con respecto al primer argumento, existían muchos otros contratos regidos por la Ley de Arrendamientos que podían justificar la utilización del arbitraje. Al citar algunos ejemplos que me vinieron a la mente (inclusive manifesté que bien podrían haber otros que no se me estuvieran ocurriendo en dicho momento, era mi respuesta inmediata al argumento que por vez primera se me hacía ver), se admitió que era cierto. Sin embargo, no se hizo nada. Con respecto al segundo argumento, en mi opinión, ello es paternalista. Así lo manifesté. Tampoco recibí una respuesta.

<sup>28</sup> Es de admitirse que, aunque la redacción no ayuda, no percibo que la intención legislativa sea reducir el ámbito de conocimiento (ello también fue remediado con la modificación del 16 de enero de 2012).

así lo sostenían, pero que había otros que sostenían lo contrario. Más aún, siendo los segundos los más recientes, se observaba una tendencia al paradigma. Siendo que se consideraba mejor derecho no incluir la restricción,<sup>29</sup> era preferible que no se indicara nada.<sup>30</sup> Sería un paso a favor de la mejor vertiente.

Lamentablemente, no se logró el cambio. Cuando esto fue hecho público, el gremio contestó ásperamente.<sup>31</sup> En esencia, los motivos fueron los expuestos.

### B. Ley de Asociaciones Público Privadas

La Ley de Asociaciones Público Privadas (“LAPP”) es una pieza legislativa de la cual la administración Calderón está orgullosa. Al exponer sus virtudes expresamente se alude a su utilización del arbitraje y otros mecanismos.<sup>32</sup> En buena medida, el régimen es plausible. Sin embargo, existen arrugas que deben ser planchadas. Por ejemplo, su artículo 139 *in fine* dice:

[...]

III. El laudo será obligatorio y firme para ambas partes. En su caso, sólo procederá el juicio de amparo.

No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.

La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales.

Dos problemas son detectados:

1. La oración “En su caso, sólo procederá el juicio de amparo” provoca dudas sobre la procedencia del juicio de amparo.

<sup>29</sup> Dejando así la posibilidad abierta para debatir el punto ante tribunales.

<sup>30</sup> Hacerlo cristalizaba en ley lo que parecía que era el paradigma en vías de ser refinado.

<sup>31</sup> Tanto en foros locales como internacionales lo que más se comentó fue la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada; y se hizo en términos muy negativos. Casi no se comentaron los aspectos positivos. Si bien esto merece la crítica que he hecho antes sobre el maniqueísmo observable en esta materia, también es cierto que reafirmó lo que en grupo de trabajo hicimos ver a quienes insistieron en incluir dicho precepto. Es decir, la comunidad de inversionistas y arbitral nacional e internacional nos dio la razón.

<sup>32</sup> Conferencia ante la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción, Los Pinos, 3 de mayo de 2012.

2. La inarbitrabilidad de los actos de autoridad hace sospechar que se incluyó “por la puerta trasera” la rescisión administrativa y la terminación anticipada, pues podrían considerarse actos de autoridad.

Sobre la primer preocupación, informo al lector que el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción fue consultado sobre dicho proyecto de ley. El texto previo decía “sólo procederá el juicio de amparo”.<sup>33</sup> Ello era un doble *foul*: por un lado, sí procede un recurso: el juicio de nulidad.<sup>34</sup> Por otro, el amparo *no* procede. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido tan clara como contundente a este respecto. Al traer la atención sobre esto, dicho texto se cambió. Quienes estuvieron involucrados en esta iniciativa mostraron una enorme apertura sobre el tema y deseo para emitir la ley en los mejores términos posibles.

Es cierto que hubiera sido preferible no incluir la oración “En su caso, sólo procederá el juicio de amparo”, pues puede invitar a la confusión. También es cierto que sería mejor que en el mundo no hubiera guerras ni hambrunas ni maldad. La realidad no siempre es la utopía que algunos desean (y con base en la cual parecen partir al emitir sus críticas). Lo que se logró fue un “second best”: dejar el punto abierto como una cuestión a ser resuelta por la *lex specialis*: la ley de amparo. Y siendo que la SCJN ha sido clara en que no procede, la conclusión jurídica es la hipótesis “en su caso” de dicha oración nunca se actualiza.

Sobre el segundo punto, aplican las mismas observaciones que he hecho con respecto a la rescisión administrativa.

### 2. El caso *Commissa vs. PEP*

Resumir los puntos más sobresalientes de este caso es conveniente para los fines de este ensayo. El motivo es que ilustra la problemática abordada.

<sup>33</sup> Al respecto, ver González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 3a. ed., 2011, p. 203.

<sup>34</sup> Artículo 1457 del Código de Comercio.

### A. El laudo

El arbitraje CCI núm. 13613 entre Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. y Pemex-Exploración y Producción (“*COMMISA vs. PEP*”) tuvo como resultado un laudo (diciembre de 2009) que condenó a PEP a pagar a COMMISA más de trescientos millones de dólares.

### B. El amparo

En forma paralela al arbitraje, COMMISA recurrió la rescisión administrativa en amparo. Mucho puede decirse sobre este paso, particularmente a la luz del derecho de amparo. Dado el objeto de este ensayo sólo mencionaré que el amparo fue negado. Aunque sobreseído en primera instancia<sup>35</sup> y negado en revisión,<sup>36</sup> fue atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), misma que decidió no otorgar amparo turnando el asunto a colegiado, mismo que negó la protección constitucional.<sup>37</sup>

### C. La impugnación judicial y la nulidad

Se solicitó la nulidad del laudo *inter alia* con base en que ventilaba cuestiones no arbitrables y violaba el orden público. El juez de nulidad rechazó la solicitud.<sup>38</sup> Dicha sentencia fue recurrida en amparo argumentando violación a la garantía de legalidad siendo que el juez de nulidad no anuló no obstante que se encontraba en presencia de materias no arbitrables y violaciones al orden público. El juez de distrito negó el amparo.<sup>39</sup> Se interpuso recurso de revisión. El colegiado anuló.<sup>40</sup> Al hacerlo, razonó lo siguiente:<sup>41</sup>

<sup>35</sup> El Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal lo negó el 23 de agosto de 2005 al considerar que PEP no era autoridad.

<sup>36</sup> Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 17 de mayo de 2006.

<sup>37</sup> Juez Sexto Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito, 23 de febrero de 2007.

<sup>38</sup> Juez Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 24 de junio de 2010.

<sup>39</sup> Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 3 de septiembre de 2010.

<sup>40</sup> Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011. Para ser exactos, emitió una sentencia revocando la sentencia del Juez de Distrito, ordenando que dejara insubsistente la resolución reclamada y, en su lugar, emitiera otra considerando que el laudo arbitral es nulo.

<sup>41</sup> Lo expuesto es un resumen. La sentencia del tribunal colegiado tiene poco menos de 500 páginas.

a) *Arbitrabilidad*: El laudo es nulo por ventilar cuestiones no arbitrables. Dicha determinación descansó en dos premisas:

- i) *Actos de autoridad*: No obstante que el acuerdo arbitral contenido en el contrato es amplio, el Tribunal Colegiado determinó que no abarcaba disputas provenientes de rescisiones administrativas pues éstas son consideradas actos de autoridad. En apoyo a dicho razonamiento se citó una Jurisprudencia (por contradicción) de la octava época del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>42</sup>
- ii) *Jurisdicción exclusiva*: La inarbitrabilidad de la materia deriva de que existe competencia exclusiva de los tribunales administrativos mexicanos para ventilar actos de autoridad (incluyendo rescisiones administrativas).

A su vez, dado que existía una decisión de un juez competente que determinó que la rescisión era constitucional, dicha determinación era “cosa juzgada refleja” *vis-à-vis* el tribunal arbitral.<sup>43</sup> En la medida en que: a) existían determinaciones que involucraron la rescisión;<sup>44</sup> b) con base en las cuales el tribunal otorgó consecuencias jurídicas,<sup>45</sup> el tribunal arbitral excedió su mandato al tocar una cuestión no arbitrable.

b) *Orden Público*: el laudo es nulo por ser contrario al orden público en la medida en que los contratos administrativos:

- i) están regulados por leyes administrativas y la Constitución federal;

<sup>42</sup> Aunque la decisión no descansó en el texto de la Ley de Obras o Ley de Arrendamientos, existió un argumento *a fortiori* consistente en que la no arbitrabilidad de dicha materia era prevista en otras leyes administrativas.

<sup>43</sup> La aplicabilidad de la teoría de cosa juzgada refleja entre tribunales judiciales y arbitrales es un tema nunca antes visto, y erróneo. He comentado dicho paso en “Orden público en México: del impresionismo al puntillismo jurídico”, *Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción*, enero de 2012. Y en *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 13, 2012, p. 147.

<sup>44</sup> Particularmente determinaciones contrarias a lo que el juez competente sostuvo.

<sup>45</sup> Penas convencionales y daños y perjuicios.

- ii) involucran necesidades gubernamentales delicadas que no pueden ser valoradas por un tribunal arbitral privado.

Como resultado, la autoridad responsable emitió una sentencia declarando nulo el laudo arbitral.

#### D. La ejecución fuera de México

Ante la nulidad en México, se ha solicitado la ejecución en Nueva York.<sup>46</sup> A la fecha de estas líneas, la decisión del juez neoyorquino estaba pendiente.<sup>47</sup>

#### IV. EL PROBLEMA

Expuestos los antecedentes y el desarrollo que la materia ha tenido, lo que ocurrió en el caso *COMMISA vs. PEP* era de predecirse. De hecho, fue predicho. Quienes asesoramos y participamos en el grupo de trabajo de las leyes administrativas<sup>48</sup> hicimos alusión expresa a dicho peligro.<sup>49</sup> A su vez, expertos<sup>50</sup> e instituciones importantes (como CCI México) han hecho ver esta problemática.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Por transparencia, divulgo que soy el experto en derecho mexicano designado por los abogados de Estados Unidos de América que se opusieron a la ejecución. Es con autorización que divulgo lo aquí expuesto.

<sup>47</sup> Esta decisión será de interés en todo el mundo por motivos diversos. Uno es que versa sobre el (interesante y controvertido) tema de la ejecución de un laudo anulado en la sede del arbitraje. Otro es la calidad jurídica involucrada: los expertos más reconocidos del mundo están involucrados en ambos lados del debate, seguidos por expertos mexicanos de la más alta envergadura (excluyendo al autor, por supuesto).

<sup>48</sup> Descrito en la sección III.A.1 de este ensayo.

<sup>49</sup> Inclusive, algunos pusimos nuestras ideas y protestas por escrito. Véase, por ejemplo, *De Leyes y Embutidos: el Arbitraje en Materia de Obra Pública, Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios con el Sector Público*, Pauta 61, agosto 2010, p. 164. Se puede consultar en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

<sup>50</sup> El Dr. Herfried Wöss ha analizado el problema en *El orden público, derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad en contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)*.

<sup>51</sup> CCI México organizó un evento en el verano de 2009 donde se hicieron observaciones sobre la modificación a las leyes administrativas en cuestión por muchos practicantes y expertos. Una crítica que se escuchó con ahínco fue la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada. Fue hecha con tanta energía que disgustó a algunos.

Sin duda *COMMISA vs. PEP* atraerá la atención nacional e internacional. De hecho, ya se escucha en los pasillos y tras bambalinas. A su vez, se ha comentado en algunos foros. Algunos llegan al extremo de decir que mientras no se corrija el problema no recomendarán a sus clientes usar arbitraje.

Me pregunto si la postura es sostenible en la lógica y la praxis. Por principio, supone que hay una mejor opción. ¿La hay? El contencioso administrativo y el poder judicial son ideales para muchos casos, mas no todos. Existe una veta de casos cuyas necesidades son idealmente satisfechas mediante arbitraje, aun con esta problemática (sin que sea motivo para no corregir). Y si la contratación es con extranjeros, canalizarlos a vías locales no disipa su (legítima) preferencia por contar con mecanismos equidistantes a ambas partes. Neutrales. Por ende, creo y postulo que la solución no es erradicar; es refinar, arreglar, dialogar sobre este problema con miras a hacer ver a los actores relevantes que el problema merece solución. Sin el mismo, sus planes de fomentar actividad e inversión en una actividad deseada (por satisfacer necesidades sociales) no serán exitosos, o costarán mucho más.<sup>52</sup> Es éste el ánimo que motiva este ensayo.

Pero además, hay más que apuntar sobre este caso. A diferencia de otros casos,<sup>53</sup> lo que dio lugar a la decisión *COMMISA vs. PEP* no es corrupción o ignorancia.<sup>54</sup> Deriva del trasfondo de derecho administrativo, la *malaise française* descrita en la sección II de este ensayo.

<sup>52</sup> La consecuencia necesaria de que el riesgo-país incrementará. El mercado de capitales exigirá, al ponderar cursar una inversión a México (incluyendo celebrar contratos con el gobierno), una prima adicional por el riesgo propiciado por dicho paradigma judicial. Si la inversión en cuestión no paga dicha prima, la inversión simplemente no ocurrirá. El motivo: no se justifica financieramente. El capital será atraído por proyectos alternos (probablemente en otros países), que siempre hay. Por ende, la consecuencia más palpable detrás de todo este desarrollo es el incremento en la onerosidad de contratación pública en México. Todos los contratos que celebren entes públicos mexicanos serán más onerosos.

<sup>53</sup> Donde lo que ha prevalecido es ignorancia de lo que en verdad ocurrió, por ejemplo, el caso *Infored*. Para profundizar por qué, véase González de Cossío, "El Caso *Infored vs. Grupo Radio Centro: El Quijote Mexicano*", *Revista del Club Español del Arbitraje*, 12/2011, p. 17. Se puede consultar también en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

<sup>54</sup> Esto es importante, pues afecta la solución. La prognosis de la patología debe quedar clara para que la diagnosis sea la correcta. En este caso, la semilla de la decisión es la indicada en la sección II de este ensayo.

V. UNA SOLUCIÓN:  
CONTRA LA MALAISE FRANÇAISE,  
EL ANTIDOTO ANGLAISE

Necesitamos poner la casa en orden.<sup>55</sup> Necesitamos aclarar este régimen. Mientras ello no ocurra, inversiones que nuestro país requiere —no, ansía— serán cursadas a otros mercados. Y las que sí ocurran tendrán lugar a un costo mayor: la consecuencia necesaria de ser una jurisdicción más riesgosa.

No es ninguna noticia que ningún Estado es autárquico en la satisfacción de necesidades y prestación de servicios públicos. Lo que es noticia es el impulso que ello recientemente ha obtenido. Hoy en día se observa nacional e internacionalmente mucha actividad sobre la materia. Un deseo de los entes públicos de hacer más uso del capital y pericia privada para lograr sus fines. De hacer *joint ventures* mediante los cuales se pueda apalancar en capital privado para prestar servicios públicos, máxime las restricciones presupuestarias. O de beneficiarse de los resultados de la investigación y desarrollo fruto de la inversión privada para brindar las mejores y más modernas opciones a los gobernados. Ello es tan maduro como conveniente. Nadie es experto en todo. Nadie tiene recursos ilimitados. Ante ello, hacer asociaciones público-privadas<sup>56</sup> es astuto, además de conveniente.<sup>57</sup>

Esclarecido el *fin*, el arbitraje es un *medio*. Cuando la iniciativa privada contrata, necesita y pide *certeza* con miras a aquilatar correctamente riesgos. El motivo es fácil de entender: cuando un particular

<sup>55</sup> En una conferencia reciente postulé esto con vehemencia. Véase Conferencia de presentación del libro *Arbitraje*, 3a. ed., Universidad Iberoamericana, 23 de febrero de 2012. Se puede consultar en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

<sup>56</sup> O en general contratar con la iniciativa privada para llevar a cabo actividad gubernamental.

<sup>57</sup> Y así ocurre mundialmente en temas diversos, como prisiones, materia energética, desechos y residuos peligrosos, etcétera. Para abundar, ver, por ejemplo, el estudio elaborado por *The Economist*: “Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopes 2010”, *The Economist Intelligence Unit*, octubre de 2010. En México se ha observado en materias como agua potable, alcantarillado, saneamiento, residuos sólidos, infraestructura hidráulica, operación de rellenos sanitarios, autopistas, puentes, hospitales y rellenos sanitarios. Existen programas importantes que lo fomentan, por ejemplo, el Programa de Modernización de Organismos Operadores de Agua (PROMAGUA), el Programa de Residuos Sólidos Municipales (PRORESOL) y proyectos apoyados por Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (BANOBRAS).

contrata con un gobierno conlleva una inversión. Y el costo más importante de toda inversión es el riesgo. Una manera de reducir y manejar dicho costo es mediante la redacción de contratos detallados, sofisticados, que contemplen mecanismos que se cercioren que el contrato significa lo que dice. El mecanismo más aceptado que logra dicho propósito es el arbitraje.<sup>58</sup>

*El arbitraje es un mecanismo de credibilidad.* Una manera de asegurar que un contrato significa lo que dice. Si se observan las exposiciones de motivos de las legislaciones que han contemplado el arbitraje, todas hablan en unísono: el arbitraje es deseable en la medida en que fomenta la actividad objeto de dicha *lex specialis*. La aseveración descansa no sólo en lo que dicen los documentos relacionados con dichas iniciativas o debates. También encuentra fundamento en la experiencia de quienes hemos vivido su génesis. Las autoridades se han percatado y convencido que la existencia del arbitraje fomenta la actividad pues da tranquilidad a los inversionistas. Por ende, si el objetivo de dicho régimen es impulsar una actividad considerada socialmente deseable, el arbitraje es un aliado.

Es más, iría un paso más lejos y afirmaría que el arbitraje es consistente con el artículo 134 de nuestra Constitución federal. En la medida en que brinda una mecanismo sofisticado y confiable, reduce riesgo. Siendo el riesgo uno de los costos más serios de la contratación gubernamental, el mecanismo que lo aminora logra el propósito de “eficiencia”, así como ayudar a “asegurar las mejores condiciones en el manejo de los recursos públicos”, dictado por dicha norma constitucional. Siendo un instrumento que da credibilidad, logra el cometido de “eficacia” del precepto constitucional.

Pero ello requiere planchar la arruga conceptual que a la fecha existe en materia de contratos administrativos, y que ha sido detallada en este ensayo.<sup>59</sup>

Expuesta la necesidad, la pregunta es obligada: ¿cómo? Siendo que la raíz del problema está acendrada en la teoría decimonónica del contrato administrativo, ¿cómo corregir algo que proviene de una teoría profundamente enraizada en nuestro sistema jurídico?

<sup>58</sup> Un porcentaje importante de los casos en los que he actuado como árbitro ha involucrado contratos administrativos. Ello me ha dado la oportunidad no sólo de reflexionar con detenimiento este problema, sino vivirlo empíricamente.

<sup>59</sup> Sección III.A.

En forma interesante, tenemos un problema *serio* con una solución *fácil*, que resumiré con el siguiente eufemismo: el remedio a la *malaise française* es el antídoto *anglaise*: un contrato entre un ente privado y un ente público se rige en su génesis por el derecho administrativo. Pero ya concluido, es un contrato como cualquier otro. El régimen contractual es igual para ambas partes.<sup>60</sup>

Se trata de un cambio epistemológico que requiere de poco cambio legislativo. Irónicamente, una solución fácil a un problema difícil. Y es defendible en lo conceptual: no sería la primera materia en la cual se acepta la teoría de la doble personalidad del Estado: si bien soberano, cuando acude al mercado —cuando contrata— se le tratará como cualquier otro agente económico.

Si seguimos dicho ejemplo, algún día un comentarista podrá decir sobre nosotros lo que un tratadista dice sobre una de las jurisdicciones más avanzadas del mundo en esta materia:<sup>61</sup>

It is extremely rare for disputes arising out of the performance of government contracts to be subject to litigation. Such disputes are usually resolved by informal negotiation between the government and the contractor or, if this does not succeed, by *arbitration*. An important reason for this is that the relationship between government and its contractors is often more in the nature of a long-term cooperative venture for mutual advantage than a one-off commercial deal.

<sup>60</sup> Una pregunta obligada es ¿qué hacer de la diferencia entre los contratos que, durante más de un siglo, ha justificado el que exista el régimen exorbitante: los (diversos) intereses en juego? Respondería que ello es saciado con las excepciones (y régimen en general) del derecho contractual. Son eficientes y suficientes para abordar la problemática que viven los entes públicos.

<sup>61</sup> Cane, *op. cit.*, pp. 233-234.

## EL TESTAMENTO EN LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL PERIODO ADRIANEO (117-138 D. C)

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Senadoconsulto que elimina el requisito de la coemptio para que la mujer efectúe testamento.* II. *Rescripto que considera eficaz el testamento en donde hubiera testimoniado un esclavo.* III. *Senadoconsulto en materia de causae erroris probatio.* IV. *Decreto que sana las consecuencias de un testamento realizado por un error de evaluación del testador.* V. *Testamento del militar.* VI. *Otras disposiciones testamentarias.* VII. *Testamento inoficioso, falso, ruptum.* Posibilidad del heredero de ejercitar acciones útiles en contra del legatario. VIII. *Consideraciones finales.*

### I. SENADOCONSULTO QUE ELIMINA EL REQUISITO DE LA COEMPTIO PARA QUE LA MUJER EFECTÚE TESTAMENTO

Un senadoconsulto aprobado con base en la autoridad de Adriano modificó un requisito necesario, exigido por el *ius civile* para conceder a la mujer la posibilidad de hacer un testamento. La referencia se encuentra en Gayo 1.115 a:

*Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.*

En el pasado se recurría a la *coemptio* fiduciaria también para confeccionar un testamento (*olim-coemptio*); en efecto, entonces las mujeres no tenían el derecho de hacer testamento, exceptuando ciertas personas, de otro modo que si hubiesen hecho la *coemptio* y hubiesen sido remancipadas y manumitidas (*tunc-fuissent*). Pero por la autoridad del divino Adriano, el senado quitó esta necesidad de hacer la *coemptio* (*sed-remisit*).

Volterra<sup>1</sup> piensa que en edad arcaica las mujeres después de la muerte del *pater familias* no se transformaban en *sui iuris*, sino que permanecían en el grupo familiar bajo la potestad de los agnados (o a falta de ellos, de los gentiles) continuando a ser *filiaefamilias*. Posteriormente, dejando de ser tan radicados los vínculos agnaticios y gentilicios, se admite que también las mujeres *filiaefamilias* se convirtieran en *sui iuris* después de la muerte del *paterfamilias* y, por lo tanto, aquello que antiguamente había sido una verdadera y propia potestad familiar será considerada como una tutela legítima o testamentaria. La presente tesis podría explicar la razón por la que las mujeres debían efectuar una *coemptio* fiduciaria antes de efectuar el testamento: la mujer habría debido salir de la potestad del agnato, y por ello se habría debido desarrollar el formalismo requerido que consista en efectuar una *coemptio* con la autoridad de su tutor, después volverse a emancipar por el *coemptionator* y manumitirse con la *vindicta*, obteniendo así un nuevo tutor que se llamará fiduciario.<sup>2</sup>

No podemos sostener que la tesis de Volterra sea efectivamente correcta por la falta de fuentes correspondientes al periodo arcaico,<sup>3</sup> no obstante su explicación logra clarificar la necesidad de efectuar

<sup>1</sup> E. Volterra, *Sulla capacità delle donne a far testamento* en *BIDR*, 48, 1941, 74 ss. Críticas a la presente tesis fueron efectuadas por P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum. Profili funzionali*, 1, Torino, 1979, 168 ss.

<sup>2</sup> Gayo 1.115. *Quod est tale (coemptio fiduciaria): si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit*. Esta es tal (*coemptio* fiduciaria); si alguna quiera destituir los tutores que tiene y conseguir otro, con la autoridad de aquellos hace la *coemptio*, después remancipada por el *coemptionator*, al que la misma quiera y manumitida con la *vindicta* por éste comienza a tener como tutor a él por el que fue manumitida; este tutor es llamado fiduciario, como aparecerá abajo.

<sup>3</sup> M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 169 afirma, sin citar a Volterra: "per l'età arcaica è stato sostenuto che -a differenza dei figli maschi- la donna non sarebbe mai uscita da una vera e propria *potestas* degli agnati, che si sostituiva alla *patria potestas*, e che la *tutela mulierum* sarebbe una figura relativamente recente, in cui s'era

una *coemptio* fiduciaria como requisito necesario para conceder a la mujer la facultad de realizar un testamento. Según nuestra opinión, la necesidad de la *coemptio* fiduciaria tenía razones históricas: en el periodo arcaico se utilizaba tal porque la forma oral era fundamental para efectuar un testamento mientras que en edad clásica era la escrita, el testador presentaba un documento que confirmaba mediante la *nuncupatio*. Si el testador hubiera sido una mujer, sus tutores (legítimos o testamentarios) habrían tenido interés en conocer el contenido del testamento para darle la propia *auctoritas* y en el caso en que su voluntad hubiera sido contraria a las propias expectativas no habrían dado su propia autorización; por ello la mujer, después de la *coemptio*, pudo libremente disponer de sus bienes con la *auctoritas* del tutor *fiduciarius* que la habría otorgado sin ningún obstáculo porque no habría tenido ningún interés sobre el contenido del testamento. Cuando se difundió la práctica de presentar un documento escrito que sería posteriormente confirmado con la *nuncupatio*, la *coemptio* fiduciaria se transformó en un simple requisito formal, porque de todos modos el tutor no habría podido conocer el contenido del testamento. Además, visto que el tutor fiduciario habría siempre concedido su *auctoritas* para permitirle a la mujer realizar un testamento (difícilmente ella habría designado uno del cual no estuviera segura que le habría otorgado su *auctoritas*), la intervención del mismo, en consecuencia, se convertirá en una simple formalidad.

En relación con la sucesión testamentaria de la mujer tenemos noticia de un texto de Cicerón, *Top.* 4.18, que confirmaría la necesidad de la *coemptio* en edad republicana:<sup>4</sup> así el gran orador, al explicar el *argumentum ab adiunctis*, afirma que, si la mujer hubiera hecho un testamento sin haber sufrido una *capitis deminutio*, no resultaría que con base en el edicto del pretor se concedería la *bonorum possessio secundum tabulas* (*si ea mulier testamentum fecit, quae se capite numquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari*). La referencia a la *capitis deminutio* claramente debería relacionarse con la *coemptio*, porque, como es notorio, la segunda presupone la existencia de la primera, como recuerda Gayo

convertita quella *potestas*. Di ciò non si hanno, in effetti, tracce sicure, anche se può darsi che la sua incapacità fosse, originariamente, più estesa".

<sup>4</sup> En relación con la similitud entre el pasaje de Cicerón y Gayo 1.115 a, ver Zannini, *Studi sulla tutela mulierum. Profili funzionali*, 1, cit., 159 ss.



1.162: Mínima es la *capitis deminutio*, cuando se retiene la ciudadanía así como la libertad, pero es cambiado el *status* de un ser humano; lo que sucede... a quienes hacen la *coemptio* (*minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit ...in his quae coemptionem faciunt*).<sup>5</sup>

La mujer comenzó a tener la posibilidad de escoger un tutor, si así hubiera sido establecido en el testamento de aquel que la tuviera en potestad<sup>6</sup> y después, con base en el *ius liberorum*<sup>7</sup> habría podido liberarse de tal tutela. La tutela legítima de las mujeres fue eliminada con la *lex Claudia*,<sup>8</sup> y de este modo la causa por la que era exigida en el pasado la *coemptio* fiduciaria se convirtió en la edad adrianea en un requisito anacrónico.<sup>9</sup> El príncipe, constatando que no existían razones para continuar una práctica que hacía más compleja la posibilidad de una mujer de realizar un testamento, promovió en el senado la promulgación de la disposición y a partir de tal momento se eliminó tal necesidad.

En relación con el requisito de la *coemptio*, Gayo afirma que no todas las mujeres debían cumplirlo en el pasado porque algunas podían ser exceptuadas (*exceptis quibusdam personis*). Sobre este

<sup>5</sup> Sobre este punto L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, 56 ss, piensa que la *capitis deminutio* referida en *Top.* 4.18 no debiera limitarse necesariamente al solo caso de la *coemptio fiduciaria*, porque en el ordenamiento romano la *capitis deminutio*, considerada como ruptura de los vínculos agnaticios existe también en otros casos como en la emancipación, tal y como lo demuestra el texto de Gelio (que citaremos en nota al referirnos a las vestales). No obstante que el paréntesis del investigador es correcto (como se demuestra en Gayo 1.162 al tratarse de la emancipación), no vemos obstáculos para pensar que Cicerón hubiera dado por supuesto que la mujer fuera *sui iuris* y por esto la *capitis deminutio* será el efecto de la *coemptio*.

<sup>6</sup> Gayo 1.150: *In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo: TITIAE UXORI MEAE TUTORIS OPTIONEM DO...* (Sin embargo, respecto a la persona de la esposa que está *in manu*, también fue aceptada la opción del tutor; es decir, que sea lícito permitirle optar para sí el tutor que ella misma quiera, de este modo: A TICIA, ESPOSA MÍA, DOY LA OPCIÓN DE UN TUTOR...) Sobre este punto ver A. Guzmán, *Sobre la responsabilidad del tutor mulieris* en *AHDE*, 46, 1976, 160 ss.

<sup>7</sup> Gayo 1.145: *...tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae...* (solamente, en efecto, con base en la ley Julia y Papia Popea son liberadas las mujeres de la tutela por el *ius liberorum*). Sobre este punto, ver R. Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, Padova, 1996, 316 ss.

<sup>8</sup> Gayo 1.171 *...cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint* (...puesto que las tutelas de los agnados en las mujeres fueron abolidas por la ley Claudia).

<sup>9</sup> En el mismo sentido Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, cit., 165 ss.

punto seguramente el jurista se refería a las vestales que salían de la *patria potestas* sin que fuera necesaria una emancipación, y adquirirían la facultad de efectuar testamento.<sup>10</sup> El senadoconsulto es tratado también en Gayo 2.112:

*...ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factum est, quo permissum est capite non minutis feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII, scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent.*

Con base en la autoridad del divino Adriano se hizo un senadoconsulto con que fue permitido a las mujeres no *capite minutae* de hacer testamento también sin *coemptio* (*ex-facere*), con tal que no fueran menores de doce años, evidentemente de modo que las que no estuvieran libres de tutela, hicieran testamento con base en la autoridad del tutor (*si-deberent*).

El texto confirma el contenido del pasaje anterior: el senadoconsulto emanado con base en la iniciativa imperial había eliminado el viejo requisito de la *coemptio* en el caso de las mujeres *sui iuris*. Incluye, además, que la edad para hacer testamento es de doce años, que correspondería al momento en que la muchacha habría podido empezar a ser considerada jurídicamente púber y tendría la posibilidad de contraer matrimonio. Las últimas palabras del jurista demostrarían que existían mujeres a las que la *auctoritas* del tutor no habría sido ni siquiera necesaria, situación que sucedía cuando se hubieran liberado de la tutela con base en el *ius liberorum*.

En el caso de las *libertas* la situación habría sido diferente, porque en Gayo 3.43 se afirma que, respecto a los bienes de las mismas, los padrones no sufrían ninguna injuria del derecho antiguo a diferencia de los libertos que impunemente habrían podido excluir de su testa-

<sup>10</sup> Gell. *Noct. Att.* 1.12.9: *Virgo autem Vestalis, simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit et ius testamenti faciendi adipiscitur.* (La virgen vestal, apenas haya sido escogida y conducida en el ingreso del templo de Veste y entregada a los pontífices, inmediatamente sale de la potestad paterna, sin emancipación y sin pérdida de los derechos, y adquiere la facultad de hacer testamento). Sobre el argumento ver J. Zablocki, *Appunti sul testamentum mulieris in età arcaica*, en *BIDR*, 94-95, 1991-1992, 162 ss., y por último, L. Sanz Martín, "Fundamentos doctrinales en torno a la tutela *mulierum*. Naturaleza y esencia de la tutela *mulierum*", en *Revista General de Derecho Romano*, 12, 2009, 6 ss.

mento el patrono<sup>11</sup> (*in bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni*). Las libertas, para hacer testamento, habrían tenido necesidad únicamente de la *auctoritas* del patrono, el cual tenía la tutela legítima (*cum enim hae in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore*). Después la *lex Papia*, mediante el *ius liberorum*, las libertas, que habrían tenido cuatro hijos, habrían podido testar también sin la autoridad del tutor, si bien el patrono habría tenido derecho a una cuota de la herencia.<sup>12</sup>

Ya que la *coemptio* fiduciaria era necesaria para conceder la posibilidad a la mujer ingenua de hacer testamento (en el caso de la liberta el texto de Gayo 3.43 excluiría tal necesidad), sería por ello factible aceptar la tesis,<sup>13</sup> según la cual el senadoconsulto adrianeo habría tenido como presupuesto la eliminación de tal requisito únicamente para las mujeres ingenuas, *sui iuris* y que se encontraran bajo tutela (porque no habían tenido los tres hijos que la *lex Papia* exigía para tener el *ius liberorum*). Si la disposición del senado había eliminado el requisito de la *coemptio*, pero no aquello de la *auctoritas* del tutor, surge el problema del testamento hecho por la mujer sin *auctoritas*.<sup>14</sup> En el caso de la liberta seguramente el testamento no habría tenido eficacia por el simple motivo que sin *auctoritas* no habría podido hacerlo, y sobre este punto el texto de Gayo 3.43 es claro: *non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore* (no podían hacer testamento en otro modo que con base en la autoridad

<sup>11</sup> Así Gayo 3.40: *olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire...* (Por esto en un tiempo era lícito al liberto excluir en el testamento a su patrono impunemente).

<sup>12</sup> Gayo 3.44: *sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate condere testamentum, prospexerit, ut pro numero liberorum, quos liberta mortis tempore habuerit, virilis pars patrono debeatur...* (Pero después la ley Papia, liberando de la tutela de los patronos a las libertas con base en el derecho de los cuatro hijos y concediéndoles en este modo instituir el testamento también si la autoridad del tutor proveyó que sea debida al patrono una parte viril por el número de hijos que la liberta haya tenido al tiempo de la muerte...). Sobre el presente problema, ver Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, cit. 219 ss. y C. Masi Doria, *Bona libertorum*, Napoli, 1996, 150 ss.

<sup>13</sup> En tal sentido Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, cit., 59.

<sup>14</sup> El problema se encuentra analizado por P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 1, Milano, 1967, 394.

del patrono), pero en el caso de la mujer ingenua el problema persiste, porque en la edad adrianea la *auctoritas* se había transformado en una simple formalidad a tal punto que el tutor habría podido ser constreñido a concederla.<sup>15</sup>

El testamento de la mujer ingenua, en el que hubiera faltado el requisito de la *auctoritas* del tutor, evidentemente no habría tenido efectos para el derecho civil, como recuerda Gayo 2.118: *observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur* (debe ser observado enseguida, que si la mujer que está en tutela haga testamento, debe hacerlo con la autoridad del tutor; de otro modo, inútilmente será realizado el testamento con base en el derecho civil). En relación con el derecho honorario la situación sería diferente, porque el pretor habría podido conceder la *bonorum possessio secundum tabulas* a los herederos referidos en el testamento, siempre que el documento hubiera tenido los siete sellos y no hubieran existido herederos *ab intestato* según el derecho legítimo.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Gayo 2.122: *loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed de his quae alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri...* (Pero evidentemente hablamos "en referencia al testamento de la mujer hecho sin la autoridad del tutor" de estas mujeres que no están en la tutela legítima de los padres o bien de los patronos, sino de las que tienen tutores de otro género, que también contra su voluntad son constreñidos a dar la *auctoritas*).

<sup>16</sup> El jurista analiza el problema en el texto siguiente 2.119: *praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur: et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertinet hereditas...* (Sin embargo, el pretor propone la *bonorum possessio* según las tablas del testamento a los herederos escritos, si el testamento hubiera sido impreso con los siete sellos de los testigos; y si no existiera nadie al que perteneciera la herencia *ab intestato* por el derecho legítimo...). Después, en 2.120, Gayo presenta una cuestión que habría sido discutida todavía en su tiempo. ¿Qué habría sucedido si hubieran existido herederos legítimos, como el hermano o el tío paterno? ¿Habrían sido preferidos a los herederos escritos? (*sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extit, potiores, scriptis heredibus habeantur*). Gayo hace referencia a un rescripto de Antonino Pío, en donde habría establecido que, si los herederos mencionados en un testamento, no realizado según el derecho civil, hubieran pedido la *bonorum possessio secundum tabulas*, habrían podido defenderse con una *exceptio doli* en el caso en que los herederos *ab intestato* hubieran reivindicado la herencia (*rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali*). No obstante, aunque Gayo hace referencia al rescripto de Antonino Pío que habría podido ser aplicado al presente caso, no afirma expresamente que tal pensamiento fuera aceptado por él, porque en el texto siguiente 2.121 usa el verbo *videbimus* sin dar una respuesta: *an autem et ad ea testamenta feminarum,*

II. RESCRIPTO QUE CONSIDERA EFICAZ  
EL TESTAMENTO EN DONDE HUBIERA  
TESTIMONIADO UN ESCLAVO

Como es notorio, el testamento *per aes et libram* necesitaba, junto a otros requisitos, la presencia de cinco testigos ciudadanos púberes que habrían testificado lo que había sucedido en su presencia;<sup>17</sup> evidentemente un esclavo no podía ser testigo por obvios motivos;<sup>18</sup> por esto, en el caso en que hubiera intervenido, en el acto lo habría invalidado. En Inst. 2.10.7 encontramos referencias a rescriptos imperiales donde el *princeps*, a partir de Adriano, habría demostrado una actitud menos rígida, considerando como plenamente válido el *testamentum*, no obstante que uno de los testigos hubiera sido un *servus*, pero bajo ciertas condiciones:

*Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus Catonio Vero quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, atque si ut oportet factum esset, cum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit nec quisquam esset, qui ei status quaestionem moveat.*

Si al tiempo de realizar testamento alguno de los testigos hubiera sido considerado libre, pero posteriormente resultaba un esclavo (*sed-apparuit*), establecieron con rescripto, el divino Adriano a Catonio Vero, así como posteriormente, el divino Severo y el divino Antonino, que con base en su magnificencia, venían en ayuda del testamento (*tam-testamento*), considerándolo como si hubiera sido confeccionado regularmente, ya que, en el

*quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus.* (veamos si esta constitución concierne también a aquellos testamentos de las mujeres, que los hubieran hecho sin la autoridad del tutor). Nosotros aceptamos la tesis de Voci, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 394, al afirmar: “è probabile che le opinioni dei giuristi fossero divise”.

<sup>17</sup> Gayo 2.104: *eaque res ita agitur: qui facit (testamentum), adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus...* (Y esto es hecho así: quien hace el testamento, predispuestos como en las otras *mancipationes*, cinco testigos ciudadanos romanos púberes...). En relación con las características de los testigos para hacer un testamento, ver, por último, F. Terranova, *Osservazioni su Gai 2. 108*, en *AUPA*, 52, 2007-2008, 283 ss.

<sup>18</sup> Ulpiano, *libro primo ad Sabinum* en D. 28.1.20.7: *Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.* (Tampoco, con razón, puede ser presentado el esclavo para los actos solemnes, porque no tiene para todo la comunidad del derecho civil, ni ciertamente la del edicto del pretor).

tiempo en que fue sellado el testamento, tal testigo por un consenso común se encontraba como si hubiera sido libre sin que ninguno hubiera discutido la cuestión correspondiente a su *status (ut-moveat)*.

El texto que no encontraría origen en las Instituciones gayanas,<sup>19</sup> cita un rescripto de Adriano y otro de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala que habría confirmado el anterior. La disposición de Adriano dirigida a Catonio Vero se encuentra en C. 6.23.1:

*Testes servi an liberi fuerunt, non oportet in hac causa tractari, cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habitus sunt nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit.*

No debe ser examinado en este caso si los testigos eran esclavos o libres, ya que en el tiempo en que había sido sellado el testamento, por común consentimiento eran considerados como hombres libres (*testes-habiti sunt*), sin que nadie hubiera discutido en sede judicial una controversia sobre el respectivo *status (nec-moverit)*.

De acuerdo con lo que se encuentra escrito, Adriano habría afirmado en su rescripto dirigido a Catonio Vero,<sup>20</sup> que, no obstante uno de sus testigos fue un esclavo, el testamento habría tenido plena validez, si en el momento en que se hubiera celebrado el acto, se creía que era un hombre libre. La presente disposición, en conclusión, parecería ser novedosa, porque, no obstante el testamento habría podido ser considerado inválido por el derecho civil por falta de un requisito de forma, el príncipe, de acuerdo con la propia *liberalitas*,<sup>21</sup> eliminó

<sup>19</sup> G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, 247 piensa que la citación de las constituciones correspondientes al periodo del principado en el texto institucional, más que ser debida a la intervención autónoma de los compiladores sea el resultado indirecto de la utilización de fuentes clásicas en donde se hacía mención de las disposiciones normativas imperiales. El investigador piensa sea probable (si bien con reservas en el caso de Inst. 2.10.7) la tesis de C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* en *BIDR*, 13, 1901, 158= *Opere di C. Ferrini*, 2, Milano, 1929, 369 que los compiladores tomaron en cuenta las Instituciones de Marciano.

<sup>20</sup> La única referencia al presente personaje la encontramos en el presente rescripto, así Stein, s.v. *Catonius Verus*, en *PWRE*, III-2, 1794.

<sup>21</sup> Sobre el concepto *liberalitas* cfr. G. Barbieri, *vox: liberalitas*, en *Dizionario epigrafico di Antichità romane*, Roma, 1958, 4, Fasc. 27 e 28, 838 ss.; y sobre todo H. Kloft, *Liberalitas principis*, Köln-Wien, 1970, 85 ss.

el obstáculo que impedía la eficacia del testamento. En este modo el defecto ya no habría dañado la validez del testamento y sería considerado como si hubiera sido efectuado según el derecho. El argumento de la cancillería imperial para atribuir validez al acto era que al momento de celebrarlo ninguno había hecho notar la situación jurídica del esclavo, y por ello habría sido considerado un hombre libre. En esta manera la función del *servus* como testigo sería parecida a la de cualquier ciudadano púber y podría testificar la existencia del acto celebrado. Ciertamente el caso sería diferente si el testador, al momento de celebrar el acto, sabía que uno de sus testigos era un esclavo o alguno de los presentes hubiera hecho notar la falta del *status* requerido.

La decisión de Adriano, que originalmente había tenido una eficacia jurídica particular, había sido confirmada también por los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala, adquiriendo en el tiempo una validez general, como se puede observar en las disposiciones que se encuentran en la obra institucional justinianea.

### III. SENADOCONSULTO EN MATERIA DE CAUSAE ERRORIS PROBATIO

Gayo al tratar el problema del *testamentum rumpit* menciona dos senadoconsultos que habrían tratado el problema de la *erroris causae probatio* 2.142-143:

*Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina, quae per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset; nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum. 143. Nunc vero ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, si quidem vivo patre causa probatur, aequè ut olim omni modo rumpit testamentum; si vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus, non rumpit testamentum; ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.*

En un tiempo existió un similar derecho en la persona de aquel en cuyo nombre con base en un senadoconsulto se prueba la causa del error (*simile-probatur*), porque había nacido de una peregrina o bien latina que por error

hubiera sido conducida como esposa como si fuera ciudadana romana (*quia-esset*); en efecto, o bien él hubiera sido instituido heredero por el padre o bien desheredado, o bien la causa hubiera sido probada, vivo el padre o bien después de su muerte, de cualquier manera rompía el testamento como por agnación (*nam-testamentum*).<sup>143</sup> Pero actualmente, con base en un nuevo senadoconsulto que fue hecho bajo la autoridad del divino Adriano, si ciertamente vivo el padre es probada la causa, igualmente, como en un tiempo, rompe de todos modos el testamento (*nunc-testamentum*). Pero si después de la muerte del padre, ciertamente el preterido rompe el testamento, pero si en éste fue nombrado heredero o bien desheredado, no rompe el testamento (*si-testamentum*); para que evidentemente los testamentos hechos con diligencia no fuesen rescindidos en aquel tiempo en que no pudieran renovarse (*ne-non possent*).

Nosotros sabemos que de acuerdo con un senadoconsulto de fecha incierta,<sup>22</sup> los ciudadanos casados por error con latinas o peregrinas sin *conubium* creyendo que eran ciudadanas, habrían podido, una vez demostrada la causa del error,<sup>23</sup> obtener la ciudadanía para la esposa y el hijo y además la potestad de este último. El pasaje de Gayo 2.142 explica una situación que existía antes de la disposición de edad adrianea mencionada en el pasaje siguiente respecto a la materia testamentaria. En el caso en que el padre hubiere designado el hijo como heredero (o lo hubiese desheredado) y la causa del error hubiera sido demostrada después de la realización del testamento, pero cuando todavía se encontraba en vida el padre, éste no habría producido efectos porque el padre habría designado como *heres* el hijo que no tenía todavía la ciudadanía o lo habría desheredado cuando jurídicamente no se encontraba bajo su potestad.<sup>24</sup> La misma situación

<sup>22</sup> C. Castello, *L'acquisto della cittadinanza e i suoi riflessi familiari nel diritto romano*, Milano, 1951, 213 piensa que el *senatus consultum* había entrado en vigor seguramente después de la ley Elia Senzia del 4 d. C. (el contenido de la disposición se encuentra tratado en Gayo, 1.29). Tal afirmación es correcta porque en los textos que se refieren al senadoconsulto en cuestión (Gayo 1, 67-69, 71, 73, 74, 75 y 2, 142) se presupone la existencia de la ley. Sobre el presente argumento ver, por último, C. Terreni, *Gaio e l'erroris causae probatio* en *Labeo*, 45, 1999, 333 ss.

<sup>23</sup> Respecto al procedimiento de la *causa erroris probatio* ver Castello, *L'acquisto della cittadinanza e i suoi riflessi familiari nel diritto romano*, cit., 207 ss.

<sup>24</sup> Visto que la *causae erroris probatio* aún no había sido hecha notoria en el momento en que el pater había hecho el testamento, no podía ser aplicado el criterio afirmado en Gayo 1.56: *Itaque liberos suos in potestate habent cives Romani, si cives Romanas uxores duxerint vel etiam Latinas peregrinasve, cum quibus conubium habeant; cum enim conubium*

se daría en el caso en que la *causae erroris probatio* hubiera sido hecha después de la muerte del padre: el testamento efectivamente no habría tenido efectos y el hijo, una vez demostrada la causa del error, no obstante no haber sido heredero testamentario del padre, habría podido de todos modos pretender la herencia con base en el derecho de agnación.

El senadoconsulto propuesto por el emperador Adriano, cambió en parte la presente situación. Si el padre hubiera estado vivo todavía y la *causa erroris probatio* hubiera sido efectuada después de hecho el *testamentum*, el mismo no habría producido efectos como sucedía antes, porque el testador al momento de realizarlo había designado como heredero un peregrino. Si el padre hubiera muerto y hubiera preterido el hijo, la situación permanecía igual que antes. La novedad de la disposición corresponde a la eficacia del testamento del *pater* cuando había instituido como heredero el hijo peregrino que, a su vez, había demostrado la causa del error después de la muerte del padre. El testamento habría sido considerado válido, a diferencia de lo que sucedía antes, aunque el *de cuius* hubiera instituido heredero un peregrino. La razón de tal cambio debe ser atribuida al respeto de la voluntad del muerto que creía que el hijo era un ciudadano. Con este senadoconsulto se otorga al hijo peregrino la posibilidad de ser heredero civil del padre una vez demostrada la causa del error después de su muerte.

#### IV. DECRETO QUE SANA LAS CONSECUENCIAS DE UN TESTAMENTO REALIZADO POR UN ERROR DE EVALUACIÓN DEL TESTADOR

En un pasaje de Paulo, *libro singulari de septemviralibus iudiciis* en D. 5.2.28, se presenta un decreto de Adriano en donde se trataba el problema de un testamento en donde la designación de los herederos había sido hecha por un error de evaluación de la testadora:

*id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit, ut non solum cives Romani fiant, sed et in potestate patris sint.* (Por lo tanto, los ciudadanos romanos tienen en potestad a sus hijos, si hayan conducido como esposas ciudadanas romanas o bien también las latinas o peregrinas con que tengan el *conubium*; en efecto, haciendo el *conubium* de modo que los hijos sigan la condición del padre, sucede que, no sólo sean hechos ciudadanos romanos, sino también estén en potestad del padre).

*Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*<sup>25</sup>

Habiendo una madre escuchado falsamente que su hijo había muerto e instituyendo otras personas como herederas en el testamento (*cum-instituisset*), el divino Adriano emitió un decreto donde se establecía que la herencia pertenecía al hijo haciendo en modo que fueran respetadas las libertades y los legados (*divus-praestentur*). En este caso se debe tener en cuenta de aquello que ha sido incluido en materia de libertades y legados (*hic-adicitur*), porque, cuando ha sido demostrado que el testamento es inoficioso, no vale nada en conformidad a lo que se dice en el testamento (*nam-valet*).

Hemos hecho notar en otra ocasión<sup>26</sup> como Adriano había decidido respecto a un caso de *querela* efectuada por un hijo en contra del testamento de la madre, que no lo había instituido heredero por haber falsamente creído que murió en guerra. La presente opinión no es aceptada por Voci,<sup>27</sup> quien afirmaba que el presente caso “certamente non è di inofficiosità”, porque no se trata de una aplicación del regimen de la *querela*, sino de una disposición que quiere sanar las consecuencias de un error. Nuestra tesis es diferente porque, como había hecho notar Di Lella,<sup>28</sup> Paulo encuadraba el caso en el esquema de la inoficiosidad (basta ver que la obra del jurista severiano es denominada *de septemviralibus iudiciis*,<sup>29</sup> y que el pasaje se encuentra en el título II del libro V del Digesto denominado *de inofficioso testamento*).

<sup>25</sup> No creemos existan problemas de interpolación, probablemente podríamos sustituir *adnotatum* por *adnotandum*, como había hecho L. Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 234, el cual cita en nota 107 autores que habrían referido alteraciones al texto.

<sup>26</sup> Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 89, n. 130.

<sup>27</sup> Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 701. Criterio seguido con ciertas dudas por A. Sanguinetti, *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, en *SDHI*, 59, 1993, 267.

<sup>28</sup> Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, cit. 234 ss.

<sup>29</sup> La autoridad competente en materia de *querela inofficiosi testamenti* era, al menos en la edad de los severos los *septemviri*. Sobre este argomento ver la obra de L. Gagliardi, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, 350 ss.

El decreto de Adriano es claramente contrario a una rigurosa interpretación del *ius civile* como puede ser demostrado en las palabras de Paulo, el cual subraya la diferencia entre las libertades y los legados (*hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur*) porque, mientras las consecuencias de una sentencia favorable en un juicio de impugnación del testamento por inoficiosidad habría determinado la ineficacia del *testamentum* (*nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*), con la decisión del príncipe las libertades y los legados habrían debido ser cumplidas por el heredero, que en este caso no sería el designado en el testamento, sino el indicado por el *princeps*.

El presente texto de Paulo demuestra la tesis de Palazzolo,<sup>30</sup> que “certi decreti imperiali presentano principi nuovi sul piano del diritto sostanziale; si tratta cioè di considerazioni di equità che inducono il príncipe ad abbandonare la rigorosa interpretazione dello *ius civile* a favore di una piú benigna”. La decisión del *princeps* que habría sido la sentencia al final del desarrollo de un juicio en el que había ejercitado su *cognitio* no habría tenido efectos únicamente en el caso específico, sino que, además, habría sido aceptado por otros emperadores.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> N. Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991, 83 ss.

<sup>31</sup> Como sería el caso discutido por los emperadores Septimio Severo y Caracala, mencionado por Paulo, en su libro primero (de los seis) de las sentencias imperiales hechas en materia de *cognitiones* o libro segundo de los decretos en D. 28.5.93(92), en donde sería considerada válida la institución de heredero de un testamento modificado después por el testador porque creía falsamente que su heredera había muerto. La decisión había sido que la institución de heredero en el primer testamento era válida y que tal persona habría debido cumplir las disposiciones del segundo testamento (*Pactumeius Androstheneas Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato, quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: 'quia heredes, quos volui habere, mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto'. Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta*). Los autores que citamos en la nota anterior respecto a D. 5.2.28 analizan el texto junto a D. 28.5.93(92), así como W. Flume, *Irritum und Rechtsgeschäft im römischen Recht in Festschrift F. Schulz*, 1, Weimar, 1951, 230 ss.

## V. TESTAMENTO DEL MILITAR

Como es notorio, en Inst. 2.12 pr. se afirma que los emperadores anteriores a Adriano habían concedido, con base en constituciones imperiales, la posibilidad a los militares que se encontraran bajo la potestad de su *pater*, de hacer testamento respecto al peculio castrense y que tal derecho, del cual gozaban únicamente aquellos que se encontraban en servicio, fue extendido por Adriano también a los veteranos de acuerdo con una *subscriptio*:

*Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim hi, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint: exceptis his quos antea enumeravimus et precipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint...*<sup>32</sup>

Pero no a todos es lícito efectuar un testamento; efectivamente aquellos que son *alieno iuri subiecti* no tienen el derecho de hacerlo y tampoco si los propios ascendientes les hubieran concedido tal facultad, tendrán mayormente el derecho de testar (*non-possint*); la situación es diferente en el caso de las personas que hemos enumerado anteriormente (militares en servicio) y principalmente los militares que se encuentran en potestad, a los que se les permitió con base en las constituciones de los príncipes, de disponer por

<sup>32</sup> Si bien las Instituciones de Gayo en 2.111-112 presentan una amplia laguna que no puede ser llenada, aceptamos la tesis de la doctrina, según la cual Inst.2.12 pr. habría tomado como modelo la obra gayana, así como pensaba C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, en *BIDR*, 13, 1901, 131 ss.= *Opere*, 2, Milano, 1929, 366 ss., opinión aceptada por V. Scarano Ussari, *Il testamentum militis nell'età di Nerva e Traiano* en *Sodalitas*, 3, Napoli, 1984, 1387 n. 16, porque el texto tiene una forma gramatical que recuerda el modo de expresarse del jurista, ver, por ejemplo, Gayo, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*, en D. 28.1.6 pr.: *Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet. adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit* (Qui se encuentra en la potestad del ascendiente, no tiene la facultad de testar, de tal manera que, ni aunque su ascendiente se lo permita, no puede, sin embargo, testar con base en el derecho). De todos modos podrían existir palabras incorporadas por los compiladores, como han hecho notar los investigadores.

testamento de aquello que hubieran adquirido en guerra (*exceptis-facere*). Ciertamente cuando en el pasado fue concedido únicamente a los militares, por la autoridad del divino Augusto, por la de Nerva<sup>33</sup> y por la del óptimo emperador Trajano, posteriormente, con base en una *subscriptio* del divino Adriano, se extendió también a los que dejaron la carrera militar, es decir a los veteranos (*Quod-concessum est*). En consecuencia se efectuaron testamentos en relación con el peculio castrense otorgándose tal patrimonio al que hubieran designado como heredero (*Itaque-reliquerint*).

En el presente pasaje es posible considerar que hasta el periodo de Trajano los militares, que se encontraban bajo la potestad del *pater*, habrían podido realizar un testamento con base en el peculio castrense antes que dejaran la carrera militar.<sup>34</sup> Tal derecho habría sido atribuido también a los veteranos por efecto de una *subscriptio* de Adriano, pero, como tal tipo de rescripto correspondía a una respuesta del emperador a una cuestión efectuada por un particular (a lo mejor un veterano) que le había solicitado una aclaración, el criterio, probablemente en origen, habría tenido una eficacia normativa limitada al caso específico y posteriormente habría tenido un valor general.<sup>35</sup>

Resulta notorio que, si un civil venía condenado a una pena capital, su testamento se volvía inválido (*irritum*); en el caso de un militar la situación era diferente, como se encuentra afirmado en un rescripto adrianeo citado por Ulpiano, *libro decimo ad Sabinum* en D. 28.3.6.6:

*Sed et si quis fuerit capite damnatus vel ad bestias vel ad gladium vel alia poena quae vitam adimit, testamentum eius irritum fiet, et non tunc cum consumptus est, sed cum sententiam passus est: nam poenae servus efficitur: nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus, nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit, et credo iure militari testabitur: qua ratione*

<sup>33</sup> Las causas históricas por las que Nerva recupera tal concesión augustea son analizadas por Scarano Ussari, *Il testamentum militis nell'età di Nerva e Traiano*, cit. 1388 ss.

<sup>34</sup> Respecto a los militares, ver los datos que presenta A. Milan, *Le forze armate nella storia di Roma antica*, Roma, 1993, 120 ss.

<sup>35</sup> El caso tenía como presupuesto que el militar se encontrara fuera de servicio no por motivos de deshonor porque, como explica un jurista de edad severiana, Macro, *libro secundo militarium* en D. 29.1.26, el derecho de testar de los militares bajo la potestad del *pater* era considerado como un premio por los méritos, y por tanto esto no correspondía a aquellos que se hubieran alejado del servicio por motivos de ignominia (*... ius testandi de castrensi, quod filiis familias militantibus concessum est, ad eos, qui ignominiae causa missi sunt, non pertinet, quod hoc praemii loco merentibus tributum est*).

*igitur damnato ei testari permittitur, numquid et, si quod ante habuit factum testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? an vero poena irritum factum reficiendum est? et si militari iure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin, si voluit id valere, fecisse id credatur.*<sup>36</sup>

Pero también si alguno hubiera sido condenado a una pena capital, por ejemplo, a las fieras, a la decapitación, o a cualquier otra pena que quita la vida, su testamento se convierte en irrito, y no en el momento en que se murió, sino cuando sea establecida la sentencia, por ello se convierte en esclavo de la pena (*sed-efficitur*). Esto no tiene valor para un soldado que haya sido condenado con base en un delito militar, porque a este se suele permitir de testar, como respondió el divino Adriano en un rescripto, y creo que, testará según el derecho militar (*nisi-testabitur*). Por ello, si por tal razón a este condenado se le permitió testar ¿tiene validez su testamento? O bien, convertido en irrito el testamento anterior a la condena, ¿debería ser hecho nuevamente? Y si hubiera efectuado el testamento según el derecho militar, no debe ponerse en duda que haya querido que este testamento tuviera validez, y así se consideró que hizo el testador (*qua-credatur*).

El jurista severiano presenta una distinción que existía ya en edad adrianea, respecto a la validez del testamento realizado por un civil o un militar que hubiera sido condenado por un delito capital.<sup>37</sup> La regla general era que el *testamentum* no habría podido ser válido, porque con la condena el ciudadano sufría una *capitis deminutio* transformándose en un *servus poenae*,<sup>38</sup> perdiendo la capacidad

<sup>36</sup> R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001, 75 ss., afirma que en D. 28.3.6.5 se encuentra el pensamiento de Sabino respecto al *testamentum irritum: irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta...* (Se hace irrito el testamento cuando al testador le suceda alguna cosa, por ejemplo...) y que, por el contrario, en nuestro pasaje Ulpiano habría incorporado más ejemplos de invalidez. Pensamos que la tesis del investigador sea aceptable, porque mientras Sabino habría presentado sus ejemplos con la palabra *puta*, Ulpiano habría incorporado los demás con los términos *sed et si*.

<sup>37</sup> Ulpiano se refiere específicamente a las condenas que tienen como sanción la muerte, como se demuestra en la expresión *vel alia poena quae vitam adimit*, por ello deberíamos incluir la pena *in crucem* (la crucifixión) y por *vivi crematio* (la hoguera). El presente argumento es tratado por A. McClintock, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli, 2010, 42 ss; la investigadora observa la dificultad de incluir la pena *ad metalla* (condenados al trabajo perpetuo en las minas), porque la duración de la vida podía ser variable.

<sup>38</sup> Los términos *servus poenae* son usados a partir de Antonino Pío para referirse al condenado, como había hecho notar U. Zilletti, *In tema di 'servitus poenae'*, en *SDHI*, 34, 1968, 40 ss., el cual afirma: "La servitù della pena è sorta in connessione con la condanna

de realizar testamento confiscándose sus bienes.<sup>39</sup> Tal regla no se aplicaba a los militares que hubieran sido condenados por un delito militar,<sup>40</sup> los cuales conservaban el derecho de disponer de la propia sucesión con base en un testamento, como había afirmado Adriano en su rescripto. Probablemente el caso del cual se origina la decisión partía del hecho que el militar, después de la sentencia de condena, había solicitado y obtenido por parte de la autoridad que determinó la decisión la autorización a realizar el testamento, como demostrarían los términos *ei testari permittitur*.<sup>41</sup>

En consecuencia, ya que el rescripto correspondía en origen al testamento hecho por el militar después de la sentencia de condena, Ulpiano trata una situación diferente: ¿el testamento anterior a la condena es válido o debería ser hecho nuevamente después de la condena?

*in metallum*, che ne costituisce il presupposto tipico; prima di Antonino Pio i condannati *in metallum* erano *servi Caesaris*, in ragione dell'appartenenza delle miniere all'imperatore; il passaggio del condannato *in metallum* dalla condizione di *servus Caesaris* a quella di *servus poenae* avviene appunto con Antonino Pio...". Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., 76 con base en Marciano, *libro undecimo institutionum* en D. 34.8.3 pr. y Calistrato, *libro sexto de cognitionibus* en D. 49.14.12 hace notar que efectivamente fue Antonino Pio a atribuir al condenado la denominación de *servus poenae*. En el mismo sentido ver, por último, McClintock, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, cit., 13 ss.

<sup>39</sup> Además Gayo, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*, en D. 28.1.8.4, presenta la misma idea: *hi vero, quid ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur: unde apparet amittere eos testamenti factionem*. Ver otros textos en M. Melluso, *La schiavitù nell'età giustiniana*, París, 2000, 53 n. 147.

<sup>40</sup> Los delitos militares son aquellos que el militar comete como tal recuerda Arrio Menandro, *libro primo de re militari*, en D. 49.16.2 pr.: *...quis, uti miles admittit...* En el caso en que el militar hubiera sido condenado por un "delito común" habría sido aplicada la regla general, como habían escrito algunos juristas severianos como Paulo y Meneandro, según noticias de Macro, *libro secundo de re militari*, en D. 38.12.1: *Militi, qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum Paulus et Menander scribunt eiusque bona intestati, si punitus sit, ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delicto, non ex communi punitus est* (Paulo y Meneandro escriben que al militar que mereció ser condenado a muerte, se le ha de conceder que haga testamento, y que sus bienes, si hubiera muerto intestado, pertenezcan a sus cognados, si hubiera sido condenado por delito militar, no por uno común). Respecto a las sanciones por delitos militares, ver M. Carcani, *Dei reati delle pene e dei giudizi militari presso i romani*, Napoli, rist.1981, 33 ss.

<sup>41</sup> Contrariamente Zilletti, *In tema di "servitus poenae"*, cit, afirma: "parrebbe che l'imperatore si fosse limitato ad una generica concessione di *testamenti factio*, senza ulteriori precisazioni", pero tal tesis no nos convence porque si el príncipe hubiera dado una respuesta en un rescripto parecería poco probable una concesión genérica de *testamenti factio*, sin considerar el caso concreto. La discusión jurisprudencial se refiere a la validez del testamento anterior a la condena y no al posterior porque sobre este último Adriano habría ya afirmado en el rescripto su validez.

Tal cuestión había sido tratada por la jurisprudencia y resuelta en el sentido que el testamento anterior a la sentencia continuaba siendo válido, como demostraría el término *credatur*. La presente tesis, probablemente aceptada por todos (*dubitari non oportet*), no habría resuelto en el fondo el problema ulpiano: el militar se convertiría en un *servus poenae*, y por esto no habría debido producir efectos el testamento anterior a la condena, pero como el militar habría tenido la capacidad de disponer de la propia sucesión, se podría considerar todavía válido.

El rescripto adrianeo habría aceptado la validez del testamento del militar, aun después de la condena, confirmando una práctica que existía en su tiempo (*nam huic permitti solet testari*), y la jurisprudencia, partiendo de tal presupuesto, habría además afirmado la validez del testamento realizado anteriormente. En tal rescripto parecería que el derecho del militar de realizar testamento correspondía a todo su patrimonio, pero subsiste un problema que no permite considerar válida tal interpretación, ya que en otros pasajes de Ulpiano se puede constatar que la facultad de hacer testamento del militar condenado era limitada a los *bona castrensia*, como es expresado en su libro cuadragésimoquinto *ad edictum* en D. 29.1.11 pr.: *ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis dumtaxat castrensibus...* (a los condenados a muerte por delito militar les es lícito hacer testamento solamente de sus bienes castrenses) y en el libro trigesimotercero *ad Sabinum* en D. 24.1.32.8: *si miles uxori donaverit de castrensibus bonis et fuerit damnatus, quia permissum est ei de his testari (si modo impetravit, ut testetur, cum damnaretur), donatio valebit...* (Si un militar hubiere hecho a su mujer una donación con sus bienes castrenses, y hubiere sido condenado, será válida la donación, porque le está permitido testar de ellos, si se le permitió que testara cuando había sido condenado).

Si el caso que habría dado origen al rescripto adrianeo hubiera tenido como protagonista un *filiusfamilias*, no habría existido ningún problema, porque, como es notorio, el testador solamente habría podido disponer por testamento del peculio castrense y habría sido dado por supuesto la referencia al *peculium*, pero, visto que Ulpiano no afirma que el problema correspondía a un militar bajo la potestad de su padre, no podemos dar por cierto tal hecho. Otra interpretación podría ser que en el periodo adrianeo el derecho de testar del militar



habría comprendido todos sus bienes y que en un momento posterior tal facultad se encontraría limitada a los *bona castrensia*, sin embargo, tal interpretación encuentra como obstáculo que Ulpiano había hecho notar que no podía dudarse la validez del testamento anterior a la condena, sin destacar que tal eficacia habría sido limitada únicamente a los bienes castrenses.

Según nuestra opinión la solución del problema se encuentra en las palabras del jurista: *nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus, nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit...* (Esto no tiene valor para un soldado que haya sido condenado con base en un delito militar, porque a éste se le suele permitir testar, como respondió el divino Adriano en un rescripto); porque si en edad adrianea existía la práctica que al militar condenado le fuese permitido testar, debemos ver si tal concesión comprendía todos sus bienes o únicamente aquellos que hubiera adquirido por motivos militares. La respuesta se encuentra en D. 29.1.11 pr. que limita el contenido del testamento únicamente a los bienes castrenses; considerando, por ello, que si era costumbre reconocer al militar la posibilidad de testar sólo sobre los *bona castrensia*, resultaría razonable presuponer que el rescripto adrianeo habría podido referirse únicamente a tal tipo de bienes. La jurisprudencia, en un segundo momento, habría considerado válido el testamento anterior a la condena, restringiendo tal validez al contenido que habría tenido el *testamentum* posterior a la condena, en otras palabras, los bienes adquiridos por motivo de la milicia y no otros.

El testamento de un militar condenado sería válido únicamente en relación con los *bona castrensia*; diferente sería el supuesto del militar que se hubiera suicidado antes de la sentencia de condena, como había sido establecido en una epístola de Adriano. Ulpiano, libro decimo ad Sabinum, en D. 28.3.6.7, afronta tal situación:

*Eius qui deportatur non statim irritum fiet testamentum, sed cum princeps factum comprobaverit: tunc enim et capite minuitur. sed et si de decurione puniendo vel filio nepoteve praeses scribendum principi interlocutus est, non puto statim servum poenae factum, licet in carcere soleant diligentioris custodiae causa recipi. nec huius igitur testamentum irritum fiet, priusquam princeps de eo supplicium sumendum rescripserit: proinde si ante decesserit, utique testamentum eius valebit, nisi mortem sibi conscivit. nam eorum, qui*

*mori magis quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita constitutiones faciunt, licet in civitate decedant: quod si quis taedio vitae vel valetudinis adversae inpatientia vel iactationis, ut quidam philosophi, in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant. quam distinctionem in militis quoque testamento divus Hadrianus dedit epistula ad Pomponium Falconem, ut, si quidem ob conscientiam delicti militaris mori maluit, irritum sit eius testamentum: quod si taedio vitae vel dolore, valere testamentum aut, si intestato decessit, cognatis aut, si non sint, legioni ista sint vindicanda.<sup>42</sup>*

El testamento de aquel que fue deportado no se hace inmediatamente, sino únicamente cuando el príncipe confirmó el hecho; efectivamente sufre una *capitis deminutio (eius-capite minuitur)*. Pero también si por punir un decurión o un hijo o un nieto, el gobernador haya solicitado por escrito el parecer del príncipe, no pienso, observa el jurista, que inmediatamente se haya vuelto un esclavo de la pena, aunque exista la costumbre de llevarlo a la cárcel para proceder a una custodia más diligente (*sed-recipi*). Tampoco su testamento se vuelve irrito si no cuando el príncipe haya respondido con un rescripto que le corresponde el suplicio. Por ello, si haya muerto antes, sin duda tiene validez el testamento, siempre y cuando no se hubiera suicidado (*nec-conscivit*). Ciertamente las constituciones hacen inválidos los testamentos de aquellos que prefieran morir por el remordimiento de haber efectuado un delito más que por la condena, si bien mueren con la ciudadanía (*nam-decedant*). Y por esto son considerados válidos los testamentos de todos aquellos que se encuentran bajo un estado de desinterés por la vida, de incapacidad de soportar un problema de salud o por la vanería, situación que sucede con ciertos filósofos (*quod-valeant*). Sin embargo, como viene establecido en una epístola del divino Adriano a Pomponio Falcón, el testamento de un militar, que prefirió morir por haber cometido un delito, es considerado irrito, contrariamente al caso de la muerte causada por aburrimiento de la vida o dolor. En el caso en que muera sin testamento, sus bienes serán reivindicados por los cognados o si no existieran, por la legión a la que pertenecían (*quam-vindicanda*).

El presente pasaje parte del supuesto que el gobernador de una provincia consideró a una persona merecedora de ser deportada en

<sup>42</sup> Respecto al contenido del pasaje E. Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi* en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 6, 1933, 398, con referencias a la doctrina interpolacionista, el autor acepta la tesis de P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 6, Roma, 1930, 295 n. 1, donde se afirma que el derecho de sucesión de la legión sea una interpolación, pero no estamos de acuerdo porque tal referencia tiene una razón histórica. Seguramente la mención de Pomponio Falcón es un error del amanuense, como se observará a continuación.

una isla, pero como el mismo carecía de la facultad de disponer tal pena (a diferencia del *praefectus urbi*), debe escribir al príncipe para explicar sus razones. Si el *princeps* decidiese la deportación, a partir de ese momento (y no antes), el condenado sufrirá una *capitis deminutio* y su testamento se volverá *irritum*.<sup>43</sup> El segundo caso corresponde a un decurión, el hijo o nieto que debe sufrir como pena el suplicio; en tal situación el gobernador (como en el caso anterior) debe escribir al príncipe expresando las razones por las cuales, según él debería ser condenado y en el tiempo en que se esperaba la decisión imperial, como no era todavía un *servus poenae*, podría ser conducido a la cárcel.<sup>44</sup> Por ello su testamento no será inválido hasta

<sup>43</sup> Tal parte del texto debe ser interpretada tomando en consideración la propuesta del gobernador de una provincia al príncipe respecto a la *deportatio in insulam*, como demuestran los términos *sed et*, que sirven de unión al supuesto presentado por el jurista inmediatamente en donde se habla de la intervención del gobernador de la provincia. El hecho que el príncipe debiera decidir sobre la propuesta de *deportatio* hecha por el gobernador puede comprobarse en otro pasaje de Ulpiano, *libro nono de officio proconsulis* en D. 48.22.6.1: *deportandi autem in insulam ius praesidibus provinciae non est datum, licet praefecto urbi detur...praesides itaque provinciae quotiens aliquem in insulam deportandum putent, hoc ipsum adnotare debeant, nomen vero eius scribendum principi, ut in insulam deportetur: sic deinde principi scribere missa plena opinione, ut princeps aestimet, an sequenda sit eius sententia deportarique in insulam debeat...* (Pero a los gobernadores de provincia no se les dio el derecho de deportar a una isla, aunque se le dé al prefecto de la ciudad... y así, cuando los gobernadores de provincia juzguen que alguien debe ser deportado a una isla deben anotar esto mismo, y han de escribirle su nombre al príncipe, para que sea deportado; y así escribir después al príncipe, enviándole su opinión justificada, para que el príncipe estime si ha de seguir su opinión, y así deberá ser deportado a una isla...). En relación con la palabra *deportatio* y sus consecuencias jurídicas, ver V. De Villa, *Exilium perpetuum* en *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, 295 ss. y G. Pugliese, *Linee generali dell'evoluzione del d. penale pubblico*, en *ANRW*, 2.14, Berlín, 1982, 766. Contrariamente F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica*, Milano, 2000, 262 afirma que "il *princeps* non assumeva alcuna *cognitio*, ma, al contrario, si limitava, con la sua *epistula* di risposta, ad autorizzare il *praeses provinciae* all'esercizio del *ius deportandi*...", tal tesis no puede ser aceptada porque encuentra como obstáculo D. 48.22.6.1, en donde claramente es demostrado que el gobernador de la provincia no tiene la facultad de decidir sobre la *deportatio*.

<sup>44</sup> A. Lovato, *Il carcere nel diritto penale romano*, Bari, 1994, 14 ss., afirma: "È vero che la sospensione del giudizio ed il rinvio alla decisione imperiale costituivano un privilegio legale per i decurioni: una delle contropartite ai gravosi oneri che accompagnavano la carica..." No creemos sea correcto hablar de "suspensión del juicio", porque el mismo no se suspendió y el decurión (o su descendiente) se encuentra en cárcel esperando la sentencia del príncipe, el cual es el único que tiene la facultad de decisión. El reenvío a la decisión imperial no es "un privilegio legal para los decuriones", sino que representa la praxis judicial en campo criminal en relación con tales personajes, como puede ser confirmado también en

que el príncipe no haya respondido a la epístola en manera que haya sido considerado culpable.

Hasta este momento no hemos todavía hablado de la epístola de Adriano, pero las referencias anteriores servían para interpretarla porque, como veremos inmediatamente, la autoridad a la que fue dirigida era, como en los casos anteriores, un gobernador de provincia. Ulpiano afirma que varias constituciones habían establecido que los testamentos de las personas que "preferían morir por motivo del delito" se volverían inválidos, no obstante conservaban la ciudadanía; así, si antes de la condena la persona que iba a ser deportada (el decurión o su descendiente que debería sufrir el suplicio) se hubiera suicidado, el testamento se volvería *irritum*, si bien el testador no habría sido considerado todavía como un *servus poenae*. Tal situación es diferente a aquel que se había suicidado por otros motivos, por ejemplo, depresión (usando un término actual), el mal estado de salud o la vantería, como sucedía con algunos filósofos.<sup>45</sup>

otro texto de Ulpiano, *libro primo de appellationibus* en D. 49.4.1 pr.: *...simili modo et in decurione erit probandum, quem punire sibi praeses permittere non debet, sed recipere eum in carcerem et principi scribere de poena eius* (del mismo modo se habrá de aprobar también tratándose de un decurión, a quien el gobernador no debe permitirse castigar, sino que debe reducirlo a prisión, y escribir al príncipe sobre la pena del mismo). El gobernador no tendría por esto la facultad de decidir por una condena de tal tipo (cuando se tratase de un decurión o descendiente) como tampoco de condenar a una *deportatio* (en cualquier otro caso).

<sup>45</sup> Sobre este punto A. Wacke, *Il suicidio nel diritto romano e nella storia del diritto*, en *Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, 535, recuerda el caso del filósofo griego Peregrino Proteo, el cual había pasado del cristianismo a los Cincios y se había presentado a los juegos olímpicos del 165 como Hércules, dejándose quemar por las llamas (su biografía fue escrita por Luciano de Samosata y estos datos se encuentran específicamente en los textos 38-40). Evidentemente el jurista conocía tal dato histórico y el suicidio del filósofo habría sido considerado como un modo de *iactatio*, repudiando no únicamente la posición de los cincios, sino también de aquella filosofía estoica que aceptaba el suicidio como un acto natural. La crítica a tales corrientes filosóficas no es un dato aislado de Ulpiano, sino un criterio que prevalecía en la sociedad romana en el tercer siglo. *Cfr.* Plotino, *Enn.* 1.9 (16). Respecto a los otros casos (depresión y mal estado de salud) Ulpiano seguramente conocía varias constituciones imperiales, por ejemplo, una constitución de Antonino Pío que trata del argumento y es referida por Marciano, *libro singulari de delatoribus* en D. 48.21.3.4: *si quis autem taedio vitae vel impatientia doloris alicuius vel alio modo vitam finierit, successorem habere divus Antoninus rescripsit.* (Si alguno por tedio a la vida, o por no sufrir algún dolor, o de otro modo se hubiera quitado la vida, tendrá un sucesor como fue establecido en un rescripto del divino Antonino). McClintock, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, cit., 84 n. 61 notó que el elemento subjetivo se hizo importante a partir de Adriano en la determinación de las diferentes formas de suicidio.

La epístola de Adriano, redactada entre el 118 y 122 d. C., y dirigida a Pompeyo Falcón gobernador de la Britania,<sup>46</sup> demostraría un cambio de perspectiva existente en edad republicana y en el siglo I del imperio, según el cual, si el suicidio hubiera sido hecho antes que la condena hubiera sido pronunciada, el testamento habría conservado validez, también si el suicida hubiera sido culpable, con la consecuencia que sus bienes no habrían sido vendidos al asta.<sup>47</sup> En

<sup>46</sup> El pasaje hace referencia a Pomponio Falcón, pero creemos que existe un error en el texto, como ya había sido hecho notar por Mommsen en su edición del Digesto *ad h.l.* n. 1, porque en las fuentes literarias no tenemos noticias de tal personaje, a diferencia de Pompeyo Falcón. Respecto a su vida, ver C. Fea, *Iscrizioni di monumenti pubblici*, Roma, 1813, 7 n. 5 (si bien el autor afirma desconocer si sea el mismo Pomponio Falcón mencionado en el texto ulpiano) y Wolf, s. v. *Pompeius Falco*, en *PWRE*, 21-2, n. 76, 2270 ss. La figura de Pompeyo Falcón es de gran importancia en edad adrianea porque, como recuerda A. Birley, *Adriano*, Barcelona, 2003, 123 ss., bajo el imperio de Adriano fue nombrado gobernador de la Britania en el año 118 d. C., provincia en donde se habían originado varias revueltas, como se encuentra escrito en *S.H.A. vita Had.* 5.2: *Nam deficientibus his nationibus, quas Traianus subegerat... Britannii teneri sub Romana ditione non poterant...* (Por ello los pueblos que Trajano había sometido se estaban rebelando... a los habitantes de la Britania no era posible tenerlos más tiempo bajo la autoridad de Roma). Su función duró hasta el 122 d. C.; así piensa Bernard d'Orgeval, *L'empereur Hadrien, Oeuvre législative et administrative*, París, 1950, 407 y los cargos públicos que tuvo se encuentran referidos en el documento epigráfico de *L'Année épigraphique*, París, 1957, n. 336, 98. Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, cit., 399, lo denomina Pomponio Fabrón.

<sup>47</sup> Así el texto de Val. Max., 9.12.7 en donde Cayo Licinio Macro, ex pretor y padre de Calvo, indagado de *crimen repentundarum*, se habría suicidado para evitar que sus bienes hubieran sido subastados: *C. Licinius Macer vir praetorius, Calvi pater, repetundarum reus, dum sententiae diriberentur, in maeniam conscendit. si quidem, cum M. Cicero nem, qui id iudicium cogebat, praetextam ponentem vidisset, misit ad eum qui diceret, se non damnatum, sed reum perisse, nec sua bona hastae posse subici, ac protinus sudario, quod forte in manu habebat, ore et faucibus suis coartatis incluso spiritu poenam mortem praecurrit. qua cognita re Cicero de eo nihil pronuntiavit...* (Cayo Licinio Macro, ex pretor y padre de Calvo, acusado de crimen público, esperando que fuera hecha la cuenta de los votos, se cuenta que, Marco Cicerón como presidente del tribunal al presentar la acusación, le mandó decir que sería muerto no condenado, sino sólo acusado y que sus bienes no podrían ser puestos al asta, e inmediatamente después, apretándose con un pañuelo que por casualidad tenía en mano la boca y la garganta, se suicidó por asfixia antes de ser pronunciada la condena. Frente a tal hecho, Cicerón no pronunció la sentencia). El pasaje de Tácito, *Ann.* 6.29 recordaría el sistema todavía vigente en edad de Tiberio, cuando Pomponio Labeón, ex gobernador de la Mesia, se habría suicidado, evitando así la invalidez de su testamento: *at Romae caede continua Pomponius Labeo, quem praefuisse Moesiae rettuli, per abruptas venas sanguinem effudit; aemulataque est coniunx Paxeae. nam promptas eius modi mortes metus carnificis faciebat, et quia damnati publicatis bonis sepultura prohibebantur, eorum, qui de se statuebant humabantur corpora, manebant testamenta, pretium festinandi.* (En Roma mientras la matanza continuaba sin pararse y Pomponio Labeón, que, como ya referi había sido gobernador de la Mesia, se dejó morir desangrándose abriéndose las venas,

edad adrianea la situación cambia<sup>48</sup> para el *paganus* y para el *miles* y los bienes vienen confiscados en el caso en que el suicidio hubiera ocurrido antes de la condena. Pero sobre este punto era necesario determinar las razones del suicidio, porque, si bien hubiera sido lógico pensar que el mismo hubiera tenido como causa el miedo al verdugo (*nam promptas eius modi mortes metus carnificis faciebat Tac. Ann.* 6.29), podía suceder que el suicida, destinado a ser condenado, hubiera cometido el acto por otras razones, como en el caso presentado por Marciano, *libro singulari de delatoribus* en D. 48.21.3.5, en donde refiere una constitución de Adriano anterior o posterior a la dirigida a Pompeyo Falcón:<sup>49</sup>

*Videri autem et patrem, qui sibi manus intulisset, quod diceretur filium suum occidisse, magis dolore filii amissi mortem sibi irrogasse et ideo bona eius non esse publicanda divus Hadrianus rescripsit.*

En el caso en que un padre se hubiera suicidado porque había sido acusado de haber matado a su hijo (*videri-occidisse*), se estableció por el divino Adriano

emulándose con su esposa Pasea. Por esto, era el miedo del verdugo que inducía a estas muertes precipitadas, además al hecho que, a quien hubiera sido condenado, se prohibía la sepultura y se confiscaban los bienes, mientras los cuerpos de los que se hacían justicia propia se inmulaban y se respetaban las disposiciones testamentarias; así se premiaba por haber muerto rápidamente. El argumento fue analizado por Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, cit. 393 ss. y por U. Laffi, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001, 559 ss. Dudas sobre la veracidad de las anécdotas de Valerio Máximo, según el cual el imputado se habría suicidado antes de la sentencia para evitar la venta al asta de sus bienes, han sido presentados por C. Venturini, *Studi sul crimen repentundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979, 149 n. 48, porque no existirían confirmación en otras fuentes.

<sup>48</sup> Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, cit. 400, en modo más prudente afirma que el cambio habría sucedido en el intervalo del tiempo existente entre Tiberio y Adriano. Nosotros creemos que el cambio surgió en edad adrianea y precisamente entre el 118 y 122 d. C. (en lo que corresponde a los militares), tiempo en que Pompeyo Falcón era gobernador de la Britania, porque, como hemos hecho notar en una obra anterior, González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 66 ss, en edad adrianea el fisco obtiene nuevas atribuciones, entre las que podrían incluirse los bienes de aquellos que antes de la sentencia de condena se hubieran suicidado; además, si tal cambio hubiera sucedido antes de Adriano, habría sido más lógico pensar que Ulpiano hubiera hecho referencia a una disposición anterior, situación que no sucedió.

<sup>49</sup> No podemos determinar si el rescripto citado en D. 48.21.3.5 haya sido anterior o posterior a la epístola dirigida a Pomponio Falcón, porque parecería que las dos constituciones tenían como presupuesto el criterio general que los bienes del suicida, bajo proceso en donde la condena habría sido la pena capital, habrían debido ser confiscados. Tal criterio no debería ser aplicado por los motivos que veremos inmediatamente.

en un rescripto que, si él se mató sobre todo por el dolor de la pérdida del hijo, sus bienes no deberán ser confiscados (*magis-rescripsit*).

En el presente texto se trata de un padre que se encontraría procesado por la muerte del hijo, pero no por ello se debe presuponer necesariamente que habría debido sufrir una pena capital, porque el pasaje no es muy claro sobre tal punto y no sabemos las causas por las que el padre habría cometido el delito. Considerando que él, encontrando al hijo en el momento en que trataba de robar dinero, lo hubiera matado involuntariamente, difícilmente habría sido condenado a una pena capital. Visto que el padre se encontraba bajo proceso y ya que, a partir de Adriano, los bienes del que se suicida deberían ser confiscados, surge la duda si aplicar la disposición también al presente caso. El emperador dispone (probablemente en respuesta al que presentó la cuestión) la no aplicación de la confiscación de bienes, porque la causa del suicidio no habría sido la condena, sino el dolor por la pérdida del hijo; se demuestra así que los casos identificados por Ulpiano en D. 28.3.6.7 como excluyentes de tal confiscación (suicidio por *taedium vitae* o dolor) habrían tenido origen en constituciones imperiales, como sucede en el presente caso examinado; por lo tanto, si el padre hubiera hecho testamento, éste seguiría siendo válido, mientras si hubiera muerto intestado habrían tenido derecho a la herencia los *sui heredes* y no el fisco.

En referencia a la epístola de Adriano a Pompeyo Falcón existe otro pasaje que parecería mencionarla<sup>50</sup>: el de Papiniano, *libro quarto decimo quaestionum* en D. 29.1.34 pr.:

<sup>50</sup> No creemos que el texto de Arrio Menandro, *libro tertio de re militari*, en D. 49.16.6.7, tome en consideración la epístola de Adriano a Pomponio Falcón, como parecería suponer, si bien con dudas, Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, cit. 399, porque el rescripto adriano referido por Menandro se refiere a un caso totalmente diferente: las sanciones para el militar que, tratando de suicidarse, no lo hubiera logrado y no la validez o invalidez de su testamento: *Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, imperator Hadrianus rescripsit, ut modus eius rei statutus sit, ut, si impatientia doloris aut taedio vitae aut morbo aut furore aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur, si nihil tale praetendat, capite puniatur...* (Respecto al que se hirió o se procuró la muerte, resolvió por rescripto el emperador Adriano, que se determine la circunstancia del caso, para que, si por no sufrir un dolor, o por tedio a la vida, o por enfermedad o por locura, o por pudor prefirió morir, no se le castigue, sino que sea despedido por ignominia, si no alegara ninguno de estos hechos, sea castigado con pena capital...). Sobre este argumento, ver V. Giuffrè, *Lecture e ricerche sulla res militaris*, 2, Napoli, 1996, 316 ss.

*Eius militis, qui doloris impatientia vel taedio vitae mori maluit, testamentum valere vel intestati bona ab his qui lege vocantur vindicari divus Hadrianus rescripsit.*

El divino Adriano dispuso en un rescripto la validez del testamento de aquel militar que prefirió morir por incapacidad de soportar el dolor o el cansancio de la vida, y la facultad de reivindicar sus bienes, si hubiera muerto intestado, corresponderá a aquellos que por ley son llamados a la herencia.

El presente pasaje no incluye el contenido de la epístola que afirmaba la invalidez del testamento del militar que se hubiera matado por el conocimiento de las consecuencias del delito, sino únicamente refiere los mismos casos por los cuales el testamento seguiría siendo válido: incapacidad de soportar el dolor y el cansancio de seguir viviendo. En el supuesto de muerte sin testamento, si Papiniano afirma en modo general que debería ser aplicada la disposición de la ley de las XII tablas respecto a la sucesión *ab intestato*, Ulpiano es más preciso en D. 28.3.6.7 citando el contenido de la epístola: *si intestato decessit, cognatis aut, si non sint, legioni ista sint vindicanda*. La epístola hace referencia a los cognados en lugar de los agnados, pero tal diferencia no puede crear dudas porque los eventuales hijos del militar habrían podido no tener la ciudadanía romana y, como en el testamento del militar podían ser instituidas válidamente herederas también personas privadas en vía ordinaria de la capacidad de adquisición, como los peregrinos,<sup>51</sup> no vemos razones para poner en duda que lo mismo pudiera suceder en la sucesión *ab intestato*.

En el caso en que faltaran parientes consanguíneos, la disposición adrianea afirma el derecho de la legión a adquirir los bienes del militar. Tal atribución de los *vacantia* concedida a la legión, en lugar del fisco, parecería haber sido un privilegio concedido por Adriano,<sup>52</sup> que encontraría una razón histórica: la provincia de la Britania en el periodo en que Pompeyo Falcón era gobernador, vivía graves desórdenes sociales, como recuerda *S. H. A. vita Had. 5.2: nam defi-*

<sup>51</sup> Sobre este punto M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, 95.

<sup>52</sup> En nuestro libro anterior González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 342 ss., hicimos un análisis de los privilegios concedidos por el príncipe a las *civitates* en materia de bienes vacantes por diferentes motivos. No vemos razones para negar la misma posibilidad a las legiones.

*cientibus his nationibus, quas Traianus subegerat... Britanni teneri sub Romana ditione non poterant* (por ello los pueblos que Trajano había sometido se estaban rebelando... los británicos no podían ya tener bajo la autoridad de Roma); y visto que la legión tenía una importancia estratégica en tal parte del imperio, el príncipe le concedió la posibilidad de reivindicar los bienes de los militares que no tenían herederos.

Como hemos visto en la epístola dirigida a Pompeyo Falcón, el príncipe aplica también a los militares la disposición de derecho común respecto a la confiscación de los bienes del que se suicidó y que habría debido ser condenado con una pena capital. Parecería que en edad adrianea hubiera existido una tendencia a incorporar las normas ordinarias a la materia militar, como se puede comprobar también en otro rescripto de Adriano referido por Trifonino, *libro octavo decimo disputationum* en D. 29.1.41.1:

*Mulier, in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut divus Hadrianus rescripsit.*<sup>53</sup>

La mujer sobre la que puede caer sospecha de torpeza, con base en el testamento del militar no puede pretender nada.

Nosotros sabemos, gracias a Svetonio, *Dom.* 8.4, que el emperador Domiciano, en su intención de reformar las costumbres de su época, quitó a las mujeres inmorales el derecho de recibir herencia o legados (*probrosis feminis ademit ius capiendi legata heredita-*

<sup>53</sup> S. Solazzi, *Attorno ai caduca* en *Scritti di diritto romano*, 4, Napoli, 1963, 339 afirma que el pasaje está interpolado en la parte *in qua... potest*, porque no es justificable que baste la sospecha de torpeza; Adriano debía exigir la certeza. Sobre este punto R. Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria* en *SDHI*, 31, 1965, 42 ss, considera que su tesis no puede ser aceptada, porque las palabras *turpis suspicio* no deben entenderse necesariamente en sentido literal, sino como un eufemismo para indicar aquella que tiene una mala reputación por uno de aquellos hechos que la identifican como *probrosa*. Según nuestra opinión, el texto es clásico, ya que si bien resultaría absurdo considerar que la simple sospecha de torpeza hubiera sido el requisito para excluir a la mujer de la herencia del militar (como podría interpretarse), no lo sería si se presentara tal sospecha como un presupuesto mediante el cual sujetos, a los que les habría correspondido el *caducum*, pudieran pretender la herencia del militar, previa demostración de la torpeza de la mujer.

*tesque*).<sup>54</sup> La aplicación de tal disposición probablemente no tuvo efectos en el testamento del militar hasta que Adriano incorporó tal decisión en su rescripto.<sup>55</sup> La *femina probrosa* y la *mulier, in qua turpis suspicio cadere potest* tienen el mismo significado, porque, como explica Marcelo, *libro vicesimo sexto digestorum* en D. 23.2.41 pr., el término *probrum*, en referencia a las mujeres, significa un modo de vida torpe (*probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent vulgo que quaestum facerent, etiamsi non palam*).<sup>56</sup> Sobre este punto podremos considerar que la disposición de Domiciano así como la del rescripto adrianeo habrían considerado a las prostitutas como incapaces, como haría pensar el texto de Marcelo especialmente en las últimas palabras; incluyéndose en esta categoría otras mujeres como la “madame”,<sup>57</sup> las actrices,<sup>58</sup> la adúltera descu-

<sup>54</sup> Respecto a la falta de capacidad de las *feminae probrosae* y su efecto ver González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 56 ss. con bibliografía en la nota 73.

<sup>55</sup> En este sentido ver, por último, T. A. J. McGinn, *Prostitution, sexuality an the law in ancient Rome*, Nueva York, Oxford, 1998, 117.

<sup>56</sup> El presente pasaje fue analizado por A. Sicari, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, Bari, 1991, 65 ss., con referencias bibliográficas en la nota 13. La investigadora además analiza el término *palam* explicado por Ulpiano, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 22.2.43 pr.-9. Según Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 21 ss., las meretrices para ser consideradas *feminae probrosae* habrían debido ejercitar su actividad públicamente y no clandestinamente, porque faltaría el elemento de la certeza, producido por el requisito de la notoriedad. Además, el dinero recibido por la prestación efectuada no es un requisito esencial, como había afirmado Octaviano en la referencia de Ulpiano, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 23.2.43.3: *Octavenus tamen rectissime ait etiam eam, quae sine quaestu palam se prostituerit, debuisse his connumerari* (con muchísima razón dice Octaviano que también la que públicamente se hubiere prostituido sin ganancia debió contarse entre estas); pero en cualquier caso, para considerarse un *caducum* la cuota de la herencia otorgada a la prostituta, debería ser demostrado el hecho que la mujer era una prostituta aunque su actividad no fuera conocida.

<sup>57</sup> Así recuerda Ulpiano, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*, en D. 23.2.43.6: *lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere* (Realizar lenocinio no es menos que ganar con el propio cuerpo. Sobre este argumento E. Nardi, *La incapacitas delle feminae probrosae*, en *Studi Sassaresi*, 2, 1939, 151 ss.= *Scritti minori*, 1, Bologna, 1991, 101 ss.; Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 22 ss.

<sup>58</sup> Sobre este punto el título XLI del libro XI del Código tiene como denominación: *de spectaculis et scaenicis et lenonibus*, viéndose así que eran consideradas del mismo modo las prostitutas y las actrices, además confrontar, por ejemplo, Papiniano, *libro secundo de adulteris* en D. 48.5.11(10).2: *mulier, quae... lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit...* (la mujer que... realizó lenocinio o que alquiló su actividad escenográfica). Las actrices son consideradas como las prostitutas por Paulo, *libro secundo ad legem Iuliam et*

bierta en el momento de cometer adulterio y aquella condenada en un juicio público (*iudicio publico damnata*).<sup>59</sup>

Solazzi<sup>60</sup> sostiene que el presente pasaje recuerda otro de Papiniano, *libro trigesimo tertio quaestionum* en D. 34.9.14:

*Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiae factum et id quod relictum est ad fiscum pertinere proxime tibi respondi.*

El jurista afirma de haber respondido hace poco (*proxime tibi respondi*) que la mujer reconocida en una sentencia culpable de estupro en cohabitación con un soldado (*mulierem-fuit*), si bien libre del juramento militar, y muerto en el año (*etsi-obierit*), no es admitida como heredera en el testamento efectuado con base en el derecho militar y todo aquello que se le haya dejado corresponderá al fisco (*non-pertinere*).

Una mujer ingenua, de buena familia y no de malas costumbres,<sup>61</sup> fue reconocida culpable de estupro (no en el sentido del derecho actual, sino en el significado romano) porque convivía con un militar, ella se convertía en una *femina probosa* a partir de la condena, y por esto no habría podido recibir nada con base en ningún testamento, después de haberse vuelto incapaz por haber sido condenada en un

Papian, en D. 23.2.47: *senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem ludicram fecerit...* (la hija de un senador que hubiera obtenido ganancia con su cuerpo o representado en las artes de diversión). Nardi, *La incapacitas delle feminae probosae*, cit., 101 ss., incorpora otros pasajes que no mencionamos para demostrar que la opinión de la sociedad romana sobre tal actividad fue la misma en el transcurso del tiempo; Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 23 n.19, presenta referencias bibliográficas en donde se discute si las actrices habrían sido consideradas *feminae probosae* por el propio trabajo o por la vida inmoral que normalmente llevaban. Nosotros creemos que sea más probable la primera tesis, porque su actividad era considerada por sí misma inmoral, aunque llevaran una vida moral fuera de los escenarios.

<sup>59</sup> En contra Nardi, *La incapacitas delle feminae probosae*, cit., 101 ss., el cual piensa que las *feminae probosae* eran las profesionistas del *probrum* invocando un pasaje de Papiniano, *libro trigesimo secundo quaestionum*, en D. 34.9.13. Tal tesis no fue aceptada por Solazzi, *Attorno ai caduca*, cit., 338 y por Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 23 el cual hace una exégesis del pasaje, y visto que aceptamos plenamente sus conclusiones, preferimos hacer un reenvío a la presente obra.

<sup>60</sup> Solazzi, *Attorno ai caduca*, cit., 339, n. 20.

<sup>61</sup> Requisitos para considerar la existencia del estupro como recuerda Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 54 con referencias bibliográficas.

juicio público (*iudicio publico damnata*), después de morir su amante, si hubiera sido denominada heredera por otro militar, habría sido considerada incapaz con base en el rescripto adrianeo. El problema, sin embargo, como se entiende en el texto, no corresponde únicamente a una falta de capacidad,<sup>62</sup> porque la mujer no únicamente se volvió incapaz por haber sido reconocida culpable, y por ello no poder recibir ninguna herencia, sino que el testador es la misma persona con la cual convivió, o sea el militar muerto dentro del año de su reposo en milicia, con el cual había cometido el estupro. Tal situación habría causado la coexistencia de dos consecuencias: por una parte la mujer habría sido considerada una *femina probosa* después de la condena, pero, además, por otro lado, se habría convertido también en indigna, porque no era posible que hubiera sido instituida heredera en el testamento de aquella persona con la que había cometido el crimen. El conflicto entre incapacidad e indignidad había sido resuelto por Papiniano a favor de esta última y por este motivo los bienes del testador habrían llegado al fisco.

En conclusión, el problema que analiza Papiniano no tiene nada que ver con el rescripto adrianeo,<sup>63</sup> porque cuando entran en conflicto problemas de falta de capacidad y de indignidad, es esta última la que prevalece.

Pensamos que el rescripto de Adriano, aplicando a la materia militar una disposición de derecho común, tuviera como objetivo no únicamente evitar a las *feminae probosae*, que hubieran convivido con militares,<sup>64</sup> de poder obtener en vía hereditaria los bienes de los mismos, sino que pensamos sobre todo en un diseño del príncipe de

<sup>62</sup> Como sucede con F. C. Von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. V. Scialoja, 2, Torino, 1888, 551, Solazzi, *Attorno ai caduca*, cit., 339 n. 20 y Nardi, *La incapacitas delle feminae probosae*, cit., 111.

<sup>63</sup> En tal sentido Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 43 ss. tesis aceptada por Voci, *Diritto ereditario romano*, 1, 443 n. 59, pero el último investigador afirma respecto a D. 34.9.14: "la donna non è probosa (tanto che si commette stuprum con lei), e pertanto non è colpita dalla sanzione generale dell'incapacitas, ma da quella relativa della indignità". Según nuestra opinión su tesis presenta dudas, porque si bien la mujer no era *probosa* antes de cohabitar con el militar, se vuelve una vez reconocido el estupro; por esto habría sido tachada de incapacidad si hubiera sido nombrada heredera en el testamento de otro militar, pero visto que el testador era la persona con la que había cometido el estupro prevalecía la indignidad sobre la falta de capacidad.

<sup>64</sup> Respecto a la relación entre milicia y prostitución ver B. E. Stumpp, *Prostitution in der römischen Antike*, Berlín, 1998, 186 ss.

querer extender normativas del derecho común al régimen especial previsto por los militares, evitando así situaciones diferentes entre el testamento civil y el militar.

## VI. OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Como es notorio, entre los gastos que habrían debido pagar los herederos (si no es que el testamento hubiera establecido en modo diferente) encontramos los gastos del funeral.<sup>65</sup> Tales gastos debían ser conformes a la facultad y a la dignidad del difunto, como recuerda Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum* en D. 11.7.12.5: *sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti* (los gastos del funeral se regulan según las facultades o la dignidad del difunto).

El testador habría podido establecer una serie de peticiones dirigidas a un heredero, por ejemplo, la construcción de algo de una espectacular magnificencia, como sería el caso de un porticado. Una disposición en tal sentido habría presentado el problema si la edificación suntuosa debería ser considerada entre los gastos del monumento del sepulcro. Adriano sobre este punto hizo un rescripto referido por Macro, *libro primo ad legem vicensimam hereditatium* en D. 11.7.37.1 en donde aclara el problema:

*Monumentum autem sepulchri id esse divus Hadrianus rescripsit, quod monumenti, id est causa muniendi eius loci factum sit, in quo corpus impositum sit. itaque si amplum quid aedificari testator iusserit, veluti incircum porticationes, eos sumptus funeris causa non esse.*<sup>66</sup>

El divino Adriano estableció en un rescripto que el monumento de un sepulcro (*monumentum-rescripsit*) es algo de un monumento, en otras palabras, aquello que fue hecho con la finalidad de proteger el lugar en donde se metió

<sup>65</sup> En otra ocasión Y. González Roldán, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, México, 1997, 164 ss., identificamos los gastos de sepultura que habría debido pagar el comprador de la herencia en el caso en que el heredero la hubiera vendido. El pasaje que refiere tales gastos es el de Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum* en D. 11.7.14.3-5.

<sup>66</sup> E. Albertario, *Da Diocleziano a Giustiniano* en *Studi di diritto romano*, 5, Milano, 1937, 231 ss., piensa que el pasaje haya sido alterado por los compiladores y propone un contenido diferente. Como veremos inmediatamente, su opinión no podrá ser aceptada. A. Rodger, *D.35.2.2* en *ZSS*, 89, 1972, 347 duda que el texto haya llegado en buen estado pero piensa que la opinión de Albertario haya sido debida a una serie de preconceptos.

el cuerpo (*quod-impositum sit*). Por ello, si el testador dio órdenes que venga edificado algo opulento, por ejemplo, pórticos alrededor, estos no entran en los gastos sostenidos por causa del funeral (*itaque-non esse*).

El presente pasaje explica el concepto de *monumentum sepulchri* diferente del cenotafio.<sup>67</sup> El primer problema que encontramos en el texto es que dentro de los gastos del funeral se encuentra el costo del monumento, cuando en realidad la jurisprudencia parecería cumplir una clara distinción entre los dos tipos, según lo que se encuentra afirmado en un texto de Paulo, *libro singulari ad legem Falcidiam* en D. 35.2.1.19:

*De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat. et Sabinus ita deducendum putat, si necessarium fuerit monumentum extruere. Marcellus consultus, an funeris monumentique impensa, quantam testator fieri iussit, in aere alieno deduci debeat, respondit non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumptum est, deducendum. nam eius, quod in extructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam: nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse, ut sit funus ac sepultura. idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum.*

Se cuestiona si los gastos efectuados por motivo de un monumento funerario deban ser deducidos del patrimonio hereditario (*De-debeat*). Y piensa Sabino que deberían ser deducidos a condición que hubiera sido necesario construir el monumento (*et-extruere*). Consultado Marcelo sobre el problema si deberían ser deducidos como deuda los gastos del funeral y del monumento de la cantidad que el testador ordenó que se efectuara (*Marcellus-debeat*), el jurista respondió que a tal título no se debe deducir más de lo que se gastó para el funeral porque era diferente la causa de lo que se gastó en la realización del monumento (*respondit-causam*); ya que la edificación del monumento no era en este modo necesaria, a diferencia del caso del funeral y de la sepultura, situación por la que al que hubiera sido legado el dinero para hacer un monumento sufrirá la aplicación de la Falcidia (*nec-passurum*).

<sup>67</sup> Tal distinción se encuentra en Florentino, *libro septimo institutionum* en D. 11.7.42: *Monumentum generaliter res est memoriae causa in posterum prodita: in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum, si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci 'cenotafio' appellant.* (Generalmente monumento es una cosa legada a la posteridad para la memoria, si en ella se enterrase un cadáver o restos humanos, se convertirá en un sepulcro, pero si nada de esto se pusiera en ella, será monumento hecho para memoria, al que los griegos llaman cenotafio).

Albertario<sup>68</sup> afirma que el texto de Paulo demostraría la alteración del pasaje citado anteriormente, porque habrían sido los compiladores los que hicieron entrar los gastos del monumento en los gastos del funeral. Tal tesis presenta dudas como veremos a continuación. En el rescripto de Adriano fue el testador a pedir (probablemente a uno de los herederos) la construcción de un *monumentum sepulchri*. El gasto de tal tipo de monumento era comprendido entre los del funeral, porque habría sido necesario construirlo de modo diferente a los otros elementos suntuosos; efectivamente su finalidad era la de proteger el lugar en donde había sido depositado el cuerpo. Tal situación encuentra afinidad con la opinión de Sabino, el cual consideraba que si se hubiera hecho necesario construir el monumento (tratándose de un *monumentum sepulchri* y no de un cenotafio), los gastos habrían debido ser deducidos, entrando así a formar parte de los gastos del funeral. Además, como recuerda Florentino, *libro septimo institutionum* en D. 11.7.42, si se enterró el cuerpo en el monumento, el mismo se convierte en sepulcro (*monumentum... in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum*).<sup>69</sup>

La tesis de Sabino, que Adriano habría aplicado en su rescripto, no venía necesariamente aceptada por toda la jurisprudencia, así el mismo Macro en el pr. de D. 11.7.37<sup>70</sup> afirma que entre los gastos del funeral se debería comprender aquellos que fueron efectuados antes de la sepultura, introduciendo después la referencia al rescripto adrianeo con un “pero” (*autem*), término con el cual el jurista incorporaría el *monumentum sepulchri* entre tales tipos de gastos, no porque el mismo hubiera estado de acuerdo (en caso contrario lo habría hecho al inicio del texto), sino porque así había sido dispuesto por el príncipe.

Además, según nuestra opinión, Labeón habría podido incluir el *monumentum sepulchri* entre los gastos del funeral, porque Ulpiano,

<sup>68</sup> Albertario, *Da Diocleziano a Giustiniano*, cit., 231 ss.

<sup>69</sup> Respecto al sepulcro ver el trabajo de A. Palma, s.v: *sepulcro (dir. rom.)*, en *ED*, 42, Varese, 1990, 1 ss. con bibliografía.

<sup>70</sup> *Funeris sumptus accipitur, quidquid corporis causa veluti unguentorum erogatum est, et pretium loci in quo defunctus humatus est, et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi et vectura: et quidquid corporis causa antequam sepeliatur consumptum est, funeris impensam esse existimo.* (Sea considerado gasto del entierro, todo lo que se gastó por causa del cadáver, por ejemplo, para los ungüentos, también el precio del lugar en que fue inhumado el difunto y otros tributos que existan, o todo lo que se gastó por causa del sarcófago y del transporte, y del cadáver antes que sea enterrado, todos aquellos pienso que sean gastos del entierro).

*libro vicensimo quinto ad edictum* en D. 11.7.14.3 presenta la tesis en donde si hubiera sido gastado algo en el lugar en que se enterró el muerto, habría sido considerado un gasto del funeral, porque con base en una necesidad se prepara el lugar en donde se enterró (...*sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, funeris causa videri impensum Labeo scribit, quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur*). No podemos negar que el verbo “parare” (preparar o disponer) podría referirse a un acto anterior a la sepultura y no a uno posterior (como sería el caso del monumento que se incorpora después que se introdujo el cuerpo en la fosa), pero parecería que el pensamiento de Labeón corresponde también a un momento posterior porque el jurista, al hablar de los gastos del funeral, incorpora aquellos efectuados en el lugar en que se enterró el muerto (caso que podría incluir el *monumentum sepulchri*).

Probablemente tal tesis no fue aceptada por Ulpiano porque el jurista en D. 11.7.14.3, antes de referir el pensamiento de Labeón, había afirmado que eran gastos del funeral únicamente aquellos hechos para tal finalidad, sin los cuales no se podría llevar a cabo (*funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fuit ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit...*).

Hasta el momento hemos visto como en el siglo I d. C. la jurisprudencia no tenía dudas si incluir o no los gastos del *monumentum sepulchri* entre los gastos del funeral, y como tal tesis había sido aplicada por Adriano en su rescripto. En edad severiana la situación es diferente, porque Macro, así como Ulpiano, habrían comprendido entre los gastos únicamente aquellos que eran anteriores al funeral. Probablemente el cambio de perspectiva inició en un periodo posterior al de Adriano (entre Antonino Pio y Marco Aurelio), porque habría sido Marcelo el que efectuaría la distinción entre gasto del funeral y gasto del monumento, como si observa en D. 35.2.1.19. El jurista, con una visión más limitada habría afirmado que mientras el funeral y la sepultura eran necesarios, la construcción del monumento no lo sería. No estamos seguros que Marcelo hubiera hecho mención del *monumentum sepulchri* porque habría podido referirse al cenotafio, pero si su opinión fuera tal sería evidente un cambio de perspectiva. En conclusión la tesis de Albertario no puede ser aceptada ya que el texto de Paulo no puede demostrar la alteración sufrida en el texto de Macro.



Veamos ahora el rescripto de Adriano con la finalidad de determinar su decisión en relación con la disposición del testador. Probablemente el *de cuius* había establecido en su testamento que uno de los herederos habría debido realizar un *monumentum sepulchri* y otras construcciones suntuosas. Tales gastos seguramente eran muy altos y el heredero, al cual se le había dirigido la disposición, habría solicitado al emperador una explicación si deberían ser considerados gastos funerarios. La determinación de la cuestión tenía consecuencias bajo el aspecto práctico, porque, como es notorio, los gastos de sepultura debían ser pagados con el patrimonio hereditario, disminuyendo por tanto la cantidad que habría sido percibida por todos los herederos. El emperador incluyendo el *monumentum sepulchri* entre los gastos del funeral, habría hecho en modo que no únicamente el heredero al cual había sido dirigida la disposición hubiera sufrido la disminución de su cuota hereditaria, sino también los otros, situación que no habría sucedido en el caso de los pórticos que no eran gastos funerarios.

Ya que hasta este momento hemos hablado del *monumentum sepulchri*, pensamos que este sea el lugar adecuado para referir otro rescripto adrianeo relacionado con la sepultura. Ulpiano, *libro vicen-simo quinto ad edictum* en D. 47.12.3.5 cita su contenido:

*Divus Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos qui in civitate sepeliunt, quam fisco inferri iussit, et in magistratus eadem qui passi sunt, et locum publicari iussit et corpus transferri. quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepeliri? Post rescripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus, quia generalia sunt rescripta et oportet imperialia statuta suam vim optinere et in omni loco valere.*<sup>71</sup>

El divino Adriano estableció en un rescripto una pena de cuarenta aureos, que ordenó fueran pagados al fisco por aquellos que hubieran enterrado un muerto en la ciudad (*divus-iussit*) y la misma pena en contra de los magistrados que lo hayan permitido, y ordenó que el lugar fuese confiscado y el

<sup>71</sup> F. Lamberti, *Tabulae Irnitanae*, Napoli, 1993, 248 ss. hizo notar que la segunda parte del texto (de *post rescripta principalia* en adelante) es formulada en modo sospechoso porque el texto iniciaba hablando de un rescripto para después hacer un discurso referente a los rescriptos de los príncipes perdiendo así una cierta coherencia, además la expresión *imperialia statuta*, que indicaría los rescriptos imperiales, no encuentra otras menciones en los textos del Digesto. En la presente investigación únicamente interesa el contenido de la primera parte del pasaje que no presenta problemas de interpolación.

cuerpo transferido (*et-transferri*). Sin embargo, en el caso en que el estatuto municipal hubiera permitido de poder enterrar cadáveres en la ciudad, ¿qué se haría al respecto? Veamos si después de los rescriptos de los príncipes haya sido abandonada tal práctica, porque tales actos son generales y es adecuado que las disposiciones imperiales tengan fuerza propia y sean válidas en todo lugar (*quid-valere*).

El rescripto adrianeo en materia de higiene comunal probablemente fue emitido con base en una cuestión dirigida por alguna ciudad.<sup>72</sup> En tal disposición Adriano presenta nuevamente la prohibición decemviral de enterrar cadáveres en la ciudad,<sup>73</sup> incluyendo diferentes sanciones: el pago de cuarenta aureos al que no hubiera obedecido y a los magistrados que hubieran autorizado la sepultura, así como la confiscación del lugar en donde el cuerpo hubiera sido inhumado y el traslado del cuerpo. La doctrina manifestó especial interés por las últimas afirmaciones del jurista,<sup>74</sup> pero para nosotros, en la presente investigación, solamente la primera parte tiene interés porque demostraría que un funeral no habría podido ser celebrado *intra moenia* (dentro de los muros de la ciudad), no obstante así hubiera establecido el *de cuius* en su testamento.

Dentro de las disposiciones testamentarias el testador habría podido conceder la libertad a un esclavo con la condición de dar una cantidad de dinero al heredero. El problema que podía presentarse era el de la muerte del heredero antes de recibirla y sobre este punto Adriano emanó un rescripto referido por Paulo en el libro sedicesimo *ad Plautium* en D. 40.7.20.4:

*Heredi autem iussum dare, etiam heredis heredi dare posse divus Hadrianus rescripsit; et si hoc sensit testator, etiam in legatario idem dicendum est.*<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Tesis de F. M. de Robertis, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali*, 2, Bari, 1942, 168 ss., la cual encontraría como fundamento la cuestión presentada por el jurista (*quid-sepeliri*) que haría pensar que había sido la falta de una reglamentación existente el motivo por el que los *municipes* solicitarían el parecer del emperador.

<sup>73</sup> *Tabula* 10.1. *Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito* (el muerto no debe ser enterrado ni cremado en la ciudad), en *F.I.R.A.*, 1, 66.

<sup>74</sup> Sobre este punto, además de los autores citados en nota, ver T. Spagnolo Vigorita, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti* en *Storia di Roma*, 2.3, Torino, 1992, 111 n. 135.

<sup>75</sup> G. Grosso, *Sull'applicazione della regola: heredi decem dare iussum et liber esse et heredis heredi dando pervenit ad libertatem* en *Scritti giuridici in O. di A. Ascoli*, Messina, 1931, 39 ss., = *Scritti storico giuridici*, 3, Torino, 2001, 343 ss. no pone en duda

Pero el divino Adriano respondió en un rescripto que el esclavo al que se le ordenó de dar dinero al heredero puede darlo también al heredero del heredero (*Herediti-rescripsit*); y lo mismo debe ser dicho también en relación con el legatario, si esta sea la voluntad del testador (*et-dicendum est*).

No existen dudas que el *statuliber* habría podido obtener la libertad también después de la muerte del heredero (o del legatario) a quien debía dar una cantidad de dinero,<sup>76</sup> pero, si el heredero (o el legatario) hubiera muerto, la cantidad habría podido entregarse al heredero del heredero, y tal criterio habría sido aceptado por toda la jurisprudencia.<sup>77</sup>

Una disposición testamentaria que habría podido causar problemas sería el de la mujer de un militar *filius familias* que había nombrado heredero al marido. El caso fue afrontado por Adriano en otro rescripto referido por Papiniano, *libro sexto decimo quaestionum*, en D. 49.17.13 y *libro nono decimo responsorum*, en D. 49.17.16 pr. El primer texto dice:

*Divus Hadrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor heredem instituerat filium, extitisse heredem et ab eo servos hereditarios manumissos proprios eius libertos fieri.*<sup>78</sup>

el contenido del presente principio sino su aplicación a un pasaje de Papiniano, en el libro vigésimo primero *quaestionum* en D. 40.7.34 pr. G. Donatuti, *Lo statulibero*, Milano, 1940, 256, sustituye el término *testator* por *heres* pero tal propuesta no puede ser aceptada porque el rescripto trata de una disposición testamentaria y no vemos razones por las que habría debido tener importancia la voluntad del heredero. No existen dudas de su origen clásico por parte de P. Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione*, Bari, 2006, 91 y 236.

<sup>76</sup> Sobre este punto ver el pasaje anterior en D. 40.7.20.3, en donde es presentado el punto de vista de Sabino y el de Juliano; sobre tal ver Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione*, cit. 215 ss.

<sup>77</sup> Ver Papiniano en el libro vigésimo primero en D. 40.7.34 pr; Ulpiano, en el libro vigésimo séptimo *ad Sabinum* en D. 40.7.6.4; Modestino, libro quinto *differentiarum* en D. 35.1.51.1; Hermogeniano, libro primero *iuris epitomarum* en D. 35.1.94.1.

<sup>78</sup> El presente texto así como el segundo causan problemas a una parte de la doctrina que no acepta que la herencia de la mujer del militar pueda formar parte del peculio castrense; así, por ejemplo, G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5, Leipzig, 1931, 59 modifica el contenido de los pasajes y lo mismo sucede con E. Albertario, *Appunti sul peculio castrense* en *Studi di diritto*, 1, Milano, 1933, 174 ss. F. La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano, 1953, 51 ss. es de la misma opinión y llega a la conclusión que D.49.17.13 fue falsificado. Por el contrario, estamos de acuerdo con A. Guarino, *L'oggetto del castrense peculium*, en *BIDR*, 48, 1941, 64 ss., que el contenido de los textos sea clásico, como veremos inmediatamente.

El divino Adriano estableció con un rescripto que la mujer que había instituido heredero el *filius* militar permanece tal y que los esclavos hereditarios que había manumitido se vuelven sus libertos.

El segundo:

*Dotem filio familias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. nec ea res contraria videbitur ei, quod divi Hadriani temporibus filium familias militem uxori heredem extitisse placuit et hereditatem in castrense peculium habuisse. nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur.*

Respondí que la dote dada o prometida al *filius familias* no forma parte del peculio castrense (*Dotem-respondi*). Tal afirmación no es contraria a la decisión establecida en los tiempos del divino Adriano donde el *filius familias* militar permanecía heredero de su mujer y la herencia formaría parte del peculio castrense porque había sido adquirida por derecho adventicio (*nec-quaeritur*), pero la dote que tiene como fundamento el matrimonio se incorpora en los gastos del mismo modo como sucede con los hijos en común que forman parte de la familia del abuelo (*dos-confertur*).

No podemos negar la dificultad que existe en considerar la herencia de la mujer como parte del peculio castrense, porque, como es notorio, tal corresponde a lo que el *filius familias* adquiere en la milicia y seguramente tal herencia no tiene nada que ver con la función militar. Claramente Guarino<sup>79</sup> afirma sobre este punto que lo que se adquiere en la milicia es una categoría de bienes, particularmente determinada, que los emperadores a partir de Augusto hasta Adriano, concedieron al *filius familias* que se dedicaba a las armas y que, si bien la herencia de la mujer correspondía a otra categoría de bienes, el *princeps* habría concedido la posibilidad de gozar del mismo régimen de lo adquirido en guerra.

La Rosa<sup>80</sup> no está de acuerdo con la reconstrucción de Guarino, porque la considera una tentativa audaz para salvar la información

<sup>79</sup> Guarino, *L'oggetto del castrense peculium*, cit., 64 ss.

<sup>80</sup> La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, cit., 51 ss.

de los dos fragmentos, no logrando el investigador su cometido. El rescripto adrianeo encontraría como obstáculo un texto de Ulpiano, *libro quadragesimo quinto ad edictum* en D. 49.17.8,<sup>81</sup> en donde se excluye que el *filius familias* pueda adquirir en su peculio un legado dispuesto por la mujer. ¿Habría sido excluido de un legado lo que por el contrario se habría adquirido con base en una herencia? Además, la investigadora recuerda la información de C. 12.36(37).1.3,<sup>82</sup> en donde se dice que la herencia de la madre no forma parte del peculio castrense.

Las anotaciones de la investigadora no parecen insuperables, porque si Adriano hubiera concedido a un militar el privilegio de incluir la herencia recibida de la mujer como parte integrante del peculio castrense, no significa por esto que tal decisión (limitada al caso concreto) debiera ser aplicada a una materia diferente como era la de los legados. Además, la constitución de Alejandro Severo trata de un argumento diferente al del rescripto adrianeo.

En conclusión, consideramos sea clásico el contenido de los pasajes en donde se cita el rescripto adrianeo en donde el *princeps* habría concedido al *filius familias* militar el privilegio de incluir en su peculio la herencia de la mujer. Tal decisión no habría alterado la naturaleza de tal peculio castrense, pero habría simplemente consentido al *filius familias* de obtener la aplicación de tal régimen en la adquisición de los bienes de su esposa. La decisión del *princeps* fue novedosa y evidentemente no correspondía a una rígida interpretación del concepto de peculio castrense, sino, como hemos visto también en otros casos, los rescriptos de Adriano fueron varias veces novedosos.

<sup>81</sup> *Si forte uxor vel cognatus vel quis alius non ex castris notus filio familias donaverit quid vel legaverit et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat: an possit castrensi peculio adgregari? et non puto: veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit.* (Si acaso la mujer o un cuñado u otra persona le hubiere donado o legado con ocasión de la milicia a un hijo de familia o hubiera expresamente establecido que lo tuviera en su peculio castrense, ¿puede ser incorporado al peculio castrense? No lo considero posible, porque atendemos a la verdad, sobre si el conocimiento o el afecto es de considerarse como castrense, no lo que se fingió como tal).

<sup>82</sup> Constitución del emperador Alejandro Severo del 223 d. C: *matris autem hereditas, quamvis in militia delata sit, ad peculium castrense non pertinet.* (Pero la herencia de la madre, al que le fue dejada no obstante se encuentre en la milicia, no pertenece al peculio castrense).

Como es notorio, entre las disposiciones testamentarias podemos encontrar legados, fideicomisos y manumisiones fideicomisarias, considerando que en el periodo adrianeo estos argumentos fueron ampliamente tratados, ya publicamos anteriormente dos investigaciones sobre tales aspectos.<sup>83</sup>

#### VII. TESTAMENTO INOFICIOSO, FALSO, RUPTUM. POSIBILIDAD DEL HEREDERO DE EJERCITAR ACCIONES ÚTILES EN CONTRA DEL LEGATARIO

En un pasaje de Ulpiano, *libro quarto decimo ad edictum* en D. 5.2.8.16 encontramos referencias a una disposición adrianea que habría establecido la posibilidad del heredero de demandar a los legatarios con acciones útiles cuando el testamento fuera inoficioso:

*Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optimuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optimuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.*<sup>84</sup>

Si por un juicio de inoficiosidad,<sup>85</sup> el juez haya conocido de la cuestión y haya decidido en contra del testamento, y no se hubiera hecho apelación, el testamento dejará de tener efectos jurídicos (*Si-rescissum est*) y será consi-

<sup>83</sup> Y. González Roldán, "Manumisiones fideicomisarias. Senadoconsultos y constituciones de edad adrianea", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 33, 2009, 445 ss. "Legados en edad adrianea. Disposiciones normativas", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 34, 2010, 265 ss.

<sup>84</sup> El texto seguramente es una síntesis de los compiladores, pero su contenido es clásico como piensa Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 689 y aceptan otros autores como L. Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti*, Napoli, 1972, 230 ss. y S. Querzoli, *I testamenta e gli officia pietatis*, Napoli, 2000, 140, n. 106, con referencias bibliográficas. Efectivamente la referencia al *bonorum possessor* resulta oscura, pero la explicación de L. Gagliardi, *Decemviri e Centumviri*, Milano, 2002, 299 ss. es aceptable.

<sup>85</sup> M. Marrone, "L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano", en *AUPA*, 24, 1955, 453, n. 131, presenta las diferentes interpretaciones que la doctrina hizo respecto a los términos *ex causa*, pero el investigador piensa, justamente como nosotros, que tienen el significado de controversia o proceso.

derada *heres suus* la persona a favor de la cual se juzgó, y si hubiera existido un conflicto será un *bonorum possessor (et suus-contendit)*; y las libertades *ipso iure* no tendrán valor, ni serán debidos los legados, y aquellos legados que hubieran sido cumplidos, serán repetidos por parte del que hubiera cumplido o por el que ganó el juicio, y en los dos casos con una acción útil serán repetidos (*et libertates-repetuntur*). Generalmente en el caso en que antes de la controversia se hubieran cumplido, los repite el que ganó y así fue establecido con rescriptos por el divino Adriano y el divino Antonino Pio (*ferre-rescripserunt*).

El pasaje ulpiano explica las consecuencias de una sentencia de *querela inofficiosi testamenti* favorable al querellante:<sup>86</sup> el testamento se rescinde *ipso iure* y como tal no produce efectos para el derecho civil. Las manumisiones no serán debidas,<sup>87</sup> así como tampoco los legados; pero el problema principal consiste en los legados que fueron cumplidos: el jurista afirma que podrían ser repetidos con una acción útil por parte del que los hubiera cumplido o quien hubiera ganado el juicio de inoficiosidad. Sobre este punto Ulpiano recuerda un rescripto de Adriano (y también otro de Antonino Pio),<sup>88</sup> en donde el príncipe habría considerado que si antes de la *querella* hubieran sido cumplidos los legados, el querellante, que había ganado el juicio de inoficiosidad, habría podido ejercitar una acción en contra de los

<sup>86</sup> Ver el caso contrario (consecuencias de una sentencia desfavorable en un juicio de impugnación del testamento por inoficiosidad) en nuestra monografía, González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 90 ss. Seguramente el dato ulpiano correspondía a una *cognitio extra ordinem* y no a un *iudicium centumvirale*, como podría demostrarse en la referencia al *iudex* que habría pronunciado la sentencia, pero sobre este punto (que no interesa en la presente sede porque el régimen sustancial es el mismo para las sentencias centumvirales, así como para las sentencias *extra ordinem*) existen diferentes opiniones que fueron ampliamente tratadas por K. P. Müller-Eiselt, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlín, 1982, 105 ss.

<sup>87</sup> Sobre este punto específico ver G. Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa*, Padova, 1963, 188 ss., en donde el investigador recuerda el pasaje posterior en D. 5.2.8.17 que afirmaría la validez de las manumisiones si la *querella* hubiera sido efectuada después de cinco años, pero ya que tal problema no concierne, el rescripto adriano no será afrontado en esta investigación.

<sup>88</sup> Müller-Eiselt, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, cit. 106, hizo notar el modo poco elegante de la referencia al contenido del rescripto adriano (*sed soluta-repetuntur*) porque, por ejemplo, se encuentra repetido dos veces el término *repetuntur*, pero el pasaje es un resumen de los compiladores. No vemos motivos para poner en duda, como hace Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit. 458, que Adriano, así como Antonino Pio, habían emanado disposiciones en el mismo sentido.

legatarios. La breve referencia al rescripto no especifica en qué modo habría podido ejercitar la acción el querellante que ganó el juicio, pero no vemos motivos para negar la posibilidad de hacerlo con acciones útiles, sobre todo porque antes de la citación del rescripto, Ulpiano refiere la acción útil y, además, como recuerda la doctrina,<sup>89</sup> la *condictio indebiti* no habría podido corresponder al querellante que ganó el juicio, porque no había pagado los legados y tampoco al heredero testamentario, porque no había pagado algo no debido. Si bien el rescripto adriano (y el de Antonino Pio) había declarado que sería el querellante que ganó el juicio a pretender la restitución de los legados, debemos subrayar que en edad severiana la aplicación de la decisión del príncipe era una simple posibilidad, porque el término *ferre* (generalmente) no excluiría que también quien había cumplido los legados pudiera ejercitar acciones útiles.

Antes de continuar con el análisis del rescripto adriano debemos hacer un paréntesis concerniente a la citación de la *bonorum possessio*. El texto sobre este punto no es claro porque, como hace notar Voci,<sup>90</sup> la contraposición entre heredero civil y *bonorum possessor* es presentada en modo confuso: antes de nada la preposición está sin un nexo gramatical con la anterior (aquella era impersonal y ahora entra un *suius heres*) y en segundo lugar el inciso *si hoc se contendit* (si hubiera existido un conflicto) es oscuro y se puede interpretar sólo con un poco de buena voluntad. Probablemente sobre este punto tiene razón Gagliardi,<sup>91</sup> quien piensa que en el presente caso el querellante ganador habría sido considerado heredero, además de *bonorum possessor*, si con tal título hubiera iniciado el juicio. El *suius heres*, antes de intentar la *querella*, se había dirigido al pretor para pedir la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, no obstante en el presente caso la misma no habría sido necesaria para instaurar la *querella inofficiosi testamenti*, como puede confirmar Paulo, *libro singulari*

<sup>89</sup> Tesis de Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit. 460, seguida por N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.*, Milano, 1974, 119 y por I. Fagnoli, *Rescripts actionem dandam sulla reperibilità del legato per damnationem*, en *Labeo*, 47, 2001, 262.

<sup>90</sup> Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 689. Soluciones diferentes de la doctrina son presentadas por Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, cit., 231 n.100.

<sup>91</sup> Gagliardi, *Decemviri e Centumviri*, cit., 299 ss. y sobre todo la nota 483 de la p. 300.

*de septemviralibus iudiciis*, en D. 5.2.7: *ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria* (supongamos que él estuvo bajo potestad, en tal caso la *bonorum possessio* no sería necesaria). Por tanto, visto que el querellante había ganado, habría sido reconocido no únicamente *heres suus* sino también *bonorum possessor*.

Regresando al rescripto de Adriano parecería que el mismo hubiera sido citado también por Ulpiano, *libro sexto decimo ad Sabinum* en D. 12.6.2.1:

*Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur; vel si post multum temporis emergerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relictas sunt. nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.*<sup>92</sup>

Si hubiera sido pagada alguna cosa según el testamento, que después resultó falso, inoficioso, irrito o inválido se repetirá (*Si-repetetur*), y se hará así también en el caso en que después de mucho tiempo haya surgido una deuda o bien hayan sido elaborados codicilos que se encontraban escondidos por un largo tiempo en donde se establecía la revocación de los legados cumplidos o la reducción por el hecho que las mismas cosas fueron dejadas en legado a otras personas (*vel si-sunt*). Efectivamente, respecto al testamento inoficioso y falso, el divino Adriano estableció con un rescripto que debe

<sup>92</sup> Recuerda Fagnoli, *Rescripsit actionem dandam. Sulla reperibilità del legato per damnationem*, cit., 263 ss. que por un largo tiempo la entera frase *vel si post-relictas sunt* fue considerada una incorporación postclásica. El término *repetetur*, así como se presenta en el texto, no aclara a quién debería corresponder la repetición. Según E. Valiño, *Acciones útiles*, Pamplona, 1974, 198, el pasaje mencionaba dos instrumentos procesales diferentes, los dos idóneos para obtener la restitución de lo no debido, el verbo *repetetur* (es repetido) habría sido referido a aquel que había pagado los legados y que habría podido ejercitar la *condictio* y con la palabra *nam* (ciertamente) habría sido introducido un caso diferente, la posibilidad de ejercitar en vía útil el que habría resultado heredero después de haber sido demostrado que el testamento era inoficioso o falso. Tal tesis no es aceptada por Fagnoli, *idem*, 264 ss., el cual justamente hace notar la dificultad de pensar que Ulpiano, ignorando totalmente la *regula* del *ius civile*, habría admitido, en toda una serie de casos de ineficacia del testamento, la posibilidad de ejercitar la *condictio* para exigir los legados. Efectivamente, la *condictio indebiti* no habría podido corresponder al heredero testamentario porque no había pagado algo indebido. Nosotros creemos que el término *repetetur* (ser repetido) corresponde al sujeto mencionado en el rescripto adrianeo, esto es, aquel a quien le fue concedida en vía útil una acción.

ser concedida una acción a aquel a favor del cual se hubiera adjudicado la herencia (*nam-iudicatum est*).

En la primera parte del pasaje el jurista presenta una serie de casos en donde el heredero legítimo habría podido exigir la restitución de aquello que hubiera sido pagado de acuerdo con un testamento que no habría debido producir efectos; después cita otros casos en donde el heredero testamentario habría podido hacer lo mismo. Después de tales datos Ulpiano afirma que Adriano habría establecido con un rescripto que, en el caso del testamento inoficioso y falso, se habrían debido conceder a aquel que hubiera obtenido la herencia, una acción para repetir lo que se hubiera pagado.

No ponemos en duda que el presente pasaje haga referencia al rescripto adrianeo, referido también en D. 5.2.8.16 como piensa la doctrina;<sup>93</sup> pero el problema es que en D. 12.6.2.1 la disposición trataría del testamento inoficioso y del falso, mientras que en el otro texto el caso correspondería únicamente al *inofficiosum*. Según nuestra opinión los términos *inofficiosum et falsum testamentum* no deberían necesariamente relacionarse con un solo rescripto, sino que podría comprender varios rescriptos (entre ellos el mencionado en D. 5.2.8.16) que habría aceptado la misma solución aplicada a los testamentos inoficiosos y a los falsos.

Fagnoli acepta la tesis de Marrone<sup>94</sup> según la cual el rescripto de Antonino Pio, mencionado también en D. 5.2.8.16, habría delimitado la aplicación del remedio concedido de su predecesor Adriano a los legados pagados antes de haberse iniciado el juicio. Según el investigador, la limitación se debería interpretar a la luz de lo establecido en el senadoconsulto "Juvenciano", en donde tal norma estableció que el poseedor demandado con la *querella* sería considerado responsable de los bienes hereditarios enajenados después del inicio de la controversia, con la consecuencia que el heredero vencido habría sido obligado en todo caso a entregar las cosas hereditarias enajenadas o cedidas, de las que había perdido con conocimiento su posesión. Por

<sup>93</sup> Como Fagnoli, *Rescripsit actionem dandam. Sulla reperibilità del legato per damnationem*, cit. 262 ss. y Gagliardi, *Decemviri e Centumviri*, cit., 230.

<sup>94</sup> Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit. 459 ss. Tesis seguida por Fagnoli, *Rescripsit actionem dandam sulla reperibilità del legato per damnationem*, cit. 262 ss.

tanto, en abstracto, el heredero victorioso habría podido exigir la repetición de los legados a su contraparte con base en el senadoconsulto y, al mismo tiempo, habría podido exigir en contra del que los recibió con base en la novedad adrianea: por este motivo, probablemente, el emperador Antonino Pío interviene para delimitar la aplicación del remedio concedido por su predecesor Adriano a los legados antes de haberse iniciado el juicio.

No aceptamos la presente tesis, porque Ulpiano en D. 5.2.8.16, cuando refiere los rescriptos de Adriano y Antonino Pío, no hace una distinción total en relación con los mismos. El jurista afirma que los dos eran referidos al mismo problema: cumplimiento de los legados antes del inicio de la controversia (*autem si ante controversiam motam soluta sunt... et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt*). Además, en D. 12.6.2.1 el *rescriptum* adrianeo trata el mismo problema, como puede observarse al inicio del pasaje, donde, efectivamente, antes había sido pagado el legado y después fue considerado el testamento inoficioso (*si quid ex testamento solutum sit, quod postea... inofficiosum... apparuerit*). Por ello no vemos ninguna relación entre la disposición y el senadoconsulto "Juvenciano", porque este último no estableció que el poseedor demandado en la *querella* fuera considerado responsable de los bienes hereditarios enajenados después del inicio de la controversia, sino que concede a aquel que fue reconocido como heredero, la posibilidad de pretender con la petición de herencia el precio recibido de los poseedores que habían enajenado las cosas hereditarias (D. 5.3.20.6b). Además, si bien en vía interpretativa al §6c del *senatus consultum* Ulpiano en D. 5.3.25.7,<sup>95</sup> afirma la responsabilidad de los poseedores, también después de la *litis contestatio*, debemos notar que el presupuesto de la disposición del senado era la "pérdida dolosa de la posesión" y la jurisprudencia nunca consideró el cumplimiento de los legados como un ejemplo de tal tipo de pérdida.

En el caso en que los herederos designados como tales en un testamento inoficioso hubieran cumplido los legados, el querellante victorioso habría podido demandar a los legatarios con acciones útiles, si antes del inicio de la *querella* hubieran recibido los legados, como

<sup>95</sup> Sobre este punto reenvío a nuestra monografía, González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 203 ss.

afirmaba el rescripto de Adriano (y también el de Antonino Pío). En el caso en que esto hubiera sucedido después, en vía interpretativa se habría podido hacer lo mismo, como demuestra Ulpiano en D. 12.6.2.1 cuando se refiere nuevamente al rescripto sin distinguir si los legados fueron entregados antes o después del inicio de la *querella*.

En otro rescripto adrianeo viene tratada la posibilidad del heredero de demandar a los legatarios con acciones útiles para la restitución de aquello que se les había pagado, no por causa de un testamento inoficioso y falso como vimos anteriormente, sino por un testamento que era válido y que después por un nuevo *testamentum*, el anterior se convertía en *ruptum*. El dato se encuentra en Paulo, *libro tertio ad Sabinum* en D. 12.6.4:

*Idem divus Hadrianus rescripsit et si aliud testamentum proferatur.*

Lo mismo estableció con un rescripto el divino Adriano también si fue realizado otro testamento.

El presente texto se encuentra unido en la compilación justiniana a otro pasaje de Papiniano, *libro vicensimo octavo quaestionum*, en D. 12.6.3, en donde viene citado un rescripto de Antonino Pío que habría concedido al póstumo o al hijo que regresó de la tierra extranjera en donde se encontraba esclavizado acciones útiles en contra de aquellos que habrían recibido los legados;<sup>96</sup> por esto, el texto se debería interpretar en el sentido que Adriano había concedido acciones útiles en contra de los legatarios del testamento que se había convertido

<sup>96</sup> *Idem est et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit, veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat, vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obisse falso praesumpserat: nam útiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, imperator Titus Antoninus rescripsit, scilicet quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit.* (Sucede lo mismo si pagados los legados, una nueva causa y sin discusión privó de la herencia, por ejemplo, habiendo nacido un póstumo, que el heredero ignoraba que se encontraba en el claustro materno, o también habiendo regresado de los enemigos el hijo, que erróneamente había considerado que el padre había muerto, porque el emperador Tito Antonino respondió en un rescripto, que debían darse al póstumo, o al hijo que había vindicado la herencia, las acciones útiles contra los que percibieron el legado, ciertamente, porque el poseedor de buena fe se obliga por cuanto se hizo más rico y el riesgo de créditos de esta naturaleza no corresponderá al que pagó sin culpa).

en *ruptum* del mismo modo como había hecho el emperador posterior en otras situaciones en donde el testamento no habría podido producir efectos.

El problema que debemos afrontar en este momento es si los rescriptos adrianeos que hemos visto en el presente párrafo puedan ser considerados novedosos o si simplemente el príncipe habría explicado en tales *rescripta* la utilización de un remedio procesal que habría tenido aplicación en su tiempo (así como habría hecho también Antonino Pio). Varios autores<sup>97</sup> piensan que en el caso del testamento inoficioso el rescripto adrianeo fue novedoso, porque habría establecido la derogación de la regla de la irretroactividad de la sentencia de inoficiosidad. Según esta teoría, antes de Adriano el querellante victorioso no habría podido exigir los legados cumplidos ya que la sentencia de inoficiosidad no habría podido producir efectos rescisorios retroactivos; además, gracias a su rescripto, habría podido demandar a los legatarios con acciones útiles.

Según nuestra opinión, difícilmente puede ser aceptada la presente tesis porque, si antes de Adriano, el querellante victorioso no hubiera podido exigir los legados pagados antes de la *querella*, entonces no habría tenido sentido la existencia de la *cautio evicta hereditate legata reddi* que podía ser exigida por el heredero testamentario a los legatarios, inclusive antes de la *querella*;<sup>98</sup> además, la concesión de

<sup>97</sup> Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit. 451 ss. Tesis aceptada por N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, 118 ss. Fagnoli, *Rescripts actionem dandam sulla reperibilità del legato per damnationem*, cit., 261, afirma que no es posible demostrar la presente tesis.

<sup>98</sup> La presente *cautio* podía ser exigida por el heredero testamentario desde el momento en que el juicio de inoficiosidad se estaba efectuando, así como anteriormente recuerda Ulpiano, *libro septuagesimo nono ad edictum*, en D. 35.3.3.6: *si legatarius heredi, qui controversiam hereditatis patitur iam vel sperat, de restituendo legato sibi praestito caverit...* (Si el legatario le hubiera dado al heredero, que ya soporta cuestión sobre la herencia, o que la espera, caución de restituir el legado que se le entregó...). Ciertamente la presente *cautio* era usada sobre todo en los casos en donde la cosa que habría sido entregada al legatario hubiera pertenecido al heredero establecido en el testamento, pero podía ser exigida también cuando se pagaba con dinero de la herencia, así Paulo, *libro septuagesimo quinto ad edictum*, en D. 35.3.4.2, afirma que ciertos juristas creían que la *cautio* no era necesaria en tal caso (pudiéndose interpretar que otros hubieran pensado en modo diferente): *haec cautio utique necessaria est, si quis pecuniam suam solvat vel rem tradat: si vero pecuniam hereditariam solvat vel rem tradat, quidam non putant cavendum, quia nec teneri potest eo nomine victus, cum non possideat vel dolo fecerit, quo minus possideat...* (Esta caución es

acciones útiles no correspondían en el periodo adrianeo únicamente al testamento inoficioso, sino también al falso y al *ruptum*, casos en donde seguramente se habría podido pretender la restitución de los legados mucho antes de Adriano.

En conclusión no podemos afirmar que los rescriptos que vimos anteriormente hubieran concedido por la primera vez acciones útiles a favor del heredero en contra de los legatarios que hubieran recibido legados con base en un testamento inoficioso, falso o *ruptum*, porque, si bien no tenemos noticias sobre el remedio que se habría podido otorgar al heredero antes de Adriano, no creemos que la solución hubiera sido diferente (la *condictio indebiti* no habría podido corresponder por los motivos que vimos anteriormente). El rescripto adrianeo daba un parecer jurídico, que si bien correspondía a un caso específico, se habría podido aplicar también a otros casos futuros.<sup>99</sup> Visto que tal remedio procesal tenía aplicación en su tiempo, en el caso en que hubieran sido cumplidos los legados, el verdadero heredero habría podido pretenderlos de los legatarios con acciones útiles. Otra posibilidad habría sido que el verdadero heredero hubiera pretendido de la persona, que había cumplido los legados, la restitución de los mismos, en tal caso el que se encontraba obligado en el *testamentum* (si hubiera sido hecha la *cautio evicta hereditate legata reddi*) habría podido demandar a los legatarios con *l'actio ex stipulatu* para obtener

ciertamente necesaria, si alguno pagara con dinero propio, o entregase una cosa suya; pero si pagara con dinero de la herencia o entregase cosa de ésta, algunos no creen que se deba dar caución, porque tampoco puede quedar obligado por este título el vencido, no poseyendo, o no habiendo hecho con dolo de modo que no posea...). En referencia a la presente *cautio* ver O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Aalen, 1956, 537 ss.

<sup>99</sup> Efectivamente la utilización de una acción útil, así como se encuentra citada en el rescripto adrianeo era considerada no únicamente por Ulpiano en D. 5.2.8.16 y D. 12.6.2.1, sino también por Papiniano en D. 12.6.3 (texto que transcribimos en la nota 96) y en el libro sexto *responsorum*, en D. 29.1.36.2, en donde el jurista presenta el caso de un testamento *ruptum* que se volvió tal porque el militar que lo había elaborado ignoraba que su mujer se encontraba embarazada: *Miles in supremis ordinandis ignarus uxorem esse praegnatam ventris non habuit mentionem. post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit neque legata deberi. si qua vero medio tempore scriptus heres legata solvisset, utilibus actionibus filiae datis...* (Un militar que desconocía que su mujer estaba embarazada hizo su testamento sin hacer mención del nascituro, habiendo nacido una hija después de la muerte del padre, resultó el testamento roto y por ello que no se debieran los legados, pero si en el tiempo intermedio hubiera cumplido algunos legados el heredero instituido en el testamento, han de ser revocados por causa de este acontecimiento imprevisto mediante acciones útiles que habrá la hija...).

la restitución; pero, si no se hubiera diligentemente cautelado con la presente *cautio*, habría podido de todos modos demandar con una acción útil (como sería el caso de Ulpiano en D. 5.2.8.16).

Además, debemos subrayar que los rescriptos adrianeos eran referidos únicamente a los legados que habían sido pagados con el patrimonio hereditario, porque, como es notorio, también el testador habría podido otorgar en legado una cosa perteneciente al mismo heredero, por ejemplo, en el caso del legado *sinendi modo*, resultando impensable que después que hubiera sido determinada la ineficacia del testamento, el verdadero heredero (y no el que lo hubiera cumplido) habría podido demandar con una acción útil en contra del legatario cuando la cosa legada no hubiera pertenecido a la herencia.<sup>100</sup>

#### VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Después del análisis efectuado de las disposiciones normativas de edad adrianea en materia de testamento, podemos llegar a varias conclusiones. Según nuestra opinión, Adriano fue un príncipe que, dándose cuenta que ciertos requisitos formales existentes en su tiempo para hacer testamento se habían convertido en inútiles, trató de eliminarlos para favorecer la libertad de testar. Así, si bien la necesidad de la *coemptio* para que una mujer pudiera realizar testamento tenía una función específica (asegurarle la total libertad de disponer de sus bienes para después de su muerte), en edad adrianea se había convertido en un requisito formal sin utilidad práctica. El *princeps*, reconociendo tal situación, formula la propuesta en el senado y hace eliminar el requisito de la *coemptio*, concediendo a las mujeres una amplia facultad de disponer de sus propios bienes (Gayo 1.115 a y 2.112).

Como es notorio, la falta de requisitos formales para la realización de un testamento habría podido causar la invalidez del acto por parte del derecho civil, sin embargo, Adriano, con base en su *liberalitas*, acepta una menor rigidez en la forma para evitar que la voluntad del *de cuius* quedase sin efecto; de este modo consideró el testamento

válido aunque uno de los testigos fuera un esclavo. Tal criterio fue seguido por sus sucesores (Inst. 2.10.7 e C. 6.23.1).

Otra prueba de la intención del príncipe de proteger la voluntad del *de cuius* y evitar que los testamentos redactados con diligencia fueran considerados inválidos es representada por el senadoconsulto aprobada gracias a su iniciativa, en donde sería considerado válido el testamento de un *pater* que hubiera nombrado heredero el hijo peregrino que creía ciudadano una vez demostrada la causa del error (Gayo 2.143).

Adriano, con base en consideraciones de equidad, establece criterios novedosos y abandona una interpretación rigurosa del *ius civile*, como es el caso del testamento de una madre que, creyendo muerto el hijo militar, había nombrado a otra persona heredera. La decisión del príncipe no encuentra precedentes, sustituyendo el nombre del heredero, declarando válidas las otras disposiciones testamentarias y sanando el error de evaluación de la testadora (D. 5.2.28).

En lo que respecta al testamento del militar, el príncipe extiende a los veteranos, todavía bajo la potestad del *pater*, la posibilidad de efectuarlo limitándolo a su peculio, del mismo modo como sucedía a aquellos que se encontraban en servicio (Inst. 2.12 pr.) y confirma el criterio de su validez después de una condena (D. 28.3.6.6). Parecería existir la tendencia de incorporar a la materia militar, principios existentes en el derecho común, por ejemplo, cuando el militar se había suicidado antes de la condena, sus bienes serían confiscados como sucedía en el caso del ciudadano común "*paganus*" (D. 28.3.6.7); la situación sería diferente en el caso en que el suicidio hubiera sido efectuado por otros motivos (D. 48.21.3.5). Otro dato que podría demostrar tal tendencia parece ser la aplicación, también a los militares, de la prohibición de conceder un beneficio económico, con base en un testamento, a las mujeres susceptibles de ser consideradas en alguna torpeza de carácter moral (D. 29.1.41.1).

En referencia a las disposiciones testamentarias, el príncipe había interpretado la voluntad del *de cuius* en modo de no causar un gasto demasiado fuerte al heredero al que había sido dirigida una determinada petición (D. 11.7.37.1): así, si el testador hubiera solicitado la construcción de un *monumentum sepulchri*, considerándola entre los gastos del funeral, habría soportado una disminución de su cuota hereditaria, no únicamente el heredero, al cual había sido dirigida la

<sup>100</sup> Respecto al tipo de legado tratado en el rescripto adrianeo ver M. Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, Köln-Weimar-Wien, 1998, 311.



disposición, sino también a los otros (a diferencia de los elementos suntuosos como sería el caso de los pórticos). Adriano decide en un rescripto (D. 40.7.20.4) el problema que se había presentado por la imposibilidad de cumplir una condición, en el caso en que hubiera muerto el heredero, que con base en un testamento habría debido recibir una cantidad de dinero por parte del esclavo liberado, disponiendo que tal cantidad habría correspondido al heredero del heredero. Un rescripto que podría ser considerado novedoso (D. 49.17.13, 16 pr.) es aquel que habría reconocido al *filius familias* militar el privilegio de incluir en su peculio la herencia de la mujer, que lo había designado en el testamento.

Respecto al testamento ineficaz Adriano hizo varios rescriptos: en el caso del testamento inoficioso, falso y *ruptum*, viene admitida la posibilidad que el verdadero heredero pueda ejercitar acciones útiles en contra de los legatarios que habrían recibido los legados con base en tal tipo de *testamentum* (D. 5.2.8.16, D. 12.6.2.1 e 4).

## ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A LOS DELITOS AMBIENTALES PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Alfredo HARO GOÑI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Capítulo I. De las actividades tecnológicas y peligrosas*. III. *Capítulo II. De la biodiversidad*. IV. *Capítulo III. De la bioseguridad*. V. *Capítulo IV. Delitos contra la gestión ambiental*. VI. *Capítulo V. Disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente*. VII. *Capítulo V. Disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente*.

### I. INTRODUCCIÓN

La protección al medio ambiente tiene su fundamento constitucional en los artículos 4, 25, 73, fracción XXIX-G y este último numeral es el que otorga competencia al Congreso de la Unión para legislar en materia ambiental.

Los delitos ambientales aparecen por primera vez en la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LEPA), el 28 de enero de 1988; sin embargo, los tipos penales contenidos en dicha ley fueron derogados por la aparición del título Vigésimo Quinto en el Código Penal Federal (CPF) el 13 de diciembre de 1996, todo lo cual indica que los delitos ambientales tienen una corta vida en nuestro país, con apenas 23 años de existencia desde su concepción en 1988.

### II. CAPÍTULO I. DE LAS ACTIVIDADES TECNOLÓGICAS Y PELIGROSAS

El primer capítulo del Título en comento, versa sobre actividades tecnológicas y peligrosas; contiene los artículos 414 a 416.

## 1. Artículo 414. Actividades con sustancias peligrosas

El señalado reza al tenor literal siguiente:

Artículo 414. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que ilícitamente, o sin aplicar medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga, o realice cualquier otra actividad de sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o autorice, que cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente.

La misma pena se aplicará a quien ilícitamente realice las conductas con las sustancias enunciadas en el párrafo anterior, o con sustancias agotadoras de la capa de ozono y cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

En el caso de que las actividades a que se refieren los párrafos anteriores, se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa, a excepción de las actividades realizadas con sustancias agotadoras de la capa de ozono.

Cuando las conductas a las que se hace referencia en los párrafos primero y segundo de este artículo, se lleven a cabo en zonas urbanas con aceites gastados o sustancias agotadoras de la capa de ozono en cantidades que no excedan 200 litros, o con residuos considerados peligrosos por sus características biológico-infecciosas, se aplicará hasta la mitad de la pena prevista en este artículo, salvo que se trate de conductas repetidas con cantidades menores a las señaladas cuando superen dicha cantidad.

### A. 414, primer párrafo

Nos encontramos ante un tipo común puesto que cualquier persona puede actualizar el supuesto normativo. La conducta debe ser realizada, en contravención a la ley (ilícitamente) o sin aplicar medidas de prevención o seguridad, pues de aplicarse tales medidas o no contraviniendo la ley, la conducta es atípica. Tomando en consideración lo señalado, *primero*, no resulta lógico que la realización de dichas conductas pueda ser legal si se causa daño a los elementos señalados y sin embargo, no existe precepto legal alguno que expresamente lo prohíba, salvo el presente tipo penal, y *segundo*, no existe precepto

legal alguno para determinar, limitativa o enunciativamente, cuáles son las medidas de prevención o de seguridad en materia de residuos peligrosos, lo que resulta violatorio del *principio de legalidad* al dejar al buen juicio de la autoridad si las medidas que tomó el inculpado son efectivamente medidas de prevención o de seguridad. Así las cosas, será imposible acreditar tales elementos y en consecuencia sancionar la conducta que se comenta.

Ulteriormente, la ilegalidad o la ausencia de aplicación de medidas de prevención o seguridad debe afectar la producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga o *realización de cualquier otra actividad* con alguna sustancia peligrosa, volviendo así inútil el listado de los verbos rectores del tipo en comento, toda vez que "cualquier actividad" abarca todas las modalidades señaladas con anterioridad y dejando en estado de indefensión a cualquier persona por no delimitar la conducta, conculcando el *principio de taxatividad*.

Ahora bien, la actividad realizada debe recaer sobre una sustancia peligrosa, y será peligrosa cualquier sustancia que tenga cualquiera de las siguientes características: corrosiva, reactiva, explosiva, tóxica, inflamable, radioactiva u otras análogas. Para conocer el alcance de dichas características es necesario acudir a la Norma Oficial Mexicana NOM-052-Semarnat-2005, misma que en su numeral 7 define cada una de dichas características. Lo dicho hace evidente que nos encontramos ante una norma penal en blanco que deviene inconstitucional por ser contraria al *principio de reserva exclusiva de ley*, toda vez que para conocer los elementos del tipo penal en estudio, debemos acudir a una norma que no es ley, formalmente hablando como es la Norma Oficial Mexicana en comento.

Es innecesario haber señalado que se sancionará al que ordene o autorice las modalidades comisivas contenidas en el artículo en comento pues el artículo 13 del CPF establece las formas de autoría y participación, reglas que deben aplicarse invariablemente. Así, la redacción utilizada por el precepto en estudio únicamente genera confusión sin aportar cosa alguna.

Las modalidades señaladas, al realizarse con sustancias peligrosas, deben causar un daño a: los recursos naturales, la flora, la fauna, los ecosistemas, la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente. Es evidente que nos encontramos ante un delito de resultado que ad-

mite las formas imperfectas de ejecución como la tentativa; también admite la comisión culposa, por estar previsto en el catálogo del artículo 60 del CPF.

Por lo que hace a los objetos sobre los que debe recaer el daño (recursos naturales, flora, fauna, ecosistemas, calidad del agua, suelo, subsuelo y ambiente), las definiciones de ellos se encuentran en el artículo 3 de la LEPA, con excepción de los conceptos de calidad de agua, suelo y subsuelo, con relación a los cuales se habrá de recurrir al *Diccionario de la Real Academia Española* (DRAE) para conocer su significado. El daño implica un deterioro en alguno o algunos de los elementos, características o propiedades que conforman tales conceptos, así para efectos de claridad, según la LEPA, un recurso natural es un elemento natural susceptible de ser aprovechado en beneficio del hombre; el daño a un recurso natural implica un deterioro a tal elemento natural de suerte que dificulte su aprovechamiento por el hombre o lo impida.

#### B. 414, segundo párrafo

El segundo párrafo del artículo 414 del CPF, sanciona con la misma pena (prisión de uno a nueve años y multa de trescientos a tres mil días multa), a quien ilícitamente realice las conductas con las sustancias señaladas en el primer párrafo o con sustancias agotadoras de la capa de ozono y cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente. Éste segundo párrafo es violatorio del *principio de proporcionalidad*, toda vez que aplica la misma pena a conductas que “causen un riesgo” sin necesidad de ocasionar un “daño”, extremo este último que sí exige el primer párrafo.

Adicionalmente, al hablar de sustancias agotadoras de la capa de ozono nos encontramos ante una norma penal en blanco que nos obliga remitirnos a un tratado internacional, el Protocolo de Montreal, en el que se señalan cuáles son dichas sustancias; en este orden de ideas también se viola el *principio de reserva exclusiva* de ley en virtud de que únicamente es necesaria su celebración por el Ejecutivo Federal y su ratificación por el Senado, en consecuencia no es ley formalmente hablando aunque lo sea materialmente.

#### C. 414, tercer párrafo

El párrafo tercero del numeral 414 en comento, establece una agravante de responsabilidad al señalar que las penas señaladas para las conductas de los párrafos anteriores (1 a 9 años y 300 a 3 000 días multa) se incrementarán hasta en 3 años y hasta en 1 000 días multa si se realizan en alguna área natural protegida; sin embargo, se establece que dicha agravante no aplicará para las conductas realizadas con sustancias agotadoras de la capa de ozono aun cuando dichas conductas se lleven a cabo en tales áreas naturales protegidas. Las áreas naturales protegidas son aquellas en donde los ambientes originales no han sido significativamente alterados por la actividad del ser humano o que requieren ser preservadas y restauradas y están sujetas al régimen previsto en la LEPA, así lo establece el artículo 3-II de dicha ley. Si bien podría pensarse que el término “significativamente” es violatorio del *principio de taxatividad* pues no existe un criterio objetivo para determinar cuán significativa es o no es, la alteración al ambiente, el criterio objetivo para saber si nos encontramos en un área natural protegida es la declaratoria respectiva establecida por decreto en la que se señala que cierto territorio es un área natural protegida. No obstante lo anterior, se vuelve reiterada la violación al *principio de proporcionalidad* toda vez que la agravante se establece nuevamente en la misma medida para una modalidad de resultado (párrafo primero) y para una modalidad de peligro (segundo párrafo).

#### D. 414, cuarto párrafo

Finalmente, el último párrafo del precepto en estudio establece una atenuante de responsabilidad al establecer que únicamente se aplicará hasta la mitad de la pena señalada (6 meses a 4 años y 6 meses y de 150 a 1 500 días multa), siempre que: 1) las conductas se realicen en zonas urbanas, 2) con aceites gastados, sustancias agotadoras de la capa de ozono o sustancias peligrosas por sus características biológico-infecciosas, y 3) en cualquiera de los casos no se exceda de 200 litros de dichas sustancias; se establece como excepción de la atenuante el caso consistente en que la conducta se realice varias veces dentro de los límites marcado pero que en conjunto se acumulen más de 200 litros de tales sustancias. Considero que la atenuante en

comento aplicaría por analogía (*in bonam partem*) también para las demás sustancias peligrosas pues no hay razón alguna para aplicarla únicamente a aquellas sustancias biológico-infecciosas y no a las sustancias explosivas, por ejemplo.

## 2. Artículo 415. Contaminación atmosférica con contaminantes y diversos tipos de energía

El artículo sobre el que versa el presente subapartado, señala lo siguiente:

“Artículo 415. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien sin aplicar las medidas de prevención o seguridad:

I. Emita, despida, descargue en la atmósfera, o autorice u ordene, gases, humos, polvos o contaminantes que ocasionen daños a los recursos naturales, fauna, flora, ecosistemas o al ambiente, siempre que dichas emisiones provengan de fuentes fijas de competencia federal, conforme a lo previsto en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; o  
II. Genere emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica, provenientes de fuentes emisoras de competencia federal conforme al ordenamiento señalado en la fracción anterior, que ocasionen daños a los recursos naturales, la flora, fauna, ecosistemas o al ambiente.

Las mismas penas se aplicarán a quien ilícitamente lleve a cabo las actividades descritas en las fracciones anteriores, que ocasionen un riesgo a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas o al ambiente.

En el caso de que las actividades a que se refiere el presente artículo se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa”.

### A. 415, fracción primera

Vale la pena decir nuevamente que no existe precepto legal alguno que señale de manera enunciativa o limitativa, cuáles son las medidas de prevención o seguridad en materia de contaminación atmosférica; sin embargo, podrían desprenderse algunas de dichas medidas del artículo 17 del Reglamento de la LEPA (RLEPA) en Materia de Prevención y Control de Contaminación de la Atmósfera (RLEPAPCCA). No obstante lo anterior, aun cuando dicho precepto efectivamente esta-

blezca tales medidas, no podemos completar el tipo penal en comento con un precepto perteneciente a un reglamento, so pena de violar el *principio de reserva exclusiva* de ley, de ahí que no exista criterio objetivo para determinar cuáles son tales medidas, lo que vulnera el *principio de taxatividad*.

La conducta prohibida consiste en emitir, despedir o descargar en la atmósfera, gases, humos, polvos o contaminantes que ocasionen daños a los elementos señalados. Emitir, significa en términos del artículo 3o. de la LEPA, “liberación al ambiente de toda sustancia, en cualquiera de sus estados físicos o cualquier tipo de energía, proveniente de una fuente”; despedir, por su parte, quiere decir “difundir o esparcir”; descargar, es “quitar o aliviar la carga”; como puede observarse la idea es sancionar cualquier conducta que consista en arrojar contaminantes a la atmósfera. La atmósfera es “la capa de aire que rodea a la Tierra”.

Las sustancias que deben de arrojarse a la atmósfera deben ser humos, polvos o contaminantes; los dos primeros elementos son descriptivos y el último es normativo por encontrarse definido en el artículo 3o. de la LEPA. Humo es una “mezcla visible de gases producida por la combustión de una sustancia, generalmente compuesta de carbono, y que arrastra partículas en suspensión”; gas, quiere decir “fluido que tiende a expandirse indefinidamente y que se caracteriza por su pequeña densidad, como el aire”; contaminante, significa en términos del artículo 3o. de la LEPA, “toda materia o energía en cualesquiera de sus estados físicos y formas, que al incorporarse o actuar en la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier elemento natural, altere o modifique su composición o condición natural”, como puede observarse, si el humo o el gas han de causar daños a los elementos que señala el tipo penal (recursos naturales, fauna, flora, etc.) serán necesariamente contaminantes pues de lo contrario no alterarían o modificarían su composición o condición natural. De lo dicho se desprende que era suficiente hablar de contaminantes sin hacer un listado innecesario de sustancias que pueden arrojarse a la atmósfera pues sólo generan confusión.

El daño que debe causarse a los recursos naturales, fauna, flora, ecosistemas o al ambiente ha de entenderse en el sentido expuesto al hablar del artículo 414, de igual manera que para conocer el alcance de dichos términos.

Reitero que era innecesario haber señalado que se sancionará al que ordene o autorice las modalidades comisivas contenidas en el artículo en comento pues el artículo 13 del CPF establece las formas de autoría y participación, reglas que deben aplicarse invariablemente.

Ahora bien, la emisión de contaminantes para efectos de la fracción en estudio debe originarse en fuentes fijas de competencia federal. La LEPA, en su artículo 111 bis, establece que se consideran fuentes fijas de jurisdicción federal "las industrias química, del petróleo y petroquímica, de pinturas y tintas, automotriz, de celulosa y papel, metalúrgica, del vidrio, de generación de energía eléctrica, del asbesto, cementera y calera y de tratamiento de residuos peligrosos, sin embargo, para conocer los subsectores específicos de tales industrias es necesario remitirnos al RLEPAPCCA, en su artículo 17 bis y dicha remisión es violatoria del *principio de reserva exclusiva de ley*.

#### B. 415, fracción segunda

En relación con las medidas de prevención o seguridad se tiene por reproducido lo dicho en las páginas anteriores para evitar repeticiones innecesarias.

La conducta consiste en generar emisiones, esto es, liberar energía al ambiente proveniente de una fuente; será irrelevante si es una sola emisión o más de una pues si con una sola emisión se causan daños a los elementos señalados (recursos naturales, flora, fauna, etc.), se tendrá por actualizado el tipo penal que se estudia. Ahora bien, dicha energía deberá consistir en ruido, que es "sonido inarticulado, por lo general desagradable", lo que no es otra cosas que energía sonora o acústica; vibraciones, que significa, "movimiento vibratorio o doble oscilación de las moléculas o del cuerpo vibrante", lo que no es más que energía cinética; térmica, llamada calor en palabras llanas o lumínica que es la luz.

La liberación de dichas formas de energía debe originarse en fuentes emisoras de competencia federal; sin embargo, cabe aclarar que las fuentes emisoras pueden ser fijas o móviles. Las fuentes fijas de jurisdicción federal ya fueron señaladas con anterioridad y al ser definidas en un reglamento vulneran el principio de reserva exclusiva

de ley; las fuente móviles de jurisdicción federal no están definidas en precepto legal alguno por lo que adicionalmente en este caso, se conculca el *principio de taxatividad*.

Las emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica deben causar un daño a los recursos naturales, a la flora, fauna, ecosistemas o al ambiente; no obstante lo anterior, no existen criterios objetivos que establezcan con qué grado o cantidad de emisiones se causa daño a dichos elementos. Existen Normas Oficiales Mexicanas y Normas Mexicanas que establecen los límites máximos permitidos para la emisión de ruido de motocicletas, vehículos automotores, triciclos motorizados e incluso aviones sub y supersónicos pero no por el hecho de exceder tales límites implica que se cause un daño a los elementos multicitados (ecosistemas, fauna, flora, etc.). Adicionalmente, no existen tales lineamientos en relación con vibraciones, energía térmica o lumínica. Por lo anterior es evidente que se vulnera el *principio de taxatividad* para determinar a partir de qué niveles o límites se causa daño a tales elementos.

#### C. 415, penúltimo párrafo

El penúltimo párrafo del artículo en comento señala que se aplicarán las mismas penas a quien realice ilícitamente las mismas conductas provocando un "riesgo" a los recursos naturales, flora, fauna, ecosistemas o al ambiente. Nótese como la modalidad requerida en este párrafo es "ilícitamente", esto es, en contravención a lo que dispone la ley. Pareciera que podría ser legal la realización de las conductas previstas aun cuando se pongan en riesgo a los elementos señalados, situación que es a todas luces absurda pues si se pone en riesgo a dichos elementos la conducta siempre será ilícita, sin embargo, no existe precepto legal alguno que de manera expresa permita dañar o poner en riesgo a los elementos multicitados (fauna, flora, etc.), razón por la que nunca se podrá acreditar la ilicitud de la conducta, pues no hay forma de saber objetivamente cuándo es legal. Ahora bien, se comete la misma violación al *principio de proporcionalidad* que la cometida en el artículo 414, toda vez que se impone la misma pena a una conducta que produce un daño efectivo y a una conducta que únicamente ocasiona un riesgo.

#### D. 415, penúltimo párrafo

El último párrafo establece una agravante que adolece del mismo vicio que el artículo 414 al establecer la misma agravante. Las penas se aumentan hasta en tres años y hasta en 1 000 días multa si las conductas se cometen en un área natural protegida; me remito al comentario hecho en el artículo 414 en la parte conducente para evitar ser repetitivo, valga la pena señalar únicamente que es reiterada la violación al *principio de proporcionalidad* toda vez que la agravante se establece nuevamente en la misma medida para una modalidad de resultado (fracciones I y II) y para una modalidad de peligro (penúltimo párrafo).

### 3. Artículo 416. Contaminación de aguas

El último artículo del capítulo en comento es el 416, mismo que señala textualmente:

Artículo 416. Se impondrá una pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que ilícitamente descargue, deposite, o infiltre, lo autorice u ordene, aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desechos o contaminantes en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua de competencia federal, que cause un riesgo de daño o dañe a los recursos naturales, a la flora, fauna, calidad del agua, ecosistemas o al ambiente.

Cuando se trate de aguas que se encuentren depositadas, fluyan en o hacia un área natural protegida, la prisión se elevará hasta tres años más y la pena económica hasta mil días multa.

#### A. 416, primer párrafo

La pena es la misma que se establece para los artículos anteriores. Las conductas sancionadas son: descargar, que significa en términos del artículo 3o. de la Ley de Aguas Nacionales (LAN), “verter, infiltrar, depositar o inyectar aguas residuales a un cuerpo receptor”; depositar, es “poner, dejar, colocar” e infiltrar, quiere decir “introducir suavemente un líquido entre los poros de un sólido”. Ahora bien, un cuerpo receptor es en términos del mismo numeral de la LAN, “la corriente o depósito natural de agua, presas, cauces, zonas marinas o

bienes nacionales donde se descargan aguas residuales, así como los terrenos en donde se infiltran o inyectan dichas aguas, cuando puedan contaminar los suelos, subsuelo o los acuíferos”.

Por lo que hace a que las conductas sean autorizadas u ordenadas, esto ya fue abordado con anterioridad. Es irrelevante y sólo causa confusión.

Las sustancias sobre las que debe versar la conducta son: 1) aguas residuales, que en términos del artículo 3o. de LAN son “las aguas de composición variada provenientes de las descargas de usos público urbano, doméstico, industrial, comercial, de servicios, agrícolas, pecuario, de las plantas de tratamiento y en general, de cualquier uso, así como la mezcla de ellas” y a raíz de tal definición uno se preguntaría si ¿hacer pipí en un río cuando uno va de campamento es descargar agua residual procedente de “cualquier uso”? ¿Ya con eso se actualiza el tipo penal? ¿O si el agua proviene de actividades “agroindustriales” cae en uso industrial, agrícola o en ninguna? ¿No sería violatoria la fórmula “de cualquier uso” del *principio de taxatividad*? Adicionalmente, para saber cuál es el “uso de servicios” es necesario acudir al Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales (RLAN) y tal situación resulta contraria al *principio de reserva exclusiva de ley*, 2) líquidos químicos o bioquímicos, términos que en atención al DRAE, los primeros son aquellos que por su composición atómica sirven para conocer la estructura y propiedades de la materia y éstos los que en atención a la composición atómica sirven para conocer la estructura y funciones de los seres vivos; entonces, el ejemplo del niño que hace pipí en un río estando de campamento, ¿cae aquí o en el concepto anterior de aguas residuales? 3) desechos, que son “desperdicios, residuos, basura” y 4) contaminantes que ya fueron definidos con anterioridad tomando en consideración la definición que establece la LEPA.

Es importante señalar que si un contaminante siempre altera o modifica la composición o condición natural de la atmósfera, agua, suelo, flora, fauna o cualquier elemento natural, entonces era irrelevante hacer el listado de aguas residuales, líquidos químicos y bioquímicos y desechos, toda vez que si posteriormente el tipo requiere que dichas sustancias pongan en riesgo de daño o dañen los elementos naturales señalados, siempre serán contaminantes pues para ponerlos en riesgo o dañarlos será necesario alterar o modificar su composición o condición natural.

Ahora, las sustancias que se exploraron en el párrafo previo al anterior, deben depositarse en: 1) suelo, que es “superficie de la Tierra”; 2) subsuelo, que significa “terreno que está debajo de la capa labrantía o laborable o en general debajo de una capa de tierra”; 3) aguas marinas son, según la LAN en su artículo 3o., aquellas que se encuentra en las zonas marinas y para conocer lo que abarcan éstas es necesario acudir al artículo 3o. de la Ley Federal del Mar (LFM); un punto interesante es que este último numeral de la LFM nos remite en su última fracción a los tratados internacionales para señalar los demás casos en que se consideran como marinas ciertas zonas, en este caso se viola nuevamente el *principio de reserva exclusiva de ley*; 4) ríos, son, según el artículo 3o. de la LAN, la “corriente de agua natural, perenne o intermitente, que desemboca a otras corrientes, o a un embalse natural o artificial, o al mar”, de conformidad con esta definición si la corriente de agua es artificial entonces no será un río para efectos de este tipo penal; 5) cuenca, que de igual forma es definida por el artículo 3o. de la LAN y quiere decir “la unidad de territorio, diferenciada de otras unidades, normalmente delimitada por un parte aguas o divisoria de aguas –aquella línea poligonal formada por los puntos de mayor elevación en dicha unidad–, en donde ocurre el agua en distintas formas, y ésta se almacena o fluye hasta un punto de salida que puede ser el mar u otro cuerpo receptor interior, a través de una red hidrográfica de cauces que convergen en uno principal, o bien el territorio en donde las aguas forman una unidad autónoma o diferenciada de otras, aun sin que desemboquen en el mar”, esta definición implica una extensión territorial que puede no estar llena de agua y en este sentido el depósito de las sustancias señaladas tendría que ser necesariamente en un suelo o subsuelo, razón por la que estas palabras sobran en el tipo penal que se comenta; 6) vasos, son según el artículo 3o. de la LAN, “el depósito natural de aguas nacionales delimitado por la cota de la creciente máxima ordinaria”; 7) demás depósitos o corrientes de agua de competencia federal, aquí la ley no distingue si son depósitos o corrientes naturales o artificiales y para encontrar un poco de luz en este sentido considero que deberemos remitirnos al párrafo 5o. del artículo 27 constitucional a efecto de determinar cuáles son dichas aguas de competencia federal; en este sentido ¿qué pasaría si se vierte alguna sustancia contaminante en una presa que además utiliza la CFE para generar energía eléctrica? ¿Aun cuando

dicha presa sea considerada un bien nacional, el agua de la presa debe considerarse de competencia federal si no tiene cabida en ninguno de los supuestos que marca el párrafo 5o. anteriormente señalado?

La descarga de las sustancias señaladas en los lugares explorados en el párrafo anterior, debe causar *un riesgo de daño o un daño* a los recursos naturales, flora, fauna, calidad del agua, ecosistemas o al ambiente. Lo anterior resulta contrario al *principio de proporcionalidad* pues no puede sancionarse igual una conducta que genere peligro que una que genere un daño efectivo. Los conceptos de los objetos que deben ser puestos en riesgo o dañados ya fueron abordados con anterioridad.

#### B. 416, segundo párrafo

Finalmente, existe una agravante en el último párrafo del precepto analizado que incrementa las penas hasta 3 años y hasta 1 000 días multa si las aguas que se contaminan o se ponen en riesgo de contaminación se encuentran depositadas, fluyen en o hacia un área natural protegida. Nuevamente se vulnera el principio de proporcionalidad por incrementar la pena para ambas modalidades (peligro y resultado) en la misma medida. Es importante señalar que el legislador olvidó que en este artículo, las sustancias pueden descargarse no sólo en aguas sino también en el suelo o subsuelo, pero no contempló dicha hipótesis como agravante para el caso de que la descarga de las sustancias contaminantes se dé en un suelo o subsuelo de un área natural protegida.

### III. CAPÍTULO II. DE LA BIODIVERSIDAD

El capítulo segundo del título vigesimoquinto se titula como ha quedado señalado y abarca los artículos 417 a 420 bis.

#### 1. Artículo 417. Propagación de contagio a flora o fauna silvestre

El artículo en análisis, señala textualmente:

Artículo 417. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que introduzca a territorio nacional o trafique



con recursos forestales, flora, fauna silvestre viva o muerta, sus productos o derivados, que porten, padezcan o hayan padecido, según corresponda alguna enfermedad contagiosa, que ocasione o pueda ocasionar su diseminación o propagación o el contagio a la flora, fauna, recursos forestales o a los ecosistemas.

Nótese como el legislador sigue con la misma pena contemplada para los delitos relativos a las actividades tecnológicas y peligrosas.

La conducta sancionada consiste en introducir al territorio nacional o traficar con los elementos señalados. Introducir, es “meter o hacer entrar algo en otra cosa; entrar en un lugar”; el territorio nacional es definido por el artículo 42 de nuestra Constitución; traficar, quiere decir “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías”.

Estas conductas deben recaer sobre los siguientes elementos: 1) recursos forestales, que en términos del numeral 7 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (LDFS), son “la vegetación de los ecosistemas forestales, sus servicios, productos y residuos, así como los suelos de los terrenos forestales y preferentemente forestales”, y de esta definición los ecosistemas forestales, sus servicios, terrenos forestales y preferentemente forestales están definidos en el mismo numeral; por lo que hace a productos y residuos debemos acudir al DRAE para conocer su significado, esto es, producto, es “cosa producida” y residuo, significa “parte o porción que queda de un todo; aquello que resulta de la descomposición o destrucción de algo”; 2) flora y fauna silvestres, están definidos en el artículo 3 de la LEPA y ésta puede estar con vida o sin vida; 3) productos de la flora y fauna silvestres, que no es más que aquellas cosas producidas de la flora y fauna silvestre (crías de los animales, semillas de las plantas, etc.) y 4) derivados de la flora y fauna silvestres, que son “productos que se obtienen de otro” de la flora y fauna silvestres (leche, queso, aceites, etcétera).

Para que el delito se cometa no sólo es necesario introducir o traficar en el territorio nacional con los objetos señalados en el párrafo anterior, también se requiere que dichos elementos porten, padezcan o hayan padecido, alguna enfermedad contagiosa que ocasione o pueda ocasionar su diseminación o propagación o el contagio de flora, fauna, recursos forestales o de los ecosistemas. Al no señalar la ley lo que se entiende por enfermedad contagiosa debemos considerarlo como

un elemento descriptivo y acudir al diccionario para poder establecer su alcance; “enfermedad contagiosa” es entonces una alteración de la salud que se pega y comunica por contacto inmediato o mediato. En este orden de ideas, los elementos señalados en el párrafo anterior no tienen que tener en ese momento la enfermedad pues pueden haberse curado o haber muerto a causa de la enfermedad o por otra causa; sin embargo, el punto fundamental es que aun muertos, ocasionen o puedan ocasionar la diseminación, que es la “acción y efecto de esparcir”, o propagación, que es la “acción y efecto de hacer que algo se extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce”, de dicha enfermedad a la fauna, flora, recursos forestales o los ecosistemas, elementos que ya han sido definidos con anterioridad.

Es muy importante señalar que se sanciona con igual pena el ocasionar la diseminación o propagación que la posibilidad de que dicha diseminación o propagación ocurra, lo cual vulnera el *principio de proporcionalidad* al imponer la misma pena a una conducta de resultado que a una de peligro.

Es importante cuestionarse si la diseminación o propagación implica la transmisión de la enfermedad a un elemento o si requiere que sean dos o más transmisiones para que entonces se considere propagada o diseminada la enfermedad, esto claro está, en la modalidad de resultado.

## 2. Artículo 418. Destrucción de vegetación

El segundo artículo del capítulo en comento es el artículo 418, mismo que reza textualmente:

Artículo 418. Se impondrá pena de seis meses a nueve años de prisión y por el equivalente de cien a tres mil días multa, siempre que dichas actividades no se realicen en zonas urbanas, al que ilícitamente:

- I. Desmante o destruya la vegetación natural;
- II. Corte, arranque, derribe o tale algún o algunos árboles; o
- III. Cambie el uso del suelo forestal.

La pena de prisión deberá aumentarse hasta en tres años más y la pena económica hasta en mil días multa, para el caso en que las conductas referidas en las fracciones del primer párrafo del presente artículo afecten un área natural protegida.

Pues bien, lo primero que hay que aclarar es que, de conformidad con la redacción del tipo penal en comento, si tales conductas se realizan, aun ilícitamente, en una zona urbana, no se cometerá el tipo penal en comento; situación que es por demás desafortunada y consecuencia de la mala redacción del tipo penal que se comenta.

Ilícitamente quiere decir que las conductas señaladas se realicen en contra de la ley. En este orden de ideas, la LDFS no prevé el "desmontamiento o destrucción de la vegetación natural", tan sólo el aprovechamiento de recursos forestales no maderables; sin embargo, el que destruye no aprovecha y el que desmonta puede o no aprovechar dichos recursos forestales no maderables. De lo anterior se colige que, en lo tocante al desmontamiento o destrucción de la vegetación natural nunca podrá afirmarse el carácter ilícito de tal actividad en virtud de que la ley no lo regula y en el supuesto de que se desmonte vegetación natural para su aprovechamiento, caso en el que se requiere un aviso a la Semarnat en términos del artículo 97 de la LDFS, bastará para efectos de la defensa, que dicha vegetación se destruya, pues tal actividad no está señalada como ilícita y tampoco establece la ley la necesidad de permisos, autorizaciones, etc., para tal efecto.

Por lo que hace a la actividad consistente en "corte, arranque, derribe o talle algún o algunos árboles", esta actividad es subsumible dentro del aprovechamiento de recursos forestales maderables que por regla general requieren de una autorización de la Semarnat en términos de los artículos 58 y 73 de la LDFS, de ahí que si no se cuenta con tal autorización, se realizará la actividad señalada de manera ilícita.

Finalmente, por lo que hace al "cambio de uso de suelo forestal", éste requiere también de autorización de la Semarnat en términos de los artículos 58 y 117 de la LDFS, por lo que, en ausencia de dicha autorización, la actividad se realizará ilícitamente.

#### *A. 418, fracción primera*

Habiendo analizado lo que implica el término "ilícitamente" en el tipo penal en comento, debemos analizar en que consiste cada una de las actividades que se prohíben en el mismo.

La primera fracción (desmonte o destruya la vegetación natural), al estar constituida por elementos descriptivos debemos entenderla

como: desunir, separar, reducir a pedazos o cenizas u ocasionar un grave daño a la vegetación natural y por ésta debemos entender el conjunto de vegetales propios de un lugar o región, o existentes en un terreno determinado. Nótese como el término vegetación natural es en esencia idéntico al término vegetación forestal, que en términos del artículo 7 de la LDFS, quiere decir, conjunto de plantas y hongos que crecen y se desarrollan en forma natural, formando bosques, selvas, zonas áridas y semiáridas, y otros ecosistemas, dando lugar al desarrollo y convivencia equilibrada de otros recursos y procesos naturales.

#### *B. 418, fracción segunda*

Por lo que a la segunda fracción respecta (corte, arranque, derribe o talle algún o algunos árboles), es necesario decir que cortar, significa dividir algo o separar sus partes con algún instrumento cortante, en este caso, al menos un árbol; arrancar, quiere decir sacar de raíz; derribar, es tirar contra la tierra, hacer dar en el suelo; talar, tiene por significado, cortar por el pie una masa de árboles.

#### *C. 418, fracción tercera*

Finalmente, por lo que hace a la tercera fracción (cambiar el uso del suelo forestal), nos encontramos ante un elemento normativo en términos del artículo 7 de la LDFS, que es la remoción total o parcial de la vegetación de los terrenos forestales para destinarlos a actividades no forestales; terreno forestal es aquel cubierto por vegetación forestal en términos del mismo numeral señalado con anterioridad y por actividades no forestales debemos entender aquellas que no tiendan a mejorar o conservar la vegetación forestal; a pesar de que el término actividades no forestales, no está definido por la ley ni por el reglamento, tampoco podemos acudir al diccionario para conocer su alcance, pues tal remisión nos obligaría a entender tal concepto como actividad relativa a los bosques o al aprovechamiento de leñas, pastos, etc., idea que es contraria a los conceptos de la LDFS, por ejemplo, el de vegetación forestal, que no sólo abarca bosques sino también zonas áridas, semiáridas y selvas como ha quedado expuesto. Es en virtud de lo anterior que debemos optar por una definición sis-

temática atendiendo al contenido de las diversas normas que regulan la materia que se comenta, como ha sido la definición propuesta en este subapartado para "actividades no forestales".

#### D. 418, último párrafo

Cuando las actividades señaladas en las tres fracciones analizadas, afecten un área natural protegida, nos encontraremos ante una agravante de la responsabilidad penal que incrementará las penas económicas hasta en mil días multa y la de prisión hasta en tres años.

### 3. Artículo 419. Actividades ilícitas con recursos forestales maderables

El numeral señalado sanciona la siguiente conducta:

Artículo 419. A quien ilícitamente transporte, comercie, acopie, almacene o transforme madera en rollo, astillas, carbón vegetal, así como cualquier otro recurso forestal maderable, o tierra procedente de suelos forestales en cantidades superiores a cuatro metros cúbicos o, en su caso, a su equivalente en madera aserrada, se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa. La misma pena se aplicará aun cuando la cantidad sea inferior a cuatro metros cúbicos, si se trata de conductas reiteradas que alcancen en su conjunto esta cantidad.

La pena privativa de la libertad a la que se hace referencia en el párrafo anterior se incrementará hasta en tres años más de prisión y la pena económica hasta en mil días multa, cuando los recursos forestales maderables provengan de un área natural protegida.

#### A. 419, primer párrafo

Ilícitamente, es un adverbio de modo que afecta a los verbos rectores del tipo penal. En este sentido por lo que hace al transporte de los elementos enumerados en el primer párrafo en estudio, es necesario para su licitud que se acredite su legal procedencia conforme al artículo 115 de la LDFS; sin embargo, para saber cómo acreditar la legal procedencia de dichos elementos es necesario acudir al Reglamento de la LDFS (RLDFS), mismo que establece en el artículo 95 tales requerimientos probatorios. Situación que vuelve inconstitucional el

tipo penal en comento por ser la situación planteada, violatoria del *principio de reserva exclusiva de ley*.

Por lo que hace al almacenamiento y transformación de los elementos señalados con anterioridad, se requiere de una autorización de la Semarnat en términos del artículo 116 de la LDFS; sin embargo, una carpintería o maderería, que en términos del artículo 7 de la LDFS es un centro de transformación, únicamente requiere de aviso conforme al artículo 117 del RLDFS, lo que nuevamente vulnera el *principio de reserva exclusiva de ley*, pues para conocer los requisitos para que sea lícita la conducta es necesario acudir a un reglamento, que no es ley, formalmente hablando.

Ahora bien, en lo tocante a comerciar, que significa "negociar comprando y vendiendo o permutando géneros", y acopiar, que quiere decir "juntar, reunir en cantidad algo", estas actividades no están reguladas específicamente en ninguno de los ordenamientos que nos ocupan; sin embargo, acopiar es un sinónimo de almacenar y podría exigirse para tal actividad, la misma autorización a que se refiere el artículo 116 de la LDFS. Respecto al comercio de los multicitados elementos a que se refiere el tipo penal en comento, no es posible determinar su ilicitud puesto que, como se ha dicho, no se regula específicamente, luego entonces el simple comercio de dichos elementos nunca podrá ser sancionado penalmente. Los objetos del delito son los siguientes:

1. Madera en rollo, para cuyo conocimiento es necesario acudir al artículo 2 del RLDFS y quiere decir "troncos de árboles derribados o seccionados con diámetro mayor a diez centímetros en cualquiera de sus extremos, sin incluir la corteza y sin importar su longitud"; violatorio al orden constitucional.
2. Astillas, que en términos del mismo numeral señalado del RLDFS, significa "hojuela o partícula de madera con dimensiones de tres a doce milímetros de espesor y que es producto de la disgregación de materias primas maderables"; violatorio de igual manera que el párrafo anterior.
3. Carbón vegetal, no está definido en la LDFS ni en el RLDFS, por lo que debemos acudir al *Diccionario de la Real Academia Española* y su significado es "materia sólida, ligera, negra y

muy combustible, que resulta de la destilación o de la combustión incompleta de la leña”.

4. Cualquier otro recurso forestal maderable, que en términos del artículo 7 de la LDFS tiene por significado “aquellos constituidos por vegetación leñosa susceptible de aprovechamiento o uso”, la expresión utilizada es congruente con la LDFS y con el RLDFS al considerar los tres elementos previos como recursos forestales maderables pero dando cabida en este cuarto elemento a cualquier otro que no forme parte de los tres anteriores. Es evidente que el listado es inútil pues hubiere bastado con señalar cualquier recurso forestal maderable para que se entendieran comprendidos todos los elementos señalados hasta ahora.
5. Tierra procedente de suelos forestales en cantidades superiores a cuatro metros cúbicos o su equivalente en madera aserrada; *primero*, la tierra procedente de suelos forestales, considerando los conceptos de terreno forestal y vegetación forestal del artículo 7, no es más que aquel material desmenuzable del que se componen los terrenos cubiertos de vegetación forestal; sin embargo, pudiera causar confusión el concepto de tierra de monte, previsto en el artículo 2 del RLDFS, cuya definición es “producto forestal no maderable compuesto por material de origen mineral y orgánico que se acumula sobre terrenos forestales o preferentemente forestales”, lo cierto es que a esta definición, que es esencialmente la dada en líneas anteriores, se puede llegar tomando en consideración las definiciones de terreno forestal y vegetación forestal, por lo que no se vulnera el *principio de reserva exclusiva de ley* pues no es necesario acudir al RLDFS para conocer el alcance del concepto en análisis y por lo que hace al volumen requerido, éste debe ser, en palabras llanas, equivalente a 4 mil litros; *segundo*, el concepto de madera aserrada no está previsto legalmente, en consecuencia, al ser un término descriptivo debemos entenderlo como “parte sólida de los árboles cubierta por la corteza” que es “cortada o dividida con sierra”; sin embargo, el volumen para este caso en particular, es irrelevante pues tendría cabida en el elemento inmediato anterior, esto es, cualquier otro recurso forestal maderable, mismo que no requiere de requerimiento alguno de volumen.

Las penas señaladas se aplicarán también cuando la cantidad sea inferior a cuatro metros cúbicos, si se trata de conductas reiteradas que alcancen en su conjunto esta cantidad. En este caso, es importante considerar que el desvalor de la conducta podría ser mayor cuando una persona ha cometido la misma conducta en varias ocasiones a efecto de llegar o superar el límite de los 4 metros cúbicos sin ser descubierto, por lo que la pena debería ser mayor. No obstante lo anterior, la reiteración de la conducta nos haría caer en un delito continuado que debería aumentar la pena de una mitad a dos terceras partes, de conformidad con el artículo 7 del CPF, por lo que el mandato del artículo en comento de mantener la pena igual lo vuelve un tipo privilegiado.

#### B. 419, último párrafo

El último párrafo del artículo que se analiza, señala que las penas señaladas se aumentarán hasta en tres años y hasta en 1 000 días multa cuando los recursos forestales maderables provengan de un área natural protegida. Es importante señalar que si la conducta recae sobre la tierra de suelos forestales ubicados en áreas naturales protegidas no se aplicará la agravante toda vez que la tierra no es un recurso forestal maderable, situación que es a todas luces aberrante pues daña aun con más gravedad al área natural protegida toda vez que sin suelo no pueden crecer los recursos forestales maderables.

#### 4. Artículo 420. Actividades ilícitas relacionadas con la flora y fauna silvestre

El artículo en comento consta de seis fracciones y un último párrafo; el numeral reza:

Artículo 420. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa a quien ilícitamente:

- I. Capture, dañe o prive de la vida a algún ejemplar de tortuga o mamífero marino, o recolecte o almacene de cualquier forma sus productos o subproductos;
- II. Capture, transforme, acopie, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda;

II bis. De manera dolosa capture, transforme, acopie transporte, destruya o comercie con las especies acuáticas denominadas abulón y langosta, dentro o fuera de los periodos de veda, sin contar con la autorización que corresponda, en cantidad que exceda 10 kilogramos de peso y cuando las conductas a que se refiere la presente fracción se cometan por una asociación delictuosa, en los términos del artículo 164 de este Código, se estará a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

III. Realice actividades de caza, pesca o captura con un medio no permitido, de algún ejemplar de una especie de fauna silvestre, o ponga en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestres;

IV. Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte; o

V. Dañe algún ejemplar de las especies de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas señaladas en la fracción anterior.

Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales.

A continuación se analizará cada fracción de manera individual y ulteriormente el último párrafo.

#### A. Fracción I. Tortugas o mamíferos marinos

Recordemos lo que señala la fracción en estudio:

I. Capture, dañe o prive de la vida a algún ejemplar de tortuga o mamífero marino, o recolecte o almacene de cualquier forma sus productos o subproductos.

Capturar, significa, en términos del artículo 3 de la Ley General de Vida Silvestre (LGVS), “la extracción de ejemplares vivos de fauna silvestre del hábitat en que se encuentran”; dañar, quiere decir “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”; y privar de la vida, no es más que “despojar” de la vida o en palabras lisas y llanas, dar muerte.

La captura, tanto de tortugas como de mamíferos marinos, está prohibida en términos de los artículos 60 bis y 60 bis 1 respectivamente, ambos de la LGVS. La única excepción es aplicable a la captura de mamíferos marinos para la investigación científica y la educación superior de instituciones acreditadas y para estos casos se requiere de una autorización de la Semarnat. Así salvo la excepción señalada, la captura de mamíferos marinos y de tortugas siempre será ilícita.

El daño a cualquier ejemplar de la vida silvestre (plantas o animales) está prohibido en términos del artículo 4 de la LGVS, por lo que siempre será ilícito.

La privación de la vida se puede llevar a cabo de muchas maneras, sin embargo, la caza, como “actividad consistente en dar muerte a un ejemplar de fauna silvestre a través de medios permitidos”, según el artículo 3 de la LGVS, está permitida y para tal efecto se deberá contar con una autorización de la Semarnat en términos del artículo 83 de la LGVS. Debemos entender que no son medios permitidos los prohibidos en el artículo 95 del mismo ordenamiento, esto es, venenos, armas, redes, armas automáticas o de ráfaga; pareciera entonces que el uso de explosivos está permitido para la caza, pero si tomamos en consideración el artículo 4 de la LGVS anteriormente señalado, debemos entender que el uso de explosivos está prohibido también, toda vez que generaría daños a plantas y animales a los que no va dirigido el ataque.

Las anteriores acciones deben recaer sobre una tortuga o mamífero marino. Una tortuga es, según el DRAE, un “reptil marino del orden de los quelonios, que llega a tener hasta dos metros y medio de largo y uno de ancho, con las extremidades torácicas más desarrolladas que las abdominales, unas y otras en forma de paletas, que no pueden ocultarse, y coraza, cuyas láminas, más fuertes en el espaldar que en el peto, tienen manchas verdosas y rojizas. Se alimenta de vegetales marinos, y su carne, huevos y tendones son comestibles” y un mamífero marino, según el mismo diccionario, es “un animal vertebrado de temperatura constante cuyo embrión, provisto de amnios y alantoides, se desarrolla casi siempre dentro del seno materno, y cuyas crías son alimentadas por las hembras con la leche de sus mamas”, “relativo o perteneciente al mar”.

La fracción que se analiza prohíbe también recolectar o almacenar de cualquier forma los productos o subproductos de las tortugas o mamíferos marinos.

Recolectar quiere decir, de conformidad con el DRAE, “juntar personas o cosas dispersas” y pudiera pensarse que en lugar de ser un elemento descriptivo sea uno normativo en atención a la definición que da el artículo 3 de la LGVS de la voz “Colecta. La extracción de ejemplares, partes o derivados de vida silvestre del hábitat en que se encuentran”; sin embargo, tal situación violaría el *principio de legalidad* puesto que la palabra usada es recolectar y no coincide en su significado con el que da la LGVS del vocablo colectar.

Almacenar es, también de acuerdo con el DRAE, “reunir, guardar o registrar en cantidad algo”. En este orden de ideas pareciera que recolectar y almacenar fueren sinónimos por lo que hace a juntar y reunir, sin embargo almacenar tiene el plus consistente en guardar, que no hace el que simplemente recolecta.

Las actividades descritas en los dos párrafos anteriores deben recaer sobre productos o subproductos de las tortugas o mamíferos. Esos términos son normativos y están definidos en el artículo 3 de la LGVS, al definir: “Parte. La porción, fragmento o componente de un ejemplar... se considerarán *productos* las partes no transformadas y *subproductos* aquellas que han sido sujetas a algún proceso de transformación” y “Derivados. Los materiales generados por los ejemplares a través de procesos biológicos, cuyo aprovechamiento no implica la destrucción de ejemplares o partes... se considerarán *productos* los derivados no transformados y *subproductos* aquellos que han sido sujetos a algún proceso de transformación”.

## B. Fracción II. Especies acuáticas en veda

Esta fracción señala:

I. Capture, transforme, acopie, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda.

Por lo que hace a la captura ilícita, remito al lector al análisis de la fracción I anterior para evitar ser repetitivo.

El transporte o traslado de ejemplares vivos, requiere de una autorización expedida por la Semarnat, en términos del artículo 52 de la LGVS, de lo que se desprende, *a contrario sensu*, que para el traslado de ejemplares muertos no es necesario tal requisito; sin embargo, según el RLGVS, en su artículo 57, la autorización para el aprovechamiento extractivo (captura, caza y colecta), ampara el traslado de ejemplares, partes y derivados de la vida silvestre y al incluir la caza y al hablar de partes implica la necesidad de la autorización para el traslado. El reglamento en este sentido va más allá de la ley al exigir una autorización para el traslado de ejemplares muertos, cuando la ley únicamente lo exige para el traslado de ejemplares vivos. No obstante lo anterior, la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables, señala en su artículo 76 que para el transporte de productos pesqueros se requerirá la guía de pesca, por lo que al no contar con ésta el transporte será ilícito siempre que se trate de transporte de productos vivos, frescos, enhielados o congelados.

El daño que no esté amparado por la consecuencia inherente a un permiso de caza, siempre es ilícito, de conformidad con los artículos 4 y 122-I de la LGVS.

Por lo que hace a transformar y acopiar, estos términos significan respectivamente “hacer cambiar de forma a alguien o algo” y “juntar, reunir en cantidad algo”. Estas actividades nunca podrán ser sancionadas por lo que hace a este tipo penal, en virtud de que ninguna de las dos están reguladas ni en la LGVS ni en el RLGVS, luego entonces, nunca podrán ser ilícitas y en consecuencia no podrá acreditarse el adjetivo “ilícitamente” que en el encabezado, del precepto que se comenta, las califica.

Por la frase, ejemplares de especies acuáticas, debemos entender “los individuos de cada uno de los grupos en que se dividen los géneros y que además de los caracteres genéricos, tienen en común otros caracteres por los cuales se asemejan entre sí y se distinguen de los demás y que viven en el agua”.

Las actividades referidas no sólo deben recaer sobre ejemplares de especies acuáticas, sino que éstas deben estar declaradas en veda. Veda es la “acción y efecto de prohibir por ley, estatuto o mandato”. Pues bien, según los artículos 81 de la LEPA y 71 de la LGVS, la Semarnat es la facultada para establecer vedas, debiéndose publicar en los diarios o gacetas oficiales de las entidades federativas en donde

se ubique el área vedada, estableciéndose la naturaleza y temporalidad de la veda, los límites de las áreas o zonas vedadas y las especies de flora o fauna comprendidas. Esta situación hace ver claramente como el tipo penal es violatorio al *principio de reserva exclusiva de ley*.

Interesante cuestión aparece si consideramos que las tortugas están generalmente en veda, y entonces surge la duda, ¿el capturar una tortuga caerá en la fracción I o en la II, o habrá un concurso ideal de delitos? Podría pensarse también en una conculcación al *principio de non bis in idem* en su vertiente material.

### C. Fracción II bis. Abulón y langosta

Esta fracción sanciona lo siguiente:

II bis. De manera dolosa capture, transforme, acopie, transporte, destruya o comercie con las especies acuáticas denominadas abulón y langosta, dentro o fuera de los periodos de veda, sin contar con la autorización que corresponda, en cantidad que exceda 10 kilogramos de peso y cuando las conductas a que se refiere la presente fracción se cometan por una asociación delictuosa, en los términos del artículo 164 de este Código, se estará a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El calificativo doloso, excluye, de actualizar esta conducta, a todo aquel que capture por accidente a las especies referidas en esta fracción, sin embargo, es una reiteración innecesaria, toda vez que esta fracción no está prevista en el catálogo de delitos culposos; de ahí que sea claro que no puede ser sancionada la captura culposa de tales especies. Los verbos rectores son los siguientes:

- a) Capturar, que para evitar ser repetitivo remito al lector al análisis de la fracción I del presente numeral que se complementa con la definición de Pesca que da la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables (LGPAS), consistente en extraer, capturar o recolectar especies cuyo medio de vida total, parcial o temporal, sea el agua; en estos para que sea lícita la captura se debe contar con una concesión o un permiso expedido por la Semarnat, según lo establece el artículo 60 de la LGPAS. La única modalidad de pesca que no requiere de permiso o

concesión es aquella de consumo doméstico pero para que sea lícita esta modalidad de pesca requiere observar y respetar las vedas, según el artículo 72 de la LGPAS.

- b) Transformar y acopiar, que ya fueron expuestos en la fracción anterior.
- c) Transportar, requiere para su ilicitud, la ausencia de la guía de pesca de conformidad con el artículo 76 de la LGPAS, únicas excepciones a esta regla son la pesca deportivo-recreativa y la de consumo doméstico que no requieren tal guía.
- d) Destruir que no es otra cosa que dañar, también se analizó en la fracción previa.
- e) Comerciar, que significa “negociar comprando y vendiendo o permutando géneros”, sin embargo, al comercio se puede llegar por dos vías, *primero*, ya porque el que vende es el mismo que captura —lo que se conoce como pesca comercial, según el artículo 4 de la LGPAS—, en cuyo caso, para ser ilícito, se requiere la ausencia de la concesión o permiso expedido por la Semarnat, según lo ordenan los artículos 40 a 59 de la LGPAS, y *segundo*, ya porque al último vendedor se lo regalaron o vendieron, caso que no está regulado en la ley, de suerte que la segunda modalidad de comercio no puede ser penada por no existir parámetros para considerarlo ilícito. Cabe señalar que esta última hipótesis sí estaba regulada en el Reglamento de la antigua Ley de Pesca (RLP), en sus artículos 10 y siguientes; sin embargo, la LGPAS, en su artículo Sexto Transitorio señala que el Presidente tenía la obligación de expedir el reglamento dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la ley y mientras se expedía seguiría en vigor el RLP, situación que puede generar dos posturas, *una* sostiene que aún sigue vigente el RLP pues no se ha expedido el nuevo reglamento y *otra* que sostiene que al haber fenecido el plazo dado por el Congreso al Presidente sin que éste hubiere expedido el nuevo reglamento, pierde su vigencia el viejo reglamento por haber caducado el plazo de vigencia que también se le estableció al viejo reglamento de manera interina. Esta última postura es la que sostiene el autor pues sostener lo contrario implicaría que el incumplimiento de los plazos fijados a los diversos poderes en sus facultades materialmente legislativas —aun-

que pudiera ser que no formalmente— no trae consecuencia alguna.

Las conductas señaladas deben recaer sobre “las especies acuáticas denominadas abulón y langosta”. La redacción del tipo que se comenta deja mucho que desear puesto que si la conducta únicamente versa sobre abulón o sobre langosta, la conducta será impune; la “y” como conjunción copulativa no deja lugar a dudas. Ahora bien, ninguna de dichas especies están definidas en ley alguna, de suerte que debemos acudir al diccionario para conocer su significado. Abulón, es un “caracol marino de California, de concha grande, gruesa, auriculada y muy nacarada” y langosta, es un “crustáceo decápodo macruro, que alcanza hasta cinco decímetros de longitud, con todas sus patas terminadas en pinzas pequeñas, cuatro antenas, dos centrales cortas y dos laterales muy largas y fuertes, ojos prominentes, cuerpo casi cilíndrico, y cola larga y gruesa. Es de color fusco que se vuelve rojo por la cocción. Vive en alta mar, y su carne se tiene por manjar delicado”.

El siguiente elemento del tipo reza “dentro o fuera de los periodos de veda”; es irrelevante, pues fuera de confusión, no aporta nada más al tipo que se comenta ya que de no haber existido tal frase el abanico de conductas sancionadas sería exactamente el mismo.

“Sin contar con la autorización que corresponda”, es reiterativo, pues en el encabezado del artículo se señalaba que las hipótesis previstas en las distintas fracciones deben realizarse ilícitamente y si no se cuenta con la autorización, que en el presente caso es un permiso, concesión o guía de pesca, según el caso, la conducta será ilícita, salvo que se trate de pesca para consumo doméstico que en ningún caso será ilícita.

Para poder sancionar la conducta se requiere que la acción verse sobre más de 10 kilos de abulón “y” langosta sin importar la combinación de peso para dar ese total, esto es, puede ser 2 gramos de abulón y 9.99 kg de langosta o viceversa, lo que da un total de 10.1 kg volviendo entonces punible la conducta. Ahora bien, si la conducta versa únicamente sobre 15 kg de abulón o 15 kg de langosta no será punible pues el tipo requiere que la acción recaiga sobre ambos al usar la frase “abulón y langosta”, lo cual es un gran error del legislador.

La última oración del tipo que se comenta reza “y cuando las conductas a que se refiere la presente fracción se cometan por una asociación delictuosa, en los términos del artículo 164 de este Código, se estará a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales”. El artículo 164 señala lo que es una asociación delictuosa e impone a sus miembros, por el simple hecho de pertenecer a tal asociación, una pena de 5 a 10 años de prisión y de cien a trescientos días multa; la pregunta que surge es ¿qué pasa si un grupo de lancheros de tres o más personas extraen más de 10 kg de abulón y langosta?, ¿aplicarán la pena del delito que se comenta o la pena de asociación delictuosa o la agravante de pandilla o la del delito que se comenta con asociación o con la agravante de pandilla? Tales interrogantes se resuelven por virtud del principio de especialidad. Nótese la desproporción de las penas del delito que se comenta y de la asociación delictuosa.

Finalmente, si en efecto se comete el ilícito por una asociación delictuosa, se estará a lo dispuesto en el artículo 194 del CFPP, que señala cuáles son aquellos delitos considerados como graves, sin embargo, la asociación delictuosa no es considerada grave y el tipo que se comenta será grave en todos los casos según el inciso 36) del artículo 194 anteriormente señalado. Ahora bien, según el multicitado 194, también será grave cuando se lleve a cabo en áreas naturales protegidas o con fines comerciales de conformidad con el último párrafo del numeral que se analiza. No obstante lo anterior, considero inconstitucional el último párrafo que impone la agravante en virtud de que no establece un mínimo pues únicamente señala que se impondrá otra pena de “hasta 3 años más de prisión” si se cometen las conductas del artículo en un área natural protegida o con fines comerciales. Es importante apuntar que el tipo que se comenta abarca el comercio por lo que aun cuando se realice con fines comerciales pero no se realice en un área natural protegida, la agravante en comento tampoco se podrá aplicar—además de por su inconstitucionalidad— por violación al principio *non bis in idem* en su modalidad sustantiva. Surgen entonces las siguientes dudas: ¿si la fracción que se comenta es grave en todos los casos y además se realiza en un área protegida será doblemente grave?, ¿no sería tal situación violatoria del artículo 14 constitucional al no existir una ley exactamente aplicable al delito de que se trate sino dos?



*D. Fracción III. Caza, pesca o captura de fauna silvestre*

La fracción que ahora analizaremos, establece a la letra:

I. Realice actividades de caza, pesca o captura con un medio no permitido, de algún ejemplar de una especie de fauna silvestre, o ponga en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestres.

Por lo que hace a la caza y captura, éstos ya fueron explicados al estudiar la fracción I del artículo que se comenta, por lo que lo ahí dicho es perfectamente aplicable a esta fracción; lo mismo puede decirse de los medios no permitidos, aclarando que éstos únicamente serán para la caza, no existiendo en la ley un parámetro semejante aplicable a la pesca o captura de lo que se deriva que tales modalidades no podrán ser ilícitas para efectos de la fracción que se comenta. Por lo que hace a la pesca, ésta fue explicada al abordar la fracción II bis anterior.

En lo tocante al “ejemplar de una especie de fauna silvestre”, se puede entender al tomar en consideración la definición que de ésta (fauna silvestre) establece la LEPA en su artículo 3.

Ahora bien, para “poner en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestres”, se requiere reducir drásticamente el área de distribución o el tamaño de las poblaciones o especies silvestres, de tal suerte que se ponga en riesgo su continuidad y/o existencia; lo anterior de conformidad con una interpretación sistemática del artículo 58 de la LGVS.

Población, es un término definido en el artículo 3 de la LGVS y Especie, al no estar definido en ley alguna, nos vemos obligados a acudir al DRAE, mismo que define dicha voz como “cada uno de los grupos en que se dividen los géneros y que se componen de individuos que, además de los caracteres genéricos, tienen en común otros caracteres por los cuales se asemejan entre sí y se distinguen de los de las demás especies. La especie se subdivide a veces en variedades o razas”.

*E. Fracción IV. Actividades con especies silvestres, de flora y fauna, que sean endémicas, amenazadas, en peligro de extinción, sujetas a protección especial o reguladas por un tratado internacional*

La fracción que ahora analizaré, señala:

I. Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte.

Las conductas sancionadas son las siguientes:

- a) Realice cualquier actividad con fines de tráfico; aunque es una cláusula abierta, el tipo penal no deviene inconstitucional por esa razón en virtud de que la actividad realizada está determinada por el fin de tráfico, y por tal fin debe entenderse conforme al DRAE, “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías”. La ilicitud vendrá determinada por la ausencia de los requerimientos para comerciar con flora o fauna silvestres conforme a los artículos 82 y siguientes de la LGVS.
- b) Capture, que ha sido ya abordado con anterioridad.
- c) Posea, la posesión se acredita con la legal procedencia y ésta para los productos pesqueros y acuícolas se demuestra, según el artículo 75 de la LGPAS, con diversos avisos y la guía de pesca cuyos requisitos y términos en teoría deberían establecerse en un reglamento que aún no se ha expedido por lo que es evidente la violación al *principio de reserva de ley*; para todos los demás ejemplares silvestres la legal procedencia se demuestra con la marca que muestre que han sido objeto de un aprovechamiento sustentable y la tasa de aprovechamiento autorizada, o la nota de remisión o factura correspondiente según lo establezca el reglamento, por lo que se transgrede nuevamente el principio señalado.

- d) Transporte, que ya fue analizado en las fracciones II y II bis, por lo que remítase el lector al estudio de tales fracciones.
- e) Acopie, ya fue estudiado en la fracción II anterior.
- f) Introduzca al país, para importar ejemplares, partes y derivados de especies silvestres, se requiere de una autorización expedida por la Semarnat según los requisitos establecidos en el reglamento, lo que nos permite apreciar su inconstitucionalidad; en algunos casos se requiere también un certificado de sanidad acuícola según el artículo 95 y 105 de la LGPAS.
- g) Extraiga del mismo, requiere también de una autorización expedida por la Semarnat con los requisitos del reglamento, por lo que es reiterada la irregularidad apuntada; en algunos casos se requiere de un certificado de sanidad acuícola, según el artículo 105 de la LGPAS.

Las anteriores acciones deben recaer sobre “algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos”; todos los elementos de la oración transcrita ya fueron estudiados con anterioridad salvo “recursos genéticos”, que está definido en el artículo 3 de la LEPA y cuyo contenido es “todo material genético, con valor real o potencial que provenga de origen vegetal, animal, microbiano, o de cualquier otro tipo y que contenga unidades funcionales de la herencia, existentes en el territorio nacional y en las zonas donde la nación ejerce soberanía y jurisdicción”.

Dichos ejemplares, productos, subproductos y recursos genéticos deben pertenecer a alguna “especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas”, que también se estudiaron en páginas anteriores, excepción hecha de “terrestres o acuáticas”, términos que se explican por sí solos.

Ahora bien, dicha especie de flora y fauna silvestre a la que debe pertenecer el ejemplar, producto, subproducto o recurso genético, debe adicionalmente:

- a) Estar en veda, que como ya se expuso con anterioridad, la veda es declarada por la Semarnat y vuelve inconstitucional el tipo que se comenta.
- b) Ser considerada endémica, tal carácter, aunque no está definido en la ley, es establecido por la Semarnat en listas que debe publicar en el DOF y actualizar al menos cada tres años, así se

- c) Ser amenazada, que según el artículo 58 de la LGVS, es “aquella que podría llegar a encontrarse en peligro de desaparecer a corto o mediano plazo, si siguen operando los factores que inciden negativamente en su viabilidad, al ocasionar el deterioro o modificación de su hábitat o disminuir directamente el tamaño de sus poblaciones”.
- d) Estar en peligro de extinción, que de conformidad con el mismo artículo 58 antes señalado, son “aquellas cuyas áreas de distribución o tamaño de sus poblaciones en el territorio nacional han disminuido drásticamente poniendo en riesgo su viabilidad biológica en todo su hábitat natural, debido a factores tales como la destrucción o modificación drástica del hábitat, aprovechamiento no sustentable, enfermedades o depredación, entre otros”.
- e) Estar sujetas a protección especial, que del mismo modo, el artículo 58 multicitado define como “aquellas que podrían llegar a encontrarse amenazadas por factores que inciden negativamente en su viabilidad, por lo que se determina la necesidad de propiciar su recuperación y conservación o la recuperación y conservación de poblaciones de especies asociadas”. Cabe aclarar que todas las anotadas en el artículo 58, son señaladas por la Semarnat, por lo que es clara su inconstitucionalidad.
- f) O esté regulada por algún tratado internacional del que México sea parte, sobra decir que si un elemento del tipo es establecido por algún poder u organismo que no sea el poder legislativo, Congreso de la Unión en este caso, no podrá ser considerada ley para efectos penales pues violaría el *principio de reserva de ley*.

Como puede observarse, son continuas y reiteradas las contravenciones a nuestra Constitución en la fracción que se comenta.

*F. Fracción V. Daño a las especies de flora y fauna silvestres de la fracción anterior (endémicas, amenazadas, etc.)*

Veamos qué dice la fracción que ahora se estudia.

I. Dañe algún ejemplar de las especies de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas señaladas en la fracción anterior.

Dañar siempre será ilícito de conformidad con lo señalado en páginas anteriores.

Todos los demás elementos fueron analizados en la fracción IV anterior y es válido lo dicho en esa sección.

#### G. 420, último párrafo

Finalmente, señala el último párrafo del artículo 420, en comento, que se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales.

Al respecto es necesario decir que si es una pena adicional se aplicarán dos sanciones por la misma conducta violándose el *principio de non bis in idem*; si, por el contrario, no es una pena adicional sino una agravante también deviene inconstitucional por no establecer un mínimo de pena sino solamente el máximo de la misma.

#### 5. Artículo 420 bis. Conductas contra humedales, manglares, lagunas, esteros, pantanos, arrecifes, ecosistemas, vegetación natural y terrenos forestales

Es momento de analizar el último artículo del capítulo segundo:

Artículo 420 bis. Se impondrá pena de dos a diez años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

I. Dañe, deseque o rellene humedales, manglares, lagunas, esteros o pantanos.

II. Dañe arrecifes.

III. Introduzca o libere en el medio natural, algún ejemplar de flora o fauna exótica que perjudique a un ecosistema, o que dificulte, altere o afecte las especies nativas o migratorias en los ciclos naturales de su reproducción o migración.

IV. Provoque un incendio en un bosque, selva, vegetación natural o terrenos forestales, que dañe elementos naturales, flora, fauna, los ecosistemas o al ambiente.

Se aplicará una pena adicional hasta de dos años de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o el autor o participe del delito previsto en la fracción IV, realice la conducta para obtener un lucro o beneficio económico.

Nótese como la pena se incrementó en un año de prisión, tanto el límite inferior como superior de la pena. Analicemos nuevamente cada fracción del artículo anteriormente transcrito.

#### A. Fracción I. Humedales, manglares, lagunas, esteros o pantanos

La fracción primera, reza al tenor literal siguiente:

I. Dañe, deseque o rellene humedales, manglares, lagunas, esteros o pantanos.

Dañar, es “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”; desecar, quiere decir “extraer la humedad” y rellenar, significa “volver a llenar algo, llenar enteramente o introducir rellenos”. Sin embargo, fuera de dañar, que fue expuesto con anterioridad, el desecamiento y el rellenado de humedales, manglares, lagunas, esteros o pantanos, no está regulado en ley alguna y por tanto nunca será posible acreditar su ilicitud con fundamento en una ley, formal y materialmente hablando.

Humedal, es “terreno húmedo”; manglar, significa “terreno que en la zona tropical cubren de agua las grandes mareas, lleno de esteros que lo cortan formando muchas islas bajas, donde crecen los árboles que viven en el agua salada”; laguna, quiere decir “depósito natural de agua, generalmente dulce y de menores dimensiones que el lago”; estero, tiene por significado “terreno pantanoso, intransitable, que suele llenarse de agua por la lluvia o por la filtración de un río o laguna cercana y que abunda en plantas acuáticas” y pantano, que es “hondonada donde se recogen y naturalmente se detienen las aguas, con fondo más o menos cenagoso”.

Lo anterior genera la duda de cuándo se daña un manglar. ¿Acaso al arrancar una planta que vive ahí ya se dañó el manglar? ¿Justifica tal actuar una sanción penal? ¿Cuándo se podrá dañar una laguna?

¿Cuántos litros de agua deben extraerse para dañarla? ¿Una liga de hule arrojada al interior de una laguna, la daña?

### B. Fracción II. Arrecifes

La fracción segunda, de manera muy concisa establece:

#### II. Daño arrecifes.

Dañar, ya fue expuesto en la fracción anterior.

Arrecife, es “banco o bajo formado en el mar por piedras, puntas de roca o políperos, principalmente madreporicos, casi a flor de agua”.

Aunque la palabra utilizada sea “arrecifes”, esto es, la forma plural de arrecife, considero que el daño de uno solo puede configurar el ilícito en comento, pues sería absurdo tener que esperar a que se dañen dos o más para poder intervenir para proteger a la naturaleza.

Caben aquí las mismas dudas que se plantearon en la fracción anterior; ¿si el arrecife está formado por piedras o puntas de roca, el rompimiento de una punta actualiza el tipo que se comenta?

### C. Fracción III. Liberación de flora o fauna exótica que afecte ecosistemas o sus elementos

La fracción tercera reza:

III. Introduzca o libere en el medio natural, algún ejemplar de flora o fauna exótica que perjudique a un ecosistema o que dificulte, altere o afecte las especies nativas o migratorias en los ciclos naturales de su reproducción o migración.

Introducir, significa “meter o hacer entrar algo en otra cosa”; liberar, quiere decir “hacer que alguien o algo quede libre”. Estas acciones serán ilícitas por contravenir el artículo 27 bis de la LGVS.

Cuando se habla de “medio natural”, se hace referencia a la región o área de la naturaleza en donde se ubican y desarrollan de manera natural las especies nativas o migratorias, permanente o temporalmente según sea el caso. Lo anterior se desprende *a contrario sensu*, de la definición de “ejemplar exótico” prevista en el artículo 3 de

la LGVS, siendo “aquellos que se encuentran fuera de su ámbito de distribución natural, lo que incluye a los híbridos y modificados”; sin embargo, para que sea ilícito debe tratarse de alguna “especie exótica invasora” según el artículo 27 bis de la LGVS, y éstas, según el numeral 3 de dicho ordenamiento, son “aquellas que no son nativas, que se encuentran fuera de su ámbito de distribución natural, que es capaz de sobrevivir, reproducirse y establecerse en hábitat y ecosistemas naturales y que amenaza la diversidad biológica nativa, la economía o la salud pública”. En este orden de ideas, una especie exótica invasora siempre “perjudicará a un ecosistema o dificultará, alterará o afectará los ciclos naturales de reproducción o migración de especies nativas o migratorias”.

No obstante lo anterior, el artículo 27 bis también establece que las especies exóticas invasoras serán determinadas por listas que elabore la Semarnat mediante normas oficiales o acuerdos secretariales, lo que vuelve evidente su inconstitucionalidad.

### D. Fracción IV. Provocar incendio

La última fracción sanciona lo siguiente:

IV. Provoque un incendio en un bosque, selva, vegetación natural o terrenos forestales, que dañe elementos naturales, flora, fauna, los ecosistemas o al ambiente.

Provocar, significa “hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella”; en este caso, el sujeto genera fuego o chispas que a su vez producen un incendio; Incendio es “fuego grande que destruye lo que no debería quemarse”. De conformidad con la LGDFS, en su artículo 163-IX, la ilicitud se dará cuando “en terrenos agropecuarios se realicen quemas de forma negligente que propicie la propagación del fuego a terrenos forestales vecinos”; según el artículo 122 del mismo ordenamiento, el uso de fuego en terrenos forestales y agropecuarios colindantes está regulado más extensamente en normas oficiales mexicanas, resultando clara su inconstitucionalidad.

De ahí que resulte irrelevante el listado de los lugares donde podrá provocarse el incendio, esto es, “bosque, selva, vegetación natural o terrenos forestales”, pues el único supuesto en que será

ilícito conforme a una ley, formal y materialmente hablando, es el señalado en el párrafo inmediato anterior. En consecuencia, resulta claro que si el uso del fuego se lleva a cabo en un terreno no agropecuario, no será ilícita la conducta. Lo mismo sucederá cuando el fuego no se propague a terrenos forestales vecinos, sino a otro tipo de terreno como otro terreno agropecuario; un "terreno forestal", de acuerdo con el artículo 7 de la LGDFS, es aquel cubierto por "vegetación forestal" y ésta es el conjunto de plantas y hongos que crecen y se desarrollan en forma natural, formando bosques, selvas, zonas áridas y semiáridas, y otros ecosistemas, dando lugar al desarrollo y convivencia equilibrada de otros recursos y procesos naturales. Si el único supuesto de ilicitud, señalado en el párrafo precedente, habla de negligencia, ¿qué sucederá si el incendio se provoca no negligentemente sino de manera dolosa, acaso entonces no se habrá cometido "ilícitamente"?

Ahora bien, es absurda la segunda parte del tipo que se comenta, pues siempre que tenga lugar un incendio, como se observa en la definición de dicha voz, se causarán daños al menos a uno de los elementos señalados en la frase "elementos naturales, flora, fauna, ecosistemas o al ambiente".

#### E. 420 bis, último párrafo

El último párrafo del artículo en estudio, establece una agravante y reza:

Se aplicará una pena adicional hasta de dos años de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o el autor o partícipe del delito previsto en la fracción IV, realice la conducta para obtener un lucro o beneficio económico.

Al respecto, es necesario decir que si es una pena adicional se aplicarán dos sanciones por la misma conducta violándose el *principio de non bis in idem*; si por el contrario no es una pena adicional sino una agravante también deviene inconstitucional por no establecer un mínimo de pena sino solamente el máximo de la misma.

#### IV. CAPÍTULO III. DE LA BIOSEGURIDAD

En el capítulo tercero, De la Bioseguridad, se encuentra un solo artículo, el 420 Ter, mismo que señala textualmente:

Artículo 420 Ter. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien en contravención a lo establecido en la normatividad aplicable, introduzca al país o extraiga del mismo, comercie, transporte, almacene o libere al ambiente, algún organismo genéticamente modificado que altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales.

Para efectos de este artículo, se entenderá como organismo genéticamente modificado, cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de ingeniería genética.

Los verbos rectores son:

- a) Introducir al país o importar, que ya fue analizado con anterioridad y será en contravención a la normatividad aplicable, cuando los organismos genéticamente modificados sean aquellos que se encuentran prohibidos en su país de origen o clasificados como no permitidos para su liberación comercial o para su importación para efectos comerciales en las listas que establezca la Semarnat o la Sagarpa, según su competencia; así lo establecen los artículos 40 y 119 de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM); por lo anterior, resulta clara la inconstitucionalidad del tipo que se comenta. Para los demás casos se requerirá permiso de la Semarnat o Sagarpa y/o autorización de SSA, así lo establecen los artículos 32 y 91 de la LBOGM.
- b) Extraiga del mismo o exportar, para que la exportación sea en contravención a la normatividad aplicable, se requiere omitir la notificación respectiva en términos del artículo 72 de la LBOGM y sólo cuando los tratados internacionales de los que México sea parte así lo exijan, por lo que nos encontramos ante una nueva violación al *principio de reserva exclusiva de ley*.

- c) Comercio, se requiere de autorización de la SSA, según el artículo 97 de la LBOGM, para la comercialización de los organismos genéticamente modificados referidos en el artículo 91 de la LBOGM; sin embargo, si no son de los referidos en dicho numeral no se podrá establecer su contravención a la normatividad pues no hay ley, formal y materialmente hablando que regule ese supuesto.
- d) Transporte, esta actividad no está regulada por lo que hace al transporte dentro del territorio nacional con destino en algún lugar del mismo territorio, únicamente se regula el transporte que ocurra dentro del territorio nacional y que tenga como destino un lugar en el extranjero, este transporte debe cumplir con los requisitos señalados en las Normas Oficiales Mexicanas respectivas según lo establece el artículo 76 de la LBOGM, por lo que puede observarse claramente su inconstitucionalidad.
- e) Almacene, según el artículo 75 de la LBOGM, el almacenamiento regulado es aquel que tiene lugar en alguna aduana del territorio nacional y en esos casos se observará lo que señalen las Normas Oficiales Mexicanas correspondientes y llegaremos a la misma conclusión que en la fracción anterior; sin embargo, si el almacenamiento se da fuera de una aduana, tal supuesto no está regulado en una ley formal y materialmente hablando y por tanto no podrá concluirse que tal almacenamiento es ilícito.
- f) Libere al ambiente, es un elemento normativo previsto en el artículo 3-XV de la LBOGM y significa "la introducción en el medio ambiente de un organismo o combinación de organismos genéticamente modificados, sin que hayan sido adoptadas medidas de contención, tales como barreras físicas o una combinación de éstas con barreras químicas o biológicas, para limitar su contacto con la población y el medio ambiente", en este sentido las únicas modalidades de liberación permitidas son la comercial, la experimental y la que se lleva a cabo en programa piloto y todas requieren de un permiso según lo establece el artículo 32 de la LBOGM, luego entonces si no se cuenta con el permiso respectivo será ilícita la liberación del organismo genéticamente modificado.

Las anteriores conductas deben recaer sobre un "organismo genéticamente modificado" (OGM), y éste según la interpretación auténtica que realiza el mismo artículo que se comenta en su segundo párrafo, es "cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de ingeniería genética".

Continúa el tipo penal diciendo que dicho OGM debe "alterar o pueda alterar"; lo que resulta violatorio al principio de proporcionalidad en virtud de que se aplica la misma pena a un delito de lesión, que a uno de peligro. Esa alteración o posibilidad de alteración debe a su vez, ser "negativa" y recaer sobre "los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales". Si bien en ningún precepto se señalan cuáles son los componentes o la estructura de un ecosistema, podemos deducir lo que son los componentes de un ecosistema a raíz de la definición de ecosistema contenida en la LEPA y que es "la unidad funcional básica de interacción de los organismos vivos entre sí y de éstos con el ambiente, en un espacio y tiempo determinados"; de ahí que los componentes sean los organismos vivos, el ambiente, un espacio y un tiempo determinados. En este orden de ideas podemos decir que el OGM debe afectar negativamente dichos elementos o el funcionamiento de la unidad funcional mediante la alteración de la interacción entre dichos elementos; no obstante lo anterior, la afectación de la "estructura del ecosistema" será imposible de fijar puesto que en ningún precepto legal se establece lo que debe entenderse por tal concepto.

#### V. CAPÍTULO IV.

##### DELITOS CONTRA LA GESTIÓN AMBIENTAL

El capítulo cuarto, nominado, contiene únicamente el artículo 420 Quater. Dicho artículo establece lo siguiente a la letra:

Artículo 420 Quater. Se impondrá pena de uno a cuatro años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien:

I. Transporte o consienta, autorice u ordene se transporte, cualquier residuo considerado como peligroso por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, biológico-infecciosas o radioactivas, a un

destino para el que no se tenga autorización para recibirlo, almacenarlo, desecharlo o abandonarlo.

II. Asiente datos falsos en los registros, bitácoras o cualquier otro documento utilizado con el propósito de simular el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental federal.

III. Destruya, altere u oculte información, registros, reportes o cualquier otro documento que se requiera mantener o archivar de conformidad a la normatividad ambiental federal.

IV. Prestando sus servicios como auditor técnico, especialista o perito o especialista en materia de impacto ambiental, forestal, en vida silvestre, pesca u otra materia ambiental, faltare a la verdad provocando que se cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

V. No realice o cumpla las medidas técnicas, correctiva o de seguridad, necesarias para evitar un daño o riesgo ambiental que la autoridad administrativa o judicial le ordene o imponga.

Los delitos previstos en el presente Capítulo se perseguirán por querrela de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.

Analicemos, a continuación cada parte del artículo transcrito.

### 1. 420 Quater, fracción I. Transporte de residuos peligrosos

La fracción primera establece:

I. Transporte o consienta, autorice u ordene se transporte, cualquier residuo considerado como peligroso por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, biológico-infecciosas o radioactivas, a un destino para el que no se tenga autorización para recibirlo, almacenarlo, desecharlo o abandonarlo.

“Transporte o consienta, autorice u ordene se transporte”, he de decir que tal redacción lo único que genera es confusión, me explico. Todo lo que está después de la primera palabra de la oración, o sea Transporte, no aporta cosa alguna a la descripción típica; lo anterior es así en virtud de que el que consienta, autorice u ordene se transporte tendrá responsabilidad penal en atención a las reglas de la autoría y participación previstas en el artículo 13 del CPF. El transporte de residuos peligrosos siempre requiere de autorización conforme al

artículo 50 de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (LGPGIR); sin embargo, para el tipo es irrelevante si se cuenta con tal autorización o no.

Para determinar si un residuo es peligroso es necesario remitirse a una NOM, misma que se señala en el análisis del artículo 414, lo que hace ver claramente la inconstitucionalidad del precepto. Es necesario señalar que la conducta prevista en el primer párrafo del artículo 414 es más amplia y abarca muchas más conductas y más sustancias que el artículo que se comenta; sin embargo, en caso de que se trate del “transporte de residuos” para determinar la aplicación del precepto respectivo es necesario observar si la conducta causó un daño a los elementos previstos en el artículo 414 pues en tal supuesto será aplicable dicho numeral por especialidad toda vez que el artículo que se comenta en estas líneas no exige daño alguno, lo que genera dudas respecto de la constitucionalidad de este precepto por lo que hace a la proporcionalidad pues la pena mínima en ambos supuestos es la misma.

El transporte de los residuos peligrosos debe hacerse “a un destino para el que no se tenga autorización”; es aquí donde se vuelve relevante la autorización que debe expedir la Semarnat. Según el artículo 50 de la LGPGIR, la autorización es necesaria para el acopio y “almacenamiento” de residuos peligrosos provenientes de terceros, pero ¿qué sucede si los residuos no vienen de un tercero sino del mismo sujeto que los almacena? Por lo que hace a la recepción, desecho y abandono de residuos solamente requieren de autorización las personas que prestan dichos servicios a los generadores de los residuos, pero nuevamente surge la duda: ¿entonces los generadores pueden recibirlos, desecharlos y abandonarlos sin que sea delito? La pregunta surge puesto que para ellos no es necesaria la autorización según la ley, aunque sí podrán tener otro tipo de responsabilidad, según lo señala el artículo 42 de la LGPGIR.

### 2. 420 Quater, fracción II. Falsificación de documentos

La fracción segunda, señala:

I. Asiente datos falsos en los registros, bitácoras o cualquier otro documento utilizado con el propósito de simular el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental federal.

El tipo penal que se comenta no es más que una falsificación de documentos que encuadra perfectamente en el artículo 244-VII del CPF por “asentar como ciertos hechos falsos... para hacerlos constar y como prueba de ellos”; como puede observarse no existe *plus* alguno para poder resolver el conflicto de normas por lo que si la falsificación se hace para demostrar el cumplimiento de las obligaciones ambientales no habrá “una ley exactamente aplicable” sino dos, violándose en consecuencia el artículo 14 constitucional; lo anterior deja a cualquier persona en un estado de inseguridad jurídica pues las penas son distintas, lo que se traduce a su vez en una vulneración al *principio de proporcionalidad*.

Es importante señalar que las obligaciones a que se refiere este tipo penal no pueden existir únicamente en reglamentos, deben constar en una ley formal y material para evitar ir en contra del *principio de reserva de ley*.

### 3. 420 Quater, fracción III. Destrucción, falsificación y ocultación de información

La fracción tercera, reza:

I. Destruya, altere u oculte información, registros, reportes o cualquier otro documento que se requiera mantener o archivar de conformidad a la normatividad ambiental federal.

Por lo que hace a la “alteración”, ésta no es más que una forma de falsificación por lo que tiene cabida lo dicho en el comentario a la fracción anterior.

La “destrucción y el ocultamiento” debe recaer sobre documentos respecto de los cuales, la obligación de mantenerlos o archivarlos conste en una ley formal y material, esto es, dicha obligación no puede derivar de un reglamento so pena de la inconstitucionalidad del precepto.

### 4. 420 Quater, fracción IV. Falsedad

La fracción cuarta dice a la letra:

I. Prestando sus servicios como auditor técnico, especialista o perito o especialista en materia de impacto ambiental, forestal, en vida silvestre, pesca u

otra materia ambiental, faltare a la verdad provocando que se cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

Nos encontramos ante un tipo especial por los sujetos que pueden cometer el mismo. Pudiera pensarse que según el caso, existe un conflicto de normas con la falsedad prevista en el artículo 247-I o 248 del CPF, sin embargo, el tipo que se comenta no requiere que la falta de veracidad se lleve a cabo ante autoridad alguna y tiene el *plus* de que es necesario un daño a los elementos enunciados que ya fueron explicados con anterioridad, lo anterior es importante puesto que si a pesar de la falsedad el daño no se causa no podrá aplicarse pena alguna puesto que el 247-I requiere que la falsedad se dé ante una autoridad en ejercicio de sus funciones distinta de la judicial y el 248 requiere que la falsedad se dé ante autoridad judicial, salvo que la falsedad se dé ante alguna de dichas autoridades, claro está.

No obstante lo anterior, resulta muy desproporcionada la pena de la fracción en comento pues a pesar de que requiere un daño a los elementos señalados, su pena es mucho menor que la de ambos artículos de falsedad, por lo que es dudosa su constitucionalidad.

### 5. 420 Quater, fracción V. No tomar medidas para evitar daño o riesgo ambiental

La última fracción establece textualmente lo siguiente:

I. No realice o cumpla las medidas técnicas, correctivas o de seguridad, necesarias para evitar un daño o riesgo ambiental que la autoridad administrativa o judicial le ordene o imponga.

Lo primero que salta a la vista es la desproporcionalidad de la pena, pues no puede sancionarse con igual pena la desobediencia que generará un daño, que la desobediencia que no generará un daño sino tan sólo un riesgo.

Adicionalmente, existe duda de qué precepto aplicar, pues la conducta tendría cabida perfectamente en el tipo penal de desobediencia previsto en el artículo 178 del CPF, por lo que no existe una ley exac-



tamente aplicable y resulta dudosa su constitucionalidad. Con relación al mismo numeral señalado en este párrafo, la desproporcionalidad es evidente pues dicho artículo impone como pena de 15 a 200 jornadas de trabajo en favor de la comunidad y no una pena de prisión como la fracción en comento.

#### 6. 420 Quater, último párrafo. Querrela de Profepa

El último párrafo, dice:

Los delitos previstos en el presente Capítulo se perseguirán por querrela de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.

El último párrafo del artículo que se comenta establece como requisito de procedibilidad, para todos los delitos de las fracciones anteriores, la querrela por parte de la Profepa, lo que resulta absurdo si la víctima no es la Profepa únicamente sino cualquier ciudadano al ser afectado o puesto en riesgo alguno de los elementos del medio ambiente.

### VI. CAPÍTULO V. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

El Capítulo Quinto, último capítulo del título sobre el que versa este trabajo, nominado, contiene tres artículos que se analizan a continuación.

#### 1. Artículo 421. Penas adicionales

El artículo señalado, apunta que además de lo establecido en los otros artículos del título que se analiza, se impondrá alguna o algunas de las siguientes penas o medidas de seguridad:

Artículo 421. Además de lo establecido en los anteriores Capítulos del Título Vigésimo Quinto, se impondrá alguna o algunas de las siguientes penas o medidas de seguridad:

I. La realización de las acciones necesarias para restablecer las condiciones de los elementos naturales que constituyen los ecosistemas afectados, al estado en que se encontraban antes de realizarse el delito.

II. La suspensión, modificación o demolición de las construcciones, obras o actividades, según corresponda, que hubieren dado lugar al delito ambiental respectivo.

III. La reincorporación de los elementos naturales, ejemplares o especies de flora y fauna silvestre, a los hábitat de que fueron sustraídos, siempre y cuando su reincorporación no constituya un peligro al equilibrio ecológico o dificulte la reproducción o migración de especies de flora o fauna silvestre.

IV. El retorno de los materiales o residuos peligrosos o ejemplares de flora y fauna silvestre amenazados o en peligro de extinción, al país de origen, considerando lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales de que México sea parte; o

V. Inhabilitación, cuando el autor o partícipe del delito tenga la calidad de servidor público, hasta por un tiempo igual al que se le hubiera fijado como pena privativa de libertad, la cual deberá correr al momento en que el sentenciado haya cumplido con la prisión o ésta se hubiera tenido por cumplida.

Los trabajos a favor de la comunidad a que se refiere el artículo 24 de este ordenamiento, consistirán en actividades relacionadas con la protección al ambiente o la restauración de los recursos naturales.

Para los efectos a los que se refiere este artículo, el juez deberá solicitar a la dependencia federal competente o a las instituciones de educación superior o de investigación científica, la expedición del dictamen técnico correspondiente.

Las dependencias de la administración pública competentes, deberán proporcionar al ministerio público o al juez, los dictámenes técnicos o periciales que se requieran con motivo de las denuncias presentadas por la comisión de los delitos a que se refiere el presente Título.

Siempre que el procesado repare el daño voluntariamente sin que se haya resuelto dicha obligación por resolución administrativa, las punibilidades correspondientes a los delitos cometidos, serán las resultantes de disminuir en una mitad los parámetros mínimos y máximos contemplados en este Título.

#### A. Fracciones I a V. Penas adicionales

Con la salvedad de la fracción V anterior, las demás penas enlistadas no existen dentro del catálogo de penas y medidas de seguridad que establece el Código Penal Federal en el artículo 24, en tal sentido pudiera cuestionarse su constitucionalidad por dejar en un estado de inseguridad jurídica a cualquier persona al no saber qué pena le corresponderá por el delito que realice, pues tales penas no pueden

determinarse como “exactamente aplicables al delito de que se trate”, en términos del artículo 14 constitucional.

Adicionalmente, es clara la violación al principio *non bis in idem* pues se está sancionado dos, tres o más veces la misma conducta.

*B. 421, segundo párrafo. Trabajo a favor de la comunidad*

Nótese como esta pena no está prevista para ninguno de los tipos penales del título en estudio y tampoco en el listado que señala el artículo en comento, de ahí que tal pena no podrá imponerse en ningún caso; de hacerlo se violaría el *principio de legalidad*, el de *proporcionalidad* y el *non bis in idem*.

*C. 421, tercer párrafo. Aparente necesidad de dictamen técnico*

Si el efecto del artículo en comento es la imposición de las penas adicionales a las que marcan los tipos penales contenidos en el título en estudio, es claro que ante la violación a los artículos 14 y 23 constitucionales, nunca será necesario tal dictamen.

*D. 421, cuarto párrafo. Obligación de dependencias ambientales de colaborar con el Ministerio Público y el juez presentando los dictámenes respectivos*

Es irrelevante tal párrafo pues si tales dictámenes “se requieren”, es evidente y repetitivo que se tendrán que presentar para acreditar el cuerpo del delito. La inexistencia de este párrafo no afectaría en absoluto la persecución y sanción de los delitos que aquí se han tratado.

*E. 421, último párrafo. Atenuante*

La redacción de este párrafo deja mucho que desear, me explico. La primera oración genera la duda ¿si la obligación de reparar el daño ya ha sido resuelta por resolución administrativa, aunque repare el daño voluntariamente el inculpado, no operará la atenuante? La oración

intermedia, entre comas, y la final, sugieren que si se cometen varios delitos y de éstos, algunos no exigen un daño, a éstos también se les reducirá la pena en una mitad si se repara voluntariamente el daño del delito que si exige tal resultado, lo que no tiene sentido.

**2. Artículo 422. Caso en que el activo tenga calidad de garante**

Veamos lo que establece el artículo:

Artículo 422. En el caso de los delitos contra el ambiente, cuando el autor o partícipe tenga la calidad de garante respecto de los bienes tutelados, la pena de prisión se aumentará hasta en tres años.

El artículo en estudio señala que en los delitos contra el ambiente, si el autor o partícipe tiene calidad de garante respecto de los bienes tutelados, la pena de prisión se aumentará hasta en tres años. La posición de garante es relevante en los delitos de omisión para establecer la responsabilidad penal según el artículo 7 del CPF; en el título que nos ocupa únicamente tendrá aplicación la agravante que señala el artículo que se comenta, con relación al artículo 420 Quater V, pues es el único tipo penal de todo el título que puede actualizarse por omisión.

**3. Artículo 423. Eximente de responsabilidad**

Por último, se establece una excusa absolutoria en el último artículo del título en estudio, veamos.

Artículo 423. No se aplicará pena alguna respecto a lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 418, así como por la transportación de leña o madera muerta a que se refiere el artículo 419, cuando el sujeto activo sea campesino y realice la actividad con fines de uso o consumo doméstico dentro de su comunidad.

Es contradictoria la eximente en los artículos que señala pues el segundo párrafo del artículo 418 establece una agravante para el caso de que las conductas previstas en las tres fracciones del primer párrafo se lleven a cabo en un área natural protegida, agravante que

no es nulificada por la eximente prevista en el artículo 423 que se comenta pues expresamente señala únicamente la hipótesis del primer párrafo; sin embargo no hace la misma distinción respecto del 419, numeral que también tiene la agravante en cuestión en el segundo párrafo pero ésta sí queda excluida por la eximente pues el artículo en estudio no se refiere únicamente al primer párrafo como sí lo hace en el 418, lo que carece de toda lógica y resulta violatorio al *principio de proporcionalidad*. Adicionalmente el artículo 419 únicamente exime de responsabilidad a la conducta consistente en transportar, lo cierto es que en la práctica la gente de las comunidades rurales en donde se realiza tal conducta tiene una reserva de madera o leña para cubrir sus necesidades y tal acopio o almacenamiento no es abarcado por la eximente de responsabilidad, lo que también generará resultados contradictorios pues dichos sujetos no serán responsables por el transporte pero lo serán por el almacenamiento o acopio de la madera o leña. En este orden de ideas considero que tal eximente deberá abarcar tales conductas por analogía *in bonam partem*.

## VII. CAPÍTULO V. DISPOSICIONES COMUNES

### A LOS DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

Para finalizar, respecto de los artículos que conforman el título que se ha estudiado, se admite la comisión culposa con relación a los numerales 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 bis, fracciones I, II y IV.

Lo anterior parece sumamente arbitrario pues respecto del 414 todos los párrafos y no sólo el primero y el tercero, podrían realizarse culposamente; lo mismo puede de decirse del penúltimo párrafo del artículo 415; igualmente podría ser culposa la comisión de la conducta prevista en el artículo 418-I; también podrían ser culposos los delitos previstos en la fracción III del 420 bis y el 420 Ter por lo que hace a la liberación del organismo genéticamente modificado.

# PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (DERECHOS FUNDAMENTALES) EN EL DERECHO COMPARADO. ALGUNAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Ramón HERNÁNDEZ CUEVAS

## I. NOTA INTRODUCTORIA

En opinión de Covián Andrade, el estudio comparado de los sistemas de control de constitucionalidad representa un esfuerzo de investigación arduo y fecundo. El objetivo de cualquier sistema de control es siempre el mismo: verificar la constitucionalidad de los actos provenientes de los poderes públicos y en caso de constatar que ésta no existe, destruir los efectos del acto contrario a la Constitución.<sup>1</sup>

Lo que difiere entonces, de un sistema a otro, son los medios que cada uno emplea para lograr sus finalidades.

Los Estados constitucionales son aquellos que se fundamentan en el principio esencial de la regulación jurídica del poder político. Desde hace varios siglos la historia de las ideas políticas puede describirse en términos de una lucha entre detentadores del poder y destinatarios de él, en la que los segundos pretenden limitar objetivamente el ejercicio *du pouvoir politique* del que los primeros se han adueñado. Más de doscientos años han transcurrido desde el momento en que esa lucha interminable rindió sus primeros frutos.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, México, 2001, p. I.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. I.

En el Estado constitucional los conceptos –y las acciones que les son correlativas– de Constitución y poder político están indisolublemente ligados. La Constitución organiza, norma y delimita al poder público con fundamento en los principios de supremacía constitucional y legalidad. El poder sometido a la ley, y particularmente a la ley suprema, es la esencia del Estado constitucional de derecho.<sup>3</sup>

## II. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO COMPARADO

En esta parte abordaremos la interpretación de los principios en el derecho comparado; sobre valores supremos, como el derecho a la vida, la libertad, la intimidad, la salud, la libertad de expresión, etcétera, reflejados en las sentencias y la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales o quienes ejercen la interpretación terminal de la Constitución.

Los medios de defensa de la Constitución, según el derecho comparado, son diversos. Por una parte, tenemos el control difuso, vía de excepción o americano, y el control concentrado o austriaco. En el control difuso, la defensa de la Constitución se lleva a cabo por todos los tribunales, sin que exista un tribunal especializado, llamado tribunal o corte constitucional, como ocurre en el sistema de control concentrado.<sup>4</sup>

## III. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Acorde con la opinión dominante, resultan expresiones jurídicas de cierta vaguedad e imprecisión que no pueden concretarse en un concepto cerrado, más bien obedecen a esa parte del lenguaje “abierto” de la Constitución; empero, cuando hablamos de derechos fundamentales, es preciso delimitar a qué nos estamos refiriendo. En opinión de Miguel Carbonell, en términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección a los intereses

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>4</sup> Martínez Sánchez, Francisco, *La jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes, su aplicación erga omnes*, Porrúa, México, 2002, p. 44.

más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna, y siguiendo a Ernesto Garzón Valdés, se puede entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.<sup>5</sup>

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”; una disposición de este tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental. Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que aún no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado; mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto, que nos permitiría saber cuáles conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.<sup>6</sup>

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada, de una parte, por la titularidad de derechos que asigne una norma; así por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo sería del derecho al voto quien sea mayor de dieciocho años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente.

## IV. UNA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La clasificación que Ferrajoli considera más importante entre los derechos fundamentales se basa en la distinción entre los diversos tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales. En la terminología de este autor, podemos distinguir entre derechos *primarios*, que protegen sólo expectativas, y derechos *secundarios*, que protegen expectativas y poderes. Los derechos primarios, según protejan expectativas de omisión de interferencia de los demás, o bien expectativas de prestaciones por parte de otros,

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2005, p. 5.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 11.

dan lugar respectivamente a los derechos de libertad y a los derechos sociales. Los primeros son derechos negativos o de inmunidad entre los cuales se puede distinguir todavía “las simples *libertades de*, como derecho a la vida y la libertad personal, y *libertades para* (además de *libertades de*) como la libertad de prensa, de asociación y de reunión”. Los segundos son derechos como el derecho a la salud, educación o seguridad social. Los derechos secundarios consisten en los derechos de autonomía privada –los derechos civiles– y en los derechos de autonomía política –los derechos políticos– de los que el derecho al voto es el más característico.<sup>7</sup>

#### V. LA APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA GENERALIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando un juez constitucional decide sobre un recurso evalúa –en verdad– un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios.<sup>8</sup>

De hecho se suele considerar que el juez constitucional no sólo es intérprete y juez, sino también creador de normas jurídicas. Dicha condición se determina, en los casos de tutela indirecta de los derechos, bien reconociéndoles a las decisiones el valor vinculante del precedente, o bien extendiendo progresivamente la naturaleza vinculante de la parte dispositiva a la entera decisión, de manera que también los significados normativos contenidos en las *rationes decidendi* se convierten en obligatorios. Se considera, por ejemplo, el artículo 164.1 de la Constitución española, según el cual las sentencias del Tribunal constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley tiene plenos efectos frente

<sup>7</sup> Moreso, Juan José, “Sobre los conflictos entre derechos”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ed. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), Madrid, 2005, p. 161.

<sup>8</sup> Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales. Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 156.

a todos; pero sobre todo, el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional, según el cual:

La jurisprudencia de los tribunales de justicia que, recaída sobre las leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el tribunal constitucional, habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Por su parte, en los casos en que los tribunales constitucionales ejercen una defensa directa y plena de los derechos de la persona, su posición dentro del sistema de poderes y de relaciones con el ordenamiento judicial adquiere una particular caracterización; de hecho sus pronunciamientos en tema de derechos adquieren una eficacia general y una fuerza sustancial como precedente en las de los jueces comunes.

En cierto sentido, puede afirmarse que el derecho vivo está constituido no tanto por las disposiciones abstractas codificadas en los catálogos de las cartas constitucionales, como por las normas concretas que se deriven de la interpretación y de la aplicación concreta que los jueces constitucionales han dispuesto de dichas disposiciones.

#### VI. LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN

En el ámbito internacional se ha desarrollado lo que se denomina la “tercera generación” de derechos humanos, los denominados derechos de los pueblos, derechos solidarios o derechos colectivos de toda la humanidad, entre los cuales se encuentra el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, los cuales se han ido desarrollando en el último tercio del siglo XX.<sup>9</sup>

#### VII. LA LIBERTAD DE TRABAJO

Los derechos a la libertad de movimiento implican, bajo uno de sus aspectos, la libertad de trabajo, y bajo otro, implican también los derechos a la libertad de cambiar y de contratar.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 8.

<sup>10</sup> Spencer, Herbert, *La justicia*, trad. Pedro Forcadell, Ed. Heliasta, Argentina, 1978, p. 111.

### VIII. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CREENCIAS Y A LA LIBERTAD DE CULTOS

El derecho que aquí debe ocuparnos, es el de profesar una creencia, derecho que es un corolario del derecho a la libertad igual para todos. El hecho para una persona cualquiera de profesar una creencia, no implica atentado alguno a la profesión de las creencias de los demás.<sup>11</sup>

El derecho de profesar una creencia religiosa tiene por derecho concomitante el de manifestar su creencia por los actos del culto, cuando pueden realizarse sin infracción de los derechos de los demás hombres y sin infracción del desenvolvimiento de sus ideas. La justicia se opone a toda intervención, mientras los creyentes no perturben a sus vecinos, como ocurre con los toques de las campanas intempestivos y prolongados en algunos países católicos y con las ruidosas procesiones del ejército de salud, que por una vergonzosa debilidad se tolera aún. Las personas que profesan creencias religiosas diferentes a las de la mayoría, así como de las que no profesan ninguna, deben tener libertad de tomar parte en el culto que tengan por conveniente, o bien de no tomar parte en ninguna.<sup>12</sup>

La libertad religiosa abarca tres aspectos: la libertad de conciencia o pensamiento, la libertad de cultos y la libertad de expresión religiosa.<sup>13</sup>

En cierto modo, la libertad de conciencia y pensamiento, en tanto no se exteriorizan, quedan fuera de la órbita del derecho. No obstante, está dentro del ámbito de la protección constitucional el derecho a no ser obligado a exteriorizar sus creencias religiosas.

La libertad religiosa implica como presupuesto básico que nadie puede ser obligado a obrar contra sus creencias religiosas. Inversamente el Estado no puede prohibir que las personas actúen de acuerdo con sus convicciones religiosas en tanto estas acciones no perjudiquen a terceros.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Spencer, Herbert, *La Justicia*, op. cit., p. 115.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>13</sup> Colautti, Carlos E., *Derechos humanos constitucionales*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1999, p. 125.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 125.

### IX. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es una de las condiciones esenciales de cualquier régimen democrático; en otras palabras, la libertad de expresión es condición necesaria (aunque no suficiente, desde luego) para que se pueda considerar que en un determinado país hay democracia.<sup>15</sup>

La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una "racionalidad discursiva" (Habermas), que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios), como los acuerdos.<sup>16</sup>

Respecto a la institución de la opinión pública, el Tribunal constitucional español sostuvo en una de sus primeras sentencias que sin una comunicación pública libre "quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra", reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (sentencia 6/1981).<sup>17</sup>

En otro pronunciamiento, el mismo tribunal califica a la opinión pública como una institución política esencial, "indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático" (sentencia 12/1982).

El juez William Brennan —uno de los jueces más brillantes de toda la historia de la Corte Suprema norteamericana y uno de los mejores defensores de la libertad de expresión— supo avanzar una significativa reflexión al respecto. Sostuvo:<sup>18</sup>

Los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan

<sup>15</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 372.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 371.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>18</sup> Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta, el primer derecho*, Ed. Ad-hoc, Argentina, 2005, pp. 30 y 31.

la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para (expresar sus ideas) a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos.

Este dato, nos enseñaba Brennan —debía ser tenido muy en cuenta por la justicia, a la hora de fundar sus decisiones—. Notablemente, el juez de la Corte sostenía esta opinión en defensa de un grupo de manifestantes que, justamente, eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en la ciudad.

#### X. EL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud (o su protección) es uno de los derechos sociales por antonomasia. Se trata de un derecho complejo que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado; se puede decir en este momento que el derecho a la salud tiene un carácter prestacional en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos. Por ejemplo, a partir del derecho a la salud, corresponde al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; esto es lo que se llama “el derecho a la atención o asistencia sanitaria”.<sup>19</sup>

También el derecho a la salud genera, como sucede con todos los derechos sociales, la obligación del Estado de preservar el bien jurídico protegido por la Constitución, es decir, la salud; tal protección supone la obligación del Estado de abstenerse de dañar la salud, que es una obligación negativa; de la misma manera, hace nacer la obligación —positiva— de evitar que particulares, grupos o empresas la dañen.<sup>20</sup>

El derecho a la salud como un derecho fundamental, tiene al menos las siguientes tres características:<sup>21</sup>

La universalidad; derivada conceptualmente del carácter de derecho fundamental de la protección a la salud, es recogida también normativamente

<sup>19</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 813.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 814.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 815.

por vía directa del texto constitucional, al designar como sujeto de derecho a “toda persona”.<sup>22</sup>

La equidad, implica que los servicios sanitarios públicos sean financiados principalmente por impuestos y no por el pago de cuotas de los usuarios, salvo de aquellos que tengan capacidad económica suficiente.<sup>23</sup>

Finalmente, la calidad es un requisito tanto de la existencia misma del sistema comprendido globalmente (puesto que no sirve de nada un sistema sanitario que opere en pésimas condiciones de calidad, lo que puede llevar incluso no a la protección de la salud, sino como seguridad a su empeoramiento), como un elemento para alcanzar un mínimo de igualdad entre quienes tienen acceso a servicios públicos de salud y de quienes lo hacen a servicios privados.<sup>24</sup>

#### XI. EL DERECHO A LA SALUD Y A LAS PRESTACIONES DE SALUD

El “derecho a la salud” admite dos aspectos diferentes. El primero hace referencia a que la salud es un bien jurídico privado que integra la esfera íntima del sujeto. Como tal, el derecho a la salud constituye un derecho negativo, en el sentido de que impide que alguien pueda avasallar, salvo con el consentimiento de su titular o una causa legitimada por el ordenamiento jurídico. La violación de ese derecho a la salud da lugar a la tutela preventiva y resarcitoria. El segundo aspecto es mal llamado “derecho a la salud”, ya que en realidad se trata de un derecho a prestaciones de salud; a diferencia del anterior es una pretensión positiva contra el Estado o aquellos a quienes éste ha encomendado el cumplimiento.<sup>25</sup>

El principal problema en este segundo aspecto consiste en dilucidar el contenido y la extensión de la pretensión positiva. Naturalmente, no significa que algún sujeto tenga un derecho a la salud en sentido literal, puesto que ella es algo que no puede perseguirse de modo absoluto, dado que todos los humanos mueren. La pretensión en grado absoluto es incompatible con la naturaleza humana, por lo menos actual.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 815.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 815.

<sup>24</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 816.

<sup>25</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina 1997, p. 131.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 132.



La salud, siendo un objetivo relativo, admite numerosos grados en los que tienen una gran participación el individuo, la sociedad, el Estado. En consecuencia, el ordenamiento jurídico define la extensión del derecho a la salud, en cada caso, en relación con lo que el sujeto obligado puede dar. En cuanto a la extensión, el derecho no obliga al Estado a evitar la muerte ni a lograr el completo bienestar sino a dar prestaciones de salud integrales, igualitarias, humanitarias conforme a la ciencia médica vigente, tendentes a la curación del sujeto.<sup>27</sup>

En este sentido el Estado no tiene obligación de curar y de lograr la salud pero sí de dar prestaciones médicas. Así, el Estado puede delegar esta función.

## XII. LA SALUD COMO PRINCIPIO JURÍDICO: EFECTOS

La salud es un principio jurídico. Las diversas normas que lo mencionan, lo hacen como algo inacabado, como un objetivo a alcanzar, como una optimización de la conducta humana que regulan.<sup>28</sup>

La salud no es una garantía de no enfermar. Cuando se trata a la salud como principio jurídico, vemos en qué medida es una aspiración a no enfermar, a mantener la integridad psíquico-física del sujeto. En un nivel fáctico, este objetivo depende del grado de desarrollo de la ciencia médica, de la conducta de los pacientes, de la organización de la prestación médica y de decisiones políticas del Estado. Nada de ello se relaciona directamente con el principio jurídico. La salud como mandato de optimización se relaciona con la norma jurídica y no con el nivel material de realización.<sup>29</sup>

## XIII. LA SALUD COMO OBJETIVO NORMATIVO

La salud como objetivo normativo tiene funciones que son las que poseen todos los principios jurídicos, pero especificadas en relación con este caso particular. En este sentido cabe destacar las siguientes:<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>30</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., pp. 135 y 136.

- *Función integrativa*: el principio es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento. Cuando en el contrato médico existe un contenido implícito, no declarado por las partes, el mismo debe ser integrado. De acuerdo con el principio que venimos estudiando, las conductas no expresas, los contenidos no dispuestos, deben ser integrados conforme a la búsqueda de la salud como principio.
- *Función interpretativa*: el principio ayuda a orientarse en la interpretación correcta, adecuándola a los valores fundamentales. En el contrato médico esta función es decisiva frente a cláusulas ambiguas que pueden desnaturalizar la búsqueda de la salud.
- *Función finalística*: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios, de política legislativa. En las obligaciones que se suelen calificar como de medios, la existencia de un principio como mandato de optimización ordena a las partes comportarse en el sentido de la búsqueda de la curación, aunque no se logre.
- *Función delimitativa*: el principio pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores, a las bruscas oscilaciones de las reglas. En el caso de la salud, suele haber colisiones entre disposiciones contractuales orientadas comercialmente y otras guiadas por la satisfacción de la salud; esa colisión puede ser resuelta en el sentido indicado por el principio, en el grado que lo permita.
- *Función fundante*: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas. Muchos casos derivan de "la salud" decisiones prácticas, concretizando el principio.

## XIV. LA IGUALDAD

En el estado actual del derecho a la vida en plenitud supone la igualdad, la libertad, y la dignidad. Éstos son los fundamentos básicos sobre los que se construye la convivencia de la sociedad y los ordenamientos jurídicos. El concepto de igualdad fue una de las ideas-

fuerza de la Revolución Francesa y desde ahí se expandió por todo occidente. Podemos advertir que en un primer momento el concepto de igualdad se circunscribió a la igualdad ante la ley. Sólo después de la Segunda Guerra Mundial el concepto comenzó a implicar la igualdad de oportunidades que presupone acciones positivas por parte del Estado, hoy el nuevo nombre de la igualdad, es la no discriminación.<sup>31</sup>

La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley, pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa, por ejemplo, que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las normas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden.<sup>32</sup>

#### XV. DESIGUALDAD Y TRATO DISCRIMINATORIO

Los distinguos son inconstitucionales cuando son arbitrarios, y son arbitrarios cuando son discriminatorios. ¿Cuándo hay discriminación?

Uno de los criterios para distinguir la discriminación es el fundamento de la desigualdad: si se basa en el sexo, la religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, raza, posición económica o caracteres físicos. Otro es comparar la situación con otra alternativa. Se ha señalado que hay una igualdad esencial si, y sólo si, un tratamiento desigual fuera arbitrario.<sup>33</sup>

Por esta razón, la regla de la igualdad se puede formular en términos negativos: es la prohibición contra un trato arbitrario. Se conforma así una norma fundamental de función delimitativa de las distinciones legítimas en el ordenamiento jurídico.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta, el primer derecho*, op. cit., p. 19.

<sup>32</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 263.

<sup>33</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., p. 159.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 159.

Cualquier distingo que se establezca debe demostrar que hay una razón suficiente para establecerlo y que no importa un trato discriminatorio.<sup>35</sup>

#### XVI. EL DERECHO A LA VIDA

Hay valores jurídicos que no necesariamente se corresponden con uno o más derechos, no obstante lo cual la Constitución está en condición de depararles protección porque siempre y en general —como principio— los valores jurídicos guardan alguna relación, aunque sea mediata y remota con los derechos.

La vida humana es uno de esos valores que necesita desde su inicio la protección constitucional.

Es posible admitir, sin incurrir en contradicción o en falta de racionalidad, que en una breve etapa primeriza de la vida humana en gestación el ser vivo no es todavía una persona y, por ende, no titulariza un “derecho” a la vida; pero aun así su vida como valor debe disfrutar de plena tutela constitucional, pues hay relación suficiente con el futuro “derecho” a la vida que titularizará ese ser cuando, persiguiendo su desarrollo naturalmente biológico, alcance la entidad ontológica y jurídica de su personalidad (o sea, cuando sea persona); a partir de allí, coincidirán la vida humana como valor y el derecho a la vida de la persona por nacer.<sup>36</sup>

El derecho a la vida será ontológicamente tal cuando haya un ser cuya individuación dé origen a una persona susceptible de ser sujeto activo titular de tal derecho, con lo que dejamos en claro que el deber jurídico de proteger la vida es capaz de adelantarse temporalmente al derecho a la vida, desde que en la vida hay un valor aunque a veces no quepa detectar un derecho.<sup>37</sup>

#### XVII. LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD

*Concepto.* La Declaración de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948, art. 12) expresa: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia,

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>36</sup> Bidart Campos, Germán, *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Ed. Ediar, Argentina, 1999, pp. 78 y 79.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 82.

su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (art. 11, incs. 2o. y 3o.) dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a la honra o reputación. El artículo 1071 bis del Código Civil dice que viola la intimidad "el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad".<sup>38</sup>

#### XVIII. EL DERECHO A SER DIFERENTE

Con los fundamentos dados, el derecho a ser diferente es una especie de los derechos fundamentales. Se ubica en la esfera íntima de la persona, en tanto es un ámbito donde hay libertad para obrar, sin posibilidad de censura. No es posible su invocación cuando esta diferencia afecta a terceros, ya que ingresamos en el ámbito de la esfera privada, en el que rigen otros principios.<sup>39</sup>

El derecho a ser diferente importa entonces la posibilidad de autodefinir la vida íntima conforme a los criterios del titular. No hay parámetros externos, no hay estándares homogéneos, es el titular quien puede definir cómo vive y asumir las consecuencias que ello tiene para su propia vida.<sup>40</sup>

Este derecho a la autorregulación de la vida íntima le confiere al titular una imagen propia, una identidad.<sup>41</sup>

#### XIX. ALEMANIA

##### XX. INSTITUCIONES POLÍTICAS DEL ESTADO ALEMÁN

Los órganos federales alemanes son los siguientes:

1. Der Bundespräsident.  
El presidente de la federación.

<sup>38</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., p. 231.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 253.

2. Die Bundesregierung  
El Gobierno Federal.
3. Der Bundestag  
La Cámara de Representantes federal.
4. Der Bundesrat  
La Cámara de Representantes de los Lander o Consejo Federal.
5. Die Oberste Gerichtshofe  
Las Altas Cortes Federales.
6. Das Bundesverfassungsgericht  
El Tribunal constitucional federal.<sup>42</sup>

#### XXI. DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

El Tribunal constitucional federal alemán es tal vez la institución más importante del Estado. Tiene su razón de ser esencial en la expresión de voluntad que estructura políticamente al Estado como un *Rechtsstaat* (Estado de derecho). Siendo *das Grundgesetz* (Ley Fundamental) un conjunto de normas superiores, constituye la base jurídica vinculante de la vida política y social. Todos los órganos del Estado, federales y locales, así como sus titulares están sometidos a ella. Cada uno de los actos de estos órganos debe respetar sus términos y no contradecirla.<sup>43</sup>

La Constitución de 1949 establece una jurisdicción especial y exclusiva, para los casos en que ese Estado de constitucionalidad se ve amenazado por el ejercicio anticonstitucional del poder político. Esa jurisdicción constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) compete al *Bundesverfassungsgericht*. Este órgano, sito en *Karlsruhe*, tiene como misión fundamental la vigilancia del respeto y de la observancia de la Constitución.

Este tribunal representa el medio más importante para lograr *der Schutz der Verfassung* (la defensa de la Constitución). El concepto de protección o defensa de la ley fundamental, ampliamente explorado y desarrollado en la teoría constitucional alemana, tiene una clara

<sup>42</sup> Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit., p. 114.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 120.

aplicación en la *Grundgesetz* de Bonn. La protección de la Constitución puede intentarse a través de diversos medios jurídico-políticos.<sup>44</sup>

## XXII. ESTATUS JURÍDICO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIÓN Y ELECCIÓN (DOS SALAS)

El Tribunal constitucional federal es, según el artículo 1 de la Ley del Tribunal constitucional federal, un tribunal de la federación autónomo e independiente frente a todos los restantes órganos constitucionales. Hasta qué punto es autónomo, se muestra, entre otras cosas, en que la posición jurídica de sus jueces está regulada separadamente de la de los restantes jueces y en que tienen un presupuesto individual autónomo en el presupuesto de la federación.<sup>45</sup>

La composición del Tribunal constitucional federal resulta del artículo 94 de la Ley Fundamental y de la Ley del Tribunal constitucional federal. El Tribunal constitucional federal se divide, conforme a ello, en dos salas, cada una de ellas con ocho miembros, se le designa gratamente como "Tribunal gemelo", porque las dos salas coexisten con igualdad de rango e independencia. Tres jueces de cada sala son elegidos de entre los jueces de los tribunales supremos de la federación (por ejemplo, del Tribunal Federal o del Tribunal Federal Social).<sup>46</sup>

La duración del mandato de los jueces es de doce años quedando excluida la reelección. Todos los jueces constitucionales federales deben haber cumplido los cuarenta años. No pueden compatibilizar su actividad judicial con ninguna otra actividad profesional que la de profesor de derecho en una universidad alemana, compatibilidad ésta que expresa una vinculación afortunada de la ciencia del derecho constitucional y la jurisprudencia constitucional, y también es utilizada en cuanto que algunos jueces del Tribunal constitucional federal eran antes catedráticos y han seguido siéndolos.<sup>47</sup>

En primer lugar nos referiremos a la interpretación efectuada por el Tribunal constitucional federal alemán acerca de tres derechos

<sup>44</sup> Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit., p. 120.

<sup>45</sup> Häberle, Peter, *El Tribunal constitucional como tribunal ciudadano. El Recurso constitucional de Amparo*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Fudap, México, 2005, p. 54.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>47</sup> *Idem*.

fundamentales, realizada en igual número de fallos, en este caso, la libertad de opinión (equivalente a la libertad de expresión en nuestro derecho), la libertad artística y sobre el recurso de amparo.

Me parece que una importante labor del Tribunal alemán ha sido la tendencia de que la función jurisdiccional constitucional no solamente debe propender a ejercer una función restrictiva y reguladora de la actividad legislativa, sino la de amalgamar los derechos fundamentales y vincularlos al proceso de transformación social.

## XXIII. SENTENCIA SOBRE LA LIBERTAD DE OPINIÓN (EXPRESIÓN)<sup>48</sup>

### 1. Pretensión de la parte inconforme

El respeto a su derecho sobre la libertad de opinión.

### 2. Argumentos en juego

Un tribunal estatal prohibió al recurrente la emisión de expresiones con las cuales pudiera influir sobre otros para unirse a su opinión y abstenerse de asistir a la proyección de una película en donde aparecía un determinado productor (Harlan). La finalidad era inhibir la asistencia a la proyección de ver películas. El Tribunal estatal había declarado que la invitación era ilegal y fundamentó su sentencia en el hecho de que las expresiones del recurrente, de conformidad con el 826BGB, se consideraban como *una actuación indebida en contra de la demandante, y les reconoció a éstas, con base en la disposición del Código Civil, un derecho a que cesaran las opiniones del demandado*.

La sentencia del Tribunal Estatal se estimó restrictiva de la libertad de opinión del recurrente. Se determinó que la misma podía violar el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el artículo 5, número 1, frase 1 LF, sólo cuando el contenido de las disposiciones

<sup>48</sup> Schawe Jurgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, Colombia, 2003, pp. 132-137. Esta sentencia y las subsecuentes sobre diversos casos resueltos por la Corte Suprema norteamericana, se tomaron de la obra en cita, para ser adecuadas a la estructura necesaria para su análisis.

civiles aplicadas, se encuentra influenciado por los derechos fundamentales, de modo tal que no requerían ser invocados en la sentencia.

### 3. Objeto de análisis

Si en este caso, las normas de derecho civil en las cuales se fundamentó el tribunal inferior para ordenar el cese de las invitaciones del recurrente, estaban acordes con la Ley Fundamental alemana.

### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que, como decisión constitucional fundamental, es válida para todas las esferas del derecho.
2. En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales.
3. El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. El Tribunal constitucional federal examina las sentencias de los tribunales civiles sólo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores de derechos.
4. Las disposiciones de derecho civil también pueden ser “las leyes generales” en el sentido del artículo 5, núm. 2, de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión.
5. Las “leyes generales” para el Estado democrático libre, deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión.
6. El derecho fundamental del artículo 5 de la Ley Fundamental protege no sólo la expresión de una opinión como tal, sino

también los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión.

7. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del 826 BGB; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión *al ponderar* todas las circunstancias del caso.

## XXIV. SENTENCIA SOBRE LA LIBERTAD ARTÍSTICA<sup>49</sup>

### 1. Pretensión de la parte inconforme

Su respeto a la libertad artística consagrada en la Constitución federal alemana.

### 2. Argumentos en juego

El recurso de amparo promovido se dirigió en contra de una prohibición obtenida por el hijo adoptivo y único heredero del actor y director artístico, Gustaf Gründgens, para no reproducir, distribuir ni publicar el libro *Mephisto Roman einer Karriere*, del autor Klaus Mann.

El autor, quien en 1933 había abandonado Alemania, publicó la novela en 1936 en la Editorial Querido, en Amsterdam. Luego de su muerte en 1946, la novela se publicó en la Editorial Aufbauverlag, en 1956, en Berlín Oriental.

La novela describe el ascenso del talentoso actor Hendrik Höfgen, quien se desdice de sus convicciones políticas y abandona todo vínculo humano y ético, para, en un pacto con los detentadores del poder en la Alemania nacionalsocialista, hacer una carrera artística. La novela presenta los presupuestos síquicos, espirituales y sociológicos, que hicieron posible ese ascenso; el actor Gustaf Gründgen sirvió como modelo para dar figura a Hendrik Höfgen.

El artículo 5, núm. 3, frase 1, de la Ley Fundamental, declara el arte, junto a la ciencia, la investigación y la enseñanza, como libre.

<sup>49</sup> El extracto de la sentencia fue tomado de la obra de Schawe Jurgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, Colombia, 2003, pp. 174-177.

Con esta garantía de la libertad contempla el artículo 5, núm. 3, frase 1, de la Ley Fundamental, en redacción y contenido, en principio, una norma de principios, objetiva, que reglamenta directamente la relación del campo artístico con el Estado. Del mismo modo, la disposición le garantiza el derecho a la libertad a todo aquel que ejerza su actividad en este campo.

El ámbito de la vida "artística" se debe determinar a través de sus características estructurales propias, marcadas por la esencia.

### 3. Objeto de análisis

La decisión sobre si los tribunales en el caso que llevaron a cabo, entre la esfera de la personalidad del fallecido Gustaf Gründgen y de su hijo adoptivo, en realidad ponderaron el contenido de la libertad artística protegida mediante el artículo 1, núm. 1, de la Ley Fundamental.

### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. El artículo 5, núm. 3, frase 1, de la Ley Fundamental, es una norma de principios, que regula las relaciones del ámbito artístico en el Estado y garantiza, además, una libertad individual.
2. La garantía de la libertad artística concierne no sólo a la actividad artística, sino también a la presentación y difusión de las obras de arte.
3. Un editor puede invocar igualmente el derecho a la libertad artística.
4. Para la libertad artística no son válidas las restricciones del artículo 5, núm. 2, de la Ley Fundamental, ni las del artículo 2, núm. 1, de la Ley Fundamental.
5. Un conflicto entre la garantía de la libertad artística y la esfera de la personalidad protegida constitucionalmente, se debe solucionar de acuerdo con los criterios del orden de valores de los derechos fundamentales; en este contexto se debe tener en cuenta de manera especial la dignidad humana, garantizada en el artículo 1, núm. 1, de la Ley Fundamental.

## XXV. SENTENCIA SOBRE EL RECURSO DE AMPARO<sup>50</sup>

### 1. Pretensión de la parte inconforme

La protección del derecho fundamental a la libertad de fijar domicilio y residencia de los extranjeros dentro del territorio federal alemán, al igual que los ciudadanos de ese país, y el principio de proporcionalidad.

### 2. Argumentos en juego

La posibilidad de restringir la permanencia de ciertos extranjeros (árabes) en el territorio alemán, y el derecho de expulsión de las autoridades alemanas, frente al derecho del domicilio de los extranjeros.

### 3. Objeto de análisis

La protección del derecho fundamental de los extranjeros en el caso de la ejecución inmediata de una orden de expulsión y su examen en el proceso.

### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. El artículo 10, núm. 1, de la Ley de extranjería no viola el principio del Estado de Derecho.
2. La protección jurídica garantizada en el artículo 19, núm. 4, de la Ley Fundamental, se aplica plenamente a los extranjeros.
3. En lo que respecta a la garantía de la protección jurídica de la Ley Fundamental, los requisitos para la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión, por interés público, no pueden ser menos estrictos que los requisitos que sirven para motivar la expulsión misma; más aún, debe existir un interés público especial de que se lleve a cabo una ejecución inmediata.

<sup>50</sup> El extracto de la sentencia fue tomado de la obra de Schawe Jurgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, Colombia, 2003, pp. 339-342.

4. En el caso de la ponderación ordenada entre el interés público por una ejecución inmediata y el interés privado del extranjero de permanecer por más tiempo en el país, se debe tener en cuenta que la ejecución inmediata de una orden de expulsión del extranjero, puede obstaculizar su persecución en el proceso principal.

5. Si mediante la ejecución inmediata de las expulsiones se dan los presupuestos para su revisión judicial, entonces, para las autoridades y los tribunales administrativos, existe el deber de acelerar el proceso principal. De lo contrario, la orden justificada de una expulsión inmediata puede también ser inconstitucional.

6. El artículo 6, núm. 1, en concordancia con el artículo 3, núm. 2, de la Ley Fundamental, ordena que el interés público en la ejecución inmediata de una expulsión tenga en cuenta el interés del cónyuge alemán.

## XXVI. ESPAÑA

### XXVII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN

El tribunal constitucional español está formado por doce miembros, que son nombrados por el rey a propuesta de las cortes, del gobierno y del Poder Judicial; concretamente, dos a propuesta del gobierno; dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y cuatro a propuesta del Congreso, para la que se precisará una votación favorable en sesión plenaria de tres quintos de la cámara y otros cuatro a propuesta del senado; la misma mayoría se requiere para prosperar la propuesta. El periodo de permanencia como magistrado del Tribunal constitucional es de nueve años; los miembros del tribunal se renuevan cada tres años, y por bloques de cuatro magistrados cada vez, éstos permanecen en sus cargos hasta que se produce el relevo.<sup>51</sup>

El Tribunal constitucional español implica no sólo un control jurisdiccional, al modo de la clásica “*judicial review*” o revisión judicial americana, sino que también resuelve los conflictos entre los

<sup>51</sup> Martínez Sánchez, Francisco, *La jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de leyes*, op. cit., p. 49.

órganos superiores del Estado, y los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas, o entre éstas, y es el vigilante y encargado de hacer cumplir a los órganos del Estado y a los ciudadanos el orden fundamental de los valores ínsitos en la Constitución.<sup>52</sup>

El Tribunal constitucional juzga con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas que hacen referencia a las limitaciones constitucionalmente establecidas al poder, al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran el Estado y son, en consecuencia, controversias que pueden tener matices políticos, en cuanto que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituyen el núcleo de la política.<sup>53</sup>

Incumbe al Tribunal constitucional señalar el contenido de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.<sup>54</sup>

La libertad, como derecho de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, como señala el texto constitucional en su artículo 10, es fundamento del orden político y de la paz social y se desarrolla en el Capítulo 2, del Título 1, comprensiva de las siguientes modalidades: la libertad ideológica y religiosa (artículo 16), la libertad personal (artículo 17), la libertad de residencia y domicilio (artículo 19), la libertad de expresión (artículo 20), la libertad de enseñanza (artículo 27), la libertad de sindicación (artículo 28), y la libertad de empresa (artículo 38).

El valor de la justicia se muestra en el Título Preliminar de la Constitución y los postulados de justicia tienen también aplicación en el orden socioeconómico, dentro de los principios rectores de la política social y económica (Capítulo 3, Título I, artículos 39-52) y del Título VII relativo a la economía y hacienda (artículos 128-136).

El valor de la igualdad, referido en el Título Preliminar, se consagra de modo explícito, en el artículo 14 de la Constitución, como derecho fundamental, incumbiendo, de conformidad con el artículo 9.2, a los poderes públicos su promoción, en forma semejante a la cláusula de transformación, prevista en el artículo 3 de la Constitución italiana.

<sup>52</sup> González Rivas, Juan José, *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal constitucional español: 1981-2000*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 56.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 57.

El valor del pluralismo político se desarrolla en el artículo 6 de la norma fundamental que constitucionaliza los partidos políticos y se complementa con el pluralismo sindical del artículo 7.

Estos principios previstos en el Título Preliminar de la Constitución, fijan las directrices cuya interpretación desarrolla el Tribunal constitucional y constituyen los valores propugnados en la forma de un Estado social y democrático de derecho, sin entrar en la polémica sobre si esos valores son reflejo de una concepción del Estado liberal de derecho (tesis centrista), o entrañan la esencia del socialismo democrático (tesis socialista).

#### XXVIII. FISCALIZACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA NORMA APLICABLE Y APLICADA

En principio, se siente inclinación a entender que, efectivamente, el Tribunal constitucional (cuando revisa la elección de las normas aplicables), sobrepasa en esos casos la frontera de su poder, porque la elección o determinación de la norma o normas aplicables en un caso, para resolver sobre el fondo o para decidir una cuestión procesal parece pertenecer en exclusiva al núcleo esencial de la jurisdicción ordinaria y, sobre todo, porque el Tribunal constitucional debiera limitarse a fiscalizar el juicio jurisdiccional que realmente se ha producido, limitándose, por tanto, a revisar si, al aplicar la norma o normas consideradas aplicables, los Tribunales Ordinarios han conferido a esas normas –las elegidas como aplicables y efectivamente aplicadas– un sentido contrario al que hubiera debido dársele en virtud de preceptos constitucionales relativos al derecho fundamental o libertad pública pretendidamente vulnerados.<sup>55</sup>

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional español, define al Tribunal como el intérprete supremo de la Constitución.

Es claro que el Tribunal constitucional español *es un órgano de garantía* de la Constitución, al que corresponde la función de hacer valer ésta frente a todos los poderes constitucionales. Su establecimiento significa garantizar la supremacía real de la Constitución y

<sup>55</sup> Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez-Picazo Giménez, *Tribunal constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1996, p. 20.

poner fin al dogma decimonónico de la omnipotencia de la ley, al resultar ésta sometida a un control jurisdiccional que garantiza que no traspasa los múltiples límites que sobre la ley impone la norma fundamental.<sup>56</sup>

#### XXIX. CUALIDAD DE ÓRGANO CONSTITUCIONAL

El Tribunal constitucional tiene el rango de órgano constitucional, como lo reconoce expresamente el artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional; la primera consecuencia de esta calificación es la *posición suprema* del Tribunal constitucional en el ordenamiento, que implica su independencia frente a todos los demás poderes y una serie de prerrogativas que constituye un verdadero *ius commune*, que debe ser reconocido por todos los órganos constitucionales, y al que los mismos tienen derecho.

En el plano presupuestario, el Tribunal debe elaborar sus propias propuestas que se elevan por el gobierno al Parlamento.

También es importante la condición de paridad a efectos de protocolo y del trato debido a los magistrados del Tribunal en actos oficiales.<sup>57</sup>

A continuación citaremos dos fallos emitidos por el Tribunal constitucional español, en lo relativo a la igualdad y no discriminación laboral, así como la libertad de expresión.

#### XXX. SENTENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE NACIONALIDAD<sup>58</sup>

STC 5/2007, de 15 de enero de 2007. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, dictada el quince de enero de dos mil siete.

<sup>56</sup> Jorge Rodríguez-Zapata, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 234.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>58</sup> Los fundamentos esenciales de la sentencia se tomaron de la página electrónica de la Gaceta del Tribunal constitucional español, <http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia.shtml>, en la cual se puede ver el texto completo.



Como antecedente del caso, se pueden citar, las recurrentes de nacionalidad española, que en su calidad de profesoras del Liceo Científico Estatal Italiano Enrico Fermi, de la Escuela Estatal Italiana en Madrid, formularon demanda sobre reclamación de derecho y cantidad contra el Consulado General de Italia y la Escuela Italiana en Madrid, en la que solicitaban, entre otras cuestiones, el reconocimiento de su derecho a percibir la misma retribución que los profesores de nacionalidad italiana que prestaban sus servicios para la demandada. La demanda inicial fue desestimada de origen; en contra de esa sentencia, se interpuso recurso de suplicación por ambas partes, que también fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de octubre de 2003, en la que, tras realizar una síntesis de la doctrina constitucional en materia de discriminación, se concluyó diciendo: "Es evidente que existe una distinta remuneración entre los profesores de la Escuela Estatal Italiana de Madrid, pero ello no entraña discriminación alguna pues la situación y estatus personal de los profesores italianos es distinta y diferente de la de los profesores españoles, y por ello, al no ser iguales las situaciones, no existe discriminación".

### 1. Pretensión de la parte inconforme

Tutela de los derechos de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad prevista en el artículo 14 de la Constitución española y el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el diverso artículo 24.1 de la misma norma máxima.

### 2. Argumentos en juego

La vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución española a las Sentencias de 24 de marzo de 2003 del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid y de 28 de octubre de 2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por negar la discriminación retributiva denunciada en relación con el personal docente de nacionalidad italiana. Señalaron que la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la Constitución española supone la interdicción de diferencias de trato basadas en la nacionalidad y que la misma también se recoge en el artículo 12 del Tratado de la Unión

Europea en relación con lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 39 del mismo Tratado, que establece el aseguramiento de la libre circulación de trabajadores y la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

### 3. Objeto de análisis

Respecto al principio de igualdad en materia retributiva, el Tribunal había sostenido que el artículo 14 de la Constitución española no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tuviera un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad (SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2; o 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3, entre otras).

### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. No toda desigualdad de trato supone una infracción al artículo 14 de la Constitución española, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.
2. En la medida en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora *del principio de igualdad*.
3. Como con acierto lo sostuvo el Fiscal, las alegaciones de la parte demandada para justificar la disparidad salarial, acogidas por las sentencias impugnadas, resultaron inadmisibles para negar la lesión constitucional denunciada, pues ninguna de

las razones ofrecidas para fundamentar la diferencia de trato salarial es relevante para justificarla.

4. Resulta inadmisibles que la diferencia retributiva cuestionada pueda ampararse en el caso de autos en las facultades directivas de la demandada sobre la base de que el principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones laborales le ofrece un margen para el establecimiento de las retribuciones de sus trabajadores siempre que respete los mínimos impuestos legal y convencionalmente.
5. Conforme con la reiterada doctrina constitucional, aunque en el ámbito laboral el principio de igualdad de trato puede quedar matizado como consecuencia de la vigencia del mencionado principio, resulta preciso que la diferencia de trato no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores y, en este caso, no había quedado justificado con la motivación adecuada que el trato retributivo distinto deparado a las recurrentes tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española o, lo que es lo mismo, no coincidente con la de la empresa empleadora.
6. La diferencia retributiva alegada por las recurrentes resultaba desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración, por tanto, del artículo 14 de la Constitución española, lo que determina la procedencia del pronunciamiento previsto en el artículo 53 a LOTC.

En consecuencia, se declaró el otorgamiento del amparo por la vulneración del derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución española y la procedencia de la nulidad de las sentencias del Juzgado y la Sala precedentes, por la discriminación salarial por razón de nacionalidad.

#### XXXI. SENTENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN<sup>59</sup>

STC 151/2004, de 20 de septiembre de 2004. Como antecedentes relevantes del caso, se citan los siguientes; el demandante del amparo

<sup>59</sup> La sentencia se tomó de la página electrónica de la Gaceta del Tribunal constitucional español, cuya dirección es: <http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia.shtml>.

es periodista y prestaba sus servicios para el periódico *El Norte de Castilla* y como profesor de la Facultad de periodismo de la Universidad de SEK de Segovia desde el 1 de octubre de 1999.

El actor publicó un artículo denominado “Pesadillas sin fin”, en donde se refirió a los despidos injustificados de varios profesores, los cuales ponían en duda el prestigio de la institución, entre ellas, la de un profesor de nombre Carlos Díaz Güell, por negarse a interferir en un proceso electoral; asimismo, se cuestionaba: ¿cómo era posible poner en riesgo el crédito académico y económico de una universidad por la sospecha de que dos profesores –Ángel Vilches y Manuel Sesma– se habían presentado a unas elecciones sindicales para perpetuarse en el puesto de trabajo? Y lo peor es que la sospecha tenía un indemostrable fundamento, pues cuando dichos profesores se presentaron a las elecciones en marzo de 2000 nada les hacía temer por su continuidad: contaban con la plena confianza académica de su decano y se encontraban entre los mejor valorados por los alumnos de su facultad.

El 14 de agosto de 2001, la Universidad de SEK otorgó un plazo de dos días para que el disidente efectuara las alegaciones que estimara conveniente y para presentar las pruebas sobre el artículo publicado; el actor contestó por escrito a la Universidad, señalando que no tenía por objeto perjudicarla, y sosteniendo la veracidad de los hechos relatados en su artículo; pero además, señalando una violación a su derecho a la libertad de expresión y al ejercicio de su actividad de periodista.

El profesor fue despedido por considerar que las afirmaciones eran difamatorias contra la universidad.

#### 1. Pretensión de la parte inconforme

El solicitante de amparo alegó la vulneración de sus derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de comunicar información, huelga y tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad [respectivamente, artículos 20.1 a), 20.1 d), 28.2 y 24.1, de la Constitución española.

#### 2. Argumentos en juego

Consideró el recurrente, que de los hechos declarados probados y de todas las constatadas circunstancias concurrentes, sobre todo del

contenido del artículo de opinión publicado, se infiere con claridad meridiana que lo único realizado no es más que una valoración crítica de la situación a la que cualquiera tiene derecho, más aún siendo afectado por el conflicto y periodista; asimismo, que sus manifestaciones no pueden calificarse como contrarias a la verdad, ya que en todo análisis caben valoraciones y un margen subjetivo. Por lo demás, no podía negarse que en varias Sentencias resultaba probado que la Dirección pidió a los Decanos intervenir en las elecciones sindicales e incluso ayudar a formar una candidatura contraria a la de iniciativa de los trabajadores, ni que el Sr. Díaz Güell es uno de esos Decanos que se negaron a ello, o que la Universidad ha sido acusada de vulnerar derechos fundamentales en varios procedimientos que han terminado en numerosas Sentencias contrarias a la empresa.

### 3. Objeto de análisis

Derecho a la libertad de expresión; derecho a la huelga; y derecho a la protección judicial efectiva.

### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

Se desestimó la violación de huelga y tutela judicial efectiva, pues de los hechos probados no se desprendía, ni siquiera indiciariamente que la decisión extintiva aplicada por la Universidad hubiera implicado una reacción disciplinaria contraria a esos derechos fundamentales, al sancionar al solicitante del amparo por haber secundado diversas convocatorias de huelga y por participar de manera activa en la defensa de un compañero de trabajo que había sido despedido.

Por otro lado, en lo tocante a la violación del derecho a la libertad de expresión, se argumentó lo siguiente.

1. Dentro de la doctrina del Tribunal, se había sostenido que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, artículo 20.1 a) de la Constitución española, y cuya protección queda garantizada frente a eventuales

- lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación.
2. El contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación.
3. De este modo, surge un “condicionamiento” o “límite adicional” en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo, aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución.
4. El Tribunal ya había puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el de origen, preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional. Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, esa modulación sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.
5. Ello revestía en la necesidad de proceder a una *ponderación* adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso. Juicio que permitiría determinar si la reacción empresarial que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, éste fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo.
6. A la luz de la doctrina anterior, para apreciar si las resoluciones judiciales impugnadas habían llevado a cabo un adecuado juicio de ponderación, tendrían que examinarse las expresiones del recurrente, en sí mismas y en relación con las circunstancias relevantes del presente caso.

7. En el caso, desde un punto de vista meramente semántico, la conclusión a la que se llegó sin dificultad es que ninguna de las expresiones transcritas puede ser entendida, en sí misma, como gravemente ofensiva o vejatoria.
8. Las referidas a los trabajadores (“paranoia colectiva que afecta a quienes quedan dentro y participan del sistema de delación...”) porque su utilización para describir el ambiente de trabajo, tal y como lo percibía el autor del artículo, aunque si bien englobaba la idea de acusación y denuncia referida al comportamiento de ciertos compañeros de trabajo, lo cual podía constituir ciertamente un reproche molesto, hiriente e incluso despectivo, no resultaba gravemente vejatoria, menos aun cuando el artículo publicado en el diario no individualiza a quienes la protagonizarían.
9. En cuanto a la expresión “soberbia”, empleada por el trabajador para referirse a la sucesión de actos de la empresa en el conflicto laboral existente, es claro que guarda relación con las circunstancias en que el mismo se estaba desarrollando y las graves consecuencias que, a juicio del autor del artículo, tenía la actitud de la empresa.
10. Las expresiones en su secuencia y atendiendo al contexto en el que se produjeron, resulta coincidente que tales manifestaciones constituyeron una crítica o desaprobación pública por parte del trabajador respecto de la actuación de la Universidad SEK en el conflicto, al reprochar públicamente a los gestores de aquélla su comportamiento en el mismo, con tales expresiones estaba haciendo valer sus propias posiciones en la controversia y censurando públicamente que la actitud de la empleadora podía afectar negativamente a la solución del conflicto, al buen fin del proyecto empresarial y al ambiente y dinámica de trabajo.
11. Finalmente, no se puede obviar el hecho de que los destinatarios a los que el recurrente dirigió sus críticas (la Universidad SEK y sus gestores) revestían una incuestionable notoriedad pública; y ante ello, según lo ha sostenido el propio tribunal, cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1 a) de la Constitución española, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más

riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. En tal sentido se había hecho distinción entre “personaje público”, categoría reservada únicamente a quienes tengan atribuida la administración del poder público, y “personajes con notoriedad pública”.

12. Se concluyó que las manifestaciones hechas por el trabajador guardaban relación con sus intereses laborales y, de otra parte, tanto si se consideraban en sí mismas como en su contexto, no entrañaban una ofensa grave para la empleadora, ni eran vejatorias para sus gestores o trabajadores, aun cuando pudieran considerarse improcedentes o irrespetuosas.

Por tanto se estimó que no fue legítima, por contraria al artículo 20.1 a) de la Constitución española, la decisión de la Universidad acordando el despido.

#### XXXII. SENTENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN LABORAL<sup>60</sup>

STC 342/2006, de 11 de diciembre de 2006. Tiene su origen en el recurso de amparo número 812-2004, promovido por doña Isabel Carrasco Puig de la Bellacasa, representada por el Procurador de los Tribunales, don José Bernardo Cobo Martínez de Murguía y asistida por el abogado, don José Luis Gardón Núñez, contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2002.

Como antecedentes relevantes del caso, están, el que la recurrente venía prestando sus servicios para la empresa AC Dos Gestora, S.L., desde el 24 de abril de 2000, con la categoría de gestora comercial y de marketing; la recurrente desempeñaba sus funciones en el departamento de marketing de la empresa, integrado por la responsable del mismo, la recurrente y una secretaria. La recurrente casó el 29 de septiembre de 2000, pero acordó con la empresa disfrutar los quince

<sup>60</sup> La sentencia en examen, y las subsecuentes sobre diversos temas, se tomaron de la página electrónica de la Gaceta del Tribunal constitucional español, <http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia.shtml>.

días de permiso por matrimonio en el mes de diciembre, a fin de que su ausencia no coincidiese en el mes de septiembre con el periodo de descanso por maternidad de la responsable de su departamento.

Por ello, la recurrente disfrutó de su permiso por matrimonio desde el 6 de diciembre de 2000 hasta el 21 de diciembre de 2000, fecha en la que se reincorporó al trabajo. La recurrente se encontraba embarazada, y tanto la empresa como sus compañeros de trabajo tuvieron noticia de tal circunstancia el 5 de enero de 2001; el 7 de febrero de 2001 la recurrente recibió carta de despido – fechada el día anterior – en la que se indicó que los hechos y motivos que fundamentan la decisión empresarial de despido disciplinario “son la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado y la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño de sus servicios, que se viene produciendo desde el mes de septiembre, agravándose en los meses de noviembre y diciembre del año 2000.

### 1. Pretensión de la parte inconforme

Lo inconstitucional del despido, el cual tuvo por causa exclusiva su embarazo, y por tanto, que se le califique como discriminatorio por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española).

En segundo lugar alegó la recurrente que los autos impugnados en amparo habían vulnerado su derecho a no sufrir discriminación por motivo de embarazo, tutelado por el mismo precepto constitucional.

### 2. Argumentos en juego

La demandante de amparo alegó que los dos autos dictados por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (de inadmisión de su recurso de casación para la unificación de doctrina, y de desestimación de su incidente de nulidad de actuaciones) lesionaron el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española), porque incurren en incongruencia interna y por error.

### 3. Objeto de análisis

La lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) y del derecho a no sufrir discriminación

(artículo 14 de la Constitución española), dado que, en opinión de la demandante, su despido disciplinario encubre la auténtica causa resolutoria: su estado de embarazo, que tiene con el sexo de la demandante una conexión directa e inequívoca, pues la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial que no puede acarrear, conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a la mujer trabajadora.

### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. El artículo 14 de la Constitución española, junto a la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley con el que inicia su contenido, contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación que representan una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución española.
2. En este sentido, el Tribunal había venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 de la Constitución española, por ejemplo, la discriminación por razón de sexo, entre otras.
3. Esta causa de discriminación, que es, precisamente, la aducida en la demanda de amparo, su exclusión tiene razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer.
4. En contraste con *el principio genérico* de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como

criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando, por lo que aquí interesa, un principio también vigente en materia de empleo.

5. Tal clase de discriminación comprendía sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.
6. Ciertamente, el mero dato del conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la recurrente y el posterior despido, no podía constituir, por sí solo (conforme a la doctrina expuesta) un indicio de discriminación por razón de sexo; sin embargo, poniendo en relación este hecho con la decisión empresarial precedente de renovar en el mes de octubre el contrato de trabajo temporal de la recurrente (cuando pudo dar por extinguida la relación laboral) y aumentarle el sueldo unos días después, creaban la sospecha de verosimilitud de la queja de la recurrente.
7. Lo anterior evidenciaba que la empresa demandada en el proceso *a quo* no acreditó la existencia de causa alguna, seria y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su decisión de despedir había sido ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española), al no tener por causa el estado de embarazo de la recurrente.
8. La ausencia de prueba trascendía el ámbito puramente procesal y determinaba, en último término, que los indicios aportados por la demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho garantizado en el artículo 14 de la Constitución española.

En consecuencia, se concluyó que las sentencias impugnadas no cumplieron las exigencias de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en estos supuestos, y lesionaron, por tanto, el derecho a la no discriminación por razón de sexo de la recurrente (artículo 14 de la Constitución española); lo cual conducía al otorgamiento del amparo.

### XXXIII. LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Las garantías de la libertad en las constituciones norteamericanas no son (ni se ha pensado que lo sean) exhortaciones a los gobernantes o a las dependencias del gobierno para que conduzcan sus actos o para que se ajusten a ellas. Son preceptos del derecho de la nación, respaldados por la facultad que los tribunales de justicia tienen de negarse a poner en vigor cualquier promulgación legislativa o cualquier acto del poder ejecutivo que vaya en contra de aquellos preceptos. Por tanto, la violación de las libertades así aseguradas debe equivaler en la práctica a una revolución para derogar los preceptos fundamentales. Cualquier transgresión importante del derecho garantizado a los individuos o a las minorías implica, según se ve, más que un quebrantamiento de la ética política, expresada en un instrumento político. Supone la oposición al derecho fundamental, el atropello de la ley estatuida que sirve de cimiento de la seguridad general.<sup>61</sup>

Los conflictos constitucionales resueltos por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, sobre los principios contenidos en la Constitución de ese país, proporcionan un parámetro tangible de cómo funciona la interpretación constitucional de los principios, incluso, la propia forma de abordar los asuntos es diferente, pues la óptica se centra sobre los principios en juego y no existe dispersión sobre lo que contempla o no una determinada norma ordinaria, lo cual es útil porque mantiene centrada la atención del juez constitucional sobre el conflicto que debe resolver.

### XXXIV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA CORTE SUPREMA (*JUDICIAL REVIEW*)<sup>62</sup>

Los principios fundamentales que enmarcan la función del control de constitucionalidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos, son

<sup>61</sup> Poun, Roscoe, *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de libertad*, Colección Crítica del Derecho, Ed. Colmenares, Granada, 2004 (prólogo).

<sup>62</sup> Sobre el origen de la *judicial review*, pueden consultarse los estudios de Manuel González Oropeza, en el libro *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, en el segundo capítulo, titulado "Un juez en problemas", *Marbury vs. Madison*, editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, pp. 81-133.

los siguientes: Supremacía constitucional; Rigidez constitucional; *Judicial review*; Doctrina de los precedentes y del “*stare decisis*”.<sup>63</sup>

El principio de supremacía de la Constitución está prescrito en el artículo VI, sección 2, de la Constitución, el cual también se conoce con la denominación de *supremacy clause*. Por lo que respecta al principio de rigidez constitucional está dispuesto el diverso artículo V de la Constitución.<sup>64</sup>

Igualmente la fórmula de la *judicial review* puede emplearse en relación con la potestad de la Corte Suprema para declarar inconstitucionales actos del congreso federal y del poder ejecutivo. En esta forma de revisión, a pesar del principio de división de poderes, la Corte tiene la atribución de resolver que los actos de los otros poderes son contrarios a la ley fundamental. A esta especie, de *judicial review*, se refiere la expresión *judicial supremacy*, la cual enfatiza que en términos generales, la interpretación de la Constitución y en lo particular, el control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad, son funciones que corresponde desempeñar al poder judicial, sea de la federación, en calidad de instancia última y superior, cuyas resoluciones deben respetar todos los órganos del Estado, locales y federales, sea de los estados, o en su sentido más amplio, a cualquier juez que conoce de una controversia.<sup>65</sup>

#### XXXV. REGLAS DE RAZONABILIDAD: LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER

Los tribunales norteamericanos tardaron bastante en admitir que este tipo de ejercicio debe estar muy limitado, y debe atenerse a la razonabilidad de su propia decisión.<sup>66</sup>

La razonabilidad es el criterio judicial que rechaza, *in limine*, lo arbitrario. Y lo arbitrario, cabe recordarlo, “es lo intrínsecamente irrazonable, lo que hiere al valor justicia en su tuétano, lo que no guarda proporción entre el medio empleado y el fin perseguido”.

<sup>63</sup> Miguel Covián Andrade, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit., p. 208.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>66</sup> Daniel E. Herrendorf, *El poder de los jueces*, Universidad Veracruzana, 1991, Xalapa, Veracruz, p. 105.

La razonabilidad de una medida está definida por su atinencia a dos criterios que ya señalamos antes.<sup>67</sup>

- a) Proporcionalidad entre el medio elegido y el fin buscado.
- b) Que el medio elegido sea el menos gravoso para el derecho de la libertad que se limita.

#### XXXVI. SENTENCIA BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA 1954.

##### EL PRINCIPIO DE IGUALDAD *VERSUS* DISCRIMINACIÓN<sup>68</sup>

Este caso es paradigmático en el derecho y la cultura del pueblo anglosajón, pues vino a resolver como inconstitucional, la discriminación racial de que eran objetos los niños de raza negra, y en general, los seres humanos de color, la *Supreme Court*, había sostenido la doctrina de “separados pero iguales” desde el año de 1896 cuando resolvió el caso *Plessy vs. Ferguson*, si bien no referente a la educación, sí tenía que ver con el uso de los transportes públicos por los ciudadanos de origen afroamericano.

#### 1. Pretensión de la parte inconforme

Reclamo de la tutela para obtener la admisión en escuelas públicas por parte de los menores de raza negra.

#### 2. Argumentos en juego

El principio de protección equitativa reconocido en la enmienda décimo cuarta de la Constitución (14a.), frente a la discriminación racial.

#### 3. Objeto de análisis del Tribunal

Resolver si las escuelas públicas reservadas a los negros no son iguales y no pueden transformarse en iguales y, por consiguiente, se vulneraba su derecho a la protección equitativa por las leyes.

<sup>67</sup> Daniel E. Herrendorf, *El poder de los jueces*, op. cit., p. 106.

<sup>68</sup> Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2005, pp. 284-291.

#### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. No se estaba en posibilidad de regresar en el tiempo, hasta el año 1868, cuando se aprobó la 14a. enmienda, ni siquiera a 1896, cuando se dictó la sentencia *Plessy vs. Ferguson*.
2. Se debería considerar la enseñanza pública a la luz de toda su evolución y del lugar que ocupa en todos los rincones del país, en el conjunto de la vida americana, pues sólo de este modo se podía determinar si la segregación en las escuelas públicas priva los demandantes de la protección equitativa de las leyes.
3. No es razonable afirmar que un niño puede tener expectativas de éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación, pues tal oportunidad, allí donde el Estado ha asumido tal prestación, es un derecho que debe ser facilitado a todos en iguales condiciones.
4. La separación de los alumnos de enseñanza primaria y secundaria, de otros estudiantes de similar edad y cualidades por razón de la raza, genera un sentimiento de inferioridad sobre su lugar en la sociedad, lo que puede afectar a su corazón y a sus sentimientos de forma tal vez irremediable.
5. En el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina "separados pero iguales", un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario, por lo cual la segregación analizada había privado a los demandantes y a quienes se encontraran en supuestos semejantes, de la protección equitativa de las leyes garantizada por la 14a. enmienda. Es, pues, inútil continuar la argumentación y plantearse si tal segregación viola además la cláusula del proceso debido de la 14a. enmienda.

#### XXXVII. SENTENCIA LAWRENCE VS. TEXAS (2003) SOBRE LA LIBERTAD SEXUAL<sup>69</sup>

Esta sentencia es relevante por el tema abordado, consistente en la libertad para las relaciones sexuales entre homosexuales o personas

<sup>69</sup> Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 641-654.

del mismo sexo, pues en la Unión Americana, específicamente en el estado de Texas, tal conducta se castigaba como el delito de sodomía.

En la resolución, la Corte hizo acopio de diversas resoluciones que daban cuenta del deterioro del criterio sostenido en el caso *Bowers*, en donde se había validado la constitucionalidad de las normas que tipificaban penalmente la sodomía.

#### 1. Pretensión de la parte inconforme

Invalidar la Legislación del estado de Texas, la cual tipificaba a la sodomía como delito, en protección del derecho amparado en la enmienda 14a., relativa al debido proceso.

#### 2. Argumentos en juego

Por un lado, el derecho de cualquier individuo con independencia de su orientación sexual, a tener relaciones sexuales con otro de su mismo sexo: y por el otro lado, lo sostenido por la Suprema Corte al resolver el caso *Bowers*, si un oficial de policía cuyo derecho a entrar en el domicilio no parecía cuestionarse, pues vio al señor *Hardwick* mientras mantenía en su dormitorio relaciones íntimas con otro varón adulto. Tal conducta constituía una violación de una ley del estado de Georgia que consideraba delito la sodomía.

#### 3. Objeto de análisis

En el caso, lo que se pretendía dilucidar era si los recurrentes, como adultos que eran, podían legítimamente, conforme a la libertad reconocida en la cláusula del proceso debido de la 14a. enmienda a la Constitución, llevar a cabo en la intimidad las conductas por las que fueron condenados, y a su vez reconsiderar lo establecido en la sentencia del caso *Bowers*.

#### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. Las materias que afectan las decisiones más íntimas y personales que un individuo puede tomar a lo largo de su vida, capitales para la dignidad humana y para la autonomía personal,



- las cuales son esenciales para la libertad protegida por la 14a. enmienda. En el corazón de la libertad está el derecho a definir las propias nociones de la existencia, del pensamiento, del universo y del misterio de la vida humana. Estas creencias no pueden ser caracterizadas como atributos de la personalidad si sobre ellas el Estado ejerce algún tipo de compulsión.
2. Las personas que quieran optar por una relación homosexual pueden legítimamente desear ejercer su libertad en tal sentido, de la misma forma que lo hace una persona heterosexual.
  3. El derecho que los recurrentes pretenden que se les reconozca está, en otros países, protegido en tanto que parte integrante de la libertad de las personas. No se ha acreditado que el gobierno de los Estados Unidos tenga un interés más urgente o más relevante que otros gobiernos en limitar las opciones vitales de los ciudadanos.
  4. Tal doctrina no afectaba a los menores de edad. No afecta a personas que puedan ser dañadas o coaccionadas, o que se encuentren en relaciones en las cuales tengan difícil negar su consentimiento. No afecta a conductas públicas o a la prostitución. Tampoco afecta si el gobierno debe o no reconocer formalmente las relaciones que las personas homosexuales deseen entablar. Afecta a dos adultos, que de mutuo acuerdo desean mantener contactos sexuales que son habituales en el modo de vida homosexual.
  5. Los recurrentes deben ver respetada su vida privada. El Estado no puede degradar su condición, o controlar su destino, mediante la criminalización de sus conductas sexuales privadas. El derecho a la libertad, conforme a la cláusula del proceso debido, les garantiza el pleno derecho a tomar decisiones sobre su comportamiento sin la intromisión del gobierno. "En la Constitución existe la promesa de que hay una esfera de libertad personal en la que el gobierno no puede entrar" (Casey, en la p. 84). El Código Penal de Texas no contiene ni promueve ningún valor o interés estatal que pueda justificar semejante intromisión en la vida personal y privada del individuo.
  6. Si aquellos que diseñaron y ratificaron la cláusula del proceso debido de las enmiendas 5a. o 14a. hubieran conocido los aspectos de la libertad en todas sus posibilidades, acaso podrían

haber sido más explícitos. Pero no pretendieron tener una concepción tan visionaria. Sabían que en un momento dado las circunstancias pueden impedirnos ver y reconocer determinadas verdades, y que posiblemente las generaciones venideras vean que leyes que una vez fueron necesarias y adecuadas hoy son instrumentos de opresión. Mientras la Constitución permanece, cada generación puede apelar a sus propios valores y principios para buscar la libertad.

### XXXVIII. SENTENCIA ROE V. WADE (1973).

#### EL DERECHO DE LA MUJER

#### A INTERRUMPIR EL EMBARAZO<sup>70</sup>

### 1. Pretensión de la parte inconforme

La alegación central del recurso contra la Ley de Texas es que atenta contra un derecho fundamental, del que serían titulares las mujeres embarazadas, consistente en poner fin anticipadamente a su embarazo. La recurrente sostiene que se trata de un derecho incluido en el ámbito de libertad personal garantizado por la cláusula del derecho al proceso debido de la 14a. enmienda. O, también, en la intimidad personal, conyugal, familiar y sexual que a su juicio encuentra amparo, directamente o no, en la Declaración de Derechos (Griswold vs. Connecticut, 1965, y Eisenstadt vs. Baird, 1972). Y asimismo en los derechos que la 9a. enmienda de la Constitución reserva al pueblo (voto particular de Goldberg a Griswold vs. Connecticut, 1965).

### 2. Argumentos en juego

El derecho de la mujer para abortar cuando quiera, como quiera y por las razones que quiera; en contra de la facultad del estado de Texas para regular y limitar la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>70</sup> Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 408-424.

### 3. Objeto de análisis

Si el derecho a la intimidad referido al aborto, constituye un derecho absoluto o ilimitado, o si por el contrario, el Estado puede limitarlo bajo ciertas circunstancias.

### 4. Observaciones sustanciales de la Sentencia

1. La parte recurrida, así como otras partes apersonadas, afirman que el feto es una persona, en el sentido de la 14a. enmienda. En apoyo de esta tesis aportan con todo detalle datos, bien conocidos, acerca de la concepción y del desarrollo embrionario. Si ello fuese así es evidente que el recurso no podría prosperar: el derecho del feto a la vida estaría protegido por la 14a. enmienda. Sin embargo, reconocen que no existen precedentes en tal sentido [...].
2. La intimidad de la mujer embarazada no puede ser considerada aisladamente. Es portadora de un embrión y más delante de un feto, si admitimos las definiciones médicas. Se trata, pues, de una situación que es esencialmente distinta a otros casos de intimidad: intimidad conyugal, posesión de material pornográfico, derecho al matrimonio, educación. Es razonable y lógico que un Estado, en un determinado momento, proteja otros intereses distintos a los de la madre, por ejemplo, los de la potencial vida humana. La intimidad personal de la mujer ya no es entonces absoluta, y su derecho debe ser *ponderado* con otras circunstancias y valores.
3. Texas alega que, al margen de la 14a. enmienda, la vida comienza en el momento de la concepción y permanece durante todo el embarazo. Por ello el Estado tiene un interés apremiante en proteger la vida desde la concepción. Pero no es necesario que nosotros resolvamos ahora el arduo problema de cuándo comienza la vida. Si los médicos, los teólogos o los filósofos son incapaces de ponerse de acuerdo al respecto, los tribunales no están en condiciones de especular con la respuesta. Es suficiente con poner de manifiesto la total divergencia de pareceres que se proyecta sobre esta compleja cuestión. Desde antiguo existe una creencia conforme a la cual la vida no existe

como tal hasta el nacimiento. Era lo que pensaban los estoicos, así como la tendencia predominante –si bien no unánime– de los judíos. También un sector importante del protestantismo. El *common law* otorga mayor relevancia al nacimiento. Los médicos y los científicos han mostrado menos interés por este debate, y en cambio sí se han preocupado por la concepción, por la vida independiente, y por el momento a partir del cual cabe afirmar que el feto es viable, es decir, potencialmente capaz de sobrevivir fuera del claustro materno, acaso con ayuda artificial.

4. En general, la viabilidad se sitúa en torno a los siete meses (veintiocho semanas), pero puede llegar antes, incluso a las veinticuatro semanas. La teoría aristotélica de la animación mediata, mayoritaria en la Edad Media y en el Renacimiento, fue el dogma oficial de la iglesia católica romana hasta el siglo XIX, pero a esta idea acerca de la adquisición del alma se oponían quienes consideraban que existía vida desde el momento de la concepción.
5. Esta última es hoy la tesis oficial de la iglesia católica. También la sostienen personas no católicas, así como muchos médicos. Sin embargo, plantea muchos problemas, derivados de los nuevos datos de la embriología que tienden a afirmar que la concepción es un proceso continuado que se desarrolla en el tiempo y no un momento preciso, así como derivados también de nuevas técnicas médicas, como la extracción menstrual, la llamada píldora del día después, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, o incluso los embriones artificialmente creados. En ámbitos distintos al delito de aborto, el derecho no ha admitido, por lo general, que la vida, tal y como la conocemos, comience antes del nacimiento ni tampoco ha reconocido derechos al no nacido (excepto en casos muy excepcionales y no sin condiciones) [...]. En definitiva, el derecho nunca ha reconocido que el no nacido sea una persona en el pleno sentido de la palabra.
6. A la vista de todo ello consideramos que el estado de Texas, partiendo de una determinada concepción de la vida humana, no puede privar a las mujeres embarazadas del derecho a abortar que estamos ahora examinando. No obstante reiteramos que el Estado tiene un interés importante y apremiante en proteger la salud de aquéllas, ya sean ciudadanas de Texas o sean no

residentes que deseen consulta y tratamiento médico. El Estado tiene también un similar interés en proteger la vida humana potencial. Se trata de intereses distintos, y en un determinado punto devienen contrapuestos: a medida que el embarazo avanza llega un momento en el que cada uno de ellos pretende prevalecer sobre el otro.

7. En el caso del interés apremiante y legítimo del Estado en proteger la salud de la madre, ese momento decisivo, en el actual estado de la ciencia médica, se sitúa aproximadamente al final del primer trimestre. Ello se explica porque hoy está científicamente demostrado que dentro de los tres primeros meses el riesgo de que la mujer muera al practicársele un aborto es sensiblemente menor al de la muerte en el momento del parto. De manera que a partir de ese momento el Estado puede legítimamente regular los requisitos o condiciones para practicar abortos, siempre que esta regulación esté razonablemente fundada en la preservación y protección de la salud de la madre.
8. La regularización estatal puede incluir requisitos de capacitación técnica del facultativo que practicará los abortos, así como la eventual habilitación profesional. También la determinación de los lugares en los que se podrán practicar abortos, esto es, si deberán realizarse en hospitales, en ambulatorios, o en establecimientos de nivel menor, y la correspondiente licencia que deberán tener cada uno de ellos. De lo anterior se deduce, en sentido contrario, que durante los tres primeros meses de embarazo el facultativo, de acuerdo con la madre, tiene libertad para decidir, sin interferencia ni regulación estatal, si conforme a su criterio médico es o no oportuno interrumpir la gestación. Si se opta por hacerlo, la decisión de abortar es por entero libre, sin que las autoridades puedan condicionarla.
9. En relación con la finalidad del Estado, legítima y relevante, de proteger la potencial vida humana, el momento determinante se sitúa en aquel a partir del cual puede decirse que el feto es viable, porque a partir de entonces se supone que el feto puede sobrevivir fuera del vientre materno. Por ello, la decisión del Estado de regular la cuestión para proteger al feto una vez superado el umbral de la viabilidad puede considerarse amparada en argumentos lógicos y biológicos. Si el Estado desea proteger la vida del feto una vez que es viable, puede legítimamente llegar hasta

prohibir abortar a partir de ese momento, excepto cuando el aborto es necesario para preservar la vida o la salud de la madre.

10. Conforme al criterio que acabamos de señalar, el artículo 1.196 del Código Penal de Texas, que sólo autoriza interrumpir el embarazo “bajo supervisión y consejo médico y con el fin de salvar la vida de la madre”, es demasiado restrictivo, habida cuenta de que no distingue, a efectos penales, entre los abortos al principio del embarazo y los que se practiquen más tarde y de que sólo los permite para una sola invalidez como es la salvaguarda de la vida de la madre. Ello implica que el recurso debe, en este punto, prosperar, y declaramos la Ley inconstitucional [...].
11. La solución a la que hemos llegado nos parece adecuada en función de los respectivos intereses enfrentados, de la experiencia tanto histórica como científica, teniendo en cuenta la tradición del *common law* y los problemas que hoy en día se plantean. Permite al Estado, a medida que el embarazo avance, imponer restricciones al derecho a abortar, siempre que respondan a un interés o finalidad legítima. También reconoce al médico el derecho a prescribir un tratamiento o intervención determinada conforme a su criterio profesional hasta que el interés del Estado le imponga o le impida una obligación concreta. Mientras no llegue ese momento, la decisión de interrumpir el embarazo es una decisión, en todos sus aspectos e intrínsecamente, de tipo médico, y la responsabilidad que de ello derive es sólo del médico. Si algún médico hace un mal uso de sus prerrogativas, estarán disponibles, como es habitual, los recursos colegiales y jurisdiccionales.

XXXIX. SENTENCIA TEXAS V. JOHNSON (1989).

LIBERTAD DE EXPRESIÓN AL QUEMAR  
LA BANDERA NORTEAMERICANA<sup>71</sup>

### 1. Pretensión de la parte inconforme

El respeto a su derecho de libertad de expresión.

<sup>71</sup> Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 510-520.

## 2. Argumentos en juego

El derecho a la libertad de expresión, contra dos intereses que justificaban la condena: evitar desórdenes públicos y proteger la bandera en tanto que símbolo de la unidad nacional.

## 3. Objeto de análisis

Si era correcta la sanción penal impuesta a un individuo por haber quemado la bandera norteamericana en un acto público.

## 4. Observaciones sustanciales de la Sentencia

1. En el caso que ahora nos ocupa, el estado de Texas, en sus alegaciones durante la vista, dijo que la conducta del señor Johnson era una conducta expresiva, y ello nos parece tan razonable como la afirmación del estado de Washington en el caso *Spence*. Para Johnson, la quema de la bandera norteamericana formaba parte —en realidad era el momento culminante— de una manifestación política que se produjo con ocasión de la convención del Partido Republicano y la designación de Ronald Reagan como candidato a la reelección. El carácter expresivo y claramente político de esa conducta era del todo deliberado y evidente. En la vista, el señor Johnson explicó así las razones que le movieron a quemar la bandera: “Quemé la bandera cuando Ronald Reagan fue designado candidato a la reelección. En ese momento, guste o no, no existía ninguna expresión simbólica más potente. Éramos al tiempo nuevos patriotas, y antipatriotas”. A la vista de ello consideramos que quemando la bandera el señor Johnson tuvo un comportamiento que “contiene suficientes elementos de comunicación” para poder ser incluidos en la 1a. enmienda [...].
2. Hemos dicho que “cuando elementos expresivos y no expresivos aparecen mezclados en una acción determinada puede existir un interés público lo bastante importante como para permitir al gobierno regular el elemento no expresivo, limitando los derechos de la 1a. enmienda” (*United States vs. O'Brien*, 1968), pero también hemos dicho que este criterio, bastante

poco limitativo para las autoridades, sólo se proyecta sobre los asuntos en los que “el interés del gobierno no implique la privación del derecho a la libre expresión” (además de *O'Brien, Spence vs. Washington*, 1974) [...].

3. Para saber si podemos aplicar el criterio de *O'Brien* debemos, pues, decidir si el estado de Texas, al condenar a Johnson, ha hecho valer un interés que no significa la privación del derecho a la libre expresión. Si llegamos a la conclusión de que no existe ni siquiera planteamos si se aplica el criterio. El estado ha afirmado que existían dos intereses que justificaban la condena: evitar desórdenes públicos y proteger la bandera en tanto que símbolo de la unidad nacional. A la vista de los hechos consideramos que el primero no se aplica y que el segundo conduce a la privación del derecho a la libre expresión.
4. Texas sostiene que la necesidad de garantizar el orden público justifica la condena al señor Johnson por profanar la bandera. Sin embargo, cuando se quemó la bandera no se produjo ningún incidente de orden público, ni hay constancia de que existiese un riesgo semejante. Pese a que el Estado insiste en el comportamiento agresivo y perturbador de los manifestantes, reconoce que “en el momento de la quema de la bandera no se produjo ninguna alteración del orden”. Lo primero es llamativo, dado que no se ha formulado ninguna acusación contra los manifestantes y además tampoco demuestra que fuese probable una reacción violenta tras el comportamiento del señor Johnson. La única prueba que aporta el Estado es el testimonio de algunas personas que dicen haberse visto seriamente ofendidas por la quema de la bandera.
5. La postura de Texas equivale a decir que hay muchas probabilidades de que personas que se sientan ofendidas por una determinada expresión perturben el orden público, y que por tanto ello es motivo suficiente para prohibir aquella expresión. Nuestros precedentes no permiten avalar esta presunción. Al contrario reconocen que “una de las principales funciones de la libertad de expresión es permitir y favorecer el debate. En realidad, cuando más y mejor cumple esta función es cuando conduce a una situación de agitación, cuando crea insatisfacción ante las condiciones vitales, o incluso cuando provoca

enfado" (*Terminiello vs. Chicago*, 1949) [...]. En realidad sería contradictorio afirmar al mismo tiempo que "si la opinión del orador resulta provocadora o chocante, entonces ello es una razón para que sea merecedora de protección constitucional" (Juez Stevens, discrepando en *FCC vs. Pacifica Foundation*, 1978) y que el gobierno puede impedir la manifestación de ideas desagradables sobre la base, no demostrada, de que ese carácter desagradable o provocador generará violencia.

6. En realidad no hemos autorizado al gobierno a presumir que toda manifestación de ideas provocadoras incita al desorden, al contrario hemos exigido que tenga en cuenta, con un examen muy atento, las circunstancias reales que rodeaban tal o cual expresión, y que se pregunte si "la expresión realmente está destinada a causar una acción ilegal inminente, o a incitar a ella, y si tiene fuertes posibilidades de hacerlo" (*Brandenburg vs. Ohio*, 1969, en relación con una reunión del *Ku Klux Klan*). Si aceptásemos los argumentos del estado de Texas, conforme a los cuales sólo tiene que afirmar que existe un riesgo potencial para el orden público y que toda quema de bandera tiene necesaria y automáticamente este carácter, entonces la consecuencia sería privar de sentido la doctrina de *Brandenburg*. No podemos aceptarlo.

La conducta del señor Johnson ni siquiera entra en la categoría de "palabra agresiva" [*fighting words*], que al ser pronunciadas o publicadas "tienen grandes posibilidades de provocar en el ciudadano medio represalias, causando por ello desórdenes públicos" (*Chaplinsky vs. New Hampshire*, 1942). Ninguna persona razonable que hubiese presenciado la manifestación de descontento y protesta contra el gobierno federal que llevó a cabo Johnson la hubiese considerado como un insulto personal directo o como una invitación a intercambiar puñetazos [...]. Por tanto, consideramos que en este asunto no está en juego el interés del Estado en el mantenimiento del orden público. Texas no debe preocuparse, porque nuestra sentencia no le impedirá proteger el orden público. No estamos sugiriendo que la 1.ª enmienda impide al Estado prohibir o evitar una "acción ilegal inminente" (*Brandenburg vs. Ohio*, 1969). En realidad, el estado de Texas ya dispone de una Ley que prohíbe especí-

ficamente las alteraciones del orden público (el Código Penal de Texas, Ann. Parágrafo 42.01, 1989), y ello confirma que para mantener el orden público no tiene necesidad de castigar la profanación de la bandera (*Boos vs. Barry*, 1988).

7. Texas alega también un interés en la protección de la bandera como símbolo de nuestra existencia como nación y como expresión de la unidad nacional. En el asunto *Spence vs. Washington* (1974) dijimos que el interés de un Estado en proteger el valor simbólico característico de la bandera "debe estar en relación con la libre expresión en el contexto de una conducta determinada", como entonces era añadir un símbolo pacifista a la bandera de la nación. Estamos convencidos de que este interés está relacionado con la libre expresión en el caso que ahora nos ocupa. El estado de Texas parece estar preocupado porque la acción de Johnson hará a la gente creer o bien que la bandera ya no representa nuestra existencia como nación y la unidad nacional, sino que representa otras cosas, o bien que las nociones que simboliza la bandera, no existen en realidad, es decir, que no somos una unidad nacional. Estas preocupaciones sólo se manifiestan cuando una persona transmite o expresa un mensaje quemando la bandera y, por consiguiente, están relacionadas con la privación del derecho a la libre expresión en el sentido de la doctrina *O'Brien*. De manera que a este caso no se aplican los principios de *O'Brien* [...].
8. Resta por determinar si el interés del Estado en la protección de la bandera como símbolo de la nación y de la unidad nacional justifica la condena del señor Johnson [...]. Texas alega que ese interés tiene entidad suficiente para superar todos los *test* del control jurisdiccional, y cita muchos precedentes en los que se hace un repaso al papel histórico y simbólico de la bandera en nuestra nación, el argumento del Estado no es sólo que esté legitimado para mantener y defender ese papel simbólico, sea cual sea dicho papel. Porque si tal fuera el papel del Estado, no se entendería cómo una acción tan fuertemente simbólica como la del señor Johnson pondría en peligro el valor de la bandera. En realidad lo que alega Texas es que puede y debe proteger la bandera como símbolo de nuestra existencia nacional y de la unidad de la patria, dándole a este símbolo unos determina-

dos contenidos. De modo que, conforme a este argumento, si alguien maltrata la bandera de manera que se pueda dudar de que es el símbolo de la unidad nacional, o de que dicha unidad exista en realidad, entonces el mensaje que se pretende transmitir es peligroso y puede ser prohibido.

9. Si hay una idea o principio fundamental que cimienta la 1a. enmienda es que el gobierno no puede válidamente prohibir la expresión o difusión de una idea sólo porque la sociedad la considera ofensiva o desagradable [...]. Ni siquiera cuando la bandera nacional estaba en jaque hemos admitido excepciones a este principio. En *Street vs. New York* (1969) dijimos que un Estado no puede incriminar penalmente a una persona por criticar a la bandera. Entonces llegamos a la conclusión siguiente: rechazamos que se pueda imponer ninguna condena basándose en que el señor Street no pudo “demostrar su respeto a nuestro símbolo nacional, respeto que puede legítimamente exigir a todo ciudadano”, y con cita de *Barnette* (1943), finalizamos señalando: “El derecho constitucionalmente garantizado a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el núcleo del orden establecido, incluye el derecho a expresar públicamente la propia opinión sobre la bandera nacional, incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas”. También dijimos que el gobierno no puede obligar a nadie a comportarse de manera que manifieste respeto hacia la bandera: en *Barnette* (1943) dijimos: “Para afirmar la validez constitucional del saludo y promesas obligatorios deberíamos reconocer que la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) permite a los poderes públicos obligar a las personas a expresar aquello que en realidad no piensan o no creen.

10. Al decir, en *Barnette*, que la Constitución veda tal posibilidad a las autoridades, el juez Jackson se refería a uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad en unos términos que justifican su cita tan frecuente: “Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a ma-

nifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos” [...].

11. La interpretación que el estado de Texas da a la conducta del señor Johnson no tiene en cuenta lo esencial de nuestra jurisprudencia: el gobierno no puede válidamente prohibir a una persona ejercer su derecho a la libre expresión únicamente porque no está de acuerdo con su contenido, pero ello no depende de la manera concreta con la que se ha elegido manifestar o transmitir el mensaje. Si decimos que un Estado está habilitado para prohibir quemar una bandera cada vez que ello atente contra su valor y función simbólica, pero en cambio puede permitir esta misma acción cuando se preserve dicho valor (por ejemplo, si alguien quema solemnemente una bandera sucia o rota), entonces estaríamos diciendo que en caso de atentado contra la integridad física de la bandera ésta sólo se puede utilizar como símbolo en un solo sentido, de este modo permitiríamos al Estado establecer un dogma, a saber: que se podría legítimamente quemar la bandera para manifestar una opinión hacia ella y hacia lo que representa, pero sólo con la condición de no atentar contra la bandera en tanto que símbolo de la unidad de la nación.

## XL. PERÚ<sup>72</sup>

### XLI. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERÚ

La Constitución peruana, en su artículo 1o., establece: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Por otro lado, el artículo 2o. previene “toda persona tiene derecho”:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

<sup>72</sup> Los artículos citados sobre los derechos fundamentales en el Perú, fueron tomados de la Constitución Política de este país.

2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
3. A la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral o altere el orden público.
4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.
5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.
8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.
9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.
10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.
12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.
13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.
15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.
16. A la propiedad y a la herencia.
17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Los ciudadanos tienen, conforme a la ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.
18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.  
 Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.
20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.  
 Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.
21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.
22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
23. A la legítima defensa.
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
  - No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
  - No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
  - Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
  - Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
  - Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición

del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

- Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.
- Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.
- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

## XLII. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO<sup>73</sup>

Artículo 201. El Tribunal constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

<sup>73</sup> Los preceptos reguladores del Tribunal constitucional peruano, se tomaron de la Constitución política de este país.



Para ser miembro del Tribunal constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

### XLIII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 202. Corresponde al Tribunal constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *Habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley.

Artículo 204. La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Ahora nos ocuparemos del análisis de dos sentencias emitidas por el Tribunal constitucional peruano, relativas a dos derechos fundamentales entendidos como principios.

### XLIV. SENTENCIA SOBRE EL DERECHO

#### CONSTITUCIONAL A GOZAR DE UN MEDIO AMBIENTE

#### EQUILIBRADO Y ADECUADO AL DESARROLLO DE LA VIDA<sup>74</sup>

Resolución del Tribunal constitucional peruano de 20 de abril de 2007, en el Exp. No. 1206-2005-PA/TC Loreto. En el recurso extraordinario

<sup>74</sup> Esta sentencia se obtuvo de la publicación del Tribunal constitucional de Perú denominada *Gaceta del Tribunal constitucional*, <http://gaceta.tc.gob.pe/>.

interpuesto por la Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas, "Blandine Masicote Perú", representada debidamente por don Abraham Vilchez Muñoz, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 422, de fecha 16 de diciembre de 2004, que declara infundada la demanda de autos.

Como antecedentes relevantes del caso, se cita que el 14 de abril de 2004, el recurrente interpuso una demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y el Gobierno Regional de Loreto, solicitando la suspensión de los concursos públicos de concesiones forestales convocadas y se excluyera a la cuenca del Mazán, zonificada como bosque de producción permanente, de los mencionados concursos, por considerar que dichos actos constituyen una amenaza cierta e inminente de su derecho constitucional a un medio ambiente equilibrado y adecuado; solicita, asimismo, que se realicen los estudios para evaluar el impacto de tales actividades forestales.

Mediante Resolución Suprema No. 262, de 10 de junio de 1965, el Ministerio de Agricultura declaró Zona Reservada para el Estado el sistema hidrográfico del río Mazán; que, posteriormente, mediante Resolución Ministerial No. 1349-2001-AG, de 27 de diciembre de 2001, se aprobó la creación de bosques de producción permanente en el departamento de Loreto, delimitando, mediante Decreto Supremo No. 037-2003-AG, de 10 de noviembre de 2003, las unidades de aprovechamiento en las cuencas del Mazán y Tacshacuracay; y que ello se había hecho sin considerar la afectación que podría causar a los pueblos indígenas de la zona al no haberse realizado los estudios de impacto ambiental, ni haberse considerado la reserva de protección existente, amenazando, por ende, su derecho constitucional al goce de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

El Procurador Público del Gobierno Regional de Loreto dedujo las excepciones de falta de legitimidad para obrar, de oscuridad en el modo de proponer la demanda y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Al contestar la demanda solicitó se declarara infundada, argumentando que la cuenca del Mazán ha sido zonificada por INRENA como bosque de producción permanente, y que no existe documento alguno que acredite que dicha cuenca se haya reconocido a comunidad nativa, campesina o ribereña alguna.

Asimismo, la declaración de zona reservada es una facultad del Estado, y que, habiendo éste emitido resoluciones y la determinación de planes de desarrollo integral, los cuales no son incompatibles con las unidades a ser dadas en concesión, se descarta la amenaza de los derechos constitucionales invocados.

### 1. Pretensión de la parte inconforme

Que se ordene a los emplazados dejar de clasificar a la cuenca del Mazán como *bosque de producción permanente*, y, en consecuencia, se suspendan los concursos públicos de concesiones forestales convocados por INRENA, por considerar tal situación como una amenaza cierta e inminente de su derecho constitucional a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado.

### 2. Argumentos en juego

El Tribunal constitucional peruano, en algunas resoluciones, ya se había pronunciado sobre el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, en los expedientes 018-2002-AI/TC y 048-2004-AI/TC; en esas sentencias, a partir de una interpretación del artículo 2, inciso 22, de la Constitución, estableció que el derecho fundamental referido se encontraba configurado por los siguientes elementos: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado y, 2) el derecho a que dicho ambiente se preserve.

### 3. Objeto de análisis

La Asociación demandante sostuvo que el ecosistema de la cuenca del Mazán se encuentra amenazado por las concesiones que se vienen otorgando, ya que la explotación de los recursos madereros afectará inevitablemente el sistema hidrográfico de la referida cuenca, alejando las especies acuíferas de la zona.

### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

1. El principio de prevención como defensa del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, garantiza

que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima. Es decir que, frente a un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente.

2. La “cristalización” de este principio se encuentra en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial.
3. Este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario; en tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente.

#### XLV. LAS SENTENCIAS DE PRINCIPIO EN EL MARCO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO<sup>75</sup>

Ahora analizaremos la sentencia dictada en el expediente 004-2004-CC/TC, dictada el 31 de diciembre de 2004, la cual deriva de un conflicto competencial planteado por el Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo en el Perú.

Como antecedentes relevantes del caso, se puede citar que el 20 de octubre de 2004, el Poder Judicial interpuso una demanda de conflicto de competencia contra el Poder Ejecutivo, aduciendo que éste había invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el

<sup>75</sup> Esta sentencia se obtuvo de la publicación del Tribunal constitucional de Perú denominada *Gaceta del Tribunal constitucional*, <http://gaceta.tc.gob.pe/>. De esta sentencia se tomaron los fragmentos más significativos para ilustrar esta investigación.

año 2005" al Congreso de la República excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al artículo 145 de la Constitución.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el 15 de julio de 2004, había aprobado el proyecto de presupuesto del Poder Judicial para el año fiscal 2005 con dos componentes: a) el presupuesto realizado según las especificaciones de la Directiva No. 011-2004-EF/76.01, por 638 595 000.00 nuevos soles y b) una demanda adicional de recursos financieros necesarios para atender otros gastos institucionales, ascendentes a la suma de 354 407 826 nuevos soles; que, con fecha 26 de agosto de 2004, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial confirmó la aprobación del referido presupuesto, que ascendió a 993 002 826 nuevos soles; y que, el 27 de agosto de 2004, el Poder Judicial solicitó al Presidente del Consejo de Ministros la remisión de dicho presupuesto al Congreso de la República.

El 30 de agosto de 2004, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" (P/L No. 11290/2004-PE), en el cual, atribuyéndose una competencia que no le corresponde, decidió no incluir el proyecto presentado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reemplazándolo por un proyecto distinto, ascendente a la suma de 645 306 905 nuevos soles.

### 1. Pretensión de la parte inconforme

El demandante (Poder Judicial) en relación con el artículo 145 de la Constitución, el cual dispone que el Poder Judicial presentará su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustentará ante el Congreso, que el ejercicio de esta competencia requiere que el Poder Ejecutivo incluya en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remite. Añadiendo que el hecho de que el Poder Ejecutivo pueda variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, lo cual conduciría al absurdo de que, en su oportunidad, el Poder Judicial sustentara ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.

### 2. Argumentos en juego

Por su parte, el Poder Ejecutivo sostuvo que no existe norma constitucional que consagrara el principio de autonomía presupuestaria del

Poder Judicial; en consecuencia el artículo 145 citado no consagra la competencia aducida por el Poder Judicial.

### 3. Objeto de análisis

En el caso, el Tribunal constitucional analizó si a partir del artículo 145 de la Constitución era posible determinar si la Constitución consagra, o no, la competencia alegada a favor del Poder Judicial y por tanto, cuestionar si ¿debe el Poder Ejecutivo respetar el presupuesto que le presenta el Poder Judicial, no modificarlo e incorporarlo al proyecto general del presupuesto del Estado y remitirlo al Congreso de la República para su discusión y aprobación final?

### 4. Observaciones sustanciales de la sentencia

El Tribunal constitucional peruano, acerca de la actividad presupuestal, determinó que ésta se rige por los once principios siguientes:

1. Principio de legalidad, previsto en el artículo 78 de la Constitución, el cual establece una reserva de ley respecto al instrumento normativo viabilizador de su vigencia; ello implica que sólo mediante un dispositivo de dicho rango se puede aprobar o autorizar la captación de los ingresos fiscales y efectuar los gastos de la misma naturaleza. Por consiguiente, sin la previa existencia de una Ley de Presupuesto, es jurídicamente imposible proceder a la ejecución presupuestal.
2. Principio de competencia, previsto en los artículos 78, 79, 80, 160 y 162 de la Constitución, y en la Tercera Disposición Final de la Ley No. 28301, que delimita la esfera de actuación y funciones de las instituciones del Estado en el inicio del proceso que culmina con la promulgación de la Ley de Presupuesto.
3. Principio de justicia presupuestaria, está contemplado en los artículos 16 y 77 de la Constitución, el cual dispone que la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el texto fundamental

- de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal.
4. Principio de equilibrio financiero, previsto en el artículo 78 de la Constitución, mismo que establece: el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país.
  5. Principio de unidad, establecido en el artículo 77 de la Constitución, el cual señala: el presupuesto debe incluir la totalidad de los recursos y gastos considerados para un ejercicio presupuestal dentro de un solo y único texto normativo.
  6. Principio de exactitud, dispuesto en el artículo 77 de la Constitución, y que impone consignar la totalidad de los recursos y gastos fiscales en atención al verdadero y real rendimiento de las fuentes de percepción de renta estatal, constituyéndose en la descripción cabal de las funciones y servicios que efectuará el órgano ejecutivo en su condición de responsable de la administración.
  7. Principio de anticipación, consagrado en los artículos 78 y 80 de la Constitución, que presupone la obligación de que la Ley de Presupuesto sea aprobada con anterioridad a su ejecución, y que, para ello, el Estado programe financiera y administrativamente sus actividades y proyectos, en atención a determinadas y preestablecidas metas y proyectos.
  8. Principio de anualidad, establecido en el artículo 77 de la Constitución, y por el cual la ejecución presupuestal debe realizarse dentro de un plazo preciso, determinado y extinguido de un año calendario; es decir, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre.
  9. Principio de programación, contemplado en el artículo 77 de la Constitución, que señala la obligatoriedad de la determinación de las metas previstas del gasto público para el desarrollo nacional. Dicho principio supone la necesidad de exponer las políticas de acción gubernamental que deberán ejecutar las entidades públicas en cada ejercicio presupuestal.
  10. Principio de estructuración, establecido en el artículo 77 de la Constitución, que establece que la configuración de la Ley del Presupuesto se sujeta a dos ámbitos: el gobierno central y las instancias descentralizadas que comprenden el universo de

órganos y organismos dotados de autonomía (Banco Central de Reserva, Tribunal constitucional, etc.).

11. Principio de no afectación, previsto en el artículo 79 de la Constitución, que señala como regla general que los recursos del Estado deben formar una única argamasa económica, tornando indistinguible el origen de su procedencia a fin de que sean utilizados para cubrir la totalidad de los gastos.

#### XLVI. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

#### XLVII. LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Al igual que en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Americana fue vista inicialmente como un documento sin poder vinculante para los Estados. Al paso de los años y bajo una atenta reflexión favorable a la tutela del ser humano, esa percepción ha cambiado.<sup>76</sup>

De la declaración regional provendría la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José en homenaje a la ciudad en donde fue aprobada y suscrita, el 22 de noviembre de 1969. Nuestro país también ha ratificado este instrumento, pieza capital del sistema protector de los derechos humanos en América. El pacto fue complementado con dos protocolos: uno de San Salvador, relativo a derechos económicos, sociales y culturales, y otro relativo a la abolición de la pena de muerte. México no ha suscrito este protocolo. Asimismo en la misma línea tutelar de los derechos humanos se han celebrado varios convenios regionales sobre temas específicos, como la igualdad de la mujer y el varón, tortura, desaparición forzada, prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad.

El acuerdo para el establecimiento de la Comisión Americana de Derechos Humanos se dio en 1959, que ha sido el primer órgano

<sup>76</sup> Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001, p. 3.

tutelar dentro del sistema interamericano, la Convención Americana, se suscribió en 1969 y la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo lugar en San José de Costa Rica en 1979, cuyo precedente más estimable y orientador es la Corte Europea de Derechos Humanos, creada con sustento en una convención sobre esta materia en 1950.<sup>77</sup>

#### XLVIII. EL ESTADO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos “está concebida como una institución judicial del Sistema Interamericano”.<sup>78</sup>

Como órgano judicial instituido por los Estados americanos para la protección de los derechos humanos en el continente, su organización procedimiento y función se encuentran regulados en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Cuenta con un Estatuto de 1979, año de su instalación, y un Reglamento expedido por la propia Corte. Existe un nuevo Reglamento aprobado el 24 de noviembre de 2000, durante el XLIX Periodo Ordinario de Sesiones de la Corte, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, y con vigencia a partir del 1 de junio de 2001.

La Convención Americana confiere a la Corte Interamericana una doble competencia, como ha sucedido en el caso de otros órganos de la jurisdicción internacional. Por un lado, la Corte puede atender consultas de los Estados miembros de la OEA, así como de diversos órganos de ésta, señaladamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que desahoga a través de opiniones consultivas, dotadas de gran fuerza moral y jurídica, aunque no sean inmediatamente vinculantes en los términos característicos de una sentencia.<sup>79</sup>

A través del ejercicio de su competencia consultiva, la Corte ha examinado un haz de temas relevantes, que han permitido esclarecer diversas cuestiones de derecho internacional americano vinculadas con el Pacto de San José, tales como:<sup>80</sup>

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>78</sup> Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 6.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 8.

- El término “otros tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte.
- El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana.
- Las restricciones a la Pena de Muerte.
- La propuesta de modificaciones a la Constitución política de un Estado Parte.
- La Colegiación obligatoria de los periodistas.
- La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención.
- La exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.
- El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, las garantías judiciales en estados de emergencia.
- La interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención.
- Las excepciones al agotamiento de los recursos internos.
- La compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2H de la Convención.
- Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de los artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana.

#### XLIX. SENTENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL<sup>81</sup>

Corresponde ahora analizar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual también es considerada un verdadero Tribunal constitucional “transnacional”, por ejercer jurisdicción y competencia dentro de los países integrantes del bloque americano.

Dentro de los casos contenciosos, es decir, donde ha existido una sentencia de fondo, la cual declara la responsabilidad internacional de

<sup>81</sup> Esta sentencia puede ser consultada en la página electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=4](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4).

un determinado Estado, tenemos el relacionado con Alfonso Martín del Campo Dodd, emitida el tres de septiembre de dos mil cuatro, en contra del Estado mexicano. Como antecedentes relevantes se puede citar que, el 30 de enero de 2003, la Comisión Interamericana sometió a la Corte una demanda contra México, que se originó en la denuncia No. 12.228, recibida en la Secretaría de la Comisión el 13 de julio de 1998.

Entre los hechos destacados se mencionan que el 16 de diciembre de 1998, fecha en la cual México reconoció la competencia contenciosa de la Corte, el señor Alfonso Martín del Campo Dodd (en adelante "Alfonso Martín del Campo", "Martín del Campo" o "la presunta víctima") se hallaba arbitrariamente privado de libertad y seguía en la misma condición hasta la interposición de la demanda. La Comisión señaló que la presunta víctima "fue detenida ilegalmente el 30 de mayo de 1992 y sometida a torturas por agentes de la Policía Judicial del Distrito Federal de México, con el fin de hacerle confesar su autoría del doble homicidio de su hermana Patricia Martín del Campo Dodd, y de su cuñado, Gerardo Zamudio Aldaba". La Comisión manifestó que "dicha confesión es el único sustento de la condena a 50 años de prisión que le fue impuesta por el Poder Judicial de México".

La Comisión Interamericana también señaló que la presunta víctima planteó la ilegalidad de su detención ante los tribunales mexicanos después de que México había reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, pero que los recursos fueron "manifiestamente inefectivos". En este sentido, la Comisión indicó que el 5 de abril de 1999 el señor Martín del Campo presentó ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal un incidente de reconocimiento de inocencia "fundado, entre otros elementos contundentes, en un informe de la propia Contraloría Interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de México, que estableció la responsabilidad por la detención ilegal y la tortura cometida por uno de los policías que intervino en los hechos mencionados".

Al respecto, la Comisión expresó que "los tribunales no respondieron al reclamo del señor Alfonso Martín del Campo con la debida diligencia, ni con la efectividad que imponen las obligaciones derivadas de la Convención Americana"; que "el Poder Judicial nunca inició una investigación completa para identificar a todos los agentes que infligieron la tortura"; que "nadie ha sido procesado ni castigado

judicialmente por tales violaciones"; y que "los tribunales mexicanos no anularon la confesión obtenida bajo tortura, ni las sentencias que se sustentan sobre este grave hecho, como lo requieren las normas del sistema interamericano de derechos humanos".

La Comisión solicitó a la Corte el establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado y declarar la violación de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, así como el incumplimiento de las disposiciones del artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho tratado, en perjuicio del señor Alfonso Martín del Campo. Asimismo, declarar que el Estado es responsable por la violación de los artículos 6, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de la presunta víctima.

Una vez desahogados los trámites y realizada la contestación del Estado mexicano, entre lo que destaca la negación de la violación de los derechos humanos en perjuicio de la víctima; ante lo cual la Comisión Interamericana decidió presentar la demanda ante la Corte; el Estado mexicano opuso como una excepción preliminar, el hecho de que se trataba de juzgar hechos anteriores al 16 de diciembre de 1998, fecha en la cual México había aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte.

Consideraciones esenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. El Estado interpuso, en primer lugar, la excepción preliminar de incompetencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana, para que en el caso no se conocieran hechos anteriores a la fecha en que reconoció la competencia contenciosa del Tribunal.
2. En el caso de México, éste reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998, en el entendido de que conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención Americana, ella "solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de la declaración, por lo que no tendría efectos retroactivos".
3. La decisión de la Corte no juzgaba en lo absoluto acerca de la existencia o inexistencia de tortura contra el señor Alfonso Martín del Campo, sino se sustentaba única y exclusivamente

en consideraciones jurídicas derivadas de las reglas sobre competencia del Tribunal, cuya inobservancia implicaría exceso en el ejercicio de facultades acotadas por la Convención y generaría inseguridad jurídica.

4. Al ejercer la función de protección que le atribuye la Convención Americana, la Corte busca un justo equilibrio entre los imperativos de protección, las consideraciones de equidad y de seguridad jurídica, como se desprende claramente de la jurisprudencia constante del Tribunal.
5. La Corte estimó que debería aplicarse *el principio de la irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el derecho internacional general*, y de acuerdo con los términos en que México reconoció la competencia contenciosa de la Corte, acoge la excepción preliminar "*ratione temporis*" interpuesta por el Estado para que la Corte no conozca supuestas violaciones a la Convención Americana ni a la Convención Interamericana contra la Tortura ocurridas antes del 16 de diciembre de 1998 (*supra* párr. 57) y declarar, en consecuencia, que no le competía a la Corte analizar la segunda excepción preliminar.

L. SENTENCIA SOBRE LA LIBERTAD  
DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN;  
Y LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN  
(CASO LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO)<sup>82</sup>

Ahora nos ocuparemos de un caso muy famoso resuelto por la Corte Interamericana, sobre la película "La última tentación de Cristo" (caso Olmedo Bustos y otros), en contra del Estado chileno, cuya resolución se dictó el 5 de febrero de 2001.

Como antecedentes relevantes, se encuentra que el 3 de septiembre de 1997 la Comisión recibió en su Secretaría una denuncia interpuesta por la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G., en representación de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías

<sup>82</sup> Esta sentencia puede ser consultada en la página electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=4](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4).

Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes y "del resto de los habitantes de la República de Chile". La Comisión comunicó la denuncia al Estado y le solicitó que presentara la información correspondiente en un plazo de 90 días.

El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile, la cual se originó en la denuncia (No. 11.803) recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 32 y siguientes del Reglamento.

La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos mencionados, declarara que Chile incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película La última tentación de Cristo confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile el 17 de junio de 1997.

Por ser el Estado chileno un integrante de la Convención Americana, la Corte se declaró competente para conocer del caso.

Consideraciones esenciales de la Corte.

1. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social.

2. Sobre la dimensión individual, la Corte resolvió que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.
3. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.
4. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.
5. El artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.
6. En el presente caso, se probó que en Chile existía un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película "La última tentación de Cristo" y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres

Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, "por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos"; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Por tanto, la prohibición de la exhibición de la película "La última tentación de Cristo" constituyó una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

7. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declaró que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

#### LI. SOBRE LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN

Consideraciones fundamentales de la Corte, respecto de estos derechos.

1. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película "La última tentación de Cristo" no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.
2. Por todo lo expuesto, la Corte concluyó que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana.



Incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

1. La Corte advirtió que, de acuerdo con lo establecido en la sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.
2. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19, núm. 12, de la Constitución Política y Decreto Ley núm. 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.
3. En consecuencia, la Corte concluyó que el Estado chileno había incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
4. En cuanto al reembolso de los gastos, al Tribunal correspondía apreciar prudentemente su alcance, que comprende los gastos por las gestiones realizadas por las víctimas ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano de protección. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad.<sup>83</sup>
5. A este efecto, la Corte, sobre una base equitativa, estimó dichos gastos en una cantidad total de US\$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), pago

<sup>83</sup> Cfr. Caso Suárez Rosero, *supra* nota 22, párr. 92.

que será efectuado a quien corresponda, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

#### Puntos resolutivos del fallo.

1. Declaró que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.
2. Que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.
3. Que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.
4. El Estado debería modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La última tentación de Cristo", y debería rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.
5. Decidió, por equidad, que el Estado deberá pagar la suma de US\$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

6. También decidió que supervisaría el cumplimiento de la Sentencia y sólo después daría por concluido el caso.

El juez Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente y el juez De Roux Rengifo su Voto Razonado, los cuales acompañaron a la Sentencia.

#### LII. CASOS RESUELTOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

#### LIII. DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD AMENAZADO POR VECINOS<sup>84</sup>

En la sentencia T-375/96, la Corte conoció de la acción de tutela interpuesta por varios habitantes de un barrio marginal de Ibagué—integrantes de una asociación comunitaria dedicada a la autogestión del servicio de acueducto— contra algunos vecinos que vivían cerca de las fuentes de agua que utilizaban. Los demandados habían saboteado repetidamente las mangueras de paso del agua, a pesar de que los demandantes poseían un permiso para la prestación del servicio. Aunque sobre el predio de los demandados no se había establecido una servidumbre de acueducto—esto es, no se había pactado ni se había establecido judicialmente la obligación de los demandados de permitir la instalación de las mangueras— no existía un terreno alternativo donde éstas pudieran ser instaladas.

La Corte examinó el siguiente problema: ¿el hecho de no haberse constituido la servidumbre de acueducto implica que los demandantes no pueden transportar el agua y gestionar la prestación del servicio? Para esa corporación, aunque la acción de tutela no era la vía adecuada para obtener el reconocimiento o la efectividad de un derecho de servidumbre, la evaluación concreta del caso estudiado demostraba que la actitud de los vecinos demandados, quienes se encontraban en una posición ventajosa por su ubicación en relación con la fuente de agua, vulneraba los derechos a la salud y a la vida de varias familias que se veían forzadas a consumir agua de fuentes

<sup>84</sup> José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia y Siglo del Hombre Editores, 1998, p. 51.

inadecuadas, a pesar de tener una licencia oficial para no explotar la fuente de agua potable.

Para la Corte, en casos como el descrito el juez constitucional debía proteger los derechos amenazados o vulnerados, prescindiendo del resultado administrativo o judicial de una controversia sobre los derechos legales sobre los terrenos involucrados.

En consecuencia, otorgó la tutela como medida transitoria mientras se decidía por la vía legal pertinente la imposición de la servidumbre de acueducto.

#### LIII. DERECHO A LA IGUALDAD<sup>85</sup>

En 1996, como en los años anteriores de la Corte, el derecho a la igualdad fue el tema más recurrente en las sentencias de esa corporación. Esto se debe a que los conflictos de igualdad se presentan en sectores muy diversos de la jurisprudencia, tales como la seguridad social, el trabajo y la educación. Por esta razón, algunos de los fallos sobre este tema aparecen dispersos en diferentes apartados de la presente crónica. En esta sección se exponen las decisiones en las que el argumento central de la Corte giró alrededor del derecho a la igualdad. En algunas de ellas, como se verá, la Corte consolidó el llamado *test de igualdad* como herramienta de análisis de los casos sobre este derecho.

#### LIV. IGUALDAD ENTRE GÉNEROS.

#### IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL ÁMBITO PROFESIONAL<sup>86</sup>

Mediante sentencia T-026/96, la Corte conoció de la acción de tutela interpuesta por un hombre que desempeñaba el cargo de auxiliar de servicios varios en la Casa Cultural del municipio de Yumbo (Valle), del cual fue retirado porque, de acuerdo con la resolución de despido, “en un futuro lo debería desempeñar una mujer”.

<sup>85</sup> José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, op. cit., p. 52.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 52.

El actor consideró que el despido violó su derecho a la igualdad, en tanto las tareas de aseo, mantenimiento y cuidado de las instalaciones podían ser realizadas tanto por un hombre como por una mujer.

La Corte decidió conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el presente caso, anotó la Corte, se apreciaba un conflicto entre, de un lado, el derecho a la igualdad que proscribe cualquier discriminación en razón del sexo y, del otro, la libertad de empresa, bajo la cual se considera que determinadas actividades económicas deben ser ejecutadas por trabajadores de un sexo determinado. Como quiera que no existe un catálogo cerrado que identifique las actividades en que el sexo resulte ser condición necesaria para el desempeño de la labor, continuó el Alto Tribunal, es necesario formular criterios para distinguir los casos en que la exclusión de sexos es legítima, de aquellos otros en que no lo es.

#### LV. IGUALDAD ENTRE HETEROSEXUALES Y HOMOSEXUALES EN RELACIÓN CON LAS UNIONES MARITALES DE HECHO<sup>87</sup>

Mediante sentencia C-098/96, la Corte decidió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 1 y 2 de la Ley 54/90, que definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre parejas heterosexuales que conviven de manera permanente. El demandante consideró que estas normas violan, entre otros, el derecho a la igualdad de los homosexuales que conforman uniones permanentes, porque en relación con éstas no se reconoce la posibilidad de que se creen efectos patrimoniales.

La Corte declaró la constitucionalidad de estas normas argumentando que están dirigidas a proteger de manera inmediata a un grupo históricamente discriminado, los compañeros permanentes, y de manera mediata a la llamada familia natural, resultante no de un vínculo matrimonial sino de la decisión libre y responsable de un hombre y una mujer de conformarla. Para la Corte, el fondo del problema planteado en el caso radica no en la protección justificada por la Constitución al régimen patrimonial de estas parejas heterosexuales,

<sup>87</sup> José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996, op. cit.*, p. 54.

sino en el hecho de que la norma omite extender tal protección a las parejas homosexuales.

A juicio de la Corte esta omisión no significó discriminación hacia los homosexuales, básicamente por tres razones.

En primer lugar, porque las uniones maritales heterosexuales implican diferentes supuestos que las homosexuales, toda vez que las primeras, al conformar familia, son objetos explícitos de protección por parte de la Constitución, lo cual no se da necesariamente con las segundas.

Esta protección a las parejas heterosexuales resulta razonable por su posibilidad natural y corriente de procrear familia, lo cual no puede predicarse de la pareja homosexual.

En segundo lugar, el legislador no tiene la obligación de resolver simultáneamente todas las injusticias que han afectado a estos dos grupos discriminados — uniones libres de heterosexuales y de homosexuales—, ya que no resulta razonable que la solución de un grupo se supedite a la solución del otro, más aun cuando la ley no ha establecido ningún privilegio ilegítimo en favor del primero.

Finalmente, dijo la Corte, los artículos demandados no tienen como propósito lesionar a los homosexuales o impedir que se constituyan parejas homosexuales en ejercicio del derecho constitucional a la libre opción sexual.

Tres magistrados aclararon su voto —Cifuentes, Naranjo y Hernández— considerando que es pertinente que la ley establezca un régimen patrimonial para las uniones homosexuales, debido a que la idea de familia es una institución que ha ido evolucionando con el paso del tiempo. Por otra parte, el magistrado Hernández salvó su voto porque, aunque coincidía con la solución del fallo, discrepaba de sus motivaciones.

A su juicio, la constitucionalidad de las normas pudo haberse establecido con mayor facilidad toda vez que el concepto de pareja en la Constitución, en su opinión, sólo se refiere a la conformada por hombre y mujer.

El homosexualismo no es una cuestión regulada en la Carta, dijo, y mal podría considerársele como origen lícito de la familia si la esencia de ésta se encuentra en la procreación. Finalmente, concluyó, el legislador no incurrió en omisión alguna, pues lo que hizo fue plasmar en forma de ley el artículo 42 de la Constitución.

#### LVI. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LIBRE EXPRESIÓN ARTÍSTICA<sup>88</sup>

En la sentencia T-104/96, la Corte evaluó la acción de tutela interpuesta por un artista de Valledupar contra el Instituto de Cultura y Turismo de dicha localidad. El demandante argumentó que se había vulnerado su libertad de expresión, cuando el director del Instituto ordenó descolgar algunas de las obras cuya exposición había permitido, y que hacían alusiones expresas al erotismo, por considerarlos "pornográficos" y "atentatorios contra la moral".

La Corte, en primer término, distinguió en el derecho a la expresión artística dos aspectos: por una parte, el derecho de las personas a crear, proyectando artísticamente su pensamiento, el cual por su alcance netamente íntimo no admite restricciones de ninguna índole, salvo las impuestas por la técnica utilizada. Por otra, el derecho de dar a conocer las obras creadas, que implica la posibilidad que tiene toda persona para competir en igualdad de condiciones por un acceso a los medios públicos de difusión, y el derecho correlativo de la comunidad a apreciarlas y escoger libremente las que considere dignas de su aprobación o reprobación.

Este último aspecto, determinó la Corte, no puede estar viciado por la imposición previa de una determinada concepción estética amparada por el Estado, puesto que los actos de esta índole constituyen censura.

En este orden de ideas, la Corte estableció que, aunque en el caso concreto no se había afectado el primero de los elementos del derecho a la libre expresión artística del demandante, ello sí había ocurrido con el segundo, cuando el director de la Casa de la Cultura de Valledupar le impuso su particular concepción del arte, desconociendo el carácter pluralista del Estado colombiano y violentando asimismo el derecho del público a escoger las obras de su agrado.

Por ello, otorgó la tutela solicitada ordenando al director del Instituto someterse al trámite reglamentario para conceder las autorizaciones respectivas.

<sup>88</sup> José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, op. cit., p. 64.

#### LVII. LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN DE LOS RECLUSOS<sup>89</sup>

En la sentencia T-706/96, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta contra el director del INPEC, regional Occidente, y contra la directora de la Cárcel Regional de Mujeres de Cali, por cuanto en concepto del peticionario éstos habían vulnerado los derechos fundamentales de las reclusas a la información, al impedir la entrada a la cárcel de algunas publicaciones de naturaleza crítica contra las instituciones, por considerar que su contenido atentaba contra la paz el orden y la tranquilidad interna del establecimiento.

La Corte consideró que la restricción de los derechos fundamentales de los reclusos por parte de las autoridades carcelarias sólo es viable en cuanto esté orientada a hacer efectivos, bajo los principios y proporcionalidad, los objetivos de la reclusión, a saber, la resocialización del reo y la conservación del orden, disciplina y convivencia en las prisiones.

Así, al determinar que las autoridades sólo están facultadas para restringir el derecho fundamental a la información de los reclusos en la medida en que con tal restricción se busque conjurar una amenaza grave de alteración del orden interno, la Corte encontró inaceptable que publicaciones cuya circulación había sido autorizada por la autoridad competente se consideraran por sí solas de índole subversiva, por el solo hecho de ser de naturaleza crítica.

Al afirmar que el proceso resocializador del reo no puede estar orientado hacia la homogeneización de conciencias ni hacia el control de su pensamiento a través de la censura, estableció que los reclusos tienen derecho a expresar y contrastar sus opiniones particulares con la opinión pública, en aplicación de los principios de democracia y pluralismo; por ello, tuteló los derechos conculcados, libertad de expresión, de conciencia e información de los reclusos.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 65.

LVIII. CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD  
DE INFORMACIÓN Y LA PROHIBICIÓN DE ACCESO  
A DETERMINADOS DOCUMENTOS PÚBLICOS<sup>90</sup>

Mediante la sentencia C-054/96, la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad ejercida en contra de una parte del artículo 79 de la Ley 190/95, el cual, en sus partes demandadas, consagra, primero, que la decisión de negar el acceso a los documentos públicos debe ser siempre motivada en una disposición legal o constitucional, o en una norma que atribuya tal facultad de informar a un funcionario de superior jerarquía, y segundo, que ninguna de las disposiciones de la ley de la que el artículo demandado hace parte puede ser utilizada como medio para eximirse de las responsabilidades derivadas del periodismo. El demandante concibió este precepto como inconstitucional porque, en su opinión, la ley no debe coartar la participación de la sociedad civil en prácticas de control social sobre la moral pública, lo cual ocurre con la norma acusada al prohibir que los medios de comunicación tengan acceso a los documentos que forman parte de las investigaciones disciplinadas.

La Corte afirmó que nada obsta para que la ley, a fin de proteger intereses tutelados por la Constitución, señale que cierta información sólo pueda ser suministrada por un funcionario de determinada jerarquía, caso en el cual resulta obvio que el servidor público al que se le ha solicitado una información sin que él sea competente para suministrarla deba negar el acceso a la misma, señalando, eso sí, el funcionario de mayor jerarquía que esté habilitado para divulgarla. Ahora bien, agregó la Corte, establecer la obligación de dar publicidad a los documentos oficiales, salvo en aquellos casos en que exista reserva legal o constitucional, no es cuestión distinta que acatar el artículo 74 de la Constitución que establece que “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Por último, concluyó el Alto Tribunal, consagrar que el acatamiento de las disposiciones legales no puede utilizarse como medio para eximirse de las responsabilidades propias

<sup>90</sup> José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996, op. cit.*, p. 65.

del periodismo, no es más que la ratificación de la responsabilidad constitucional que entraña el desempeño de tal actividad.

LIX. LIBERTAD RELIGIOSA DE CONCIENCIA  
Y DE CULTO. LIBERTAD DE CONCIENCIA,  
RELIGIOSA Y DE CULTO DE LOS MENORES ADULTOS  
FRENTE AL DERECHO A LA VIDA<sup>91</sup>

En la sentencia T-474/96, la Corte evaluó la procedencia de la acción de tutela interpuesta contra algunos jefes de la iglesia Testigos de Jehová, por el padre de un menor adulto —de dieciséis años— que pertenecía a la misma y que, al acoger sus postulados, se negaba a recibir las transfusiones de sangre necesarias para continuar con un tratamiento médico del cual dependía su vida. Aunque el padre otorgó su autorización para continuar con el tratamiento, dijo que los demandados habían ejercido influencia sobre la decisión de su hijo, vulnerando con ello sus derechos a la salud y a la vida.

En primera medida la Corte afirmó que el ejercicio de transmisión de los fundamentos o principios de una religión determinada no constituyen ataques o agravios que, desde el punto de vista jurídico, sometan a los fieles a un estado de indefensión que haga procedente la acción de tutela. De esta forma el menor adulto es libre de acoger el credo religioso que considere más conveniente para sus necesidades espirituales, en ejercicio de su libertad de religión, de conciencia y de culto, así como del libre desarrollo de la personalidad, siempre que con su actuación de acuerdo con los principios o dogmas respectivos no atente contra su integridad, contra la de terceros o contra la de la comunidad en general.

Por ello, afirmó, la capacidad relativa del menor adulto para decidir sobre su credo no es suficiente para optar por una alternativa que ponga en serio peligro su salud. Bajo este espectro la Corte, aun cuando no concedió la tutela, ordenó al ISS proseguir con sus actuaciones médicas, por la primacía que en dicho caso extremo se otorgó al consentimiento del padre.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 66.

LX. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL  
DE PARTICIPACIÓN FRENTE  
AL FUNCIONAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS<sup>92</sup>

En la sentencia C-02 1/96, la Corte conoció la demanda de inconstitucionalidad promovida contra ciertos artículos de la Ley 79/88, que regula la estructura y el funcionamiento de las cooperativas, y en los cuales se establece la posibilidad de constituir delegados que representen a los asociados en los eventos en los cuales éstos no pudieran concurrir a las sesiones de la Asamblea General de la respectiva cooperativa. Además consagran la facultad de constituir, a través de los estatutos, una Asamblea General de Delegados que sustituya a la Asamblea General de Asociados cuando la convocatoria de ésta se dificulte por razones de número, domicilio o costos. El demandante consideró que los mencionados artículos vulneran el artículo 2 de la Constitución, por cuanto el mecanismo idóneo, en su concepto, para generar una real participación democrática en las cooperativas es la Asamblea General, conformada por todos los socios hábiles, y no la Asamblea de Delegados, de la cual el artículo 29 demandado exige 20 socios hábiles para su constitución, lo que implica una clara reducción en el número de partícipes y en la manifestación democrática, que en vez de expandirse resulta disminuida.

La Corte afirmó que si bien la Constitución consagra la democracia participativa en nuestro Estado, ello no implica que la misma haya construido un sistema exclusivamente participativo, en virtud del cual no pueda haber manifestaciones normativas del concepto de representación, puesto que la complejidad de la vida social contemporánea impide la participación directa de las personas en todo lo que les incumbe, haciendo entonces necesarios los mecanismos a través de los cuales el sujeto exprese sus intereses a través de instancias que lo superan. De esta manera, afirmó la Corte, las normas acusadas, al consagrar mecanismos de representación de los asociados, establecen una facultad, no una obligación, posibilidad que se justifica teniendo en cuenta la dificultad que para la constitución de

<sup>92</sup> José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, op. cit., pp. 69 y 70.

la asamblea representa el alto número de asociados y sus domicilios geográficamente dispersos. En consecuencia el Alto Tribunal declaró exequibles las normas acusadas, aclarando, sin embargo, que la reunión de la asamblea de delegados no puede llevar a la exclusión de los asociados de las reuniones de asamblea correspondientes so pretexto de la asamblea exclusiva de delegados, lo cual sí resultaría contrario a la Constitución. En todo caso los asociados deben ser convocados, y cuando lo deseen podrán concurrir personalmente a la Asamblea, desplazando y sustituyendo a los delegados respectivos en cuanto a su participación y voto, concluyó la Corte.

LXI. DERECHO A LA INTIMIDAD  
Y RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO<sup>93</sup>

En la sentencia T-277 de 1996, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta contra la directora de un jardín infantil por un profesor cuyo contrato de trabajo había sido terminado. Para el actor, la decisión de la demandada viola su derecho al trabajo y a la intimidad, porque el fundamento de la misma fue una llamada anónima en la que se prevenía a la demandada sobre sus supuestas tendencias homosexuales (que el actor desmintió).

La Corte negó el amparo invocado por considerar que la directora estaba legalmente facultada para negarse a renovar el contrato de trabajo a su finalización, por cuanto el Código sustantivo del trabajo dispone que, salvo estipulación en contrario —ausente en el caso bajo análisis— el contrato de trabajo de un profesor de establecimientos particulares de enseñanza se entenderá celebrado por el año escolar; y por no haberse probado en el proceso que la directora del jardín obrara motivada por la llamada anónima.

LXII. DERECHO A LA INTIMIDAD  
EN TANTO DERECHO A LA TRANQUILIDAD<sup>94</sup>

En la sentencia T-200 de 1996, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por los propietarios de una casa en la zona urbana

<sup>93</sup> José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996*, op. cit., p. 77.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 77.

de Santa Fe de Antioquia contra los dueños de un predio colindante con el suyo. Para los demandantes, el que dicho predio estuviese destinado a servir de parqueadero de vehículos cuyo motor funcionaba a base de ACPM, vulnera sus derechos a la salud, a la tranquilidad y a la intimidad, debido a las emisiones de gases y el ruido producido por tal tipo de automotores en particular.

La Corte concedió la tutela, basada en fallos anteriores, reiterando que el derecho a la tranquilidad—incluido en el derecho a la intimidad— resulta vulnerado cuando, como en este caso, se afecta el medio ambiente con ruidos y olores molestos. Por lo tanto, y atendiendo al principio de armonización concreta de los derechos fundamentales, señaló que era necesario que el demandado cumpliera con las normas urbanísticas y de convivencia relativas a la actividad económica que desempeñaba, razón por la cual le ordenó seguir el trámite correspondiente a la adquisición del permiso de funcionamiento prescrito por las normas vigentes.

#### LXIII. EL DERECHO AL TRABAJO. CONFLICTO ENTRE EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN<sup>95</sup>

En la sentencia T-461/96, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta por el inspector primero de policía de Pácora, quien después de obtener por parte del alcalde de la localidad permiso laboral de un día a la semana para adelantar una especialización en derecho penal en la Universidad de Caldas, y luego de haber iniciado los cursos, fue notificado de la decisión del alcalde de revocar el permiso. Por este motivo, el demandante consideraba violados sus derechos a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo.

La Corte decidió conceder la tutela en favor del demandante. En primer lugar, afirmó, en casos que como el presente revistan un conflicto entre los derechos a la educación y al trabajo, el juez de tutela debe establecer una solución justa, apoyándose en criterios razonables que no sacrifiquen de manera desproporcionada ninguno de estos derechos, que tienen igual jerarquía. En este orden de ideas, si existe la posibilidad de conciliar el derecho a la educación y el

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 119 y 120.

cumplimiento de los deberes laborales mediante un acuerdo sobre horas especiales en las que el trabajador puede reponer las horas de trabajo, resulta inaceptable que la administración frustre la posibilidad del funcionario de formarse académicamente, cuando ha otorgado en un principio la autorización y el trabajador ha iniciado sus estudios. En el caso concreto, en consecuencia, la Corte ordenó al alcalde demandado respetar los términos del permiso inicial y buscar la mejor manera para que el funcionario cumpliera sus obligaciones laborales sin retirarse del programa de especialización.

#### LXIV. EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS NIÑOS. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD<sup>96</sup>

Mediante sentencia T-075/96, la Corte decidió la acción de tutela interpuesta por la madre de una menor en contra de una fundación dedicada a la prestación de servicios médicos. La niña padecía una enfermedad congénita que requería tratamiento continuado; sin embargo, la fundación demandada se negaba a proveer la atención requerida alegando que a pesar de que la menor estaba afiliada al sistema de salud al que ella pertenecía, al momento de iniciarse la afiliación la niña había superado la edad máxima para la atención de enfermedades congénitas.

La Corte concedió la tutela y ordenó la atención de la menor, debido a que la Constitución establece claramente que el derecho a la protección de la salud de los menores tiene el carácter de fundamental. A diferencia de lo que sucede con el derecho a la protección de la salud de los adultos—que es tutelable sólo cuando su violación implica la de un derecho fundamental como la vida—, el derecho a la protección de la salud de los niños es fundamental y, por tanto, directamente tutelable. Por esto, cuando exista una relación legal o reglamentaria entre el menor, titular del derecho a la salud, y una entidad encargada de la prestación de ese servicio, aquél puede reclamar la prestación del servicio por medio de la acción de tutela, sin que

<sup>96</sup> José Manuel Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (coords.), *La Corte constitucional, el año de la consolidación. Balance jurisprudencial de 1996, op. cit.*, p. 135.

sea necesario acreditar que de la desatención de su salud se derivan riesgos graves para su vida. En el caso concreto, concluyó la Corte, no resultaba razonable que la menor tuviera que esperar la solución del conflicto contractual existente para recibir la atención médica que requería.



## EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

SEUDOEQUIDIZACIÓN AUTORITARIA,  
FRÍVOLA, EMBUSTIENTE, DISCRIMINATORIA,  
LEGALMENTE ANTIDEMOCRÁTICA  
Y AUTOCONTRADICTORIA DE UNA RELACIÓN  
SOCIAL DIVERSA MEDIANTE LA DESNATURALIZACIÓN  
GRADUALISTA Y SOFISTA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA  
DEL MATRIMONIO HETEROSEXUAL

Carlos MÜGGENBURG

A la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario que "A través de la enseñanza del derecho promueve la observancia de la ley, condición de la plenitud democrática".

SUMARIO: I. *Involución conceptual ideologizadora del matrimonio.* II. *Legislación asambleística.* III. *Desnaturalización democrática. La preeminencia de intereses sectoriales temporales diversos sobre el bien común trascendente. Característica de un gobierno antidemocrático.* IV. *El matrimonio homosexual, ¿una pieza legislativa de vanguardia?*

### I. INVOLUCIÓN CONCEPTUAL IDEOLOGIZADORA DEL MATRIMONIO

#### 1. Definición etimológica

Tradicionalmente, el diccionario jurídico que con mucho ha gozado de la mayor reputación en el derecho hispanoamericano, al menos

los últimos tres siglos, no sólo por su notable erudición etimológico-histórica, sino además por la sabiduría reflejada en el manejo significativo de las voces o términos que define, es el llamado Escriche, escrito por don Joaquín Escriche en la primera mitad del siglo XIX y reeditado un sinnúmero de veces. Desafortunadamente, no obstante su continuada actualización, se le consulta cada vez menos, y aún menos por aquellos seudotecnolegislatantes diputados mayoritantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, disfrazados de “legisladores”, que dicen que hacer leyes, sin hacerlas bien, es hacer derecho, y que ni siquiera son capaces de distinguir entre un artículo de la ley y las normas jurídicas o partes de ésta, ignorantemente insertas en su multivalente propuesto artículo de ley modificante del concepto de matrimonio. Son esos mismos seudolegislatores para quienes la metodología de los antecedentes e históricos les resulta obsoleta sino decadente, o será quizá que la ignoran y si es que acaso llegaron a sospechar de la existencia y utilidad de la misma, su inaccesibilidad o pereza mental, en el mejor de los casos, se las hace inalcanzable.

Señala don Joaquín Escriche que la palabra matrimonio tomó el nombre de las palabras latinas *matris munium*, que significan oficio de madre y no se le llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de la preñez y de la lactancia. Define ya no etimológicamente sino nominalmente el mencionado autor al matrimonio como: “La sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se une con vínculo indisoluble, para perpetuar la especie, ayudarse a llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte”.<sup>1</sup>

En forma por demás actualizada, y conocida siempre, inclusive por aquel incipiente estudiante de derecho que se familiariza introductoriamente con los temas jurídicos (pero como se ha dicho parece no estar al alcance intelectual de los legisladores perredopetianos assembleísticos de Distrito Federal), se encuentra la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, que siguiendo a la fuente primaria Escriche, reitera que “etimológicamente la voz matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris y munium*, que significan carga o gravamen para la madre,

<sup>1</sup> Escriche Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva edición corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano por don Juan B. Guim, París, Librería de Rosa y Bouret, 1851, p. 1204.

expresándose de este modo que es la mujer quien lleva el mayor peso tanto antes como después del parto”. Advierte, sin embargo, la misma Enciclopedia que “[n]o reconocen la misma raíz etimológicamente los sinónimos de matrimonio en Francia, Italia e Inglaterra, por ejemplo, en donde se habla de *mariage*, *maritaggio* y *marriage* respectivamente, palabras todas derivadas de marido”.<sup>2</sup>

Pretender que los referidos leguleyos,<sup>3</sup> “vestidos” de legisladores assembleísticos, supieran de la existencia del clásico del estudiante del derecho que incursiona en los antecedentes de nuestro sistema jurídico, *La Ciudad Antigua*, del reconocido estrasburguense, Fustel de Coulanges, que en su obra dedicada al “Estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma”, para saber lo que históricamente han sido los elementos esenciales del matrimonio, es verdaderamente impensable. Dice Fustel de Coulanges: “El matrimonio era, pues obligatorio. No tenía por fin el placer; su objeto principal no consistía en la unión de dos seres que se correspondían y querían asociarse para la dicha o las penas de la vida. El efecto del matrimonio, a los ojos de la religión y de las leyes, era unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuese apto para conocer ese culto. El matrimonio, sólo concertado para perpetuar la familia, parecía justo que pudiera disolverse si la mujer era estéril”.<sup>4</sup>

Suponer que los seudolegislatores mencionados hubieran acudido a fuentes primarias como las *Institutas* de Justiniano, quien estableció que “contraen entre sí justas nupcias (*nuptiis*) los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberos con las hembras núbiles...”,<sup>5</sup> sería un espejismo de inconmensurable imaginación. Ni siquiera se les ocurrió conocerlas ni investigarlas para, al menos, mediante una argumentación formal, contradecirlas con lógicos razonamientos; no existió tal imaginación y su limitada capacidad se rehusó a enfrentar razonamientos centenarios. Cicerón mismo y más aun su definición de matrimonio como “*principum urbis*

<sup>2</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 1991, Driskill, Buenos Aires, tomo XIX, p. 147.

<sup>3</sup> “El que trata de leyes no conociéndolas sino vulgar y escasamente”, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, 19a. ed., p. 794.

<sup>4</sup> Coulanges de, Fustel, *La Ciudad Antigua*, Ed. Nueva España, México, 1944, pp. 66 y 67.

<sup>5</sup> *Instituciones de Justiniano*, edición bilingüe, Ortolan M., Ed. Heliasta, Buenos Aires, Trad. Melquiades Pérez Rivas, p. 36.

*et quasi seminarium rei publicae*”, les habría parecido cómica dados sus nulos alcances erudicionales.<sup>6</sup>

No consultaron siquiera o desconocen, tales asambleísticos defenidos que aprobaron la reforma, y mucho menos debatieron la fuente doctrinaria académica más inmediata, reconocida y desde luego mucho más reciente comparada con las demás citadas, el *Diccionario Jurídico Mexicano*, que establece que la palabra matrimonio deriva del latín *martimonium* y que “son tres las acepciones jurídicas de este vocablo, la primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores”.<sup>7</sup>

Planiol y Ripert, mismos a los que seguramente queremos suponer habrían escuchado nombrar como “clásicos modernos”, algunos de tales legisladores ornamentados de “licenciados”, que hubieran pasado siquiera por alguna facultad o escuela de derecho, ya apuntaban que la diferencia de sexo, aunque “...no aparece mencionada por el Código por ser evidente, la jurisprudencia no ha podido hacer más que admitirla, pero ha mostrado cierto rigor en cuanto a la apreciación de la prueba de la identidad de sexo en los casos en que es invocada como causa de nulidad de matrimonio. Considera que un defecto de conformación de los órganos genitales no constituye un obstáculo para el matrimonio, asimila ese defecto al de la impotencia y no hace de la impotencia una causal de nulidad”.<sup>8</sup>

## 2. Relativismo juricista

### A. Desnaturalización gradualista

#### a. Códigos civiles de 1870 y 1884

El Código Civil del Distrito Federal (y del Territorio de la Baja California) llamado de 1870, definió al matrimonio como “...la sociedad

<sup>6</sup> Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho de familia*, 9a. ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 46.

<sup>7</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, México, 1998, p. 2085.

<sup>8</sup> Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Trad. Dr. Mario Díaz Cruz, con la colaboración del Dr. Eduardo Le Riverend Brusone, tomo segundo, La Familia, 1946, Cultural, La Habana, pp. 79 y 80.

legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida” y sancionaba con ineficacia (“se tendrá por no puesta”), “...cualquier condición contraria a los fines esenciales del matrimonio...”.<sup>9</sup>

Por su parte, el Código Civil del Distrito Federal (y del Territorio de la Baja California), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 1884,<sup>10</sup> siguió literalmente, como en otras tantas disposiciones al mencionado de 1870, no sólo en la definición de matrimonio, sino también en la ineficacia que previó como consecuencia de cualquier pacto en contrario al respecto.

### b. Código de 1928

El entonces nuevo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, llamado de 1928, expedido al más puro estilo de manipulación ideológica autoritaria callista, en uso de las facultades que mediante “Decreto autorizando al Poder Ejecutivo para reformar el Código Civil...”, en uso de facultades (¿extraordinarias?),<sup>11</sup> no incluyó, a diferencia de sus predecesores, definición alguna de matrimonio. Su Exposición de “Motivos del Código Civil”, para nada se refiere a tal omisión. Orgulloso de su reiteradamente manifestado afán colectivista renegante del individualismo, propio de las tendencias ideológicas mundiales estatistas dominantes de aquella época, señala que requiere una reforma hacia un “código privado social”, que no explica la razón de la mencionada abstención, y se refiere solamente (además de reconocer la figura jurídica del concubinato) en dos ocasiones a novedades en materia matrimonial.

Una, para exigir “...un certificado médico que compruebe que [los cónyuges] no padecen sífilis, tuberculosis o alguna enfermedad cróni-

<sup>9</sup> *Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de la Baja California*, México, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, 1870, V.IX-1, p. 36.

<sup>10</sup> *Diario Oficial*, Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de la Baja California (continúa), Título Quinto del Matrimonio. “Art. 155. El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”, y “Art. 158. Cualquier condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta”.

<sup>11</sup> *Diario Oficial*, Secretaría de Gobernación, 30 de enero de 1926, p. 1.

ca incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y con el mismo propósito de evitar la degeneración de la especie...". La segunda, ya desde entonces con un enfoque discreto sin los alardes demagógicos propios del presente, de verdadera protección a la mujer, establece como obligación de orden público, el acuerdo de un régimen patrimonial matrimonial, "...de comunidad o de separación de bienes...".<sup>12</sup>

Calla, sin embargo, la Exposición de Motivos, la razón por la que, al omitir la definición de matrimonio, le quitó el carácter de indisoluble que hasta entonces había tenido. No sería la primera ni la última vez que un tema tan debatible, al menos socialmente entonces, hubiera llevado a los autores del Código a la decisión de hacerlo pasar desapercibido. La omisión de la definición, en lugar de la eliminación expresa de la definición, de esa característica del matrimonio hizo, como "estrategia política legislativa", mucho menos perceptible el cambio. Resulta apropiado reiterar que dicho código fue expedido, legal o ilegalmente, "en uso de facultad que ha tenido a bien conferir[me] el H. Congreso de la Unión por decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926, y de 3 de enero de 1928...".<sup>13</sup>

No obstante la omisión formal, evidentemente intencional, de la definición del acto jurídico, contrato matrimonial o institución, el artículo 147 del mencionado Código Civil, pero no por ello desconociendo la naturaleza de la institución, sí estableció que "cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".<sup>14</sup> Es decir, seguía reconociendo que la complementación de la pareja heterosexual para la procreación primero y para la superación de las limitaciones de la natural individualidad humana sexuada, constituían sus elementos naturales.

Por 72 años exactamente, dichos artículos permanecieron inmodificados y con ello, aunque ya entonces disoluble, el acto jurídico, a la vez contrato matrimonial.

<sup>12</sup> *Diario Oficial*, 26 de mayo de 1928, Sección Tercera, Título Quinto, Del Matrimonio, pp. 38 y ss.

<sup>13</sup> *Código Civil para el Distrito Federal, Leyes y Códigos de México*, Porrúa, México, 2001, pp. 7 y ss.

<sup>14</sup> *Diario Oficial*, Código Civil, 28 de mayo de 1928, p. 40.

## Reformas tendenciosas embustientes

### Reforma de mayo de 2000

La asunción al poder (tanto ejecutivo como legislativo) en el Distrito Federal por parte del Partido de la Revolución Democrática, entonces al menos causa-habiente putativo disidente del priismo obsolecente, inicia la etapa de reformas en materia de matrimonio que, en menos de diez años, pero en forma gradual, habrían de desnaturalizarlo.

Ya no es según pretenden, a partir de entonces, la procreación de la especie un fin natural del matrimonio, sino que lo vuelven una mera posibilidad; y se reitera (como si no lo hubiera sido antes), que dicha posibilidad es libre, responsable e informada. Define: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de crear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige".<sup>15</sup> Si comparáramos este texto con el concepto original de matrimonio del propio código, veríamos que, por cuanto a la tenencia de hijos, no hubo técnicamente cambio alguno, pues por más que la asamblea legislativa o el (la) jefe(a) de gobierno del Distrito Federal hayan creído que ordenarían que la procreación fuera una mera posibilidad, ello con elemental racionalidad, no pudo haber sido jurídicamente diferente. Bajo cualquier circunstancia y en cualquier tiempo, la imposibilidad biológica o la voluntad de los cónyuges, ha hecho y hará que la procreación sea una mera posibilidad y no un mandamiento.

Una y otra habrían sido en todo caso motivo de disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio sin duda. Lo que los perredianos reformantes quisieron, fue pretender presumir para los ignorantes, un principio político de un inducido cambio ideológico; impedir que se pudiera argumentar la falta de voluntad o la incapacidad para tener hijos, como una causal de inexistencia, nulidad o rescisión del matrimonio. Sin embargo, ha sido tal su ignorancia, tanto de la naturaleza de las cosas como de la técnica jurídica, que a la luz de cualquier jurista incipiente resulta obvio que si el propósito

<sup>15</sup> *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 25 de mayo de 2000, Art. 146.

legislador hubiera sido mantener unidos únicamente bajo la atadura de las obligaciones matrimoniales a los cónyuges, ni humana ni jurídicamente habrían logrado su objetivo.

La inducción forzada del principio ideológico materialmente impracticable mencionado, queda de manifiesto con el lenguaje utilizado nuevamente en la modificación del artículo 147 que también efectuaron y según la cual resultaban "...nulos los pactos que [hicieran] los contrayentes, en contravención a lo señalado en el artículo anterior".<sup>16</sup>

Según dicho "creativo" texto, resultó, según ellos, entonces "innovativamente" nula toda convención matrimonial: (i) ausente de libertad, (ii) entre sujetos del mismo sexo, (iii) de vida independiente y no común, (iv) de trato irrespetuoso, (v) desigual, (vi) obstaculizante, (vii) contraviniente de la libertad, y responsabilidad o ignorante de la posibilidad procreacionista o antiprocreacionista. Imaginar un contrato o acto jurídico matrimonial carente de libertad en su génesis, sea por ausencia de conocimiento o en el ejercicio de voluntad, resulta ignorante del elemento fundante de éste y de cualquier acto jurídico, del derecho mismo, de la ética más elemental como ciencia identificatoria de los elementos del acto humano. Imaginar igualmente que a los contrayentes pudiera ocurrírseles convenir que serían irrespetuosos el uno con el otro, que no serían iguales, ni se ayudarían, resulta infantil o malintencionado. Su ideologización matrimonial llevó a los perredoasambleístas a dejar de manifiesto que nunca fueron capaces de distinguir entre la nulidad del acto por defectos *ab initio*, y la rescisión o ruptura por el incumplimiento de obligaciones subsiguientes a la gestación del acto.

Más ignorante aun les resulta la parte de la definición que establece que la tenencia de hijos es una posibilidad. Si quisieran haberse referido a la física, es incuestionable que así habría sido desde siempre, y no porque la hubieran legislado. Biológicamente era o no posible la procreación por la pareja con independencia de lo que la ley estableciera. Jurídicamente siempre habría existido tal posibilidad, pactárese lo que se pactare, nunca habría tenido que preverse como causa de ineficacia por mandato de ley.

Por cuanto a la libertad de los cónyuges para la procreación, aunque la normatividad anterior había prohibido pactar en contra de la pro-

<sup>16</sup> Gaceta Oficial del Distrito Federal, 25 de mayo de 2000, p. 7.

creatividad, resultaría insensato suponer que la propuesta perrediana pretendiera contrarrestar una práctica, de pactos procreativos o anti-procreativos, al menos públicamente inexistente. Finalmente, haber previsto la nulidad de los matrimonios por no ser responsables o estar desinformados los cónyuges por cuanto a la posibilidad de procrear, en la contratación inicial, luce una vez más ignorante, propio de un estado de interdicción legislativa, que sería además ofensivo para los declarados jurídicamente incapaces. Tampoco parece que hayan pensado en que esos elementos habrían de haber perdurado durante la vigencia del contrato matrimonial para el ejercicio de la facultad procreacional, pues se habrían dado cuenta de que una vez celebrado el acto jurídico sin que existieran convenios que contradijeran tales principios, lo que habría podido suceder es que, ante su ausencia subsiguiente que no inicial, lo que procedería habría sido la rescisión.

La postura gradualista autoritaria,<sup>17</sup> auténticamente antimatrimonialista referida, queda aún más evidenciada si se analiza el dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, presentada ante el pleno de dicha asamblea por el diputado Antonio Padierna Luna, obviamente del Partido de la Revolución Democrática.<sup>18</sup>

La afirmación anterior se corrobora con el desechamiento que se hizo de la iniciativa de un Código Familiar y de Procedimientos Familiares para el Distrito Federal que la correligionaria del diputado perrediano Padierna, Virginia Jaramillo Flores, presentó en la misma fecha (17 de abril de 2000), seguramente por, de manera sorprendente, contener desde su Exposición de Motivos, expresiones acerca de la función natural del matrimonio como "...armonía moral, espiritual, y/o económica de la pareja, fidelidad, separación de cuerpos, para suspender la obligación de hacer vida en común y cohabitar bajo el mismo techo; dejando insubsistentes los demás deberes y obligacio-

<sup>17</sup> "La propia democracia política o formal, cuyo funcionamiento y cuya supervivencia requieren cuando menos que no sea lícito a las mayorías decidir la supresión de las minorías o en último término, las reglas mínimas de la democracia política. La democracia del riesgo, como le gusta decir a Anna Pintore, además de una democracia virtualmente antiliberal, expuesta en todo momento a los peligros de la autodestrucción por la Omnipotencia (es decir, del absolutismo político) de las mayorías". Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, debate sobre el derecho y la democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, pp. 102 y 105.

<sup>18</sup> Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 28 de abril de 2000, No. 10, pp. 78 y ss.

nes del matrimonio”, y definir que “es una institución social, derivada de la permanencia conyugal, para crear la familia por ser el origen de la familia...”.<sup>19</sup>

Increíblemente en ninguna ocasión, el Dictamen de la iniciativa del diputado Padierna hace referencia a la razón de la inclusión, esta vez de una definición de matrimonio en el propio Código Civil de 1928, no obstante constituir una novedad dada su ausencia desde su iniciación de vigencia, hacía más de setenta años. Sin embargo, contradictoriamente, sí dice que la “iniciativa está orientada a ‘rescatar’ muchos de los valores sociales perdidos en nuestra sociedad... [que] es necesario (*sic*) la salvaguarda [de] la familia por encima de todas las cosas”, aunque asomando ya su tendencia gradualista desnaturalizante del matrimonio, que mostrarían más abiertamente, con las iniciativas de leyes de Sociedad y Sociedades de Convivencia, se refiere ya desde entonces, falásicamente,<sup>20</sup> al hogar, a la familia “...como la integración grupal de varios individuos”. Declara que “[l]a familia es una (*sic*) institución humana más antigua, que en la familia se encuentran todos los elementos necesarios para un desarrollo pleno es falso, en nuestro país existe un verdadero mosaico familiar, hay familias indígenas, campesinas, obreras, urbanas, rurales, de clase media, de clase alta, una que se constituye por la pareja humana, otras sólo por la madre y sus hijos, unas son más extensas y otras son nucleares, etc.”. Y no obstante su aparente propósito de redefinirla, sin percatarse ni concluir sus expresiones, llama genéricamente a todas ellas familias, a pesar de las diferencias específicas que por su diversa condición varias de ellas pudieran tener. Insiste, también antitéticamente otra vez con su propia seudodialéctica, en que “...gobierno y comunidad civil revisen permanentemente y en forma urgente y primordial *aquellos valores morales y sociales que se han perdido...*” Hace el dictamen, abundante pseudoapología sobre el combate a la violencia y a la igualación de la mujer al hombre y la protección de los menores y los ancianos, pero no se atreve, como tampoco lo hizo el legislador material original, a referirse al concepto de matrimonio, no obstante que esta vez sí introdujo su definición.

<sup>19</sup> Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 17 de abril de 2000, No. 10, pp. 69 y ss.

<sup>20</sup> Müggenburg, Carlos, “La Ley de Convivencia para el Distrito Federal”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 31, México, 2007, pp. 679 y ss.

Es pensable que otra vez, aunque con posturas políticas partidarias aparentemente divergentes, prefirió aplicar una vez más “la técnica” de la disimulación, y no tomarse el riesgo de que, al explicar sus pretensiones ideológicas, se pudiera generar una contraposición auténticamente democrática.

El propósito urgente de dar el paso cualitativo gradualista y autoritario o autocrático aunque colectivo en el caso,<sup>21</sup> y con ello antidemocrático, de una representación social que se impone y decide con el peso de su ligerísima mayoría cuantitativa relativa, en proporción al verdadero cuerpo electoral, se reconfirma por la forma vulgar y abrupta en que se aprueba, mediante el clásico “albazo”, ahora de corte liberal, la reforma al Código Civil del Distrito Federal. Se les propone a los autoritarios asambleísticos perredianos que no aprueben una reforma al Código Civil con un “dictamen, repartido en la tarde y en la noche de ayer [27 de abril], con más hojas de fe de erratas que el propio dictamen, un dictamen de una [sola] propuesta, cuando se presentaron dos, cuando el PAN y el Partido Verde también presentaron una propuesta y fue turnada a la misma comisión; algo que debió haber sido obra maestra [se aprobaría sin] la lucidez, ni la reflexión, ni el consenso, para poder leer de verdad, el cambio de una palabra que se añadió a la definición de matrimonio [no obstante] meses por delante para que termine el periodo constitucionalmente señalado”. A pesar de todo lo anterior, dicha reforma al Código Civil del Distrito Federal quedó aprobada por 36 de los 66 votos posibles, con 34 de 38 votos de los diputados del Partido de la Revolución Democrática y dos de los tres de su entonces ya aliado y cómplice ideológico-pragmático incondicional, Partido del Trabajo (desde entonces como inseparable binomio perredopetiano) y sin ninguno en contra, pues los once diputados del Partido Revolucionario Institucional, los tres del Grupo Parlamentario del PVEM y los once del Partido Acción Nacional habían abandonado el recinto que, ante el inminente autoritarismo antidemocrático (podemos fundadamente suponer) ya no

<sup>21</sup> “Autócrata, del Gr. Uno Mismo, y Poder, Dominio, Com. Persona que ejerce por sí sola la autoridad suprema de un estado. Se daba especialmente este título al emperador de Rusia”. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, pp. 144 y 145.

sólo cualitativo que había quedado patente un momento antes, sino ahora también cuantitativo ya presagiado.<sup>22</sup>

Si bien cuantitativamente el 54.54% de los 66 posibles diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobaron la reforma al Código Civil (que en una definición estricta de la democracia representativa resultó autodestructiva en voz de Luigi Ferrajoli), como decisión mayoritaria fue suficiente para que la misma fuera aprobada, no en su contenido de legitimación, sino, por el contrario, fue evidentemente autoritaria o autocrática. El calificativo (representativa) en realidad desnaturaliza al sustantivo y desmerece la denominación formal del sistema político (“Autoritario, ria, adj... II 2. Partidario extremado del principio de autoridad”).<sup>23</sup>

#### Reforma de diciembre de 2009

El siguiente, trascendental y definitivo paso gradualista, e igualmente autoritario, lo habría de iniciar nuevamente el propio Partido de la Revolución Democrática poco más o menos ocho años después, el 6 de noviembre de 2008. Propone la modificación del artículo 146 del Código Civil (junto con otra serie de artículos como parte de un paquete reformista) con su antitético preámbulo contradictorio de su propio planteamiento hecho escasos ocho años antes por ese mismo Partido y del de su entonces colega-ideologista Partido Alternativa Social Demócrata menos de tres años antes. Efectivamente, ambos iniciadores de la entonces legislación en materia de la llamada “socialconvivencia”, habían expresado su intención “...de no interferir ni vulnerar la institución del matrimonio, ni transgredir ni vulnerar las instituciones que hoy existen en nuestra sociedad y nuestro sistema jurídico”.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 17 de septiembre de 1997, pp. 2-6. Relativo a la Sesión de Instalación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y del 28 de abril de 2000, pp. 71 y ss. Relativo a la aprobación del Dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia del Proyecto de Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>23</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 19a. ed., Madrid, 1970, Ed. Espasa Calpe, p. 145.

<sup>24</sup> Müggenburg, Carlos, “La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 31, Escuela Libre de Derecho, pp. 671 y ss., México, 2007.

El 6 de noviembre de 2008 la diputada Leticia Quezada Contreras, del propio Partido de la Revolución Democrática, de corta memoria partidista o desconociente del honor de la palabra y compromisos legislativos partidarios dice: “Actualmente en el Distrito Federal, se ha establecido parcialmente el reconocimiento de los derechos de la Comunidad LGBT, inicialmente a través de la Ley de Sociedades de Convivencia, un gran avance en el reconocimiento jurídico de formas de convivencia distintas a las tradicionales, [pero] esta figura no se refiere a proponer (*sic*) un vínculo de pareja entre quienes la suscriben, es decir de vínculo afectivo, sexuales; la sociedad de convivencia no es equivalente a la figura del matrimonio civil, los derechos y las obligaciones de los cónyuges [tampoco] lo son, la presente iniciativa plantea reconocer el derecho a contraer matrimonio con personas de su mismo sexo”. Se turnó por el Presidente de la Asamblea, la iniciativa mencionada para su análisis y dictamen a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia.<sup>25</sup>

¿Qué necesidad tuvo el Partido de la Revolución Democrática y su entonces correligionario ideológico el Partido Alternativa Social Demócrata de haber hecho las declaraciones que tres y siete años antes habrían dado tranquilidad a sus votantes y no votantes de que la sociedad de convivencia no se confundiría con el matrimonio ni constituiría un paso más en esa identificación? ¿Por qué mintieron? ¿Por qué no se abstuvieron entonces de hacer declaración alguna al respecto? ¿Qué no habrán, otra vez dolosamente, querido inducir a la confianza de sus colegas de otros partidos y de la sociedad, para después en su siguiente paso gradualista, en otra legislatura, tomarlos desprevenidos?

Era tal su doleidad que inclusive afirmaron en sus iniciativas, como se acaba de ver, que no se modificarían las normas vigentes relativas al matrimonio ni a la adopción. Pero eso sí, en ninguna se negó que no se tuviera contemplado hacerlo en un futuro.<sup>26</sup> Eran conscientes,

<sup>25</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal. IV Legislatura. Versión estenográfica de la Sesión Ordinaria celebrada el 6 de noviembre de 2008, pp. 22 y ss.

<sup>26</sup> Müggenburg, Carlos, “La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, Indicio de ignorancia o de inaplicabilidad deliberada de la técnica jurídica legislativa por parte de una mayoría de diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que suscribieron la Iniciativa Cuervo”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 31, Escuela Libre de Derecho, México, 2007, pp. 700 y 701.

en su embustiente gradualismo autoritario, ya que de haberlo hecho de un solo golpe, habrían recibido aún mayor rechazo, si no de sus partidos opositores en la asamblea, sí de la sociedad.

El 24 de noviembre de 2009, en el segundo intento por lograr quórum (38 de 66 diputados) el diputado, entonces ya perrediano converso, David Razú Aznar, acechó nuevamente a la Asamblea Legislativa de Distrito Federal, con una iniciativa, con un proyecto de decreto para reformar y adicionar diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles suscrita por 39 diputadas y diputados de la V Legislatura que de manera autoritaria (calificándola de democrática y legal y al plebiscito, de atrevimiento, dirían "...pretender someter los derechos humanos, a popularidad, como si éstos no tuvieran un valor intrínseco), ahora sí, un año después, con toda la cargada, sería demoledoramente la definitiva. En un mismo día se acordó turnarla para su análisis y dictamen a las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Derechos Humanos y de Equidad y Género. Se argumentó primero en la iniciativa que "...tras radicales transformaciones derivadas de las necesidades y fenómenos sociales de cada momento histórico, el matrimonio civil evolucionó hasta alcanzar su definición actual contenida en el artículo 146 del Código Civil vigente para el Distrito Federal..." Omite o ignora el diputado, ideológicamente reitero-iniciativante, que, cualesquiera que hayan sido las "...radicales transformaciones de las necesidades sociales de cada momento histórico..." a que se refiere, el Código Civil de 1928 no tuvo definición de matrimonio alguna por más de setenta años, y que fue hasta con la reforma iniciante del autoritario proceso gradualista de su ya entonces propio partido, que en el año 2000 se propuso y logró insertarla, sin motivación ni explicación específica alguna, bajo su entonces supuesto programa de "igualación de la mujer y el hombre". De manera temeraria, se agrega inmediatamente en la iniciativa que "...el objeto fundamental de la institución matrimonial es la realización de la comunidad de vida entre dos personas".<sup>27</sup>

En menos de un mes, el 21 de diciembre de 2009, proveniente de las mencionadas Comisiones (unidas) de Administración y Procuración

<sup>27</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal. V Legislatura. Versión estenográfica de la Sesión Ordinaria celebrada el día 24 de noviembre de 2009 (12:15 horas), pp. 1, 3 y 35 y ss.

de Justicia, de Derechos Humanos y de Equidad y Género, otra vez, el propio "...diputado David Razú Aznar y otros cuarenta y un diputados integrantes de diversos grupos parlamentarios... [presentan] la iniciativa [que] propone reconocer el matrimonio y concubinato entre personas del mismo sexo congruente con el artículo 1 constitucional [que] veda cualquier posibilidad de discriminación por razón de preferencias y del artículo 2 del Código Civil que explícitamente establece que a ninguna persona podrá restringírsele el ejercicio de sus derechos por razón de su orientación sexual [y considerando que] la legislación internacional de derechos humanos impone una absoluta prohibición de la discriminación forma parte del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal en su línea de acción 1983 elaborado con el concurso y consenso de organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, el Tribunal Superior de justicia del Distrito Federal y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos". Se ven asimismo tales diputados, en la necesidad de justificar internacionalmente, despreciando mediante su relegación las opiniones nacionales y exaltan así que su iniciativa: "...es consistente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre el consentimiento del matrimonio de 1962, la Convención Americana sobre derechos Humanos la resolución de la Organización de los Estados Americanos respecto a derechos humanos por orientación sexual e identidad de género, [y] la Declaración del 19 de diciembre de 2008 sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas".

Ávidos de apoyos legitimantes inexistentes, en la misma forma acuden a ejemplos de sistemas legales que, como los Países Bajos (Holanda), Bélgica, España (incluyendo Andalucía, Navarra, el País Vasco, Aragón, Cataluña y la Comunidad Valenciana), Noruega, Suecia, Sudáfrica, y los estados de Massachussets, Connecticut, Iowa y Vermont en los Estados Unidos de América y Canadá, en los que judicial o legalmente se estableció el matrimonio homosexual. Olvidando o ignorando otra vez su posición ideológica partidaria, manifestada en la iniciativa de su Ley de Sociedades de Convivencia, reiteran "la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio como estigma, desigualdad, y restricción de dere-



chos". Con todo ello y más, pero con su característico autoritarismo ya entonces perredopetiano, "...en votación nominal con 22 votos a favor, 36 en contra y 2 abstenciones..." desaprueban "...someter a referéndum diversas reformas al Código Civil...".<sup>28</sup>

Olvidaron que todo el "concitado (*sic*) ... amplio apoyo"<sup>29</sup> no representa otra cosa que una aplicación del aforismo popular "disculpa no pedida acusación manifiesta". ¿Qué necesidad había de acudir a todos esos amplios apoyos, si el único que habrían necesitado hubiera sido el de la sociedad, auténtica destinataria de la norma, que dicen representar y que simplemente les requería haber hecho un referéndum?

No podemos dejar de advertir que en la misma sesión asambleística (al más puro estilo perrediano practicado recurrentemente con anterioridad) fueron violados los artículos 89 de la Ley Orgánica de la Asamblea del Distrito Federal y 22 del Reglamento Interior de las Comisiones de la Asamblea y que, no obstante, se solicitó moción suspensiva para "...que regresemos el dictamen para una correcta y legal fundamentación y motivación porque la convocatoria a la sesión fue menor a las 48 horas, en primer lugar, no hay fundamentación para que se dispense esta convocatoria y la convocatoria no fue enviada con carácter urgente, así que no aplica la ausencia de firmas de Secretario, que la ausencia existe no una, en las tres Comisiones Unidas, pido a esta Asamblea que hagamos un trabajo honorable, no respetamos a los ciudadanos que nos mandan respetar el Estado de Derecho".<sup>30</sup> La Moción Suspensiva de Reformas al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, propuesta por el diputado Pizano Salinas, fue una vez más autoritaria e ilegal-

<sup>28</sup> Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 21 de diciembre de 2009, V Legislatura, pp. 9 y ss.

<sup>29</sup> "concionar... Conmover, instigar a uno contra otro o excitar inquietudes y sediciones". Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 336.

<sup>30</sup> "Artículo 89. Los Proyectos de iniciativa de Leyes o Decretos que se presenten ante la Asamblea deberán ir acompañados de una exposición de motivos en la cual se fundamente y motive la para poder pronunciarse sobre ellos...", Ley Orgánica de la Asamblea del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, 19 de diciembre de 2002. "Artículo 22. La Convocatoria respectiva para la reunión de trabajo deberá hacerse llegar a los diputados integrantes, cuando menos con cuarenta y ocho horas de anticipación...", Reglamento Interior de las Comisiones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 30 de diciembre de 2003.

mente desechada por 35 votos (todos perredistas, petistas y el del Panal) contra 26 y cero abstenciones.

Luego de lo que parece haber sido una acalorada discusión ideológica con porristas mayoritariamente perredianos en las galerías del recinto legislativo, recurrente en nuestra historia, particularmente pero con sapiencia en el siglo XIX entre escoceses y yorkinos primero y liberales contra conservadores después, que el ya diputado perrediano Razú Aznar nos hace recordar con su frustrada retórica invocante "...del precepto juarista *El Respeto al Derecho Ajeno*", y su propio añadido con el más cínico autoritarismo, "...nunca buscamos limitar los derechos de ningún grupo, las instituciones no son entes naturales, la naturaleza no discrimina", en la que éste y sus coautores evaden el debate jurídico, pues no responden a objeciones de esa naturaleza sino que prosiguen con su ideologizada arenga politizante de ínfimo o nulo nivel jurídico de corte pseudo-empirista, tal como la cita que hace del presidente español: "*Somos más decentes cuando otorgamos derechos y dignidad a nuestros vecinos, a nuestros compañeros de trabajo, a nuestros familiares y amigos, sin distinguirlos por sus preferencias sexuales*".

El diputado Fernando Rodríguez Doval replica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación "...justifica un trato distinto siempre y cuando ese trato distinto sea objetivo y razonable". El diputado Octavio Guillermo West Silva replica también al converso diputado perrediano, pero sin obtener respuesta auténticamente contra-argumentativa, sino que, frívolamente,<sup>31</sup> dicharachea que si bien el artículo 16 de la Declaración de Derechos Humanos "dice: *los hombres y las mujeres a partir de edad núbil tienen derechos sin restricción alguna, ... a casarse y fundar una familia y disfrutarán de derechos iguales en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*; en todos los demás casos se refiere a las personas [y al proponer] eliminar una presunta discriminación legal parte[n] de una premisa hipotética y subjetiva: [el matrimonio] es una figura que está concebida para que surta efectos bajo determinada hipótesis. [t]ampoco resulta cierto que sólo a través de la modificación

<sup>31</sup> "Frívolo, 1A (Del Lat. *Frivolus*). Adjetivo, ligero, veleidoso, insustancial. 2. Fútil y de poca sustancia". Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 638.

se logre robustecer el marco jurídico a las personas del mismo sexo que se unen a efectuar (*sic*) una vida en común, los derechos sucesorios no sólo se adquieren por razón del matrimonio; los derechos sociales, como la seguridad social, tampoco se adquieren en razón del matrimonio, ya que toda persona tiene el derecho constitucional a la salud; [c]omo segunda premisa se argumenta que el derecho de las dos personas del mismo sexo se una[n] en matrimonio, constituye un derecho humano que se está violando, pues no existe disposición alguna que así lo establezca. El artículo 4o. constitucional se invoca en forma sesgada ya que dicho numeral es claro al diferenciar que existen dos tipos de personas que deben contar con igualdad ante la ley: el varón y la mujer, el precepto constitucional invocado se cumple cabalmente en el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal”. El dictamen perrediano proveniente de las Comisiones fue entonces, sin sorpresa pero intempestivamente, sometido a aprobación en lo general y en presencia de 65 de los 66 diputados que integran la Asamblea Legislativa, aprobado por el voto de 39 diputados, 20 en contra y 5 abstenciones, integrada obviamente esa mayoría por los cuatro petistas o petianos, 34 perredianos y el único diputado panaliano; las cinco abstenciones fueron priistas; los restantes, o sea todos los panistas, los verdes y el resto de priistas votaron en contra.<sup>32</sup>

En la discusión en lo particular, del mencionado artículo 146, el escenario no fue materialmente diverso, sólo que ahora se agregaron por los partidos de oposición, argumentos ya no sólo conceptuales que no habían sido controvertidos por el de hecho constituido binomio perredopetiano a favor de su iniciativa, sino ahora de orden social pero con objeciones reales, como el de la ya para entonces diputada federal, promovente años antes de la legislación defecha en materia de sociedades de convivencia, Enoé Uranga, e inclusive el del coordinador de Kurich México, que dijo ser la asociación civil más grande del país que agrupa a personas de condición homosexual, Óscar Rivas, quien también declaró ante la máxima tribuna de los ciudadanos: “Este sector de la sociedad tiene sus derechos protegidos y garantizados por la actual Ley de Sociedades de Convivencia, por lo que la modificación legal planteada por el PRD solamente busca derechos

<sup>32</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura. Versión estenográfica de la Sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2009, pp. 4 a 71 y 18.3.

ficticios y no protección, puntualizando que este sector social respeta el matrimonio tradicional y no se siente discriminado ni vulnerado en sus derechos”. El autoritarismo perrediano, silencioso y evasivo ante los contundentes hechos argumentados, sale al embate y precipita la votación que resulta en sólo 31 votos a favor de la reforma, 24 en contra y ahora 9 abstenciones, de los mismos 65 diputados presentes; inexplicablemente en esta votación en particular, los cuatro petistas se abstuvieron, junto con cinco perredistas.<sup>33</sup>

Una vez más, como sucedió cinco años antes en la aprobación de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal, el efecto dilutivo democrático perrediano quedó a la vista y ahora aún más, pues con menos de la mitad de los representantes legislativos asambleísticos (31 de 34 que harían mayoría) de la “ciudad de vanguardia” a la que presumen representar, frívola y autoritariamente “equidizaron” según ellos la condición jurídica de los homosexuales contrayentes matrimoniales.

## II. LEGISLACIÓN ASAMBLEÍSTICA

También de manera no inmediata sino precipitada, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 29 de diciembre de 2009 se publicó por el “vanguardista” jefe de gobierno del Distrito Federal, Marcelo Luis Ebrard Casaubón, sin observación ni veto alguno, el Decreto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, por el que se Reforman Diversas Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El texto aprobado y publicado que redefinió el matrimonio, quedó redactado como sigue:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

<sup>33</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura. Versión estenográfica de la Sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2009, pp. 72 y ss.

### 1. Continuismo incontenido de ilogicidad técnica jurídica

Con su característico ardid,<sup>34</sup> no se atrevieron el diputado reiteroiniciativante, ni sus correligionarios, a repetir en el pleno, los sofisticos<sup>35</sup> argumentos “justificativos” de su iniciativa, expuestos en la proveiente ya entonces, de las comisiones a las que fue turnada.

#### A. Ignorancia o mofa de las esencias lógicas

Afirman, liderados por el diputado David Razú Aznar los suscribientes diputados, de corta o ninguna memoria partidaria, que de la definición de matrimonio vigente por escasos nueve años, que sus propios partidarios perredianos impusieron en el año 2000, “...puede derivarse que el objeto fundamental de la institución matrimonial es la realización de la comunidad de vida entre dos personas. Con base en ello, carece de fundamento la restricción impuesta en términos de la diferenciación entre el sexo de los contrayentes...”<sup>36</sup>

La ligereza del sofista razonamiento, que ni a inferencia llega, radica en dolosamente suponer que “la comunidad de vida” hubiera sido el elemento esencial del acto jurídico matrimonial que ellos mismos habían normado.

Contrario a la falsa aseveración del diputado Razú y sus correligionarios reiniciativantes, en el sentido de que pudiera derivarse de la definición de matrimonio de mayo 25 de 2000, que su objeto fundamental hubiera sido la comunidad de vida, es perfectamente comprobable que no hubo una sola palabra en su iniciativa o exposición de motivos de aquel entonces, de la que pudiera resultar que en el concepto de matrimonio publicado en la Gaceta del Distrito

<sup>34</sup> “Ardid (De ardid) adj. Ant. Ardido, valiente. II Mañoso, astuto, sagaz. II 3. Artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento”, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 1970, Ed. Espasa Calpe, p. 113.

<sup>35</sup> Esta falsedad puede también ser intencionada, y entonces se llama sofisma. Villalpando, José Manuel, *Manual moderno de lógica*, Porrúa, México, 2008, p. 186.

<sup>36</sup> “Artículo 146. El Matrimonio es la unión libre entre un Hombre y una Mujer, para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe realizarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta Ley exige”, Gaceta del Distrito Federal, 25 de mayo de 2000.

Federal de 25 de mayo mencionada, se hubiera siquiera insinuado que tal habría sido el interés jurídico a proteger del matrimonio.

Su irresponsabilidad legislativa queda además de manifiesto cuando, no obstante la trascendencia de su representación social para normar a toda la sociedad del Distrito Federal y “a la que transitara por el territorio de esta entidad federativa”, de un mero enunciado (que no juicio en sentido lógico), consistente en una posibilidad (“puede derivarse”), deducen irracionalmente lo que calificarían como una conclusión (lógicamente llamado raciocinio universal negativo).

Ni fue cierto el hecho asumido (comunidad de vida como el objeto fundamental o esencial del matrimonio definido en 2000), ni mucho menos obviamente el razonamiento sofisticado de los desmemoriados e ilogicistas pseudolegisladores.

Un Manual de “Lógica” Legislativa Perrediana del diputado David Razú Aznar<sup>37</sup> y sus colegas coautores diría:

Primero. Si se ha definido que el “...matrimonio es la unión libre entre un hombre y una mujer, para realizar la comunidad de vida en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”.

Segundo. El elemento esencial del “matrimonio” (sujeto particular) es (el predicado universal) “realización de comunidad de vida”.

Tercero. Ni la “libertad de contratación”, ni el elemento subjetivo heterosexual del acto jurídico, “un hombre y una mujer”, ni el “respeto”, “igualdad”, ni la “ayuda mutua”, y menos aún la “posibilidad de tener hijos de manera libre, responsable e informada” constituyen “objeto fundamental” del matrimonio.

Cuarto. Cualesquiera dos personas que libremente “realicen comunidad de vida” pueden constituir un matrimonio.

Quinto. Aunque no son “objeto fundamental” del matrimonio, la procuración de (los predicados universales) respeto, igualdad y ayuda mutua, sí son notas características de éste.

Sexto. Los predicados particulares “un hombre y una mujer”, y “la posibilidad de procrear hijos de manera libre”, no constituyen ni el objeto fundamental del matrimonio, ni notas características de éste.

Séptimo. Luego, el libre acuerdo de comunidad de vida entre un hombre y una mujer, entre dos mujeres y entre dos hombres que además se procuran

<sup>37</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura. Versión estenográfica de la Sesión Ordinaria celebrada el día 24 de noviembre de 2009, p. 35, Iniciativa del C. diputado David Razú Aznar, segundo párrafo.

respeto, igualdad y ayuda mutua, constituyen un matrimonio, al cual sólo le faltaría (como elemento formal) su celebración ante juez del Registro Civil. Octavo. El hombre y la mujer que procrean hijos entre sí y se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua pero no tienen o no pueden tener vida en común, no constituyen un matrimonio, no obstante haberlo celebrado ante el juez del Registro Civil.

De los múltiples significados de la palabra “vida”, los que resultan aptos para los efectos del elemento determinado falsamente como el esencial del propuesto matrimonio perredopetiano es: “Modo de vivir en lo tocante a la fortuna o desgracia de una persona o a las comodidades o incomodidades con que vive” o “Conducta o método de vivir con relación a las acciones de los seres racionales” o “relación o historia de las acciones notables ejecutadas por una persona durante su vida”. Y “común” en el mismo contexto significaría: “Dícese de lo que, no siendo privativamente de ninguno, pertenece o se extiende a varios” o “Juntos todos los individuos de un cuerpo”.<sup>38</sup>

Cualquiera que hubiera sido el significado atribuido como el esencial del matrimonio por la mayoría de los legisladores perredopetianos, no creemos que hubiera sido muy diferente de los transcritos de los diversos que le asigna el *Diccionario de la Lengua Española* citado. Absurda resulta aún más a la más elemental lectura y simple reflexión, la atribución de ese predicado al sujeto matrimonio de la premisa mayor como el elemento esencial y exclusivo del silogismo. Cuanta gente que no constituye un matrimonio tiene vida en común. Pensemos en una viuda con su hija o un viudo con el suyo, entre muchos otros, que tienen vida en común en los términos del *Diccionario* transcritos y que evidentemente no constituyen matrimonio. Planiol y Ripert nunca le atribuyeron a la “comunidad de vida”, el carácter de ser éste el elemento esencial del matrimonio, simplemente señalan: “...normalmente los dos esposos que están obligados a cohabitar, tienen hogar común por esa razón el Código Civil se concreta a sentar el principio del deber de socorro y a declarar que este deber es mutuo, los tribunales reconocen a cada cónyuge el derecho de vivir separado cuando la otra parte falta a cualquiera de las obligaciones consideradas como recíprocas, el deber de cohabitación es común a

<sup>38</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970, pp. 334 y 1340, respectivamente.

los dos esposos, mientras que la obligación de aceptar el domicilio conyugal es potestativa de la mujer y es un corolario de la potestad marital, la jurisprudencia declara que la mujer tiene el derecho de vivir separada cuando es objeto de malos tratamientos, y aun simplemente de la de personas cuyas costumbres, carácter y lenguaje sean de tal naturaleza que lastimen su dignidad [1]a misma solución se ofrece cuando el marido no da a su mujer el lugar que le corresponde en su casa, [la] separación de hecho no releva a los cónyuges de sus deberes, solamente suspende la ejecución de aquéllos que no podrían cumplirse sin injusticia, esta suspensión es puramente temporal, es un *modus vivendi* provisional que cesará, bien cuando la vida en común pueda reanudarse o bien cuando se interpusiere demanda de separación de cuerpos o de divorcio”.<sup>39</sup>

Conforme al mismo Manual de “Lógica” Legislativa Perrediana del diputado David Razú Aznar y sus “logísticos” legisladores perredopetianos se construiría “irrefutablemente” el siguiente silogismo:

El matrimonio es vida en común.

Dos hombres o dos mujeres respectivamente tienen vida en común.

Dos hombres o dos mujeres que tienen vida en común son un matrimonio.

Sin embargo, un verdadero tratado de lógica, como lo es el *Manual moderno de lógica* de José Manuel Villalpando,<sup>40</sup> dice, en abierta contradicción con lo que sería el “Manual de ‘Lógica’ Material Legislativa Perrediana del diputado David Razú Aznar y sus complicadores” colegas, refiriéndose a las reglas de los términos relativas a la estructura del silogismo:

“2a. Ningún término debe tener mayor extensión en la conclusión que en las premisas”. En el silogismo perredopetiano transcrito, el sujeto matrimonio de la premisa mayor necesariamente tiene una extensión mayor como término predicado de la conclusión, por lo que falta a la segunda regla mencionada.

<sup>39</sup> Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Trad. Dr. Mario Díaz Cruz, con la colaboración del Dr. Eduardo Le Riverend Brusone, t. II, La Familia, 1946, Cultural, La Habana, pp. 259, 261 y 271-275.

<sup>40</sup> Ed. Porrúa, México, 2008, p. 185. En el mismo sentido, Aristóteles, *Tratados de Lógica (El Organon)*, Porrúa, 8a. ed., México, 1987, p. 74: “El silogismo es imposible si el universal está en la menor...”.

No siéndoles suficiente a los mismos seudolegisladores, violar dicha segunda regla para replantearse su aberrante ilogicidad, violan también la regla de los juicios relativa al mecanismo que dice: "8a. La conclusión sigue siempre a la premisa más débil, entendiéndose por ésta, a la particular o a la negativa". Resulta que la premisa particular en el seudosilogismo perredopetiano es la segunda en tanto que la conclusión sigue al sujeto término medio de la primera, es decir de la universal.

El único silogismo que formalmente, aun cuando materialmente no lo sería pues el contenido de la premisa mayor sería originalmente falso, no violaría las reglas formales de la lógica (aunque sí las de contenido o esenciales), que habría podido desarrollar el binomio perredopetiano, diría:

El matrimonio es comunidad de vida.

X e Y son un matrimonio.

X e Y tienen comunidad de vida.

Sin embargo, ese razonamiento formal, pero no materialmente por la falsedad de contenido de la premisa mayor, no les interesaba, pues no les permitiría llegar a su propuesta universal de que la esencia del matrimonio es la comunidad de vida y ninguno otro. Ello descalificaría, por esencia, su inducida propuesta de matrimonio.<sup>41</sup>

El carácter autocontradictorio que atribuimos al concepto de matrimonio del binomio perredopetiano, queda de manifiesto por el manejo superficial técnico del propio Código Civil por tales seudolegisladores y sus asesores ideológicos y demás participantes en el proceso legislativo, incluyendo al ejecutivo local y su "brillante" cuerpo de asesores legales.

Hemos visto que el supuesto elemento esencial del matrimonio perredopetiano, la vida en común de la pareja, de una u otra manera supondría compartimiento material del espacio y de bienes e ideológico y de intereses fundamentales. De lo contrario esa materialidad

<sup>41</sup> Aristóteles, *Tratados de Lógica (El Organon)*, Porrúa, 8a. ed., México, 1987, p. 140: "El razonamiento falso proviene siempre de un primer error, ya resulte el silogismo de dos proposiciones, ya resulte de muchas. Si resulta de dos, es necesario que una de ellas, y si se quiere ambas sean falsas; porque de proposiciones verdaderas, como se ha visto, no sale silogismo falso".

e idealidad de vida serían privativas y no comunes. Esa comunidad supone, como lo tiene que reconocer el propio legislador, un "vivir juntos" de los cónyuges y ello a su vez, un domicilio conyugal común. Sin embargo, esa esencialidad única del matrimonio perredopetiano, se trunca cuando el legislador tiene que aceptar que la obligación de "vivir juntos en el domicilio conyugal" puede ser eximida cuando uno de los cónyuges "traslade su domicilio a país extranjero, o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad".<sup>42</sup> Luego el elemento esencial del matrimonio perredopetiano no resultó serlo conforme al resto del derecho positivo defecho.

La aseveración de que "la excepción confirma la regla" que seguramente utilizaría frívolamente el binomio perredopetiano, es lógicamente inadmisibile, aunque utilizada populistamente. Lo que las excepciones o la serie de excepciones hacen en realidad es no sólo poner en duda, sino destruir inductivamente el postulado que se quiere demostrar. O en el mejor de los casos, generar lógicamente una regla general diferente, pero jamás por sí la excepción, hecho contradictorio de la regla y no confirmatorio de la misma por vía de repetición, puede constituir la regla misma.

No en vano anticipaban Planiol y Ripert, casi con un siglo de anticipación, refiriéndose precisamente a la legislación matrimonial francesa, que "...este procedimiento legislativo de reformas parciales y sucesivas no deja de presentar graves inconvenientes prácticos; el público se halla poco al corriente de una legislación modificada a cada paso y los textos legales adolecen de falta de coherencia y frecuentemente de claridad".<sup>43</sup>

#### *a. Incongruencias argumentativas constituyentes entre sociedad de convivencia y matrimonio homosexual*

El dictamen de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Derechos Humanos y de Equidad y Género de la

<sup>42</sup> Código Civil para el Distrito Federal. Última modificación 30/07/2010. Códigos estatales Id. VLEX:VLEX-42834634 <http://vlex.com/VID/42834634>, p. 23.

<sup>43</sup> Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Trad. Dr. Mario Díaz Cruz, con la colaboración del Dr. Eduardo Le Riverend Brusone, t. II, La Familia, 1946, Cultural, La Habana, p. 56.

V Legislatura de la Asamblea Legislativa, aunque herederos putativos de los de la IV, “olvidadamente” atribuyen únicamente ya para entonces a la Ley de Sociedad de Convivencia solamente, “...un avance fundamental en el reconocimiento de distintos tipos de familias que existen en nuestra sociedad...”, pero inmediatamente remontan con un brinco circense extralógico el tema, al aseverar gratuitamente que “...la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio persiste como un elemento de estigma, de desigualdad y restricción de derechos en contra de un grupo de población que por razón de su orientación sexual no tiene interés ni ganancia alguna en contraer matrimonio con personas de sexo distinto al suyo”.<sup>44</sup>

Hayan o no consultado los ilustres defeños legisladores del matrimonio homosexual, la Exposición de Motivos de la iniciativa de la Ley de Convivencia para el Distrito Federal, que la legislatura inmediata anterior hizo acerca del objetivo perseguido con el establecimiento de la sociedad de convivencia, ignoraron, porque les resultaba circunstancialmente inconveniente, conceptos argumentativos que, fundados o infundados, hacían evidente la orientación homosexual de la propuesta figura socioconviviente, de su predecesora partidaria IV Legislatura, tales como: “...redefinición de las relaciones entre géneros y la conquista de derechos civiles y sociales, resulta imperativo construir un marco jurídico que contemple y proteja diversas formas de convivencia, erradique y prevenga la discriminación y promueva una cultura de respeto a la diversidad sexual, [l]as personas que eligen a parejas del mismo sexo, siguen siendo jurídicamente inexistentes (*sic*), [e]l propósito de esta nueva figura es garantizar los derechos por vía de la legitimación de aquellas uniones que surgen de las relaciones afectivas a las que el derecho mexicano no reconoce aún consecuencias jurídicas, [r]espetar la orientación sexual de las personas implica defender la vida democrática de nuestro país”.<sup>45</sup>

Para que lo recordaran oportunamente o si acaso lo fueran a omitir intencionalmente, dos años antes de que el binomio perredopetino

<sup>44</sup> Gaceta Parlamentaria. V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, No. 8, 21-12-2009, p. 921.

<sup>45</sup> Diario de los debates. IV Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, año I, No. 26, octubre de 2006, pp. 51 y ss.

impusiera por marginal mayoría (relativa estrictamente hablando) su nueva definición de matrimonio, las mismas Comisiones Unidas de Equidad y Género y de Derechos Humanos, que no la de Administración y Procuración de Justicia de la predecesora IV Legislatura, presentaron un Dictamen a la Iniciativa de Decreto por el que se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal. Evidentemente fue rechazada, pues no hay que ser ingenuos para saber que ello habría hecho ineficaz la premeditada modificación gradualista sofistamente desnaturalizada del concepto de matrimonio perredopetiano propio de “una ciudad de vanguardia”, que habían dejado intencionalmente pendiente para dar luego el paso definitivo subsecuente en la V Legislatura sobreveniente.

#### *b. Incapacidad técnica legislativa descalificante de postura eclecticista como contrarreformante*

Las Comisiones Unidas de Equidad y Género y la de Derechos Humanos presentaron el 18 de diciembre de 2007, ante el Pleno de la IV Legislatura de la Asamblea Legislativa, su dictamen a la iniciativa de Decreto por el que se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones de la Ley de Convivencia para el Distrito Federal. Dicha iniciativa, en forma francamente poco o nada conservadora propone, entre otros: cambiar el concepto de hogar común objeto de la voluntad del contrato (llamado por la ley acto jurídico), por el de lugar de convivencia; que los menores emancipados pudieran “suscribir una sociedad de convivencia” y que por ese hecho alcanzaran el estado jurídico de emancipados; y restricción para que, a través de la sociedad de convivencia, se reconocieran o adoptaran o tuvieran hijos.

El debate volvió a ser apasionadamente antitético. En tanto que se les hacía ver a los diputados perredianos, por los arrepentidos priistas, que “...no obstante la gran publicidad...”, no había después de un año más de 200 contratos de sociedad de convivencia, que había que reconocer que lo hicimos mal”, a lo que los diputados perredianos respondían con alusiones viscerales, al más puro estilo yorkino decimonónico (sólo en lo pasional mas no en lo intelectual) carente de racionalidad, tales como que aceptar las propuestas “...significarían contrarreforma, serán totalmente inaceptables”, y otras propias del

“cantinfleo”<sup>46</sup> del diputado perrediano Enrique Pérez Correa, tales como: “...porque Jorge Schiaffino abre el debate y entonces le entramos y haber (*sic*) si con eso la podemos hacer un poquito más atrás de lo que ha avanzado..., esta defensa hubiera sido distinta si no la hubiera hecho la derecha en la Comisión, los militantes de la Izquierda decidimos decirle no a esa reforma...”. Replicó con remordimiento el diputado priista Schiaffino: “No son ni derechas ni izquierdas ni discriminaciones o no, es una ley que esta Asamblea ya aprobó, que está vigente y que desde el principio está mal hecha”. El “genial” autor de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, embistió con bravura ignorante propia de su partidaria consabida “sabiduría legislativa” que caracterizó su representación: “No será que el PRI está tratando de echarse para atrás, no será que usted tiene instrucciones o línea de venir a boicotear este avance a favor de una minoría de la ciudad de México, no vamos a permitir contrarreformas que nos hagan perder los espacios y los terrenos ganados, en ocasiones los humanos somos falibles y en ocasiones legislamos mal”.<sup>47</sup>

### **Comunidad de vida y hogar común**

La Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal definió a ésta como “un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”.<sup>48</sup> Con independencia de las múltiples deficiencias de técnica jurídica,<sup>49</sup> con las que se condujo el legislador defenío al formular esa definición, llama la atención el elemento objetivo de la misma que es el “hogar común”. Los demás,

<sup>46</sup> “Cantinflear. 1. Intr. Cuba y México. Hablar en forma disparatada e incongruente y sin decir nada”, Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., <http://buscon.rae.es/draef/>.

<sup>47</sup> Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Primer periodo de sesiones del segundo año de ejercicio, 18 de diciembre de 2007, No. 28, pp. 133-138.

<sup>48</sup> Gaceta Oficial del Distrito Federal, 16 de noviembre de 2006.

<sup>49</sup> Ver Müggenburg, Carlos, “La Ley de Sociedad de Convivencia. Segunda Parte. Indicio de ignorancia o de inaplicabilidad deliberada de la técnica jurídica legislativa por parte de una mayoría de diputados de la Asamblea Legislativa del D.F. que suscribieron la Iniciativa Cuervo”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 2008, No. 32, pp. 501 y ss.

con excepción de la ayuda mutua que analizaremos subsecuentemente, corresponden a los de cualquier contrato o acto jurídico en general y además pueden ser convencionalmente modificados por las partes.

Fue con motivo de la iniciativa de reforma a dicha ley de diciembre de 2007 a la que se ha hecho referencia, que afloraron anticipadamente las razones que llevaron a dichos seudolegisladores, a incorporar dentro de su proceso gradualista y sofista, dos años después, ese concepto, como parte del objetivo final que estaban fraguando, que era “justificar” después su diferenciación con el matrimonio homosexual.

La iniciativa de reformas mencionada, propuso sustituir dicho elemento objetivo de “hogar común” por el de “lugar de convivencia”, por considerar incomprensiblemente que el segundo “...para el Código Civil, se refiere al domicilio de las personas físicas que corresponde a la morada habitual para el matrimonio, el concubinato o cualquier relación familiar ahí contemplada, como lugar de residencia”. El contra-argumento es evaluado benévolamente de “petición de principio” pues se dice “...que no es viable ya que atenta contra la esencia de la Ley, como un requisito para su constitución y vigencia, que aunque el Código Civil hace referencia al ‘hogar’, en ningún momento lo define, sin embargo, se relaciona principalmente con el lugar establecido por mutuo acuerdo por los cónyuges y en el cual se disfrutará de autoridad propia y de consideraciones iguales...”. Identifican con sofisticada argumentación a la definición de “hogar” del *Diccionario de la Real Academia Española* con la segunda acepción de éste como “Casa o domicilio” y reiteran su ignorante mencionada frustración lógica o petición de principio al responder que en la Sociedad de Convivencia “...se constituyen relaciones jurídicas bilaterales en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y el establecimiento del hogar común, bajo el cual ambos convivientes se obligan a proporcionarse alimentos, adquieren derechos sucesorios, posibilidad de ejercer tutela legítima por interdicción e incluso se regulan las relaciones patrimoniales entre éstos, que sin tener un lazo familiar pero sí (*sic*) de solidaridad, que por medio de las otras figuras jurídicas contempladas en el Código Civil vigente no era factible establecer”.

Como se puede ver con una sana lógica elemental, los viscerales diputados implican, desde luego sin quererlo, (i) que el concepto “hogar” sea el esencial de la sociedad de convivencia, (ii) que la ley

lo excluya para los cónyuges (todavía referidos éstos como las partes hombre y mujer) del único matrimonio hasta entonces contemplado, el heterosexual, que además hacía esencialmente entonces innecesario el calificativo, (iii) que el *Diccionario de la Real Academia*, lo haga incompatible con el matrimonio (otra vez al heterosexual como el único hasta entonces), (iv) que el establecimiento del “hogar común” sea contrario a otras instituciones jurídicas tales como los alimentos, la sucesión, la tutela legítima por interdicción o de las relaciones familiares o (v) que sea incompatible con otras relaciones, inclusive convencionales, de solidaridad. Todavía más, en franca contradicción con ellos mismos y sus causahabientes ideológicos de la V Legislatura afirman, nada más y nada menos, con malicia futurista, que “...esta figura jurídica (refiriéndose a la sociedad de convivencia) no puede constituir un hogar, este es exclusivo del matrimonio, concubinato o cualquier relación familiar”.<sup>50</sup>

Pareciera increíble que los perredianos ahora resultaran partidarios de un “puritanismo” que no tuvieron catorce meses antes, inclusive la misma III Legislatura, y menos aun la Primera en su intento para que fuera aprobada su entonces llamada en plural Ley de Sociedades de Convivencia el 26 de abril de 2001. Dijo primero, en su propuesta de ley, la Iniciativa Enoé, que había que reconocer “...la realidad irrefutable de parejas del mismo sexo...” y dijo también la “Iniciativa Cuervo”, que, a diferencia de la primera, habría de convertirse en ley, con “...el reconocimiento de una institución autónoma en la que tengan cabida parejas del mismo o distinto sexo”.<sup>51</sup>

Efectivamente, distinguieron autocontradictoriamente exactamente los mismos diputados perredianos de la IV Legislatura opositores a la reforma de la Ley de Sociedad de Convivencia, que su objeto había sido “...regular a todas aquellas personas que sin tener un lazo familiar pero sí (*sic*) de solidaridad, ánimo de permanencia y ayuda mutua, que por medio de cualquiera de las otras figuras jurídicas

<sup>50</sup> Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal del 18 de diciembre de 2007, IV Legislatura, p. 126.

<sup>51</sup> Ver Müggenburg, Carlos, “La Ley de Sociedad de Convivencia. Segunda Parte. Indicio de ignorancia o de inaplicabilidad deliberada de la técnica jurídica legislativa por parte de una mayoría de diputados de la Asamblea Legislativa del D.F. que suscribieron la Iniciativa Cuervo”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 2007, No. 31, pp. 676, 677 y ss.

contempladas en el Código Civil”, sin explicar por qué, cambiar el concepto “hogar común” por “lugar de convivencia” sería discriminatorio pues éste pasaría, según ellos, a ser exclusivo del matrimonio. Remiten extralógicamente a ciertos datos del Consejo Nacional de Población (Conapo) que distingue los hogares en diversas categorías como “...nucleares, ampliados, compuestos, unipersonales y de coresidencia...”, y con ello definen entonces al hogar como “conjunto de personas que pueden ser o no familiares que comparten la misma vivienda y se sostienen de un gasto común, una persona que vive sola también constituye un hogar”. Su argumento se les revierte por su propósito autoritario y malintencionadamente ignorante, pues (i) no transcriben que en sentido figurado (que es indudablemente por cierto en el que más se usa), en el propio *Diccionario* que citan, hogar también significa: “Vida de familia”;<sup>52</sup> (ii) son incapaces de percatarse que “lugar de convivencia” es más adecuado a su propia ley, ya que, como ellos mismos dicen: “una persona que vive sola también constituye un hogar”, luego hogar no es exclusivo de convivientes, en cambio sí lo es el “lugar de convivencia”; y (iii) la misma Primera Legislatura ignoró que al haber reformado en el mes de mayo de 2000, el artículo 146 del Código Civil para insertar, en el Código Civil llamado de 1928, por primera vez una definición de matrimonio, no obstante que no se incluía en ésta, el concepto o requisito de “hogar común” que tanto preocupó en 2007 a los perredianos como distintivo de la sociedad de convivencia, ya estaba contenido en ella desde décadas atrás cuando en el artículo 163 preveía como obligación, que los cónyuges vivieran juntos en el “domicilio conyugal”.

Se ve entonces que su reticencia a la modificación propuesta, siendo carente de auténticos argumentos lógico-legislativos, y habiendo ya logrado imponer su tipificación del concepto de sociedad de convivencia para los homosexuales, era preciso gradualistamente desdecirse de sus propósitos para alcanzar el siguiente pasoseudodialéctico que era el matrimonio homosexual, dejando a su suerte la sociedad de convivencia, por serles ya de nula o mucha menor utilidad. Ya no importaba, si es que alguna vez la hubiera habido, la congruencia.

<sup>52</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 714.



Adicionalmente, el resultado de las antinomiasseudodialécticas llevó a los legisladores perredianos a caer en su propia trampa en perjuicio de sus supuestos protegidos, pues ubicó una vez más a los “conyuges” del matrimonio homosexual en una situación de inequidad y con ello de discriminación. La ausencia de apropiada normatividad acerca de la naturaleza jurídica del “hogar común” de los convivientes según los seudolegisladores, que no del “domicilio conyugal” de los “cónyuges”, hace que las notificaciones legales que se reciban en el “domicilio conyugal”, les surtan plenos efectos, pues es en el que, salvo prueba en contrario, por mandato de ley se les tiene por presentes para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.<sup>53</sup> No así en el caso de los convivientes que por no ser tratado el “hogar común” como un domicilio para efectos legales, se les tenga por presentes para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, salvo que ahí de hecho se les encontrare. De igual manera discriminatorio resultaría que, mientras al conviviente le basta el abandono del “hogar común” por más de tres meses, al “cónyuge” le hará falta que transcurran seis. Sujeto a que la experiencia perrediana lo demuestre, la recurrente inestabilidad generalizada de las relaciones homosexuales, hará que sensatos abogados recomienden a sus homosexuales clientes que si no están tan seguros de su vocación “matrimonial”, mejor ensayen primero con una sociedad de convivencia que con un “matrimonio homosexual”, pues si unilateralmente determinan su fracaso, en el primero les bastarán tres meses para ubicarse en la causal de terminación en tanto que en el segundo habrán de hacerlo por espacio mayor a seis meses. Ello sin perjuicio de que en términos del artículo 266, conforme a la otra reforma perrediana, lo terminen mediante el más engorroso proceso de “reclamación” ante la autoridad judicial, sin

<sup>53</sup> “Artículo 29. El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto el lugar donde se encontrare. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses”. “Artículo 30. El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté ahí presente”, Código Civil para el Distrito Federal. Última modificación, 30/07/2010. Códigos estatales. Id.VLEX:VLEX-42834634 <http://vlex.com/VID/42834634>, p. 322.

causa, pero ello siempre después de que haya transcurrido un año de “infeliz matrimonio”.

Su sofisticada que ni siquiera falásica actitud, resulta aun más evidente cuando revisando precedentes judiciales relativos, por ejemplo, al abandono del “domicilio conyugal” como causal de divorcio y algún caso de “alimentos”, nos encontremos con que diversos códigos civiles de la República Mexicana, incluyendo el del Distrito Federal, no se hayan referido más que una vez al “hogar común” sino al abandono del “domicilio conyugal” como causal de divorcio y algún caso de “alimentos”, nos encontremos con que diversos códigos civiles de la República Mexicana, incluyendo el del Distrito Federal, no se hayan referido más que una vez al “hogar común” sino al “domicilio conyugal”, pues contra decenas de precedentes judiciales al respecto, se localizó sólo uno de la Sexta Época que utiliza el término hogar común.<sup>54</sup>

El pseudoargumento último para no sustituir el concepto de “hogar común” por “lugar de convivencia” que propuso la iniciativa de reforma a la Ley de Sociedad de Convivencia, se quedó sin fundamento; no hay pues disposición legal, diversa a una tesis aislada en precedentes judiciales, que refiera al lugar de convivencia u hogar común tratándose de matrimonio. Pareciera que no están al alcance

<sup>54</sup> Registro 812297, Sexta Época Tercera Sala, Informe 1966. Amparo Directo 643/64, p. 33, Tesis Aislada; Registro 24184, Sexta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 56, Cuarta Parte, p. 21, Amparo Directo 3711/72; Registro 269196, Sexta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, CXXXIV, p. 32, Amparo Directo 3574/62; Registro 278157, Quinta Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, CXXIV, p. 93, Competencia 41/53; Registro 351349, *Semanario Judicial de la Federación*, LXXV, Quinta Época, Tercera Sala, Amparo Civil Directo 1170/42, p. 2226; Registro 356927, *Semanario Judicial de la Federación*, LV, Tercera Época, Tercera Sala, Amparo Civil Directo 2436/37, p. 630; Registro 81276, Informe 1958, Sexta Época, Pleno, Competencia 145/57, p. 67; Registro 813699, Informe 1954, Quinta Época, Pleno, Competencia 17/52, p. 122; Registro 81276, Informe 1958, Sexta Época, Pleno, Competencia 145/57, p. 67; Registro 241652, *Semanario Judicial de la Federación*, 67, Cuarta Parte, p. 26, Séptima Época, Tercera Sala, Amparo Directo; Registro 162376, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXIII, abril de 2011, p. 1303, Amparo en Revisión 27/2011; Registro 164662, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, abril de 2010, Amparo en Revisión 86/2009; Registro 167727, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIX, marzo de 2009, Amparos Directos 252/89, 73/93, 394/96, 468/2008; Registro 168933, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, septiembre de 2008, p. 1259, Amparo Directo 302/2008; Registro 174554, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIV, agosto de 2006, p. 2137, Amparo Directo 49/2006.

de los legisladores perredianos los precedentes judiciales. Otra vez, no saben ni se preocupan de conocer la técnica legislativa. Sólo les interesa proseguir sus estratagemas políticas.

### *Posibilidad de procreación*

El “novedoso” concepto matrimonial del binomio legislativo perredopetiano, eliminó del mismo “la posibilidad de tener hijos”. Con ello, cualquier diferenciación nominal específica entre la sociedad de convivencia y el matrimonio, se desvaneció. Mientras que la sociedad de convivencia se definió en su gestación (con independencia del análisis de sus fines materia de análisis subsecuente) como “acto jurídico bilateral de dos personas físicas de diferente o del mismo sexo”, el matrimonio homosexual o heterosexual lo fue como “unión libre de dos personas”.

La contra-oposición metódico-engendrante de ambos conceptos seguida por tales legisladores desaparece en su ambición finalística subjetiva predeterminada. ¿Qué diferencia habría entre acto jurídico bilateral (de dos o más personas de diferente o del mismo sexo) y “unión libre” (de dos personas)? Cualquiera que haya sido el sentido “creativo jurídico” que hubieran querido darle a este último término los legisladores perredopetianos, tendrá que ser encuadrado en un acto jurídico, y habiendo dos partes, con intereses recíprocos por paralelos que sean, habrán derechos y obligaciones que hacerse valer entre los mismos, luego se tratará siempre en uno y otro caso de un acto jurídico regido por las disposiciones legales aplicables a los contratos,<sup>55</sup> llámelo como lo llame el legislador, por consideraciones extrajurídicas, de conveniencia politiquera, etc.

Al haber dejado de ser la procreación, inclusive en grado de posibilidad (como lo había sido en la definición anterior de la ley), un fin del matrimonio, mediante la ilógica casi imperceptible de transformación desmembrante fáctica gradualista de la sociedad de convivencia perrediana en matrimonio en su variante homosexual, no distinguida intencionalmente de manera expresa por el propio pseudolegisador,

<sup>55</sup> Art. 1859 del Código Civil del D.F. “Las disposiciones de la Ley sobre contratos, serán aplicables... a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

su errónea determinación genera de cualquier forma, que ahora existan dos especies de matrimonio: el heterosexual y el homosexual. ¿Cómo podríamos, de no ser así, entonces, por ejemplo, explicar sensatamente la institución jurídica de la filiación sin vincularla al matrimonio heterosexual?

El Título Séptimo del Libro Primero (De las Personas) del Código Civil vigente, denominado De la Filiación, la define conforme al artículo 338 del propio Código Civil: “...como la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”. Sin embargo, la autocontradictoria reforma, y con ello la evidente ocultada existencia de dos especies de matrimonio resalta reiteradamente como tal, con la mera lectura de algunos de los artículos del Código Civil. El patético aceleramiento ideologizado y la incapacidad jurídica de la mayor parte de los legisladores perredopetianos, se va haciendo ver de manera creciente.

Sólo para empezar, tenemos que el primer artículo del Capítulo Primero del Título Séptimo mencionado, que se refiere a Disposiciones Generales de la filiación ya diferencia y con ello discrimina a los cónyuges del matrimonio homosexual con respecto de los del heterosexual. Efectivamente, el artículo 324 del propio Código Civil, presume hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario “...a los nacidos dentro del matrimonio...”, particularmente a “...los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”, sea por nulidad, fallecimiento o divorcio, “...siempre que no haya contraído nuevo matrimonio el ex cónyuge”.

La capacidad procreativa de los cónyuges, aunque ignorada en su afán artificialmente indiferenciador del matrimonio homosexual del heterosexual de los perredopetistas, vuelve a ser un factor discriminatorio para los matrimonios homosexuales o al menos para algunos de ellos, pues éstos tendrán generalmente que esperar a cumplir los dieciséis años para contraer matrimonio, al menos en el caso de parejas homosexuales formalmente masculinas, que nunca podrán obtener la dispensa a que se refiere el artículo 148 del Código Civil, para contraer matrimonio antes de los dieciséis años por causa de gravedad de la contrayente.

Sólo por poner un ejemplo más de la incongruente legislación matrimonial homosexualista perredopetiana, también en materia de procreación, podemos referirnos al artículo 162 del Código Civil del Distrito Federal. Dicho artículo ordena que sean los cónyuges quienes de manera libre, informada y responsable, decidan el número de hijos y su espaciamiento, para lograr su propia descendencia. También prevé el artículo mencionado que puedan los cónyuges acudir a cualquier método de reproducción asistida previsto en ley.

Conforme a la sofisticada indistinción que el legislador perredopetiano pretendió hacer, las personas contratantes del matrimonio, también se llamarían cónyuges, con independencia de su sexo o del tipo de matrimonio, pues de lo contrario, sí habrían legislado dos tipos de matrimonio, el heterosexual o tradicional y el homosexual o "novedoso". Al no haber diferenciado, resulta que los cónyuges, sean ambos de sexo masculino o femenino, tendrían derecho a "lograr su propia descendencia". Para ello, de manera libre, informada y responsable decidirían cuántos hijos y cada cuándo tenerlos, inclusive utilizando métodos de reproducción asistida que la ley prevea. Pues bien, siguiendo la "ilógica del legislador", sólo el matrimonio homosexual morfológicamente femenino, podría ubicarse en las hipótesis del artículo 162 mencionado, ya que, con métodos de reproducción asistida una de las cónyuges de la pareja sí podría procrear y tener su propia descendencia, pero obviamente no de ambas. Ha sido, pues, necesariamente también el legislador perredopetiano seudoequidizante, en el tratamiento de las dos manifestaciones o vertientes del matrimonio homosexual. Aunque quiera el legislador perredopetiano, no puede ir en contra de las leyes biológicas.

Pareciera entonces que tomando en cuenta el artículo 162, existirían para el legislador perredopetista ya no sólo dos, sino hasta tres especies de matrimonio, el heterosexual, el homosexual morfológicamente masculino, y el homosexual morfológicamente femenino. El primero podría convenir tener su propia descendencia, el segundo no lo podría hacer por tener impedimento natural, y el tercero, que tendría descendencia pero de una sola de las cónyuges. ¿Habría pensado el legislador perredopetiano en todas estas implicaciones? ¿Habría sido una vez más irresponsable?

O el legislador reconoce que esencialmente hay un solo matrimonio que es el heterosexual, y al llamado homosexual lo regula, de

ser realmente socialmente necesario, de manera diversa como era inicialmente supusimos su planteamiento a través de la sociedad de convivencia, o se confiesa, además de frívolo, discriminatorio y sin duda autocontradictorio en su intento de regular bajo un solo orden normativo, dos hechos sociales incompatibles en su tratamiento.

### **Respeto. Igualdad. Ayuda mutua. Temporalidad**

La definición en ley de la sociedad de convivencia estableció como objetivo o causa final, la voluntad mutua de los convivientes de ayudarse mutuamente. La de matrimonio la incluyó también aunque sólo en grado de propósito ("...ambos se procuran..."), deseo u objetivo pero no de voluntad. La de matrimonio adicionó también como procuramiento de las dos personas contratantes, el respeto y la igualdad.<sup>56</sup>

Es decir, que en el matrimonio no hay obligación de ayuda mutua (ni de respeto, ni de trato igualitario), pues no se manifestó la voluntad de hacerlo sino sólo de procurarse tales acciones.<sup>57</sup>

Por lo tanto, mientras que en la sociedad de convivencia los convivientes contraen mutua o recíprocamente la obligación jurídica de ayudarse uno al otro, en el matrimonio perredopetiano no hay tal obligación, solamente el propósito. "...La voluntad jurídica expresa, la intención del sujeto de contraer o no un determinado vínculo jurídico frente a otra u otras personas (determinadas o no), vínculo que, por tanto, provoca la aparición de efectos y consecuencias de derecho normalmente previstos por el emisor de tal contenido volitivo, jurídicamente relevante".<sup>58</sup>

Vuelve el frívolo legislador perredopetiano entonces a discriminar a los contrayentes matrimoniales comparativamente con los socioconvivientes. En el caso de los "cónyuges", no se podrá rescindir el contrato matrimonial por incumplimiento a la obligación de ayuda

<sup>56</sup> Art. 146 del Código Civil del D.F. "El matrimonio es la unión de dos personas, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua...", y art. 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia del D.F.: "La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral, cuando dos personas físicas establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua".

<sup>57</sup> "Procurar (Del Lat. *Procurdre*) hacer diligencias y esfuerzos para conseguir lo que se desea...", *Diccionario de la Lengua Española*, 19a. ed., p. 1069, Real Academia Española, Madrid, 1970.

<sup>58</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, P-Z, 12a. ed., Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 3257.

mutua, pues ésta no existe conforme a la ley si las partes no la pactan expresamente, es solamente un deseo o propósito; en tanto que los socios convivientes sí podrán rescindir su contrato cuando no se cumpla con la obligación de proporcionar tal ayuda mutua. El socio conviviente podría, según el caso, anular el contrato de convivencia por no haberse expresado la voluntad en tal sentido, como elemento constitutivo del acto o rescindirlo, si habiendo sido manifestada tal voluntad, no se cumpliera la obligación.

El respeto y la igualdad, si bien no fueron previstos como elementos del contrato convivencial, no era necesario que así fuera, pues siempre habrá una disposición legal o una norma jurídica aplicable no sólo a los contratos sino a cualesquiera otras relaciones jurídicas que así lo hagan aplicable. Desafortunadamente también para los cónyuges o contratantes matrimoniales, el hecho de que su seudoprotector legislante no haya previsto como obligatorio el respeto y el trato igualitario, sino como meros procuramientos o deseos, en el mejor de los casos intenciones, otra vez, discrimina a los contratantes matrimoniales, o los fuerza en todo caso a convenir expresamente ese respeto y trato igualitario como obligaciones y no dejarlas como meras manifestaciones "de buenas intenciones" en términos de la ley. ¿Tendrán entonces ahora los matrimoniantes que contratar a un abogado antes de celebrar el acto jurídico gracias a la genialidad legislativa perredopetiana?

El diverso tratamiento de la temporalidad en la sociedad de convivencia y en el matrimonio perredopetiano, hace nuevamente lucir a su legislador, discriminatorio y autocontradictorio. La sociedad de convivencia implica esencialmente para serlo, como elemento esencial de su contratación la "voluntad de permanencia". El matrimonio perredopetiano, ni siquiera se refiere a tal elemento, así que, por una parte, la inestabilidad y con ello la inseguridad jurídica que genera y, por otra, la imposibilidad de que el cónyuge demande la nulidad o la rescisión según la génesis del supuesto en el caso particular, resultan imposibles ante la prohibición de que los cónyuges, en este caso, pactaran una temporalidad, pues el artículo 147 del Código Civil del Distrito Federal, prevé la nulidad de pleno derecho de los pactos contravenientes del 146 que se refiere al concepto perredopetiano del matrimonio.

La falta de sensatez del legislador en la formación equívoca e ideologizada de las relaciones sociales, lo hace ser una vez más,

frívolo, seudoequidizante, autocontradictorio y por ello lo hace lucir discriminatorio de sus supuestas minorías protegidas.

### *Confusión inducente de las formas lógicas*

Discriminar significa, en su sentido específico no jurídico: "(Del Lat. *discriminare*), 2. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc."<sup>59</sup> El *Diccionario Jurídico Mexicano*,<sup>60</sup> de manera específica pero ya evidentemente jurídica conceptual, se refiere al "...tratamiento diferencial por el cual se priva de ciertos derechos o prerrogativas a un determinado número de personas por motivos principalmente de raza, color u origen étnico".

En sentido jurídico-conceptual, la discriminación supone una acción u omisión que resulta en un trato de inferioridad, mejor dicho de privación de derechos o prerrogativas a un sujeto de derecho que los tiene. Dentro de dicho concepto cabe perfectamente como discriminación inaceptable cualquier negación de derechos subjetivos personales, reales, públicos o privados que legalmente le corresponde como ser humano a cualquier homosexual, independientemente de su homosexualidad. Mas ello en forma alguna lógica puede implicar, como en cualquier otro caso, que se les otorguen derechos cuyas características personales no les permitan naturalmente tenerlos y menos aún ejercerlos.

Por supuesto que son seres humanos y los propios de la condición de humano, aplicables a los demás seres humanos, también les corresponden y no les pueden ser negados. En lo que los seres humanos tienen de iguales, habrán de ser tratados todos igualmente. En lo que tienen de diferentes, habrán de ser tratados de manera diferente. No parece sensato que una mujer pueda reclamar ser discriminada al no ser admitida en una contienda de lucha o box con hombres, y mucho menos sacar como conclusión de dicho reclamo o del que hicieran un sinnúmero de mujeres, que para no ser discriminadas, habría que legislar, es decir hacer una norma general por la que se permitiera

<sup>59</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 19a. ed., p. 484, Real Academia Española, Madrid, 1970.

<sup>60</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo D-H, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 1158.

a cualquier mujer, participar en una contienda de esa naturaleza con varones, y con base en esa ley exigir a la autoridad un trato no discriminatorio. Tampoco parecería sufrir de discriminación, un ser humano con "capacidades diferentes", antes llamados legalmente minusválidos, que sintiéndose avergonzado de su condición, quisiera no hacer uso de transporte público provisto de rampas especiales para tener acceso a dicho transporte. Ejemplos de trato plenamente igualitario, no obstante las diferencias naturales, puede haberlos todos. Las diferenciaciones obedecen a la diversidad de condiciones o circunstancias de hecho, irreversibles o irrevocables por la voluntad humana. Suponer lo contrario constituye una ficción fáctica, primero, y jurídica, después.

La ley se hace para ordenar la vida social, para buscar los bienes comunes y en tal sentido el legislador habrá de identificar cuáles situaciones de hecho atentan contra el bien común, el más general, y promover las conductas que faciliten su logro e impedir que se obstaculice su alcanzamiento e impedir aquéllas que afectan dicho bien común. Pretender modificar la condición natural de las cosas, darles tratamiento de lo que no tienen, es como querer transformar la realidad de las cosas, es ir en contra de las leyes naturales. La misma sociología o ciencia descriptiva de las relaciones sociales, las explica pero no las transforma, no prescribe que deban ser diferentes. Pretender una igualación plena "por decreto" de la mujer al hombre o del homosexual al heterosexual resultará no sólo utópico sino frívolo y carente de toda eficacia. Impedir que las normas más generales, sustento superior de las positivizadas, no apliquen es esencialmente equívoco, pero también lo es pretender que el derecho transforme dramáticamente la realidad biológico-síquica y sus consecuencias, es otra vez una deformación carente de soporte real, hará que la normación resulte ineficaz.

La contratación, por ejemplo, de relaciones patrimoniales entre homosexuales que deciden vivir juntos, regularizando o particularizando sus relaciones sociales, no sólo no trasciende desfavorablemente a la sociedad, sino que cualquier conflicto entre ellos o ellas podrá resolverse siempre mediante normas más generales que sustentan a las particulares contenidas en la ley. Su condición es irrelevante para una regulación particular de su relación. La regulación patrimonial general les resuelve sus incumplimientos legales.

Seguimos hablando de situaciones tan generales que lo mismo son aplicables a seres humanos heterosexuales u homosexuales sin necesidad de diferenciación. Pretender igualarlos en el aspecto específico relativo a su condición diferenciadora de homosexuales a la condición de los que no lo son, es como tratar de modificar, mediante una norma jurídica o una ley, una realidad social naturalmente inmodificable. El legislador jamás podrá transformar esa realidad. Nunca podrá hacer que una pareja de homosexuales engendre un nuevo ser. ¿Por qué entonces suponer que lo podrán hacer o, aun peor, por qué deformar el andamiaje socio-jurídico para artificiosamente pretender suponer que la realidad engendradora de las parejas matrimoniales heterosexuales es ficticia, irrelevante o no digna de diferenciación esencial?

Toda transformación artificial de las formas lógicas esenciales, para ajustarlas a antojos legislativos ignorantes de la realidad, resultará en entelequias que harán que el sistema jurídico que las adopte fracase tarde o temprano, y el fracaso será mayor mientras más tiempo transcurra sin reconocer su error y lo corrija. El fracaso se manifestará doblemente en incongruencias que se harán tarde o temprano manifiestas en la práctica, cuando se quieran resolver conflictos surgidos en la realidad a través de normas artificializadas que no respondan a la naturaleza de las cosas, o a través del desuso de la figura jurídica irreal inventada, una vez pasada la jolgoriosa euforia de su implementación.

La desnaturalización de las esencias lógicas lleva a ficciones evidentemente ajenas a la realidad que el derecho no puede ignorar y mucho menos desconocer. La desnaturalización del contrato, acto jurídico e institución del matrimonio llevada a cabo por el legislador binómico perredopetiano fue tan absurda, como lo sería el desconocimiento de la incapacidad natural de los menores, por ejemplo, para conocer y deliberar con suficiencia, es decir para realizar actos no del hombre, sino verdaderamente humanos y sólo así poderles atribuir responsabilidad en caso de incumplimiento de su obligación asumida.

El análogo más similar al proceso legislativo que concluyó en la igualación del emparejamiento homosexual al heterosexual a través de la inducción del primero en el acto jurídico previo y artificiosamente deformado del matrimonio mediante su redefinición intencionadamente ignorante de sus elementos, si no esenciales, sí de los naturales, sería el de una corriente ideológica que dijera que los menores son discriminados pues no tienen los mismos derechos que los mayores,

al menos el de su ejercicio. Y más aun, que tal corriente ideológica lograra indiferencia en la sociedad en general y mayoría relativa en el cuerpo legislativo, el cual para lograr su cometido, estableciera que todos los destinatarios de la norma jurídica necesitaran de un representante, titular de la patria potestad o en su defecto un tutor o mandatario para llevar a cabo un acto jurídico, para de esa manera suponer haber eliminado esa diferenciación natural calificada artificialmente por el legislador como discriminatoria. Habrían modificado sólo positivamente tales pseudolegisladores, la naturaleza de las cosas y atribuido incapacidad a los capaces, con su malévolos intención de confundir diferenciación y discriminación, desnaturalizando la institución jurídica de la capacidad, con incomprensible afán intencionalmente confundiente.

¿Qué hubo diferente en la legislación del matrimonio homosexual? Primero se argumentó que los homosexuales estaban siendo discriminados al no poder contraer matrimonio, como lo hacían los heterosexuales. Luego se modificó la definición positiva de matrimonio, a través de brincos lógico-circenses, y se dijo que la procreación, al no ser un elemento esencial del matrimonio, debía eliminarse del mismo y que el elemento esencial y supuestamente diferenciador del acto jurídico matrimonial, lo era la “vida en común”. Hecho lo cual, frívolamente se dijo, pues, que la institución del matrimonio (desnaturalizada de su función) era el acto jurídico apto para que los homosexuales hicieran vida en común. Supongo que esos mismos legisladores, con su misma indistinción entre elementos esenciales, naturales y accidentales de un ente, algún día habrán de descalificar como ser humano a aquél que, careciendo de piernas, elemento no esencial del ser humano, pero sin duda natural del mismo. Obviamente no deja de ser, ser humano, por carecer de piernas.

Si, como han argumentado tales perredopetianos pseudolegisladores, se considerara que como ello no afecta los derechos de los demás, es viable jurídicamente, se trataría del desenterramiento y retorno del principio liberal por el que el “Estado policía” sólo interviene cuando hay conflicto entre particulares y los deja interactuar a su libre arbitrio mientras no trastornen la paz social, con independencia de que ello implique poner en riesgo la seguridad jurídica de los más desvalidos, o que en forma contradictoria con ello, se confiera a quien no la necesita, una supuesta protección jurídica diversa de

la que en todo caso requeriría y forzosamente desconoce o ignora la condición jurídica natural y la protección que el destinatario de la norma en todo caso requeriría.

### *c. Distinción entre discriminación sexual y diferencias sexuales*

#### **Tratados y declaraciones internacionales**

Como paso previo “justificativo” de su “creativa” reforma desnaturalizadora del matrimonio, se creó un Comité Coordinador integrado por instituciones públicas (Asamblea Legislativa, Gobierno y Tribunal Superior de Justicia, todas del Distrito Federal), instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil y titulares y suplentes (seleccionadas estas últimas no se dice de qué forma), cuyo propósito y resultado fue la creación del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal.<sup>61</sup> Los autores citan en la Introducción, como fundamento de su trabajo, la Declaración y Programa de Acción de Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993 de la ONU y cuya Conferencia Mundial de Derechos Humanos ha recomendado a cada Estado, “...la promoción y protección de los derechos humanos”. Se proponen “...transformar las políticas, los programas y la legislación de la Ciudad de México a fin de que logren el efectivo cumplimiento y garantía de los derechos humanos para las personas que la habitan y transitan, titulares plenas de derechos...”. Son seguramente los esbozos de la “ciudad de vanguardia”.

Dan por hecho que, a pesar de la vigencia de la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal y de la creación del Consejo creado para tales efectos por dicha ley, y la tipificación del delito de discriminación en el Código Penal de la misma entidad, “...persisten limitaciones y obstáculos en la incorporación y reconocimiento del derecho de igualdad y la no discriminación en la legislación local...” Proponen, aunque nunca lo hicieron, “adicionar al artículo 138 *Quintus* del Código Civil del Distrito Federal la sociedad de convivencia, como fuente de relaciones familiares, como las que surgen del matrimonio, el parentesco y el concubinato”. El

<sup>61</sup> Se puede consultar en [www.derechoshumanosdf.org.mx](http://www.derechoshumanosdf.org.mx).

aceleramiento implementado inmediatamente después en su gradualismo se los hizo seguramente innecesario, desatendieron desde entonces su efímera y utilitaria institución. Anticipan la reforma a la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación mencionada, "...que no considerará discriminación si la descripción del tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia y a la inclusión social" y curiosamente proponen entre sus estrategias, "[r]educir la propagación de las infecciones de transmisión sexual, en particular del VIH y del VPH". Pero contrariamente como estrategia también, establecen la incorporación en la legislación de la protección, garantía y promoción de los derechos de las personas lésbico, "gay", bisexual, transexual, transgénero, travesti e intersex, contenidos dicen, en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, las Declaraciones del Sistema Interamericano y Universal, "así como los principios de Yogyakarta, en materia de derechos humanos por orientación o preferencia sexual y la identidad o expresión de género...". También contradictoriamente proponen en su línea de acción 1958, la "prevención de infecciones de transmisión sexual".

Finalmente, el objetivo específico en su acción 1982, "Ampliar los derechos de las parejas del mismo sexo, a fin de lograr el reconocimiento del matrimonio homosexual y lésbico" y su estrategia 1983 para aprobar la iniciativa de reforma y adiciones a, entre otros, el artículo 148 definitorio del matrimonio que había sido presentada en octubre de 2008.

Lo anterior no obsta para reconocer que hayan existido y deban seguir existiendo declaraciones inclusive tratados para erradicar "...la violencia y las violaciones de derechos humanos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género", pero también para reconocer a la familia como "...el elemento natural y fundamental de la sociedad y el deber de ser protegida por la sociedad y el Estado" y el reconocimiento "...del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y condiciones requeridas para ello, en la medida en que no afecten al principio de no discriminación, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social [facultad de los Estados] para [adoptar] las medidas

necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas, dispense el requisito de la edad".<sup>62</sup>

Revisadas las declaraciones internacionales y americanas de derechos que invoca el defenido Programa, ni temporal ni materialmente, aun interpretado con el enfoque más laxo posible, resultan ser fundamentos adecuados de los propósitos de los poderes públicos y menos aún del resto de las organizaciones participantes, sus estrategias y líneas de acción, al menos por cuanto al matrimonio homosexual se refiere. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948,<sup>63</sup> en su preámbulo sólo se refiere a "...la libertad, la justicia y la paz en el mundo, como base del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables, de todos los miembros de la familia humana". Ya en su artículo 7, refrenda: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación". Si bien el artículo 2 prohíbe distinciones por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición, inclusive política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción depende una persona, jamás se refirió a "preferencias sexuales" ni al trato uniforme en razón de éstas con respecto al matrimonio. Más aun, el artículo 16 expresamente distingue de manera contraria, al referirse al derecho del hombre y de la mujer para contraer matrimonio a partir de la edad núbil;<sup>64</sup> ningún sentido

<sup>62</sup> La Segunda Resolución sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. Derechos Humanos, Orientación sexual e identidad de género, aprobada en la Cuarta Sesión Plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009. AG/RES.250-O/09. Resoluciones 1 y 2. <http://search.oas.org/es/default.aspx?k>. Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José, Costa Rica", suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, artículos 1 y 17. Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, Artículo 2. Decreto Promulgatorio, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de abril de 1983. [www.ordenjuridico.gob.mx/trat/Derecho/%20Humanos/D29.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/trat/Derecho/%20Humanos/D29.pdf). Se puede consultar en [www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml).

<sup>63</sup> <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>.

<sup>64</sup> Del latín *Nubilis*. Adj. Dícese de la persona que ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio, y más propiamente de la mujer. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, p. 926.

habría hecho que se refiriera a ello si no fuera porque se es apto para contraer matrimonio, para procrear y no porque necesariamente deba hacerlo, sino porque no sería naturalmente sano, generarle el débito conyugal a quien no tiene aún la aptitud para procrear.

De la misma forma, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948, en su preámbulo establece que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y curiosamente, a diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ésta también reconoce la bilateralidad jurídica y agrega a los deberes de orden jurídico y señala que presuponen otros de orden moral. También en su artículo II agrega que todas las personas, sin distinción de raza, sexo idioma, credo, ni otra alguna, pueden ser tratados desigualmente por la ley. No se refiere al matrimonio, pero consagra, al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el derecho a constituir familia, como elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella. Ni se refirió al matrimonio, ni evoca siquiera menos aún a las preferencias sexuales.<sup>65</sup>

Las declaraciones y/o tratados citados no consignan en forma alguna, o al menos expresamente, "...derecho alguno para que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio".<sup>66</sup>

Por último, el Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, además de pretender infundadamente apoyarse en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y declaraciones del "Sistema Interamericano y Universal", sin decir en qué consiste este último y sin reconocer que sus textos jamás se refieren a que el matrimonio homosexual sea un derecho reconocido internacionalmente o que el Estado mexicano se haya obligado a reconocerlo, se apoyan otra vez frívolamente, sin describir su verdadera naturaleza jurídica, en una "reunión informal" de una Comisión de Juristas Internacional celebrada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006 de la que, aunque difundida bajo el rubro del Consejo de Derechos Humanos el 28 de marzo de 2007, la Secretaría de las Naciones

<sup>65</sup> <http://oas.org/juridico/spanish/ag-res98/res1951.htm>.

<sup>66</sup> González de Castilla del Valle, Emilio y Regalado, Edward Martin, "Matrimonio entre personas del mismo sexo, ¿legislación vanguardista o debilitamiento de instituciones?", *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, Décima Sexta Época, tomo XXII, núm. 2, Segundo Semestre, 2009, México, p. 17.

Unidas se desliga mediante la inserción de una leyenda contenida en el documento que traducido al idioma español dice: "...la información incluida y títulos sugeridos no implican opinión ni endoso alguno de la Secretaría de las Naciones Unidas".<sup>67</sup> Lo más cercano al matrimonio homosexual a que se refiere la declaración de principios es que "...los Estados que reconocen los matrimonios o las uniones registradas entre personas de un mismo sexo", adoptarán las medidas legislativas y administrativas que les aseguren "...cualquier derecho, privilegio o beneficio que se otorga a parejas de sexo diferente que no están casados".<sup>68</sup>

La línea de acción 1983 del mencionado Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, que propuso la reforma, entre otros, al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, "...presentada en el mes de octubre de 2008 para que se reconozca el matrimonio entre parejas del mismo sexo", es no sólo falsamente inducente, sino también sofista. Efectivamente, la Declaración de Principios de Yogyakarta, además de no ser un tratado, ni siquiera suscrito por algún jurista mexicano, competencia federal y no defienda en todo caso, jamás propuso la aceptación del matrimonio homosexual, sólo recomendó concederles, "...el mismo beneficio que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o han registrado su unión".<sup>69</sup>

### Legislación local

La Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal,<sup>70</sup> definió positivamente en su artículo 5o., la discriminación, "...como toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, o cualquiera otra que tenga por efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, así como la

<sup>67</sup> Secretariat of Human Rights Council Bulletin of Informal Meetings held in Parallel to the 4th. Session of Human Rights Council, 28 de marzo de 2007.

<sup>68</sup> Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

<sup>69</sup> Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principio 24 E, p. 3.

<sup>70</sup> [www.derechoshumanosdf.org.mx](http://www.derechoshumanosdf.org.mx), p. 804, Gaceta Oficial del Distrito Federal. Décima Quinta Época, No. 83, 19 de julio de 2006, pp. 2 y ss.



igualdad de oportunidades de las personas”. El artículo 4o. de la misma ley refirió a la identidad de género como “...la manifestación personal de pertenencia a un género determinado, a la aceptación o rechazo entre el género biológico y el género psicológico”. Como medidas coercitivas para sancionar su incumplimiento, la propia ley autorizó a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal a que “dicte las medidas a que alude su propia ley, tratándose de servidores públicos o autoridades”, y para el caso de los particulares, facultó a las delegaciones y a la Dirección General Jurídica y de Gobierno para que, una vez que el Consejo para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal les “remita los casos, aplique[n] sanciones pecuniarias, revoque[n] la Licencia[s] de Funcionamiento, la Declaración de Apertura o la autorización, o imponga la clausura, en términos de lo dispuesto por la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles”.<sup>71</sup> La misma ley, en su artículo 6o., tuvo maliciosamente “el cuidado” de anticiparse a su propósito al excluir como conductas discriminatorias, entre otras, las acciones legislativas, educativas y políticas públicas específicas y “positivas” del Distrito Federal que, “sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados, con el objeto de promover la igualdad de oportunidades”.

Anticipadamente, se había ya tipificado como delito de discriminación, perseguible por querrela, y punible con prisión de uno a tres años o veinticinco a cien días de trabajo a favor de la comunidad y multa de cincuenta a doscientos días a quien anule o menoscabe los derechos y libertades de las personas, identificando como tal la anulación o menoscabo de derechos y libertades, entre otros, por razón de “orientación sexual”.<sup>72</sup>

Como se puede observar, con menos mala técnica que la norma obligacional, la sancionatoria criminal, no pune la mera distinción por razón de preferencias sexuales sino sólo la anulación o menoscabo de derechos o libertades.

Independientemente de los diversos tratamientos administrativo y penal mencionados, se hace necesario notar que distinguir, es

<sup>71</sup> Art. 43 de la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, Gaceta Oficial del D.F., 19 de julio de 2006.

<sup>72</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 16 de julio de 2002.

separar, es “...la diversidad misma, la no identidad. Descansa en la pluralidad o negación de la unidad”.<sup>73</sup> Con ello vemos que, conforme a la ley no criminalmente punitiva, hay que anular o menoscabar<sup>74</sup> (quitar una parte, acortar, reducir a menos) los derechos a través de la distinción o pluralización, exclusión o restricción, es decir, que no bastará la diferenciación para discriminar; la mera diferenciación no resultará en discriminación. Penalmente, la negación o restricción de los derechos por razón de orientación sexual será necesaria para que se cometa el delito.

De esta manera, si a quienes tienen preferencias sexuales diversas a las que generalmente tienen los hombres hacia las mujeres y viceversa de éstas hacia los hombres, se les encuadrara en una tercera o en una tercera y cuarta categorías para el ejercicio de sus derechos sin menoscabar, anular, excluir, restringir, en razón de que no son distintos (pluralidad), sino diferentes, es decir que se diferencian aunque poseen algo en común, se les estaría violando el derecho que les confiere la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal. Tal sería simplemente el caso de que se estableciera en cualquier establecimiento o lugar público, un tercer baño o un tercero y un cuarto para éstos, desde luego sin privarles del derecho de sólo tener acceso a estos últimos, tal y como se hace con los hombres y las mujeres de “preferencias sexuales” generales. O también si para el llenamiento de formatos de solicitudes de algún trámite oficial o privado, se agregaran, además de los generales aplicables a los sexos masculino y femenino, uno o dos más, según las preferencias sexuales estadísticas quizá. Los ejemplos anteriores no son esencialmente distintos del caso del matrimonio, en el que se diferenciara el de los heterosexuales, en el que, por la naturaleza de las cosas se restableciera en el texto positivo, la posibilidad de engendrar hijos y las obligaciones y derechos que naturalmente le devienen y por separado el de los homosexuales, llamado quizá de otra manera (contrato de ayuntamiento ingenerativo, por ejemplo), en que los derechos y obligaciones propios del engendramiento que-

<sup>73</sup> Brugger, Walter, *Diccionario de Filosofía*, Ed. Hereder, Barcelona, 13a. ed., 1995, p. 185.

<sup>74</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de la Lengua, Madrid, 1970, p. 867.

darán naturalmente excluidos, haciendo, pues, distingos plurales y no asimilaciones unitivas inaplicables.

La igualdad se define incontrovertidamente, como el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Suponer que alguien tiene naturalmente ciertas características o atributos de los que realmente carece y atribuirle derechos e imponerle obligaciones en función de ello es realmente injusto. Tal ha sido el caso de los minusválidos (o de capacidades diferentes como tiende “modernamente” a llamárseles) para tener acceso a servicios estatales, en la vía o transporte públicos o en el acceso a establecimientos abiertos al público. Se les han tenido que reconocer mediante legislación que les habilite sus limitaciones. Sin embargo, pretender que los mismos accesos a tales servicios públicos o al público tuvieran que ser la única alternativa accesible para no diferenciarlos o discriminarlos, de manera que quienes no son minusválidos, aunque pudieran tener acceso con más o menos facilidad o incomodidad y no se les ofrecieran otras alternativas, aun cuando no se les afectaran en apariencia sus derechos, resultaría injusto para estos últimos. La legislación defienda antidiscriminativa puede parecerlo al tratar de igualar en lo posible a los que no lo son, pero el trato igualitario a los que no lo sean es igualmente injusto y, por lo mismo, discriminatorio en sentido inverso. Otra vez, ¿por qué van a estar los heterosexuales mal regulados por una legislación que no supone la procreación como un fin al menos natural del matrimonio y tener que aceptar componendas de forzamiento igualitario inaplicables a su caso?

La “moderna” tesis de que “la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la de los menos autónomos y no produce ningún efecto negativo en la de estos últimos”, no puede tener como alcance que los homosexuales sean ahora más autónomos al permitirles contraer el matrimonio bajo el régimen legal de los heterosexuales, porque no se afecta negativamente a estos últimos.<sup>75</sup> Dicho de esta manera, ese concepto moderno de justicia dejaría de contener su segundo postulado tan válido y esencial como el primero (trato

<sup>75</sup> Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Trotta, 2006, p. 128.

igual a los iguales), que es el del “trato desigual a los desiguales”. Por ejemplo, la mera equiparación económica de los desiguales (el que se ha esforzado para estar más preparado, ser más disciplinado, trabaja más arduamente), aun cuando le dé al más preparado más que suficiente para sobrevivir no parece legalmente justo (moral que no jurídicamente, el criterio sí es diferente, el que más tiene habrá de dar al que menos tiene). Ese solo hecho le afecta, él quiere y puede ser diferente, no tiene por qué ser igualado, aun cuando tengan ambos más que suficiente. Sería tanto como retribuir igual aunque más que suficientemente al que más y al que menos trabaja. ¿Por qué ese criterio no aplicaría por igual a los que personal y moralmente se presentan diferenciados?

Resulta entonces que los legisladores perredopetianos, no fueron siquiera astutamente sofistas, sino que volvieron a mentir. Como se ha visto, falsariamente el diputado David Razú Aznar afirmó el 24 de noviembre de 2009, recurriendo al “Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal”, preparado inductivamente y a la “Resolución de la Organización de los Estados Americanos del 4 de junio de 2009, así como a la Declaración del 19 de diciembre de 2008 sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas”, para “proponer el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo”, argumentando mentirosa o embusteramente que no hacerlo sería incompatible y por lo mismo discriminatorio.<sup>76</sup> También, luego de espetar los diputados proponentes de la iniciativa mencionada que “...al no encontrarse prohibida en la Carta Magna la posibilidad de matrimonios entre personas del mismo sexo, a la vista de lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional que veda cualquier posibilidad de discriminación...”, el camino para su propuesta homosexualista quedaba abierto.<sup>77</sup> Sin embargo, no citan que los artículos 5o. y 6o. de la ley especial ya vigente entonces, la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, jamás calificaron de discriminatorio el matrimonio engendrativo, pues sólo calificaron como tales, conductas que anularan o menoscabaran derechos y libertades fundamentales o la igualdad de oportunidades,

<sup>76</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal. V Legislatura, Primer periodo de sesiones ordinarias, primer año de ejercicio. Versión estenográfica de la Sesión Ordinaria celebrada el 24 de noviembre de 2009, p. 37.

<sup>77</sup> <http://www.facebook.com/topic.php?uid-301280340022&Tepic-12230>.

e inclusive permitieron el trato legislativo diferenciado (sociedad de convivencia *versus* matrimonio –heterosexual solamente– por ejemplo) con el objeto de promover la igualdad de oportunidades. ¿Qué derechos les anulaba o menoscababa el contrato de matrimonio, que adecuadamente asesorados por alguien diverso a los legisladores proponentes, no les diera la sociedad de convivencia o un contrato o acto jurídico atípico que hubieran podido celebrar? Lo que sí nunca les habría podido habilitar la ley, es una capacidad engendradora entre ellos, a parejas del mismo sexo. Entonces, la “lógica” perredopetiana funcionó como siempre para decidir eliminar el elemento natural in cuestionable del matrimonio que era precisamente esa capacidad. La dialéctica engeliana “modernizada” ideológicamente destructora de la familia, cuyo postulado aunque inaccesible intelectualmente a los perredopetianos, sí compartido por su principio destructor del orden natural racionalizado de las cosas es “...que no hay en los mamíferos ninguna relación entre el grado de desarrollo intelectual y la forma de la unión sexual...”<sup>78</sup>

#### **Comparativo entre la sociedad de convivencia y el matrimonio homosexual. Falseamiento interpretativo del propósito de la Iniciativa**

Como se vio ya en el rubro II. A. 1.a., el perredianismo legislante argumentó contra sí mismo (ahora binómicamente aliados a los petianos), quizá “afectados tempranamente por su demencia senil” en tan sólo cuatro años, que la sociedad de convivencia que habían propuesto “para evitar la discriminación y proponer una cultura de respeto a la diversidad sexual” resultaba ahora haber sido inadecuada (se había quedado corta quizá), que se percataban, que la imposibilidad de los homosexuales para contraer matrimonio les implicaba una restricción de derechos y que subsistía la falta de consecuencias jurídicas, restricción de derechos que ellos mismos habían generado cuando ellos y sólo ellos habían decidido legislarla. Resulta obvio que dicho legislador había sido inepto o había ocultado su estrategia

<sup>78</sup> Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Éxodo, México, 2005, p. 39.

gradualista para lograr su inconfesado propósito. Sin embargo, tampoco lo logró o no quiso lograrlo, con su nueva impostura jurídica.

#### **Distinción y diferenciación. Subsistente discriminación insuperable**

Efectivamente había no sólo diferenciación, como habrían pretendido los seudolegislantes, sino distintividad, como lo diría una auténtica lógica, la aristotélica.<sup>79</sup> Nunca se trató, en el caso del matrimonio homosexual perredopetiano, de entes iguales diferenciados por accidentes, sino de entes o fenómenos sociales distintos, incomparables naturalmente, por lo mismo, no diferenciables sino distinguibles. Se trató de una adecuación artificial y forzada de hechos naturales a hipótesis seudojurídicas pretendidamente reguladoras de hechos naturales y sociales no sólo distintos, conforme a la lógica científica, la aristotélica, sino además esencialmente contradictorios. Pretendieron la igualación del matrimonio engendrante por naturaleza aun cuando no lo fuera por esencia, con el llamado matrimonio antiengendrante por esencia, el homosexual.<sup>80</sup>

Y embusteramente inducidas, algunas de esas supuestas distinciones, que no diferenciaciones como se ha dicho, fueron frívolas, forzadas, artificiosas e inducidas; no podían haberse jamás empatado por ser naturalmente contradicentes, ni amoldado siquiera en un mismo estereotipo. Otras son, en el mejor de los casos, ambivalentes o, mejor dicho, relativizantes, pues, ¿qué es mejor para los homo-sexo-matrimoniantes o socioconvivientistas, un régimen de mayor libertad contractual en el que puedan extender recíprocamente sus protecciones legales (como en el caso de la sociedad de conviven-

<sup>79</sup> “Debemos, por tanto, entender por diferencias específicas todas aquellas que constituyen una especie distinta y que son la esencia del sujeto”, Aristóteles, *Tratados de Lógica (El Organon)*, Porrúa, México, 1987, p. 12.

<sup>80</sup> “Tratamos de averiguar si como piensan algunos, el matrimonio es el derecho mutuo entre el varón y la mujer, del que pueden usar para la procreación de los hijos o, para decirlo más sencillamente, la “Unión Carnal”. El derecho. Dos son los fines del matrimonio, según Aristóteles. El primero y principal es la procreación y educación de la prole, tanto en el ser natural como en el racional. El otro fin es la ayuda mutua y los deberes entre el hombre y la mujer. Pues el hombre es animal civil por ser débil y necesitar de la ayuda de otros”, Vitoria, Francisco de, *Sobre el matrimonio*, Ed. San Esteban, Salamanca, España, 2006, pp. 50, 51 y 52.

cia), o uno más restrictivo imbuido de normas irrenunciables (como el del matrimonio)? ¿Para quién debe ser la protección, para el que ha cumplido o para el que ha incumplido? El legislante binómico perredopetiano jamás lo explicó, o imaginó ignorantemente que lo hacía sólo frente a la sociedad o el gobierno suponemos, e ignoró también que se trata de actos jurídicos o convenios, en los que las partes contratan en un plano de igualdad, o ahora, ¿a quién de los dos quiere proteger? Como mal jurista y mal político que lo fue, no lo hizo porque ese no era su propósito, no se detuvo en pensar un momento, mejor dicho pareciera que el tema estrictamente legal no le interesó o nunca fue capaz de comprenderlo en su configuración jurídica. Creyó que podría “inventar” o, mejor dicho, inducir maliciosa o ignorante y en todo caso antilexicográfica que podría haber “matrimonio” entre personas del mismo sexo. Pareciera también que habría ido, pues, generando imaginativamente, el perrediano legislador, diferenciaciones que después argumentaría como hipótesis normativas restrictivas según él en sus consecuencias jurídicas contra sí mismo, como incompatibles y que engañosamente lo llevarían a desdecirse cínicamente de sus propias “invenciones”.

De esta manera, mientras en la sociedad de convivencia de “innovadora creatividad legislante”, los contratantes podrían ser del mismo o de diferente sexo, en el matrimonio ya no se hizo tal distinción, pues se habló solamente de personas contrayentes. Resultó, pues, que la alternativa sexo-liberadora inicial, de propia creación legislante convivientista perrediana, unos cuantos años después, acabó siendo “casualmente” discriminatoria o al menos restrictiva. De igual manera, con mejor sentido de las cosas o con inducente propósito más probablemente, determinó que el acto jurídico convivientista no generara cambio alguno al estado civil de los contratantes, y no obstante ello, sí normativizó (aunque con enormes deficiencias jurídicas) sus relaciones personales y patrimoniales, inclusive las sucesorias, y contractuales en general. Lo hizo desde luego deficientemente, pero ello por ningún motivo habría impedido que los socioconvivientes, estando en un régimen legalista menos restrictivo, pudieran si así lo desearan, normar mejor sus relaciones jurídicas e inclusive superar las deficiencias legislativas con auténticos convenios dentro del marco del derecho y de la ley. ¿O es que ese legislante perredopetiano no

crea en el libre albedrío ni mucho menos en la capacidad comprensiva de sus destinatarios de normas?

Ni tardo ni perezoso, el legislador matrimonio-homosexualista, “descubrió” que su antecesor también perrediano habría sido discriminatorio y “restrictivo” y que con su nueva propuesta, los contratantes homosexuales sí modificarían “por mandato de ley”, su estado civil. Se convertirían por “arte de magia legislativa” en “casados”, y de esa artificiosa, legislativa, pero automática manera, se convertirían también en cónyuges para todos los efectos legales diversos del otro matrimonio, el progenerativo, cuya distinción natural no quisieron reconocer. Una vez más, se indujo, primero intencionalmente o así se interpretó después maliciosamente, una inexistente distinción de la naturaleza de las cosas. ¿Qué no hubiera hecho mejor sentido jurídico normar esa realidad argumentadamente novedosa, que asimilarla a una institución no sólo por su naturaleza esencialmente distinta, sino que además resulta aberrante y sin duda aun más discriminatoria?

El innovante legislador matrimonio-homosexualista, hizo además surgir artificiosamente entre los hijos que los contratantes homosexuales hubieran tenido o tengan concurrentemente, suponemos con otra pareja heterosexual, o inclusive adoptados por ellos de manera conjunta o separada, un parentesco que sólo la naturaleza (y a partir de ahora, el inventante legislador) puede dar, el consanguíneo. El legislante binómico perredopetiano cree que todo lo puede y que no hay límite en la naturaleza de las cosas ni en las capacidades naturales de los sujetos que respetar, ni siquiera en la semántica de los términos que definen la realidad de las cosas. Su “capacidad inventiva” ahora sí no tuvo límite.

Una cosa es “equiparar” o asimilar para efectos legales los derechos de los adoptados a los que derivan del parentesco por consanguinidad<sup>81</sup> y otra muy distinta e inconcebible, que el “juez todopoderoso de lo familiar establezca”, decrete, un parentesco consanguíneo entre el

<sup>81</sup> “Consanguinidad (del Lat. *consanguineus*). Adj. Unión, por parentesco natural, de varias personas que descienden de una misma raíz o tronco”, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, p. 346. Consanguíneo, a, um, consanguíneo, fraterno // nea, ae, f., hermana // -néus, i, m, pariente, hermano //; sanguíneo, a, um, sanguíneo, de sangre, // sangrante, ensangrentado, sanguinario, cruel, // sanguinario, de color de la sangre. *Diccionario Latin-Español Español-Latin*, Pimentel Álvarez, Julio, 4a. ed., Porrúa, México, 1999, pp. 168 y 695.

adoptado y la familia del adoptante e inclusive con los descendientes del adoptado.<sup>82</sup> Si tan artificiosamente lo hizo para el matrimonio homosexual, ¿por qué no lo habría hecho para la sociedad de convivencia? Su gradualismo inducente y su incapacidad legislativa quedan a todas luces de manifiesto.

Si en su afán mala-fe-induciente el defensor seudolegislador quisiera argumentar, por ejemplo, que mientras la sociedad de convivencia no prevé el régimen patrimonial de sociedad conyugal o de separación de bienes que sí prevé el matrimonio, y ello habría sido un motivo para suponer que debió permitirse el matrimonio homosexual para no discriminar a los homosexuales, mentiría una vez más, su embustera habilidad descalificante de las capacidades de sus súbditos queda de manifiesto.

De hecho es exactamente al revés. El artículo 178 del Código Civil del Distrito Federal, desde su texto inicial, ha ordenado imperativamente que “el matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes”, en tanto que en la sociedad de convivencia, se prevé en su artículo 7, que “...los convivientes regularán sus relaciones patrimoniales”. De la lectura de los textos anteriores resulta obvio que si alguno de los actos jurídicos o contratos mencionados es restrictivo por cuanto su régimen patrimonial, lo es el de matrimonio, pues, a diferencia de la sociedad de convivencia, que como se prevé en el artículo 7o. mencionado, deja plena libertad patrimonial contractual e inclusive hace que a falta de acuerdo cada parte “...conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes, así como su administración”, el también mencionado artículo 178 del Código Civil, ordena mandatoriamente la adopción de uno u otro régimen. ¿Cuál régimen patrimonial resultó entonces más restrictivo, señor legislador defensor? ¿Por qué no les permitió a los homo-sexo-matrimoniantes pactar términos más o menos rígidos? Otra vez, ¿cuál de los/las dos partes merecía mayor protección?

¿Qué podemos decir al respecto de la forma? Lo mismo, mientras que conforme a los artículos 7 y 8 de la ley reguladora de la sociedad de convivencia, sólo exige que se haga por escrito y se registre

<sup>82</sup> “Artículo 390. La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado”, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 18 de julio de 2011, p. 3.

y ratifique ante dos testigos en la Dirección Jurídica y de Gobierno, el matrimonio es solemne, pues conforme al artículo 146 del Código Civil debe celebrarse ante el juez del Registro Civil, y además conforme a “las demás formalidades del [propio] código”. Otra vez. ¿Cuál régimen formal resultó más restrictivo? ¿El que sea un acto solemne pues su celebración ante juez constituye un elemento de existencia,<sup>83</sup> o lo es meramente formal, pues basta que se celebre por escrito y ante dos testigos para que exista y que subsecuentemente se registra para conocimiento de terceros y para el surtimiento de ciertos efectos adicionales solamente, al igual que el primero? Volvió obviamente a mentir el embustero defensor legislador, en cuanto a su constitución, el régimen matrimonial es el más restrictivo de los dos.

Si nos referimos a las capacidades especiales, para celebrar uno u otro contrato, o acto jurídico, como parece preferir denominarlo el defensor legislador perredopetista, volveremos a encontrar que, contrario al dicho del propio legislador defensor, el esquema matrimonial de éste es mucho más riguroso que el socioconvivientista. El artículo 4 de la Ley de Sociedad de Convivencia exige mayoría de edad y que no tengan celebrados y vigentes matrimonio, concubinato ni sociedad de convivencia alguno, ni parentesco consanguíneo en línea recta sin límite de grado colateral más allá del cuarto o, en forma mucho más restrictiva (salvo en el caso del parentesco consanguíneo colateral que lo restringe solamente hasta el tercer grado en el matrimonio), agrega como impedimentos en el artículo 156 del Código Civil del Distrito Federal, fracciones V y VIII, aunque dispensables, la impotencia incurable para la cópula (salvo si es conocida y aceptada) y en la X, las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas y hereditarias, y otro impedimento no dispensable, el adulterio. Una vez más no parece que efectivamente la sociedad de convivencia haya sido más restrictiva que el matrimonio, a pesar de haber sido ese el argumento del engañante legislador, para creativamente “inventar” el matrimonio homosexual. Como siempre, ¿a quién quiso proteger y de quién?, ¿quién es el facultado y quién el obligado y en qué correlación?, ¿en qué radica la restricción?, ¿a quién de las

<sup>83</sup> “La falta de forma establecida por la Ley, si no se trata de actos solemnes... produce la nulidad relativa del mismo”. “No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil...”. Artículos 228 y 250 del Código Civil del Distrito Federal.

partes afecta?, ¿cuál es el interés jurídicamente protegible? Son todas ellas preguntas inalcanzables o desechadas de antemano por el perredopetiano binomio.

La misma conclusión se obtiene de comparar el efecto sucesorio de los convivientes a los que aplica la sucesión de los concubinos y el mismo efecto para los homosexuales matrimoniales.<sup>84</sup>

Por si los argumentos anteriores no fueran suficientes para tachar de falsario induciente al perredopetiano legislador y falta de respeto a sus ciudadanos destinatarios de la norma, podríamos referirnos así a otros derechos y obligaciones como los de arrendatario del conviviente y el cónyuge superviviente a la obligación alimentaria, y a la tutela.<sup>85</sup> Concluiremos que, salvo el caso de los derechos alimentarios, en los que el tratamiento puede (pero no necesariamente) llegar a resultar más beneficioso para el matrimoniales homosexual que para el conviviente, pues en tanto que el conviviente sólo tiene derecho a recibirlos por la mitad del tiempo en que haya durado el contrato, en el primer caso, cuando se presenta el divorcio, es el juez, tomando en cuenta la necesidad de recibirlos de quien se haya dedicado a las labores de hogar preponderantemente y otras circunstancias tales como calificación profesional y posibilidad de empleo, duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia, medios económicos de los cónyuges, y otras obligaciones del deudor, quien determinará la cuantía, periodicidad, etc.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> “Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la sociedad de convivencia, aplicándose el efecto relativo a la sucesión legítima entre concubinos”. Artículo 14 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal; y “La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge...”, y “El Cónyuge que sobrevive... tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes, o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder”; artículos 1624 y 1635 del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>85</sup> Artículo 486. “La Tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge”. Artículo 606. “La Tutela se extingue: i. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad...”, ambos del Código Civil para el Distrito Federal y 21 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal: “Cuando uno de los convivientes sea declarado en estado de interdicción, la o el otro conviviente será llamado a desempeñar la Tutela siempre que hayan vivido juntas o juntos por un periodo inmediato anterior de dos años a partir de...”.

<sup>86</sup> Ver artículos 288 del Código Civil para el Distrito Federal y 21 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

### *Naturales irreductibles. Adulterio. Impotencia incurable*

Otra vez, por más esfuerzo que el assembleístico circense y alambriado defensor legislador quiso hacer para igualar y según él, equidizar los derechos matrimoniales de los heterosexuales a los homosexuales, se topó con la naturaleza de las cosas, pero no quiso (no le convenía para su inducente propósito) hacer, ahora sí, las distinciones que derivan de la realidad. ¿Cómo prever en la fracción V del artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal que el adulterio<sup>87</sup> sea un impedimento para el matrimonio, cuando ni siquiera se redefinió? ¿Puede haber una relación sexual entre mujeres homosexuales? ¿Es el contacto corporal sin ayuntamiento penetrante una “relación sexual”? ¿Las mujeres homosexuales jamás pueden entonces cometer adulterio y, por lo mismo, el impedimento sólo aplicaría a hombres homosexuales en el llamado matrimonio homosexual? Es indudable, una vez más, que el legislador no fue capaz o no quiso resolver esos problemas y acabó siendo seudoequidizante, discriminatorio y restrictivo, a pesar de que fueron esos sus primeros argumentos para “inventar” el matrimonio homosexual. ¿Qué no hubiera sido técnicamente mejor resolver esa realidad social que tanto lo apesadumbró bajo un esquema jurídico distinto, en lugar de hacer otra asimilación que genera tratos desigualitarios entre quienes no lo son por su propia naturaleza? Fue, pues, el legislador, contrariamente a su pavoneo justiciero, seudoequidizante.

La incapacidad técnica de los perredopetianos, autonombres representantes legislativos de la sociedad, se vuelve otra vez manifiesta cuando, sin distinguir la realidad de las cosas y en su ignorante afán igualante, mantienen sólo dentro de su falsaria ideología, para el “matrimonio homosexual”, en la fracción VIII del artículo 156 mencionado, “la impotencia incurable para la cópula”, como impedimento para el matrimonio, “salvo cuando es conocida y aceptada”. Otra vez, ¿en el matrimonio homosexual de morfología femenina hay

<sup>87</sup> “Adulterio i. (Del Lat. *Adulterium*) en lenguaje común se entiende que es la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge...”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 12a. ed., México, 1998, p. 115.

científicamente impotencia para la cópula?, o ¿lo conocían las contrayentes y lo aceptaron?, ¿cómo lo aceptaron?, ¿lo declararon en el acta matrimonial contractual?

O mejor dicho, lo que sucede es que el incapaz legislador no supo, o más probablemente no quiso distinguir el auténtico contrato matrimonial de otro acto jurídico naturalmente distinto y sólo artificialmente diferenciado.

O quizá lo que no hemos sabido entender es que el genio del legislador llegó al extremo de percatarse de que en tanto no haya incapacidad para “engendrar o concebir”,<sup>88</sup> por la propia pareja homosexual, jamás podrán alegarlo como causa de impedimento, salvo que en su espíritu legislante engeliano, considere que las partes de ese “matrimonio homosexual” puedan decidir bisexualmente engendrar un hijo por separado con otra pareja para demostrar que no hay impotencia.

Los aberrantes legisladores perredopetianos ni por asomo consultaron precedentes judiciales para al menos tratar de entender el problema que generaron.

Desde hace más de cincuenta años quedó definida la impotencia por la Suprema Corte como “... imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual”, que también aplicaba a la mujer en caso de “... existencia de obstáculos bulbares o vaginales... en el agente femenino de la cópula”.<sup>89</sup>

Podríamos seguir analizando éstos y otros impedimentos del matrimonio previstos en otras fracciones del propio artículo 156 mencionado, cuyo interés jurídicamente protegido corresponde al del matrimonio heterosexual, pero considero que, como el seudolegisador defenno perredopetiano no sabe ni siquiera lo que el interés jurídicamente protegido significa, con los ejemplos analizados basta para dejarlo intelectualmente descalificado.

<sup>88</sup> “Impotente (Del Lat. *Impotens, Entis*... 2. Incapaz de engendrar o concebir), *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de la Lengua, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 734.

<sup>89</sup> Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 103-108. Cuarta Parte, p. 13, Genealogía informe 1977. Segunda Parte, Tercera Sala, Tesis 84, p. 95 y Sexta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, XLVIII, p. 165.

### III. DESNATURALIZACIÓN DEMOCRÁTICA. LA PREEMINENCIA DE INTERESES SECTORIALES TEMPORALES DIVERSOS SOBRE EL BIEN COMÚN TRASCENDENTE. CARACTERÍSTICA DE UN GOBIERNO ANTIDEMOCRÁTICO

#### 1. Discriminación inversa

Hemos visto que la uniformización del llamado matrimonio homosexual en el matrimonio tradicional o heterosexual, generó discriminaciones en los homosexuales que lo categorizan o seleccionan. Ahora veremos cómo ese mismo hecho y las artificiales modificaciones a la institución matrimonial, también habrá de generar necesariamente discriminación en los heterosexuales, es decir, la llamada discriminación inversa.

Si discriminar significa lexicológicamente de manera genérica, “Separar, distinguir una cosa de otra”.<sup>90</sup> Y también genéricamente, pero en el campo jurídico, “... aplicar aquel tratamiento diferencial por el cual se priva de ciertos derechos o prerrogativas a un número de personas por motivos principalmente de raza, color u origen étnico”,<sup>91</sup> discriminación inversa significará: igualación o asemejamiento de una cosa a otra o aplicación de un tratamiento indiferenciador de derechos a personas diferentes en sus atributos.

En el mismo sentido, si desde el punto de vista del derecho positivo defenno, “... discriminación [es] toda distinción, exclusión o restricción que, basada en ... la orientación sexual, la identidad de género, que tenga por efecto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, así como la igualdad real de oportunidades de las personas”, entendiéndolo por identidad de género: “la manifestación personal de pertenencia a un género determinado a la aceptación o rechazo entre el género biológico y el género psicológico y por orientación sexual: “la capacidad de una persona para sentirse atraída por las de su mismo sexo por las del

<sup>90</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1970, p. 484.

<sup>91</sup> Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, D-H, Porrúa, México, 1998, p. 1158.

sexo opuesto o por ambas”,<sup>92</sup> toda indistinción, igualación, confusión, inclusión o ampliación de derechos y libertades fundamentales de esas personas, con las que sí tiene coincidencia entre el género biológico y psicológico, y las que sólo sienten atracción por el sexo opuesto, se encontrarán en situación de discriminación inversa.

El artículo 147 del Código Civil del Distrito Federal establece que “serán nulos los pactos que hagan los contrayentes en contravención a lo señalado en el artículo 146”. El 146 del mismo ordenamiento se refiere al matrimonio como “...la unión libre entre dos personas para realizar la comunidad de vida...”. Si los contrayentes declaran en su contrato matrimonial, por ejemplo, que: “por ser hombre y mujer celebran contrato de matrimonio en razón de que les atrae exclusivamente el sexo opuesto”, ¿sería ello contraveniente del artículo 146 y por tanto nulo? ¿Podría cualquiera de los contrayentes anular el matrimonio porque resultara que el otro declaró falsamente, pues tiene atracción por el mismo sexo o por ambos sexos a la vez? Si no pudiera, por haber pactado en contravención del artículo 146 mencionado, se le estaría menoscabando el ejercicio de sus derechos fundamentales, y con ello “la acción legislativa” reformante y supuestamente igualante del Código Civil habría resultado discriminatoria para aquellos cuya intención o motivo determinante de voluntad sea, por ejemplo, tener un matrimonio procreativo o engendrante. Sería igualmente discriminatorio para él o ella decirle que tiene disponible el otro “creativo” instituto de los legislantes perredopetianos que es el “divorcio express”, pues se les estaría negando la “igualdad real de oportunidades”, a que se refiere la legislación defienda supuestamente antidiscriminatoria, al no conferirles a todos los potenciales destinatarios de la norma los mismos derechos. Por el contrario, si la convención contractual que previera como motivo determinante de la voluntad la atracción por el sexo opuesto resultare correcta, entonces necesariamente habrá que concluir que la definición de legal de matrimonio es no sólo incompleta y carente de igualdad, sino también, en este caso, discriminatoria, pues omitió prever en el matrimonio el factor engendrante como elemento que puede dar motivo a su nulidad.

<sup>92</sup> Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal. Artículos 4 y 5, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 19 de julio de 2006, p. 4.

La conclusión anterior resulta reforzada por la disposición de la ley antidiscriminatoria defienda citada, que establece en el último párrafo de su artículo 5o., que “...será[n] considerada[s] como discriminación toda ley que produzca consecuencias para los grupos en situación de discriminación”. Si ello no fuera suficiente para probar que la reforma matrimonio-homosexualista es inversamente discriminante, bastará con leer *a contrario sensu* el texto del inciso I del artículo 6 de la mencionada defienda Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal que establece: “No se considerarán conductas discriminatorias las acciones legislativas que, sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades”. Visto que, o el matrimonio engendrante o heterosexual es no sólo distinto, sino contradictorio del llamado homosexual, no obstante la artificial seudoequidización de este último, los heterosexualistas matrimoniantes son terceros a los que con los tratos diferenciados perredopetianos, se les conculca la igualdad real de oportunidades de estos últimos, pues, o no pueden pactar su matrimonio como procreante o el seudolegislador omitió hacer una distinción esencial resultante de la naturaleza de las cosas.

Infortunadamente para el defienda perredopetiano legislador, éste no sólo generó un caso de discriminación inversa. Hay más. El artículo 155 del mencionado Código Civil resultó también, por ejemplo, inversamente discriminante en el “parchamiento” seudolegislativo homosexualista matrimoniante perredopetiano. Ahora resulta también con su seudorreforma que: “El Juez de lo Familiar que hubiere (*sic*) autorizado a un menor para contraer matrimonio, no podrá revocar el consentimiento, sino por causa superveniente”. Si el matrimoniante heterosexual, a sabiendas de las tendencias homosexuales de su pareja, recibe y acepta el ofrecimiento de su contraparte de que se abstendrá de tales prácticas y en el tiempo, tal ofrecimiento aceptado no es cumplido por dicha contraparte, la acción homosexualista de esta última no es superveniente, pues era consabida, por el otro contrayente, y por lo mismo, el juez estará impedido para revocar su autorización, luego el matrimonio cumplió con sus requisitos y es válido a la luz de la seudolegislación perredopetiana.

No hay que buscar más ejemplos, uno bastaría, dos son redundantes, mas no se diga, pues basta con un caso no exceptuado expresamente



por la reforma matrimoniantes homosexualista para que la discriminación inversamente discriminante se configure.

No en balde expresaba el diputado del Partido Verde, Norberto Ascensio Solís Cruz, con espíritu democrático en el debate de la reforma matrimoniantes homosexualista, no obstante no llevar su partido ese calificativo en su denominación, a diferencia de otros que llevándolo ignoran que la democracia es un mandamiento constitucional: "...exigimos respeto a la mayoría de los ciudadanos capitalinos que no quieren ver modificada su tradición jurídica por el empeño necio de unos cuantos...".<sup>93</sup>

Resulta evidentemente antidemocrática la imposición a la mayoría, de prácticas jurídico-positivas de una minoría homo-sexo-matrimoniantes contradicente inclusive de una mayoría de condición también homosexual (ver párrafo relativo en nota de pie de página 33 de este mismo artículo), pero antimatrimoniantes.

## 2. Autoritarismo legislativista y gobernatizante defenido

Una vez más, el problema del "Efecto dilutivo de la matemática democrática",<sup>94</sup> entró en juego, reiterando la característica autoritaria de los líderes de las tribus (como ellos mismos se autonombran) perredianas y su minialiado petiano. ¿Por qué la voluntad de una minoría, como lo son actualmente al menos los matrimoniantes homosexuales, para asemejarse artificiosamente a los heterosexuales a través de la institución del matrimonio, debe prevalecer sobre la mayoría heterosexual?

Es cierto que en cualquier estructura o cuerpo social colectivo en el que rija el principio democrático de mayorías, se corre el riesgo de que no la auténtica mayoría (más del 50%), sea la que verdaderamente tome las decisiones, sino que "la mayoría de la mayoría" lo haga. Pero se puede dar el caso de que también matemáticamente el principio

<sup>93</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal. V Legislatura. Estenografía parlamentaria. V Legislatura. Primer periodo de sesiones ordinarias. Primer año de ejercicio. Versión estenográfica de la sesión celebrada el 21 de diciembre de 2009, p. 53.

<sup>94</sup> Müggenburg, Carlos, "La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal...", Segunda Parte", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 32, núm. 32, México, 2008, pp. 551 y ss.

de mayoría democrática se vea burlado. Pensemos en una asamblea legislativa de 100 miembros. La mayoría sobre el total la harían 51 votos, sin embargo si se establece un quórum de más de la mitad de la totalidad del cuerpo electo, podrían sesionar válidamente 51 y si las decisiones se tomaran por el voto de la mayoría de presentes, el voto de 26 bastaría para aprobar una ley. Pensemos ahora en una asamblea integrada por 66 diputados (como lo es la Legislativa del Distrito Federal), 34 harían quórum y 18 podrían aprobar una ley, cuando el cuerpo electoral que representaran fuera de 10 millones de habitantes, resultaría que el 0.0034% tomaría las decisiones legislativas.<sup>95</sup>

Se hace necesario entonces que el principio democrático puramente mayoritario se califique, para que una "superminoría" no gobierne y legisle a diestra y siniestra para toda una comunidad, haciendo uso de una soberanía ilimitada inexistente jurídicamente. Particularmente, cuando ello implica la desnaturalización<sup>96</sup> artificiosa, autoritaria, embustera, discriminatoria y autocontradictoria de una relación social diversa mediante el desvirtuamiento o perversión gradualista y sofista de instituciones jurídicas diversas, convenidas y con toda una tradición jurídica de una sociedad, cuando tiene otras alternativas jurídicas y auténticamente políticas para hacerlo. Debió haber evitado dicho legislante una igualación de lo naturalmente desigual que resultó en una discriminación inversa.

Por eso existen en la democracia representativa, los matices de la democracia directa, que, sin necesidad de llegar a extremos como sería la "asamblea abierta" o "la revocación de mandato" si se quiere, hasta en tanto no se cuente con una, democracia ya no madura sino sólo estable, sí permite el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular o inclusive el veto, todos ellos atribuidos al cuerpo electoral.<sup>97</sup> Particularmente cuando la ley no sólo los contempla, sino los ordena y entonces habrá que cumplirlos y no desecharlos con argumentos

<sup>95</sup> Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 1997, bajo el rubro Distrito Federal, p. 18, Artículo 37.

<sup>96</sup> "Desnaturalizar... 2. Variar la forma de propiedades o condiciones de una cosa, desfigurarla, pervertirla. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 459.

<sup>97</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 117 y ss.

demagógicos como los de que los derechos humanos de una parte muy minoritaria del cuerpo electoral, no se consultan con la sociedad, no obstante que desnaturalicen o contravengan los del resto más que mayoritario de la misma sociedad.<sup>98</sup>

Había ya solución, técnicamente mal hecha por los propios partido-correligionarios, pero corregible o superable jurídicamente. La verdadera democracia y con ello la unidad nacional societaria se construye, no con la igualdad de los desiguales, sino con soluciones auténticamente jurídicas desiguales para los desiguales. De no hacerlo, acabará la democracia en el totalitarismo roussoniano que es la contradicción intrínseca de la misma. El límite de ese principio mayoritario de la democracia está en el respeto de la libertad de los diferentes, que advertía John Locke.<sup>99</sup> O mejor aún, parafraseando al pensador Francisco Puy, refiriéndose al federalismo, pero perfectamente aplicable a la democracia, se trata de unir a los grupos sociales con "...base en la razón... logrando... el mayor grado posible de paz, con la cesión del menor grado posible de libertad, mediante el derecho".<sup>100</sup>

#### A. Referéndum

Repasemos el tratamiento legislativo del referéndum como principio político.<sup>101</sup> El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal confirió a la Asamblea Legislativa facultades para "[l]egislar en la ... materia ...

<sup>98</sup> Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, en su artículo 4o., y en su Título Cuarto, prevé el Plebiscito, Referendum, Iniciativa Popular, Consulta Ciudadana, etc.

<sup>99</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 170 y ss.

<sup>100</sup> Puy, Francisco, *Federalismo Tradicional, Federalismo Revolucionario y Cuerpos Intermedios (en contribución al Estudio de los Cuerpos Intermedios)*, Actas de la VI Reunión de Amigos de la Ciudad Católica, Madrid, 28-29 de octubre de 1968, Speiro.

<sup>101</sup> "B) Referéndum. Derecho del Cuerpo Electoral a aprobar o a rechazar las decisiones de las Autoridades Legislativas Ordinarias... Puede ser de las siguientes clases... Facultativo, cuando su iniciativa depende de una Autoridad Competente para ello, por ejemplo, una determinada fracción del Cuerpo Electoral o de las Cámaras o del Jefe de Estado... Por su eficacia jurídica... Consultivo, cuando el resultado del Referéndum no tiene carácter vinculador para las autoridades legislativas ordinarias". García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 183.

civil..."<sup>102</sup> El artículo 28 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal lo define como "... un instrumento de participación directa mediante el cual la ciudadanía manifiesta su aprobación o rechazo sobre la creación, modificación, de leyes propias de la competencia de la Asamblea Legislativa".<sup>103</sup> El artículo 12, fracción VI del mismo ordenamiento, le confiere a los ciudadanos del Distrito Federal el derecho de "opinar por medio de referéndum en la aprobación, modificación, derogación o abrogación de leyes que corresponda expedir a la Asamblea Legislativa, excluyendo las materias señaladas en el artículo 34 de esta Ley". El artículo 29 exige, sin embargo, como facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa, que ésta apruebe la procedencia del referéndum "por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes". El propio artículo 34 de la mencionada Ley de Participación Ciudadana, expresamente excluye de referéndum, las materias "Tributaria, Régimen interno de la Administración Pública del Distrito Federal, Regulación Interna de la Asamblea Legislativa y de su Contaduría Mayor de Hacienda, Regulación de la función judicial y demás que determinen las leyes". Prohíbe, además, el artículo 35 que se lleven a cabo procedimientos de referéndum "...en el año en que tengan verificativo elecciones de representantes populares...". El espíritu más puramente democrático del que se veía imbuida la legislación ciudadano-participante se tuerce, sin embargo, cuando el artículo 37 del mismo ordenamiento ordena: "Los resultados del referéndum no tendrán carácter vinculativo para la Asamblea Legislativa [pero ordena que] se publicarán en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y en al menos uno de los diarios de mayor circulación". Sin embargo, ordena el artículo 30, fracción I, también que "podrán solicitar a la Asamblea Legislativa la realización del referéndum uno o más diputados [y que ] la solicitud ... se podrá presentar en cualquier momento del proceso legislativo, pero siempre antes de la aprobación de la ley o decreto...".

Contradictoriamente, la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal atribuye a la propia Asamblea "[a]cordar por las dos terceras partes de sus miembros presentes, si somete o no a refe-

<sup>102</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 1997. Decreto por el que se reforma [n] y adiciona [n] [el] Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

<sup>103</sup> Publicada el 17 de mayo de 2004 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

réndum, el proyecto del ordenamiento legal en proceso de creación, en términos de lo dispuesto por el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal así como las leyes correspondientes”.<sup>104</sup>

No obstante el torcimiento contraveniente del interés jurídico democrático protegido de la norma, contenido en la propia “amañada” legislación mencionada y la inconscientemente inadvertida contradicción de los ordenamientos, por parte de los legisladores assembleísticos, por cuanto a si el voto requerido es de dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea (como lo previene la legislación ciudadano-participante de vigencia subsecuente) o de los presentes (como lo ordena la organizacional ley assembleística) de vigencia subsecuente, aunque quizá alegadamente de mayor jerarquía, pero carente de la especialidad del tema ciudadano-participante), la obligación de llevar a cabo el referéndum cuando se cumple el supuesto normativo que genera la obligación de hacerlo y el de difundir públicamente los resultados de éste tiene aplicabilidad plena.

Esta es la normatividad jurídica aplicable al referéndum. Veamos cómo fueron los hechos que al respecto se desarrollaron para determinar si se cumplió o no con la misma.

En la sesión ordinaria de la Asamblea Legislativa del 17 de diciembre de 2009,<sup>105</sup> bajo la presidencia de la diputada Lizbeth Eugenia Rosas Montero (quien por cierto votó en contra del referéndum), luego de haber calificado precedente mediante votación económica, la propuesta del diputado Guillermo Octavio Huerta Ling, para considerar urgente y de obvia resolución, la determinación de someter a referéndum, entre otras, la iniciativa matrimonial homosexualista, se pasó a la discusión sobre si el asunto se sometería o no a referéndum.

Se escucharon argumentos sensatos, tales como el del diputado Carlo Fabián Pizano Salinas, quien explicó: “Cualquier cambio en el marco jurídico que tenga un impacto general en la sociedad requiere que los parlamentarios y los parlamentos tomen sus decisiones con ayuda de todas las disciplinas a través de especialistas, y no con foros acrílicos, parciales, y dirigidos ... debieron haber[se] consultado a juristas, sociólogos, antropólogos, a organizaciones de la sociedad

<sup>104</sup> Artículo 10, párrafo XXX, publicada el 19 de diciembre de 2002 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

<sup>105</sup> Versión estenográfica, Asamblea Legislativa del Distrito Federal. V Legislatura, Primer periodo de sesiones ordinarias. Primer año de ejercicio, pp. 39 y ss.

civil para emitir un dictamen, que por cierto resulta una vergüenza para esta Asamblea legislativa y por su falta de motivación y fundamentación, proponemos un ejercicio de consulta propio de las democracias modernas. Si su voto es en contra, le habrán negado a los ciudadanos el derecho a opinar”. El diputado iniciante de la reforma del matrimonio homosexualista, David Razú Azna, defiende anticipadamente su proyecto y con su clásica postura no sólo frívola, sino autoritaria pero “democra-demagógica revolucionaria”, increíblemente cuestiona “...preguntarle a la sociedad si debe reconocerle derechos a un sector social específico...” y califica “...el discurso [escuchado] sin embargo [de] no tan moderno”. Y con embustiente pretendido conocimiento de la historia mundial antidemocrática, compara el referéndum con “...votar el Código de Neuremberg (*sic*) ...[que] quien lo propuso fue Hitler [pues] fue popular ser antisemita, ser gitano y fue popular todo el holocausto que se votó por la población civil en Alemania, es lo mismo que se está proponiendo. Someter a consulta el reconocimiento de derechos y los derechos no se consultan; los derechos se garantizan, se otorgan y se reconocen; cuando se trata de reconocer derechos, de lo que se está hablando es de buscar que las mayorías aplasten a las minorías”.

Independientemente de su postura contradictoria con el apellido, pero quizá no con el nombre de su partido, y siguiendo su ya conocido ilógico manual perrediano, omite tomar en cuenta que el tema a discutir era solamente si se consultaría (sin efecto vinculativo como manda antidemocráticamente la legislación seudoparticipativa-ciudadana) a la sociedad, destinataria natural de las normas jurídicas, y no la sustancia del tema. Le aterra la consulta al democrático-revolucionario diputado y propone “...que no se permita por ningún motivo que el reconocimiento de derechos se lleve a ningún tipo de consulta”. Ignora primero el representante democrático (muy probablemente electo por la vía no propia de un purismo democrático de elección directa, sino por la de la cuestionada representación proporcional), que si bien el “aplastamiento” de las minorías por las mayorías luce inadecuado, el de las mayorías por las minorías, es quizá revolucionario pero desde luego antidemocrático. Su denominación partidaria, a la que “hace honor”, resulta no sólo contraria sino contradictoria.<sup>106</sup>

<sup>106</sup> “Contrario, ria. (Del Lat. *Contrarius*). Opuesto o repugnante a otra cosa... Contradictorio, ria. (Del Lat. *Contradictorius*). Adv. M. Con contradicción. Contradictoria. (Del Lat.

Replicó con pausada inteligencia el diputado Pisano Salinas, entre otras cosas, "...el asunto era simplemente cómo se regulan dos relaciones completamente distintas y con finalidades distintas". Y en el mismo sentido, el diputado Fernando Rodríguez Doval agregó: "...Lo único que estamos aquí proponiendo es que veamos cuál es la institución jurídica adecuada para regular un tipo específico de relación". Los argumentos perredianos dan lástima intelectual, son meramente aseverantes y al más puro estilo partidario, evasivos de la verdadera argumentación dialéctica, pues remiten a comparaciones aberrantes y descalificaciones gratuitas como la de que la reforma petrolera calderoniana "...que hubiera malbaratado [y] afectado a la sociedad mexicana, que tratar de explicar un concepto que [afirma el sabelotodo de noble apellido compuesto Razú Aznar] sé que cuando se es un discriminador o una discriminadora es muy difícil comprender, así hubiera una sola pareja, en la medida en que no afecta los derechos de absolutamente nadie. Nuestra obligación es trabajar y legislar para proteger los derechos de esa pareja".

Remata la secretaria diputada María de Lourdes Amaya Reyes, coincidentemente también perrediana, que se procederá a la lectura de los artículos correspondientes, 10 de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y 24 de la Ley de Participación Ciudadana para que se abra "...el Sistema Electrónico de Votación, para que los diputados puedan emitir su voto". Ignoran (ni siquiera advierten) tales diputados que ante la contradicción de los principios de "ley posterior deroga a la anterior y ley especial deroga a la general", el principio prevaleciente debe ser el de aplicar la ley que nos dé la mayor certeza posible de cumplimiento de la propia ley y de la norma superior, la de la prevalencia, la más acorde con el respeto al principio democrático previsto en la norma de mayor jerarquía, la Constitución. Por ello, cumplir con la ley exige que las dos terceras partes de los votos se cuenten no sobre los presentes, sino sobre el total de los integrantes de la propia Asamblea.<sup>107</sup>

*Contradictoria* T. F. Rius, *Contradictorio*). F. Log. Cualquiera de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, y no pueden ser a un mismo tiempo verdaderas, ni a un mismo tiempo falsas. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1970, 19a. ed., pp. 353 y 355.

<sup>107</sup> "El Principio Jurídico de Contradicción enseña que dos normas que se contradicen no pueden ser válidas ambas... La regla para decidir cuál de ellas debe prevalecer, es ajena

Sea por ignorancia o por autoritarismo antidemocrático, el conteo de votos se hizo sobre los diputados presentes que fueron 60 y no sobre los integrantes que habrían sido 66, y por una mayoría de 36 votos en contra del referéndum, 22 a favor y 2 abstenciones, determinan, que no deciden, que: "No se aprueba la propuesta...", de someter a referéndum la iniciativa de ley del matrimonio homosexual. Más aún, ni siquiera lograron las dos terceras partes, ya no se diga del total de integrantes sino de los presentes. De los integrantes habrían tenido que votar en contra 44 de 66, y de los presentes 40 de los 60, y sólo lograron rechazarla por el voto de 36. Es cierto que ambas leyes, como tantas otras de la propia Asamblea Legislativa del Distrito Federal, como la que es materia de este análisis, carecen de la más elemental técnica jurídica de formulación<sup>108</sup> y son en sí mismas no menos que ambiguas, pues exigen que la aprobación "...de si someter o no a referéndum..." por las dos terceras partes, haría suponer que tanto para el voto a favor del referéndum como en contra del mismo requerirá de dos terceras partes. La solución jurídica democrática ante esa nueva contradicción técnica de la legislación distrito-federalista, sería haber agotado el proceso referendatorio y tomarlo o no en cuenta como la propia ley se los autoriza, pero otra vez, política que no legal ni democráticamente, le resultaba inconveniente al binomio perredopetiano. Lo anterior porque de esa manera se satisfaría el principio consagrado en la norma superior que ordena legalmente cumplir con el principio democrático y no dejarlo de hacer. Es mucho más democrático consultar a la población que no hacerlo, no obstante que la disposición ordene que para una u otra decisión se requiera de dos terceras partes.

El análisis judicial del tema ignoró todos estos requerimientos de ley y de la lógica jurídica para que, aunque fuera por ello, descalificar la constitucionalidad de la reforma homosexualizante del matrimo-

al citado principio... El hecho de que una norma pueda ser referida, como acto de aplicación, a otra que le sirve de base, constituye la razón de validez de la primera, pero esta razón sólo es *suficiente* cuando la citada norma deriva su obligatoriedad de la suprema y reúne los requisitos señalados por esta última, entre los que puede figurar el de que no sea contradictoria de ninguna otra de rango superior", García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, 1950, pp. 47 y 48.

<sup>108</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 1984, p. 318.

nio, por no haber seguido las fórmulas más acordes con el principio constitucional democrático.<sup>109</sup>

Como es sabido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante sentencia del 16 de agosto de 2010 del ministro ponente Sergio A. Valls Hernández, declaró, en respuesta a la acción de inconstitucionalidad 2/2010 interpuesta por el Procurador General de la República, la constitucionalidad de la reforma al Código Civil del Distrito Federal que estableció el matrimonio homosexual. No obstante, que desde el punto de vista formal constitucional,<sup>110</sup> si bien la acción del Procurador mencionada, no argumentó la violación por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a las leyes Orgánica de la Asamblea Legislativa y de Participación Ciudadana, ambas del Distrito Federal, ha resultado obvio que mediante el voto impuesto por el binomio perredopetiano, se violó una u otra ley necesariamente, por la forma en que dicho binomio impusiera su votación para evitar a toda costa el referéndum. Si bien ello hubiera llevado únicamente a una repetición del proceso y muy probablemente a la necesidad de que, ante la contradicción de las normas regulatorias de ese proceso se efectuara un referéndum que la Asamblea Legislativa podría seguir o no, en cumplimiento a la norma constitucional superior que consagra la forma de gobierno democrático, el respeto al orden constitucional se habría cumplido.

Se habría dado, además, la oportunidad a la sociedad destinataria de la norma, de conocer constitucionalmente la antidemocrática forma de proceder de sus representantes legislativos.

<sup>109</sup> “Entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior —es decir, entre una norma que determina la producción de otra— no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma de nivel inferior tiene en la norma de nivel superior su fundamento de validez”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, Trad. de la 2a. ed. en alemán, Roberto J. Vernengo, p. 217.

<sup>110</sup> Para un análisis contradictorio de fondo al de la sentencia del ministro Valls Hernández, véase a Sánchez Barroso, José Antonio, “El concepto de matrimonio en la Constitución. Análisis jurídico a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal de 2009”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo LXI, julio-diciembre, núm. 256 y Adame Godard, Jorge, *Análisis de la Sentencia de la Suprema Corte que valida el matrimonio entre personas del mismo sexo*, *Ars Iuris*, Universidad Panamericana, 45, 2011.

¿Qué razón tuvieron los proponentes del referéndum para no haber iniciado una acción de inconstitucionalidad<sup>111</sup> siendo 22 como lo revela la versión estenográfica transcrita y teniendo con ello el 33% inclusive del total de integrantes requerido para no haberla intentado? Eso sólo ellos lo saben. Quizá tampoco se han percatado de la contradicción de las normas para el conteo del voto, pero al final, la forma democrática de gobierno fue legalmente vulnerada. La reforma homosexualizante del matrimonio resultó, quizá inadvertidamente, constitucionalmente antidemocrática.<sup>112</sup>

El propio “representante popular” promovente de la “democrática” reforma, David Razú Aznar, cínica o ignorantemente ratificó su logro de deseo de incumplimiento de, o violación a, la norma referendaria y con ello el de la garantía democrática constitucional, cuando en la sesión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de la V Legislatura del 21 de diciembre de 2009, en que tenía ya determinado no retrasar más su propósito consistente en dar el paso final de la gradualista desnaturalización del matrimonio y se atrevió a ilegalmente afirmar: “Quienes están en contra de la reforma (obviamente se refiere al artículo 146 del Código Civil del D.F., relativo al “matrimonio homosexualista”) se han atrevido a pretender someter los derechos humanos a referéndum a popularidad, como si éstos no tuvieran un valor intrínseco...” La advertida violación a la norma del diputado Razú se hace evidente cuando en el mismo debate, el diputado priista Octavio Guillermo West Silva categóricamente afirma: “Durante... la discusión del punto de acuerdo propuesto por el PAN para que se sometiera al referéndum y el planteamiento de esta iniciativa, se llegó al extremo de calificar como práctica antidemocrática el efecto de la consulta propuesta por el PAN, en opinión de quien así lo conceptuó, los derechos no se consultan”.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> “Art. 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá... [de] las acciones de constitucionalidad [que] podrán ejercerse... por... E) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal en contra de las leyes expedidas por la propia Asamblea”, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>112</sup> “Art. 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República... Democrática...”, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>113</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal. V Legislatura. Estenografía parlamentaria. V Legislatura. Primer periodo de sesiones ordinarias. Primer año de ejercicio. Versión estenográfica de la sesión celebrada el 21 de diciembre de 2009, pp. 12 y 33.

Resulta ahora evidente que el iniciativante diputado Razú y sus seguidores que votaron con él, están por encima de la ley. No solamente se reconoce en los debates, inclusive por el propio diputado Razú, que hubo no un solo diputado, como lo requiere la ley, sino los de un partido, los del PAN que propusieron el referéndum y autoritariamente dicho diputado los descalificó arrogándose “atribuciones soberanas”, reiterando el sapiente legislador no obstante el mandamiento contrario legislativo, “los derechos humanos [no se someten] a popularidad”.

Aparecen arriba transcritos los textos legislativos excluyentes del referéndum, y los derechos humanos (concediendo sin discutir que éste lo sea), no están ni expresa ni implícitamente excluidos de referéndum, ni era año de elecciones de representantes populares. El carácter autoritario y legalmente antidemocrático de la reforma se vuelve a hacer evidente. Para los gobiernos perredianos, la ley es la voluntad de los legisladores de su partido. Ni siquiera la norma procedimental legislativa, ni la norma fundante o superior kelseniana,<sup>114</sup> les puede inhibir para que su actuación sea conforme a derecho. Asumen actitudes dictatoriales, como lo han expresado sus líderes correligionarios, las instituciones existen para ellos, sólo cuando les benefician; son la soberanía popular ilimitada, ni tienen cuentas que rendir. La ley procedimental asambleística puede leerse como les convenga, sin subordinación a la norma superior constitucional. Esta última fue violada una vez más por “seudorrepresentantes populares asambleísticos”.

La razón del incumplimiento a la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal por los perredianos legislantes resultó obvia. Con o sin el avalamiento de éstos, se llevaron a cabo diversas consultas a la población que, como lo prevé la ley, sí fueron reveladas en medios de comunicación. Obviamente no en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, pero sí en uno de los diarios de mayor circulación. El periódico *Reforma* (3-mayo-2010) difundió no sólo “...que el 84 por ciento piensa que debería haber más mecanismos de representación como

<sup>114</sup> “...El estatuto superior jurídico positivo, está representado por la constitución. Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir, con esa palabra se designa, la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, p. 232.

consultas y plebiscitos...”<sup>115</sup> Más aún, informó el mismo periódico (16-marzo-2007): “el 43% de los encuestados se manifestó en contra de que “las parejas de un mismo sexo puedan contraer matrimonio”. El 40% a favor, y 17% manifestó no tener opinión. Coincidentemente, pero con una mayoría mucho más marcada, la población de entre 18 y 29 años votó en un 50%, en contra de la adopción de hijos por parejas homosexuales y el 40% a favor. La de de 30 a 49 años en un 65% en contra y sólo un 25% a favor. La de más de 50 años y más fue 73% en contra y 18% a favor.”<sup>116</sup>

No han sido evidentemente las únicas encuestas. Reportó también el periódico *Reforma* (21-enero-2010): “...acompañada por la dirigente del blanquiazul local, Mariana Gómez del Campo, Nava (*sic*) señaló que la ciudadanía está muy dividida en torno a los matrimonios entre homosexuales. Precisó que según GEA-ISA, el 47 por ciento está de acuerdo mientras que el 46 por ciento las desaprueba. En tanto que la encuesta de BGC señala que el 46 estuvo de acuerdo y el 43 por ciento en contra. En ambos el 7 y el 11 por ciento no opinó”. En otra parte de la noticia se dice: “...el 74 por ciento expresó su rechazo a la adopción contra el 19 por ciento que la aprueban”.<sup>117</sup> El resultado de una encuesta más, difundida por una articulista (Paz Fernández Cueto) del mencionado periódico *Reforma* (11-diciembre-2009), atribuida a Gabinete de Comunicación Estratégica relativa a los matrimonios entre homosexuales: “...manifestaba un rechazo mayor al 60% tratándose del DF...”<sup>118</sup>

La violación a la obligación de practicar el referéndum se consumó. Más aun, violaron también los perredopetianos, la citada fracción XXX del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal,<sup>119</sup> que ordena “acordar por las dos terceras partes de sus miembros presentes, si se somete o no a referéndum, el proyecto del ordenamiento legal en proceso de creación, modificación, derogación, o abrogación...”. Otra vez, si sólo marginalmente logró el binomio perredopetiano sacar la reforma, resulta lógicamente

<sup>115</sup> <http://busquedas.grupo.reforma.com/Documentos/printImpresa.aspx?DocId=1177>, 24/02/2011.

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> *Idem*.

<sup>118</sup> *Idem*.

<sup>119</sup> Ver nota de pie de página 104 de este mismo artículo.

irrebatible que nunca habrían logrado el voto de las dos terceras partes para impedir que hubiera referéndum. Como tampoco quizá lo habrían logrado en la Asamblea los opositores. La norma, carente de toda técnica legislativa seguramente, exige que en uno u otro caso la votación se dé, por dos terceras partes. Ante el temor de que entre sus propios correligionarios pudiera prevalecer la sensatez, prefirieron violar flagrantemente esta otra norma jurídica y con una simple mayoría, no sólo impidieron ilegalmente el referéndum, sino violaron también los principios de “la interpretación jurídica de la ley”, como lo ordena el artículo 14 de la Constitución.

Que no hubiera sanciones específicas para los diputados defensores por la violación de las leyes que norman el proceso legislativo, por un fenómeno antidemocrático de “autoprotección” de los propios legisladores inclusive a nivel federal, no significa que no sean responsables de sus incumplimientos, como cualquier otro destinatario de normas.

La tesis de Herbert Hart contradicente de la de Hans Kelsen de que “...tiene que haber una potestad legislativa soberana que es jurídicamente ilimitada, que la regla de reconocimiento es la regla última de un sistema [sino que] [h]ay pues [solamente] dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico, [l]a primera condición es la única que *necesitan* los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno ‘por su cuenta’ y por cualquier motivo, [l]a segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema, [e]llos tiene que ver en las reglas de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer”.<sup>120</sup> Ello quizá sea correcto en el sistema jurídico positivo anglosajón, pero no en los de origen románico francés aplicable en México. Aquí al menos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace responsables a “...los representantes de elección popular de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones. Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisio-

<sup>120</sup> Hart H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2a. ed., Trad. Genaro R. Carrió, 2007, pp. 132 y 145.

nes de cualquier naturaleza en el sector público”.<sup>121</sup> No basta con que aprecien críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas de su ilegal conducta, como quisieran ellos, siguiendo cínicamente a Hart, sino que si violan la norma, actualizan automáticamente con su conducta activa u omisiva, hipótesis de una o unas normas de aplicación subsecuente, secundaria o sancionadora.

Ya apuntaba desde hace casi cinco décadas el primer constitucionalista, don Manuel Herrera y Lasso que “[s]e instituyen tres medios de defensa de la Constitución”, y que “...podría llamarse adicional el enjuiciamiento del Legislativo y del Ejecutivo locales, en los Arts. 108 y 111”.<sup>122</sup> Es esa la norma fundante o superior kelseniana de la sancionadora subordinada, o la misma superior aplicable a los asambleístas infractores de la normatividad del proceso legislativo o llamadas también por Hart de reconocimiento o recepción de las otras normas.

Si el anterior razonamiento no fuera suficiente para fincar responsabilidad a los legisladores defensores, lo es que con pleno conocimiento de causa e intencionalmente omitieron cumplir con el mandato de ley consistente en, ante la contradicción de normas jerárquicamente equivalentes, atender a la norma superior fundante que ordena actuar democráticamente y haber llevado a cabo un referéndum sobre su propuesta de ley homo-sexo-matrimonialista.

El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, como norma subordinada o secundaria de la constitucional expresamente prevé que “las responsabilidades de los servidores públicos de los poderes locales del Distrito Federal ... se regularán por la ley federal de la materia en los términos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.<sup>123</sup> Si hubiera algún cuestionamiento sobre lo anterior, habría que acudir al Artículo Segundo Transitorio de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos que estableció en su segundo párrafo: “Las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos seguirán aplicándose en dicha materia a los servidores públicos de [l]

<sup>121</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Arts. 108 y 110.

<sup>122</sup> Herrera y Lasso, Manuel, *Estudios constitucionales*, Segunda Serie, Ed. Jus, México, 1964, p. 254.

<sup>123</sup> Artículo 15 del Estatuto del Gobierno del Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 2011.

órgano legislativo de carácter local del Distrito Federal”.<sup>124</sup> En el mismo sentido, la propia Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos<sup>125</sup> reafirma en su artículo 2o. que son sujetos de esta Ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero del artículo 108 constitucional...”, que expresamente menciona a “los representantes de elección popular de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”. Reitera asimismo el artículo 5o. del mismo ordenamiento que son sujetos de juicio político “...los diputados a las Legislaturas Locales...” y el 6o. y el 7o., que prevén como procedente “...el juicio político cuando los actos u omisiones de los servidores públicos redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho [incluyendo] el ataque a las instituciones democráticas”.

Si bien el tratamiento legal híbrido de los diputados asambleístas defieños que se conducen con autoritarismo, les ha permitido de hecho danzar equilibrísticamente en el alambre de la ilegalidad sin efectos responsabilizatorios, no puede desconocerse que la mencionada ley los obliga, en términos de su artículo 47, “...a salvaguardar la legalidad y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause deficiencia de dicho servicio, abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión, y las demás obligaciones que le impongan las leyes y reglamentos”. No pueden dejar de cumplir las leyes, están sujetos a ellas moralmente, más aún que los simples ciudadanos. Lamentablemente, como son los mismos diputados, ahora federales, los que les toca prever sus propias sanciones, actúan teniendo un conflicto de interés y hacen que las leyes resulten ineficaces para ellos mismos. Pareciera pues en dicho contexto que en el mejor de los casos, si no se tratara de la comisión de un delito, los diputados infringientes serían en el mejor de los casos sujetos de “apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, suspensión, destitución del puesto, sanción económica e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos, o comisiones en el servicio público”, ya fuera en términos del artículo 54 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos o del artículo 13 de la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, según una u otra

<sup>124</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 13 de marzo de 2002, p. 79.

<sup>125</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1982.

resulte aplicable.<sup>126</sup> Sin perjuicio del laberinto legislativo creado otra vez quizá intencionalmente, por los legisladores particularmente los federales, no podemos soslayar que los artículos 108 y 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordenan “que los representantes de elección popular, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones, con la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público”.

No obstante el mencionado autoproteccionismo del asambleístico binomio perredopetiano mayoritario dilutivo, la sociedad, en un análisis estadístico pero contundente y mucho más democrático que las prácticas autoritarias de dicho binomio, reprueba a sus seudorepresentantes.

“El 94 por ciento de los capitalinos no confía plenamente en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pero los diputados no han querido reconocerlo ni difundirlo”.<sup>127</sup> Una muestra más, pero ahora peor porque no se trata de un tema o caso particular sino de la opinión más que generalizada de la sociedad destinataria de sus normas. Nuevamente mienten, son embustientes. Revela el periódico *Reforma* que “según la Encuesta de Opinión Pública del D.F., que la [propia] Comisión de Gobierno de la misma ALDF mandó hacer, a mediados de 2011..., sólo 6 por ciento confía mucho en la Asamblea. En tanto que el 31 por ciento dijo que confía poco. 37 por ciento y 25 por ciento nada, mientras que el 1 por ciento no respondió o dijo que no sabía. La encuesta, bajo el contrato ALDF/VI/ADI-36/11, tuvo un costo de un millón 200 mil pesos y fue ejecutada por la encuestadora Buendía y Loredó, que la levantó del 18 al 29 de agosto de 2011, pero los diputados decidieron no darla a conocer ni publicarla en el sitio de Internet de la ALDF. La encuesta también arrojó que sólo 34 por ciento de las 9 mil seiscientas personas encuestadas aprueban el

<sup>126</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1982 y Reformas publicadas en el mismo el 21 de julio de 1992, entre otras y 13 de marzo de 2002, respectivamente.

<sup>127</sup> *Reforma*, año 19, núm. 6680, domingo 8 de abril de 2012. Nacional. Primera Plana. [www.reforma.com](http://www.reforma.com).



trabajo de los legisladores y 62 por ciento considera que los diputados comprenden poco o nada los problemas de la ciudad".<sup>128</sup>

El calificativo de embustiente o mentiroso del diluyentemente antidemocrático binomio perredopetiano vuelve a quedar evidenciado. Más grave aún, que no sólo corresponde al procedimiento seguido por dicho binomio para la imposición de su impostura<sup>129</sup> llamada por ellos matrimonio homosexual. Embustero es el que dice embustes. Embustes son mentiras disfrazadas con artificio. Embustería es falta de verdad. No decir la verdad es faltar a ésta, es ser embustiente. El que no revela la verdad, el que la oculta, engaña y tiene una actitud embustiente.<sup>130</sup>

#### IV. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL, ¿UNA PIEZA LEGISLATIVA DE VANGUARDIA?

Los pululantes vicios de la reforma legislativa que "inventó" el matrimonio homosexual enunciados en el título de este trabajo y demostrados a lo largo del mismo, hacen concluir que no se trata de una obra de vanguardia, no ha sido imitada por legislatura estatal alguna de la federación. Luego no liderea,<sup>131</sup> no va a la cabeza de una competencia, no hay competidores, no hay seguidores. Después de casi tres años de la invención defeña, ningún estado la ha imitado. Si el producto no es pues de vanguardia (compite solo), el generador, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tampoco lo puede ser, al menos en este caso. Lo fue aun menos el poder ejecutivo defeño, que ante tanto vicio legislativo, debió haber vetado<sup>132</sup> el proyecto de ley. Su poder judicial como copartícipe de la reforma, al haber sido uno

<sup>128</sup> *Idem.*

<sup>129</sup> *Impostura* (Del Lat. *Impostura*). Imputación falsa y maliciosa. II Fingimiento o engaño con apariencia de verdad. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 734.

<sup>130</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, pp. 513 (Embuste, embustear), 533 (Engaño, engañar), 867 (Mentir, mentira).

<sup>131</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, p. 804.

<sup>132</sup> Estatuto de Gobierno del D.F., cuyo decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 1997. Artículo 48. "Los proyectos de leyes... se remitirán para su promulgación al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, quien podrá hacer observaciones y devolver los proyectos dentro de diez días hábiles con esas observaciones..."

de los elaboradores del induciente Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal del 14 de agosto de 2009.<sup>133</sup> Entonces, si ninguno de los poderes del Distrito Federal actuó vanguardistamente, menos pueden ellos pretender definir así a los ciudadanos, que no han sido parte de sus "propuestas de vanguardia", es más, como acabamos de ver, los califican de incapaces de "comprender los problemas de la ciudad". Si los ciudadanos como cuerpo electoral no le reconocen ese atributo a sus autoridades, la imposición del apellido de vanguardia para la ciudad y para su elemento humano, resulta por lo menos falásico.

<sup>133</sup> Para referencia documental, ver nota de pie de página 28 de este mismo artículo.

## ¿ES EL AMPARO UN RECURSO EFECTIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Loretta ORTIZ AHLF

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Garantías individuales y derechos humanos.* III. *Precedentes internacionales que aluden a la obligación de garantizar el acceso a un recurso sencillo, rápido y eficiente para la protección de los derechos humanos.* IV. *La obligación del Estado mexicano de asegurar el acceso a un recurso sencillo, rápido y eficiente que garantice el derecho de acceso a la justicia para el reclamo de la efectiva protección de los derechos fundamentales.* V. *Razones por las cuales el juicio de amparo no constituye el recurso efectivo, rápido y sencillo que exigen los tratados de derechos humanos.* VI. *Conclusiones.*

### I. NOTA INTRODUCTORIA

México ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en 1981. Un derecho regulado en dichos tratados es el garantizar el acceso a un recurso jurídico efectivo, en caso de vulneración de los derechos humanos regulados en los mismos. Dicho derecho debe garantizarse por cuanto constituye el medio para asegurar una efectiva protección de todos los derechos fundamentales. Cabe señalar que, no adoptar las medidas necesarias para garantizar acceso a un recurso jurídico efectivo de la naturaleza que exigen los instrumentos internacionales mencionados, genera responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales adquiridas. El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

## Artículo 25. Protección judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados parte se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de un recurso de un recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.<sup>1</sup>

Por su parte, el artículo 2, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala:

1. Cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales;
- b) la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.<sup>2</sup>

Salta a la vista de la simple lectura de las disposiciones antes citadas, que la operatividad actual del juicio de amparo, en lo relativo a mecanismo jurídico de garantía y efectiva protección de los derechos

<sup>1</sup> Artículo 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificación de México 24 de marzo de 1981, entrada en vigor 18 de junio de 1978, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1981.

<sup>2</sup> Artículo 2, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200a (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor, 23 de marzo de 1976, ratificación de México, 23 de marzo de 1981, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de mayo de 1981 y 22 de junio de 1981. Fe de Erratas.

humanos, dista mucho de ajustarse a los requerimientos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que son pocos los avances que se han logrado después de 28 años de su ratificación por México, para transformarlo y convertirlo en el recurso jurídico que exigen dichos instrumentos, sobre todo si se considera la obligación contenida en el artículo 2o. de ambos, que exige a los Estados que realicen, si no de manera inmediata, lo antes posible, las reformas constitucionales y legales necesarias para lograr la efectiva aplicación de los mencionados tratados y con ello a su vez alcanzar la efectiva protección de los derechos humanos.

La falta de adecuación de la legislación interna, en lo atinente al amparo, lesiona gravemente los derechos fundamentales ya que, se deniega el derecho de acceso a la justicia para el reclamo de los derechos fundamentales, por cuanto constituye en muchas ocasiones la única puerta de acceso para la efectiva protección de los mismos. Llama la atención que la necesidad de garantizar el acceso a un recurso eficiente para la protección de los derechos fundamentales se planteó desde el Constituyente de 1916-1917, sin embargo hasta hoy no se ha logrado satisfacer dicha necesidad. Venustiano Carranza manifestó en dicho Constituyente:

Hay que reconocer —dijo don Venustiano Carranza— que en el fondo de la tendencia a dar al artículo 14 constitucional una extensión indebida estaba la necesidad ingente de reducir a las autoridades de los Estados a sus justos límites, pues bien pronto se palpó que, convertidos los jueces en instrumentos ciegos de los gobernadores que descaradamente se inmiscuían en asuntos que estaban por completo fuera del alcance de sus atribuciones, se hacía preciso tener un recurso, acudiendo a la autoridad judicial federal para reprimir tales excesos.<sup>3</sup>

## II. GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DERECHOS HUMANOS

Antes de determinar si el amparo es instrumento jurídico que reúne las características que exigen los instrumentos internacionales obligato-

<sup>3</sup> *Congreso Constituyente 1916-17*, Diario de Debates. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, edición facsimilar, México, 1985, p. 17.

rios para México, conviene aclarar el significado del vocablo jurídico garantías individuales en nuestro sistema jurídico y especificar si éste, es sinónimo o equivalente al de derechos humanos.

La regulación en materia de derechos humanos en México puede dividirse en dos etapas señala Lara Ponte,<sup>4</sup> la primera de ellas estuvo influenciada por el pensamiento de corte liberal francés y norteamericano.

Esta etapa encuentra su ejemplo clásico en los debates y artículos incorporados a la Constitución de 1857; igualmente, aunque de manera menos clara, en las constituciones de 1824, 1842 y el Estatuto Orgánico de 1856.<sup>5</sup>

La segunda etapa inicia con una nueva concepción de la persona frente al poder, en su entorno social y económico.<sup>6</sup> Ejemplo de dicha etapa lo ubicamos en la reforma de la Constitución de 1857 en 1917, la cual rompió con los esquemas jurídicos tradicionales del siglo XIX al unir a las partes dogmática y orgánica una parte nueva correspondiente a las garantías sociales.<sup>7</sup>

La Constitución de 1857 al referirse a los derechos humanos utilizó el término derechos del hombre. En cambio en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que reforma la de 1857, se utiliza el término de garantías individuales.<sup>8</sup> Ramón Rodríguez, al referirse a dichos derechos, señaló:

Estas condiciones que el pueblo impone a los individuos en quienes deposita el ejercicio del poder social, estas limitaciones en sus facultades, estas restricciones en el uso de ellas son las que real y verdaderamente merecen el nombre de garantías, porque ellas son las que real y verdaderamente merecen el nombre de garantía, porque ellas son las que aseguran que los delegados del pueblo ejerzan solamente las facultades que éste les concede, y las ejercerán en el modo y términos como se les hace concesión.

<sup>4</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, Porrúa y UNAM, 1998, p. 149.

<sup>5</sup> Herrera y Lasso, Manuel, *Estudios constitucionales*, México, Ed. Polis, México, 1940, pp. 234 y ss.

<sup>6</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *op. cit.*, nota 4, pp. 149 y ss.

<sup>7</sup> Herrera y Lasso, Manuel, *op. cit.*, nota 5, pp. 243 y ss.

<sup>8</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1999, p. 57.

Tales garantías toman el nombre de individuales porque su objeto es asegurar a cada individuo que los funcionarios públicos no ejercerán respecto de él más facultades que las que expresamente se les ha concedido.<sup>9</sup>

En diversos casos, sometidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el incumplimiento de México de la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>10</sup> el gobierno de México argumentó que el término garantías individuales alude a los derechos contemplados en los 29 primeros artículos de la Constitución y derechos humanos a los derechos regulados en los tratados. De conformidad con dicha argumentación en el primer caso existe la obligación tanto de las autoridades como del propio Estado de garantizar el goce y ejercicio de las garantías, en cambio en el segundo supuesto no existe la obligación de garantizar de manera efectiva el ejercicio de aquellos derechos humanos que no se ubican en los 29 primeros artículos de la Constitución. Como respuesta a dicha argumentación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe No. 14/93, de 7 de octubre de 1993, puntualizó:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estima oportuno reiterar al gobierno de México su deber de adoptar las disposiciones de derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales, a fin de asegurar el ejercicio pleno de los derechos políticos, en particular, en relación con la idoneidad de los recursos previstos por la legislación interna, a fin de que los ciudadanos de ese país puedan contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos, despojados de rigorismos innecesarios que afecten la eficacia, en la protección de todos los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin distinción alguna. Reiterar, asimismo, respecto a la conformación de órganos electorales, la importancia que para las democracias representativas tiene el hecho de que las condiciones generales en que se desarrollen los procesos electorales garanticen a todas las agrupaciones que participan en ellos una situación equivalente.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Herrera y Lasso, Manuel, *op. cit.*, nota 5, p. 244.

<sup>10</sup> Véase Informe No. 01/90 Casos 9768.9780 y 9828 (México) de 17 de mayo de 1990. Informe No. 8/91 Caso 10.180 (México) 22 de febrero de 1991. Informe No. 14/93, Caso 10.956 (México) de 7 de octubre de 1993. Informe No. 9/98 Caso 11.537 (México), 3 de marzo de 1998.

<sup>11</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 14/93, Caso 10.956, México, de 7 de octubre de 1993, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III-mexico10.956.htm>.

Hoy no cabe sostener, con base en la utilización de los términos garantía o derecho humano, o en razón de la ubicación del derecho en la Constitución, que la obligación interna e internacional del Estado mexicano de garantizar de manera efectiva el goce de dichos derechos se modifica. Las autoridades mexicanas se encuentran obligadas a realizar todas las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos regulados en los tratados ratificados por México y en las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos.<sup>12</sup> Por tanto, puede afirmarse que los términos garantías individuales o derechos humanos son términos equivalentes en el sistema jurídico mexicano.

Cabe precisar que aunque la Constitución no haga referencia a determinados derechos humanos regulados en diversos tratados ratificados por México y acordes con el artículo 133 constitucional, incorporan dichos derechos fundamentales a nuestro sistema jurídico, al igual que amplían el grado de protección de los derechos humanos ya regulados en la Constitución. Las garantías individuales o derechos humanos de que es titular toda persona, constituyen el estándar mínimo de derechos que se encuentran obligados a respetar las autoridades mexicanas conforme a la Constitución y las normas de derecho internacional, de ahí que se señale en el artículo 1o.: "No podrán restringirse, ni suspenderse las garantías individuales", y gozan de ellas: "Todo individuo que se encuentre en territorio nacional". Dicho estándar mínimo puede ampliarse mediante ley o tratado con fundamento en los artículos 1 y 15 de la Constitución de México.<sup>13</sup> En términos generales, puede decirse que los derechos protegidos por los tratados son de mayor amplitud a la concedida por la Constitución, en tales casos debe resolverse el conflicto de normas, por aplicar de manera preferente la disposición de dichos tratados, por cuanto otorgan mayor protección a la persona, de conformidad con la cláusula *pro homine* contenida en los artículos 29 CADH y 5 PIDCP.<sup>14</sup> Acorde

<sup>12</sup> O'Donnell, Daniel, *Protección de los derechos humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1988, pp. 43 y ss.

<sup>13</sup> Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es Parte", México, *Jurídica*, 18, Universidad Iberoamericana, 1981, p. 542.

<sup>14</sup> Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, México, 3a. ed., Oxford University Press, 2003, pp. 56 y ss.

con esta interpretación, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, en su Sentencia de 20 de octubre de 2004, señaló:

Principio *Pro homine*. Su aplicación es obligatoria.

El principio *Pro homine*, que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme el artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.<sup>15</sup>

### III. PRECEDENTES INTERNACIONALES QUE ALUDEN A LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL ACCESO A UN RECURSO SENCILLO, RÁPIDO Y EFICIENTE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para evaluar si nuestro juicio de amparo satisface los requerimientos que exigen los artículos 25 de la CADH y 2 del PIDCP, conviene revisar algunos de los casos presentados en contra de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (TIDH). La cuestión de la naturaleza del juicio de amparo y de las obligaciones del Estado mexicano, de conformidad con el citado artículo 25 CADH, se analizó en el Caso 10.180 del 23 de octubre de 1987, presentado por Eduardo Arias Aparicio, Luis Santos de la Garza, María Teresa García de Madero y Miguel Gómez Guerrero, todos ellos diputados del Partido de Acción Nacional en contra de México, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En dicho caso la CIDH señaló en su informe:

<sup>15</sup> Sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de La Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XX, Tesis 1.4.A.441, octubre de 2004, p. 2385.

En el caso bajo examen, por lo tanto, México, al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos asumió las obligaciones de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por ella, contenidos en su Artículo 1, y de adoptar las disposiciones de derecho interno "para hacer efectivos tales derechos y libertades", establecidas en el artículo 2, las cuales tienen aplicación, en el Caso No. 10.180 al ejercicio de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23, así como en la necesidad de contar con un recurso efectivo ante tribunales competentes, independientes e imparciales, en los términos de los artículos 8 y 25 de la convención. Resulta pertinente recordar en esta oportunidad nuevamente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia de 29 de julio de 1988 en el Caso Velázquez Rodríguez, consideró que la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos contenida en el artículo 1.1 de la CADH "implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Estas obligaciones contenidas en los primeros dos artículos de la CADH son las que imponen al gobierno de México la exigencia de tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la Federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de la Convención. La solución planteada por el gobierno de México tendiente a lograr la aplicación del juicio de amparo en materia política con base en la violación del principio de la garantía individual derivada del principio de legalidad contenido en el artículo 14 de la Constitución constituye, al parecer, una interpretación novedosa pues el gobierno de México no aporta información sobre la aplicación exitosa de casos concretos. La Comisión debe señalar que el recurso planteado dista de ser el recurso sencillo, rápido y efectivo para proteger los derechos políticos en los términos de la CADH.<sup>16</sup>

De igual forma, en el Caso 10.956 de 7 de octubre de 1993, precisó la Comisión en su informe:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estima oportuno reiterar al Gobierno de México su deber de adoptar las disposiciones de derecho interno con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales, a fin de

<sup>16</sup> Informe No. 8/91, Caso 10.180 de Comisión Interamericana de derechos Humanos en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91sp/Mexico10180.htm>. Subrayado de la autora de este trabajo.

asegurar el ejercicio pleno de los derechos políticos, en particular, en relación con la idoneidad de los recursos previstos en la legislación interna, a fin de que los ciudadanos de ese país puedan contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos, despojados de rigorismos innecesarios que afecten la eficacia, en la protección de todos los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos humanos, sin distinción alguna.<sup>17</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas Sentencias<sup>18</sup> también ha enfatizado la importancia del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, puntualizando que dicha obligación exige no sólo una adecuada regulación en la materia, sino el garantizar un acceso efectivo y rápido. En palabras del Juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, la obligación del artículo 25, "no se reduce a garantizar al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional al acceso a la justicia dotado de contenido jurídico propio que significa *lato sensu*, el derecho a obtener justicia".<sup>19</sup>

En el Caso Castañeda de 6 de julio de 2009, la Corte aludió a la naturaleza de las obligaciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y a la falta de cumplimiento de México de las mismas, al carecer el ordenamiento jurídico de México de un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales, apunta la Corte en relación con la naturaleza de las obligaciones:

Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al

<sup>17</sup> Informe No. 14/93, Caso 10.956 de 7 de octubre de 1993, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/capIII.mexico10.956.htm>.

<sup>18</sup> Caso Hilarie, Constantine, y Benjamin y Otros *versus* Trinidad y Tobago (Sentencia del 21.06.2002); Caso Bámaca Velásquez *versus* Guatemala (Sentencia de 25.11.2000); Villagrán Morales y otros *versus* Guatemala (Sentencia del 19.11.1999); Juan Humberto Sánchez *versus* Honduras (Sentencia del 07.06.2003); Caso Durán y Ugarte *versus* Perú (Sentencia del 18.08.2000).

<sup>19</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia*, México, Porrúa, 2006, p. 755.

cumplimiento de las decisiones del Tribunal. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.<sup>20</sup>

En relación con el incumplimiento de México de sus obligaciones, la Sentencia precisa:

El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.<sup>21</sup>

Sobresale en el Caso Castañeda nuevamente la necesidad del Estado mexicano de ajustar su Constitución y legislación interna para contar con un recurso efectivo mediante el cual garantice de manera sencilla y rápida los derechos regulados en la Convención Americana de Derechos Humanos. No basta para que México cumpla con sus obligaciones internacionales, de conformidad con la argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castañeda, con regular y garantizar un acceso formal a un recurso jurídico, se requiere garantizar un acceso rápido y eficiente, para con ello asegurar la debida protección de los derechos fundamentales.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso González y otras (“Campo algodón”) vs. México, puntualizó:

Todo ello permite concluir que en el presente caso existe impunidad y que las medidas de derecho interno adoptadas han sido insuficientes para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas. El Estado no demostró

<sup>20</sup> Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, de 6 de julio de 2009, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/>. Cfr. Caso Bronstein vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 54, Párr. 37; Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú, *supra* nota 1, considerando sexto, y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador, *supra* nota 1, considerando sexto.

<sup>21</sup> Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, de 6 de julio de 2009, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/>.

haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia. Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que el Estado incumplió con su deber de investigar –y con ello su deber de garantizar– los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal. Por los mismos motivos, el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de los familiares de las tres víctimas identificados en el párrafo.<sup>22</sup>

Sobresale en este caso la obligación del Estado mexicano de garantizar un acceso efectivo a la justicia, al puntualizar que con la ineficacia judicial frente a casos de violencia contra las mujeres en Juárez se envía un mensaje de tolerancia y aceptación de estos crímenes, situaciones que generan la responsabilidad internacional del Estado.

De manera mucho más clara y precisa en el Caso Radilla Pacheco vs. México, en relación con el juicio de amparo la Corte, señala:

Al respecto, de los hechos del presente caso se desprende que una vez que el Juzgado Segundo de Distrito decidió declinar su competencia a favor de la jurisdicción militar, la señora Tita Radilla Pacheco interpuso un juicio de amparo para revocar esta resolución. Sin embargo, esta demanda fue desechada en primera instancia (*supra* párr. 262) ya que, con base en el artículo 10 de la Ley de Amparo “[e]l ofendido o víctima del delito, sólo puede intentar el juicio de garantías cuando se trate de algún acto relacionado directa e inmediatamente con la reparación del daño.

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (“Campo algodón”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, p. 100, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

La señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de dicha decisión. El Tribunal observa que, por “razón de turno”, correspondió al mismo Primer Tribunal Colegiado que resolvió la cuestión relativa al conflicto competencial (*supra* párr. 265) conocer del recurso de revisión. De la decisión de 24 de noviembre de 2005, solicitada por este Tribunal como prueba para mejor resolver (*supra* párr. 12) se desprende que el Primer Tribunal Colegiado estableció que no serían “motivo de estudio ni la resolución impugnada ni los agravios propuestos por la [señora Tita Radilla Martínez]”, debido a que lo reclamado guardaba relación con el conflicto competencial ya resuelto. En tal sentido, dicho Tribunal Colegiado señaló que había “sobrevenido” una causal diversa a la invocada por el Juzgado Segundo de Distrito (*supra* párr. 292) para desechar el amparo y que, en consecuencia, era aplicable lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVI, de la Ley de Amparo, según el cual, éste es improcedente “cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado”. Por tanto, en razón de que previamente ya había resuelto la competencia en favor del fuero militar en el mismo asunto, el Primer Tribunal Colegiado confirmó el desechamiento de la demanda de amparo promovida por la señora Tita Radilla Martínez.

De la decisión anterior, claramente puede concluirse que se privó a la señora Tita Radilla Martínez de la posibilidad de impugnar la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que, por su naturaleza, debe corresponder a las autoridades del fuero ordinario.

Al respecto, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas.<sup>23</sup>

La Corte, en el Caso Radilla, no se detuvo en su argumentación jurídica, en ninguna de las razones que esgrimió el gobierno de México para justificar el desechamiento del amparo, bastó la comprobación del impedimento de acceso a un recurso jurídico efectivo para determinar que a la Sra. Tita Radilla se le negó el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH y con ello responsabilizar al Estado mexicano.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, p. 81, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

#### IV. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO MEXICANO DE ASEGURAR EL ACCESO A UN RECURSO SENCILLO, RÁPIDO Y EFICIENTE QUE GARANTICE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA EL RECLAMO DE LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

También para determinar si el amparo satisface los requerimientos que exigen los tratados ratificados por México, resulta indispensable delimitar el significado del derecho de acceso a la justicia conforme a los mismos. El derecho de acceso a la justicia se transformó, de un derecho de enunciación general y carente de efectividad, en un derecho fundamental de primer orden, cuya regulación, exigió un detalle muy minucioso, para garantizar de manera efectiva su ejercicio. De tal suerte, que de un concepto jurídico tan general como el de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que le ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”,<sup>24</sup> se llega en instrumentos recientes a un detalle y sofisticación que no imaginaron los redactores de la Declaración Universal.

Dentro de los instrumentos internacionales que empiezan a definir, el derecho de acceso a la justicia y con ello a ampliar su ámbito de protección y garantía, ubicamos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo artículo 14 detalla con gran amplitud el contenido del derecho de acceso a la justicia y que en su parte medular señala: “Todas las personas son iguales ante los Tribunales y las Cortes de Justicia, tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación”.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

<sup>25</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980, adhesión de México, 23 de marzo de 1981, entrada en vigor internacional, 23 de marzo de 1976, entrada



La Convención Americana de San José de Costa Rica, regula el derecho de acceso a la justicia en sus artículos 7, 8, y 25, disposiciones en cuya parte medular se establece:

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.

- a) derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro un plazo establecido por la ley;
- e) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- f) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- g) derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior.

4. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

5. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

6. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.<sup>26</sup>

Deben considerarse, además, en la determinación del contenido del derecho de acceso a la justicia el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado

en vigor para México, 23 de junio de 1981, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de mayo de 1981, Fe de erratas, 22 de junio de 1981.

<sup>26</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980, adhesión de México, 24 de marzo de 1981, entrada en vigor internacional, 18 de julio de 1978, entrada en vigor para México, 24 de marzo de 1981, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1981.

a la abolición de la pena de muerte.<sup>27</sup> Las diversas Resoluciones de Naciones Unidas referentes al tema, ubicamos entre otras la atinente a los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura,<sup>28</sup> las Directrices sobre la Función de los Fiscales,<sup>29</sup> los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados,<sup>30</sup> el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley,<sup>31</sup> Reglas Mínimas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio),<sup>32</sup> Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias,<sup>33</sup> Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores,<sup>34</sup> Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad,<sup>35</sup> Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión,<sup>36</sup> Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos,<sup>37</sup> Principios Básicos para el Tratamiento de

<sup>27</sup> Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Destinado a abolir la pena de muerte, ONU, Nueva York, 15 de diciembre de 1989, aprobado por el Senado el 24 de abril de 2007, adhesión de México, 26 de septiembre de 2007, entrada en vigor internacional, 11 de julio de 1991, entrada en vigor para México, 26 de diciembre de 2007, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de octubre de 2007.

<sup>28</sup> Adoptados por el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/46 de 13 de diciembre de 1985.

<sup>29</sup> Aprobadas por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

<sup>30</sup> Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

<sup>31</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

<sup>32</sup> Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>33</sup> Consejo Económico Social, Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989.

<sup>34</sup> Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

<sup>35</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>36</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

<sup>37</sup> Adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico Social en sus Resoluciones 663 (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

los Reclusos<sup>38</sup> y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.<sup>39</sup>

Las Resoluciones antes citadas fueron formuladas como instrumentos para lograr la debida aplicación e incorporación de las normas internacionales de derechos humanos relativas al derecho fundamental del acceso a la justicia. Algunas de ellas, a pesar de detallar el contenido del derecho, utilizan conceptos de difícil implementación por cuanto adolecen de falta de precisión. Así, por ejemplo, la norma que establece el deber del Estado de garantizar que la causa sea oída equitativamente en un plazo razonable por tribunal independiente, incorpora conceptos que requieren de la determinación de su significado, para plasmarlos en la legislación interna y lograr con ello una debida aplicación del tratado en materia de derechos humanos.

Con base en los tratados, resoluciones de Naciones Unidas, reglas y códigos de conducta antes señalados, el derecho internacional de los derechos humanos determina como contenido sustantivo mínimo del derecho de acceso a la justicia, el siguiente:

- acceso a la jurisdicción;
- a un juez competente, imparcial y predeterminado por ley;
- a la tutela judicial efectiva;
- a un juicio justo;
- a la igualdad ante la ley y los tribunales de justicia;
- a la no discriminación por motivos de raza, nacionalidad, condición social, sexo, ideología política o religión;
- a la presunción de inocencia;
- irretroactividad de la ley penal;
- responsabilidad penal individual;
- derecho a la defensa y asistencia letrada;
- a comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin demora y sin censura;
- disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa;

<sup>38</sup> Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

<sup>39</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

- a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos;
- a conocer los motivos de la detención y la autoridad que lo ordena;
- a ser juzgado dentro de un plazo razonable;
- a no ser juzgado dos veces por un mismo delito;
- a no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales;
- a no ser obligado a declarar, ni a confesarse culpable;
- a un intérprete o traductor;
- a la protección contra todo tipo de detención ilegal;
- a un recurso efectivo ante tribunales superiores competentes, independientes e imparciales;
- a que en el proceso penal se asegure que la libertad penal será reconocida y respetada por regla general y la prisión preventiva como la excepción;
- a la no aplicación de la pena de muerte;
- indemnización por error judicial;
- prohibición y protección efectiva contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- prohibición y protección efectiva contra las desapariciones forzadas e involuntarias;
- prohibición y protección efectiva contra las ejecuciones sumarias o arbitrarias, y
- en caso de detención en el extranjero a la notificación consular inmediata.

#### V. RAZONES POR LAS CUALES EL JUICIO DE AMPARO NO CONSTITUYE EL RECURSO EFECTIVO, RÁPIDO Y SENCILLO QUE EXIGEN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Define el ministro Genaro Góngora Pimentel el juicio de amparo como aquel en el que "los órganos judiciales federales invalidan o dejan sin efecto las leyes o actos de autoridad que violen derechos fundamentales o que restrinjan la esfera de atribuciones conferidas a las autoridades federales o estatales, en afectación del indivi-

duo”.<sup>40</sup> El proceso de actualización de dicho juicio<sup>41</sup> se ha realizado básicamente a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte. Sin embargo, este proceso ha sido insuficiente a la luz de los requerimientos del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, afirmación que se confirma en las propias palabras del ministro Góngora Pimentel, cuando puntualiza que “el proceso de amparo requiere tiempo, para que se realice con todas las garantías y se ajuste a lo dispuesto en la ley. Los tribunales no siempre están expeditos, es decir, libres de todo estorbo, pronto, para actuar, sino que la maquinaria judicial camina despacio. Y la justicia pronta y efectiva, como la quiere el artículo 17 constitucional, llega, en muchos casos, tarde, porque el tiempo transcurrido para obtenerla la ha privado por completo de eficacia”.<sup>42</sup>

Dentro de las razones por las cuales el amparo no posee las características que exigen las obligaciones internacionales adquiridas por México, de contar con un recurso jurídico efectivo, rápido y eficiente que garantice la debida protección de los derechos humanos, ubicamos básicamente las siguientes.

### 1. La exigencia de una parte agraviada

La interpretación jurisprudencial tanto de “parte” como de “agravio”, han obstaculizado el acceso al amparo y lo han convertido en un mecanismo ineficiente para la debida protección de los derechos humanos. Un ejemplo claro de dicha situación lo ubicamos en el siguiente caso:

Previamente al estudio del fondo del asunto que precede al análisis de las causales de improcedencia, ya sea que las hagan valer las partes o sean advertidas de oficio por el suscrito, por ser ésta la cuestión de orden público y de estudio preferente en los términos de lo previsto en el último párrafo del artículo 73, de la Ley de Amparo y de conformidad con la Tesis Jurisprudencial número 940, visible en la página 1538 de la Segunda Parte del *Semanario Judicial de la Federación* de 1917 a 1988, bajo el rubro IMPROCEDENCIA. El Director

<sup>40</sup> Góngora Pimentel, Genaro David, *El derecho que tenemos, la justicia que esperamos*, Torreón, Ed. Laguna, 2006, p. 841.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> Góngora Pimentel, Genaro David, *Ibidem*, p. 850.

General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, en su informe justificado manifiesta que el quejoso por sí y en calidad de representante legal de la asociación civil, “Grupo de los Cien Internacional”; carece de la legitimación para promover el presente juicio de garantías, y por lo tanto, se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 4o. del mismo ordenamiento legal, ya que no ha resentido un agravio personal y directo”.<sup>43</sup>

Debería de proceder el juicio de amparo por el simple hecho de una vulneración o afectación de un derecho fundamental o garantía individual. Los conceptos de parte agraviada, al igual que interés legal, suelen constituir impedimentos para el ejercicio del legítimo derecho de acceso a la justicia en caso de vulneración de los derechos humanos.

### 2. El principio de supremacía constitucional

El estándar de protección de los derechos humanos contemplado en los tratados ratificados por México en la mayoría de los casos, es más amplio que el regulado por nuestra Constitución. Sin embargo, la incorporación de las normas convencionales de derechos humanos a nuestro sistema jurídico, únicamente se produce cuando la norma convencional es acorde con la Constitución, si es contraria la norma convencional, al no incorporarse dicha norma a nuestro sistema jurídico, no opera ningún recurso jurídico de protección del derecho fundamental vulnerado, lo que a su vez genera responsabilidad internacional.<sup>44</sup>

Una de las obligaciones internacionales del Estado mexicano, de conformidad con la CADH y PIDCP, en caso de presentarse contradicciones como las mencionadas, de conformidad con la Cláusula “*pro homine*”, contenida tanto en la Convención Americana como

<sup>43</sup> Amparo en Revisión promovido por Homero Aridjis Fuentes vs. el director general de Asuntos Jurídicos de la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, radicado en el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, Sentencia 16 de septiembre de 1996.

<sup>44</sup> *Cfr.* Vázquez Pando, Fernando Alejandro, “Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es Parte”, México, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 11, Escuela Libre de Derecho, 1987, pp. 525-553.

en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sería aplicar la norma más favorable para la persona y no necesariamente la constitucional.<sup>45</sup> Normas constitucionales contrarias a obligaciones internacionales adquiridas por el Estado mexicano las ubicamos en los artículos 4, 16, 17, 20, 33 y 38.

### **3. Denegación del derecho de acceso al juicio de amparo a las personas que carecen de recursos para pagar los honorarios de un abogado o traductor cuando no conozca la lengua del Tribunal**

El derecho de acceso a la justicia y a un recurso jurídico eficiente, rápido y sencillo, contemplado tanto en la CADH como en el PIDCP, exige que se garantice a cualquier persona en todo proceso un abogado y traductor cuando no conozca la lengua del Tribunal. Dicha obligación obedece a que se debe garantizar no sólo el acceso formal a un recurso jurídico con las características mencionadas, sino un acceso efectivo. Nuestra Constitución no garantiza dichos derechos fundamentales a toda persona, de conformidad como lo señalan la CADH y el PIDCP.

Cabe precisar que no debe confundirse el derecho de asistencia legal y a un traductor con el derecho de acceso a los tribunales contemplado en nuestro artículo 17 constitucional.

### **4. La ineficacia del juicio de amparo para una efectiva protección de los derechos humanos**

Eficacia del derecho significa, en palabras de Germán Bidart Campos: "La legitimación del titular del derecho para que se reconozca su disfrute y su ejercicio, para disponer paralela y simultáneamente de vías idóneas a través de las cuales hacer valer su derecho, defenderlo, lograr su reconocimiento impedido o postergado y reparar su

<sup>45</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966, ratificación de México, 23 de mayo de 1981. La Convención Americana de Derechos Humanos se adoptó el 22 de noviembre de 1969 y México la ratificó el 24 de marzo de 1981.

violación".<sup>46</sup> Con base en dicha conceptualización, puede definirse la eficacia del derecho al acceso al amparo como el reconocimiento o la legitimación de las personas nacionales o extranjeras para acudir a los tribunales para hacer valer, defender, impedir o reparar la violación de sus derechos humanos a través de dicho juicio de manera pronta y expedita.

Mauro Cappelletti y Bryant realizaron diversas investigaciones para determinar la eficacia del derecho de acceso a la justicia;<sup>47</sup> con base en ellas llegan a la conclusión de que dicho derecho se ve obstaculizado, entre otros factores, por los siguientes:

- a) El costo de los litigios y en los juicios de menor cuantía que los abogados no deseen llevar dichas causas.
- b) La duración de los procesos y los retrasos injustificados.
- c) Las asimetrías entre las partes, lo cual origina en algunas ocasiones que una de ellas disfrute de ventajas. Así, por ejemplo, las personas y organizaciones que poseen recursos financieros considerables o relativamente altos, pueden utilizarlos para litigar y tienen ventajas obvias en la defensa de sus reclamaciones.
- d) La falta de conocimiento legal básico no sólo para cuestionar sino para comprender qué se puede impugnar.
- e) El reclamo de intereses difusos o colectivos, como los relativos al medio ambiente y los derechos de los consumidores, normalmente resultan procesos muy complicados y para los abogados, por lo que resultan poco atractivos, en razón de los escasos beneficios económicos que les llegan a generar.
- f) La carga excesiva de asuntos en los tribunales, la falta de capacitación de los jueces.<sup>48</sup>

Los obstáculos mencionados por Cappelletti y Bryan como causas que impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia son

<sup>46</sup> Bidart Campos, Germán, "Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines", t. I, México, UNAM, 1990, *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, p. 25.

<sup>47</sup> Cappelletti, Mauro y Bryant, Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

<sup>48</sup> *Idem*.

aplicables en el caso del juicio de amparo en México, obstáculos que no pueden eliminarse uno por uno, ya que están interrelacionados.<sup>49</sup>

### 5. Ejecución pronta de sentencias de amparo

El lograr un acceso efectivo al amparo, exige garantizar el ejercicio efectivo de los derechos mediante la ejecución de las resoluciones o sentencias que dicte el Poder Judicial.

Sobre esta cuestión puntualiza Miguel Carbonel que “en México poco se ha avanzado en lo relativo al acatamiento de las sentencias, a pesar de que se han llevado a cabo diversas reformas en ese sentido desde 1994.

Dichas reformas se han utilizado, más como arma para atacar el adversario político, situación que poco tiene que ver con el derecho del gobernado a la ejecución de las sentencias”.<sup>50</sup>

Si la exigencia del cumplimiento de sentencias es necesaria para asegurar un efectivo acceso a la justicia, en el caso de los derechos fundamentales es de vital importancia garantizar dicho derecho, ya que, de no ser así la autoridad continuará vulnerando los derechos fundamentales sin sentirse constreñida, ni limitada en ningún momento para restituir al individuo el derecho humano o garantía individual restringida o vulnerada.

### 6. Derecho a una indemnización en caso de error judicial

Señalan el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 10. Derecho a indemnización.

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>50</sup> Carbonel, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 735.

<sup>51</sup> Artículo 10, Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1981.

Artículo 14.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.<sup>52</sup>

A pesar de que se contempla en dos tratados pilares en materia de derechos humanos la obligación de los Estados de indemnizar a las víctimas en caso de cometer error judicial, en el sistema jurídico mexicano no existe una sola disposición que permita la aplicación del artículo 10 de la CADH y 14 de PIDCP. El artículo 113 de la Constitución de México, no resulta aplicable para las indemnizaciones por error judicial, sólo contempla la responsabilidad del Estado por daños que con motivo de su actividad administrativa irregular cause a bienes y derechos de los particulares.<sup>53</sup>

Tanto el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requieren, para aplicarse en México, de legislación federal y local que permita el pago de la indemnización en caso de dicho error. Cabe precisar que el hecho de que dichas disposiciones no puedan aplicarse en México por falta de legislación que lo permita, no exime de la correspondiente responsabilidad internacional al Estado mexicano.

En los casos Radilla Pacheco y González y Otras contra México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quedó evidenciado que en virtud del error judicial las víctimas tienen derecho a una indemnización, razón por la cual uno de los puntos resolutivos de ambas sentencias condenó a México en ambos casos al pago de indemnizaciones a las víctimas, entre otras cuestiones.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Artículo 14. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 220a (XXI), el 16 de diciembre de 1966, *Diario Oficial de la Federación*, 22 de junio de 1981.

<sup>53</sup> Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, p. 494.

<sup>54</sup> Véanse Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 y Caso

## VI. CONCLUSIONES

1. La eficacia del derecho al acceso al amparo depende del reconocimiento o la legitimación que se otorgue a las personas nacionales o extranjeras para acudir a los tribunales para impedir o reparar la violación de sus derechos humanos a través de dicho juicio de manera pronta y expedita.
2. Un derecho humano por excelencia es el derecho de acceso a un recurso jurídico para el reclamo de protección de los derechos humanos, en caso de su vulneración, en el sistema jurídico mexicano este recurso jurídico lo ubicamos en el juicio de amparo.
3. La efectiva protección de los derechos humanos en México, exige garantizar un acceso rápido y eficaz al juicio de amparo, además de asegurar que se cumplan con todos los requerimientos que la CADH como el PIDCP determinan como contenido mínimo del derecho de acceso a la justicia. Por lo tanto, el garantizar el derecho de acceso al amparo a toda persona exige asegurar:
  - acceso a la jurisdicción;
  - a un juez competente, imparcial y predeterminado por ley;
  - a la tutela judicial efectiva;
  - a un juicio justo;
  - a la igualdad ante la ley y los tribunales de justicia;
  - a la no discriminación por motivos de raza, nacionalidad, condición social, sexo, ideología política o religión;
  - a la presunción de inocencia;
  - irretroactividad de la ley penal;
  - responsabilidad penal individual;
  - derecho a la defensa y asistencia letrada;
  - a comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin demora y sin censura;
  - disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa;

González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

- a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos;
  - a conocer, en caso de detención, los motivos de la detención y la autoridad que lo ordena;
  - a ser juzgado dentro de un plazo razonable;
  - a no ser juzgado dos veces por un mismo delito;
  - a no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales;
  - a no ser obligado a declarar, ni a confesarse culpable;
  - a un intérprete o traductor;
  - a la protección contra todo tipo de detención ilegal;
  - a que en el proceso penal se asegure que la libertad penal será reconocida y respetada por regla general y la prisión preventiva como la excepción;
  - a la no aplicación de la pena de muerte;
  - indemnización por error judicial;
  - prohibición y protección efectiva contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
  - prohibición y protección efectiva contra las desapariciones forzadas e involuntarias;
  - prohibición y protección efectiva contra las ejecuciones sumarias o arbitrarias, y
  - en caso de detención de un extranjero a la notificación consular inmediata.
4. Al ratificar México tanto la CADH como el PIDCP hace más de 28 años, se obligó el gobierno de México, de conformidad con el artículo 2 de ambos instrumentos internacionales, a emitir la legislación necesaria para garantizar un ejercicio efectivo de los derechos humanos contemplados en ambos tratados, además de asegurar que toda persona tenga acceso a un recurso jurídico que lo proteja de toda vulneración de sus derechos fundamentales.
  5. Se debe modificar la interpretación jurisprudencial de parte y agravio, para no generar un obstáculo que impida el acceso al juicio de amparo, que impida el reclamo de un derecho humano regulado en los tratados que ha ratificado México, para no

- generar responsabilidad internacional y con ello un reclamo ante los órganos jurisdiccionales internacionales.
6. Vía reforma legislativa o interpretación jurisprudencial acorde con la cláusula *pro homine* ubicar las normas internacionales en materia de derechos humanos en el mismo nivel jerárquico que las normas constitucionales.
  7. Dentro de las medidas que se deben de adoptar para lograr un acceso efectivo al amparo ubicamos: el asegurar la asistencia legal y a traductor a toda persona, en especial a las personas de escasos recursos, la promulgación de nuevas leyes para lograr la ejecución de las sentencias, el emitir la legislación necesaria para asegurar indemnización por error judicial en caso de denegación al juicio de amparo, o bien porque no se asegure el acceso al juicio de amparo, en la forma establecida por la CADH o PIDCP.
  8. Los casos presentados en contra del gobierno de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hacen patente la necesidad impostergable de modificar al juicio de amparo en el recurso jurídico que exige el artículo 25 de la CADH.

## RAMOS ARIZPE Y LAS CORTES DE CÁDIZ

David PANTOJA MORÁN

SUMARIO: I. *Sus orígenes*. II. *La actuación de Ramos Arizpe en las Cortes constituyentes de Cádiz*. III. *Su actuación en la legislatura ordinaria en Cádiz*. IV. *Proposiciones*.

### I. SUS ORÍGENES

Parece conveniente empezar estas líneas con algunos datos biográficos que nos ayuden, así sea someramente, a trazar un perfil del personaje del que nos ocuparemos.

En un lugar llamado “Valle de las Labores” —después conocido como “San Nicolás de la Capellanía”, hoy “Ramos Arizpe”, Coahuila— nació un 15 de febrero de 1775 a quien hoy recordamos en este trabajo. En la iglesia parroquial del Corregimiento de Saltillo consta que fue bautizado con el nombre de José Miguel Rafael Nepomuceno, un párvulo español, hijo legítimo de Ignacio Ramos y de María de Arizpe, vecinos de esa jurisdicción, siendo su padrino el bachiller, don Martín de Arizpe.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Provenientes de diversas fuentes, tales como la biografía escrita por sus sobrinos, doña Josefa Ramos Vda. de Ibarra y Manuel Domingo, Francisco y Concepción Ibarra, donde se asientan datos seguramente proporcionados por el mismo biografiado; después reproducidos en la biografía de la autoría del general Manuel Gómez Pedraza, publicada en varias obras y sin omitir el trabajo de Alfonso Toro, titulado: *Dos constituyentes del año 1824. Biografías de don Miguel Ramos Arizpe y don Lorenzo de Zavala*, se puede constatar que sólo existe una pequeña discrepancia por un día de la fecha de nacimiento. Todo está consignado en Ramos Arizpe, Miguel, *Discursos, memorias e informes* (Notas biográfica y bibliográfica y



Por la línea materna era descendiente de los primeros pobladores españoles del Valle de Saltillo y por la paterna, de los antiguos pobladores de Nueva Vizcaya, Nuevo Reino de León y Nueva Extremadura. Sus primeros años transcurrieron en el Valle de la Capellanía, de excelentes tierras generosamente regadas por manantiales, formando parte del Valle de Saltillo. Constaba la familia de ocho hijos, de los cuales tres irían a tomar los hábitos religiosos, incluido nuestro biografiado.

Siendo una familia de mediana comodidad, en la que el jefe era propietario o arrendatario de una parcela de tierra que labraba dificultosamente y con aprietos económicos, desde sus primeros años, José Miguel, el hijo más joven, ayudaba hasta donde sus fuerzas daban en las labores del campo y en las tareas domésticas. Esos descendientes de españoles no encontraron en estas tierras, indígenas dóciles que los sustentaran y enriquecieran, como sí sucedió en otras regiones del país, sino que se vieron constreñidos a tomar en sus propias manos los instrumentos de labranza, para arrancar los frutos de la tierra y, al propio tiempo, las armas para su defensa. Los inviernos rudos, la precariedad de las lluvias y la constante alerta y defensa que se tenía que mantener contra las incursiones de indios nómadas, forjaban recios caracteres y enérgicos temples.

Sus primeras letras las aprendió probablemente en Saltillo, donde su tío materno, don Pedro Quintín Arizpe, era capellán de la iglesia de San Juan Nepomuceno. Habiendo sido éste nombrado cura del sagrario de la catedral de Monterrey, es probable que nuestro personaje le haya hecho compañía, terminando la instrucción primaria bajo su dirección. Más tarde, fue colegial fundador del Seminario de Monterrey, fundado por el obispo Feliciano Marín de Porras. Ahí estudió latín, filosofía y teología. Como dicho seminario no contaba con las cátedras de Cánones y Leyes, se marchó a Guadalajara para ingresar a esas facultades. Habiéndose distinguido con los primeros lugares, tanto en Monterrey como en Guadalajara, recibió en esta última el grado de bachiller en Filosofía y los menores de Cánones y Leyes.

Recibió las sagradas órdenes del presbiterado de manos del obispo de Linares, Marín de Porras, el 9 de enero de 1803, en la ciudad de México. Este mismo obispo lo nombró capellán y familiar suyo y

acotaciones de Vito Alessio Robles), México, UNAM, 1942. De esta obra fue extraída gran parte de los elementos consignados en esta parte del presente trabajo.

sinodal de ese obispado. Desempeñó además los cargos de promotor fiscal eclesiástico, defensor general de obras pías, primer profesor de derecho canónico en el Seminario de Monterrey, provisor y vicario general y juez de testamentos, capellanías y obras pías del mismo obispado.

La dominante animadversión entre criollos y peninsulares, a la que se sumó el talante dominador, absorbente, altivo, impetuoso y carente de modales cortesanos, de nuestro biografiado, tal como lo pinta Alessio Robles, harían que pronto cayera de la gracia del obispo y que se convirtiera en un obstáculo para su carrera. Por el voto unánime del jurado, en efecto, el joven clérigo venció en la oposición para el cargo de doctoral de la catedral de Monterrey, pero el obispo opuso su veto y lo nombró cura de una insignificante aldea de Santa María de Aguayo, en Tamaulipas y vicario y juez eclesiástico de las de Güemes y Padilla.

No obstante el destierro, su dinamismo y tesón hicieron de él un benefactor de esas comunidades, actuando ya como maestro, ya como consejero, ya como instructor de los indios en el manejo del arado, o ya como propagador de los principios cristianos y de la enseñanzas de la vida civil. Tampoco descuidó su preparación en aquel medio hostil y sujetándose a los estatutos de la Real Universidad de Guadalajara, obtuvo con general aplauso el grado de licenciado, el 29 de noviembre de 1807 y el de Doctor en Cánones, el 1 de enero de 1808. Pese a ello, habiéndose presentado a concurso abierto por el obispo de Linares, para la provisión de varios curatos y habiendo obtenido el primer lugar, se le destinó a la más insignificante de las parroquias vacantes, la del Real de Borbón. Ahí también se prodigó en el servicio a la comunidad, fundando escuelas y dedicándose a la enseñanza.

Hizo otro intento más, presentándose a las oposiciones para una vacante doctoral en la catedral de Monterrey y, habiendo obtenido el primer lugar con mención honorífica, según el jurado, fue no obstante vetado por el obispo Marín de Porras. El resultado adverso lo empujó a continuar con sus estudios jurídicos, presentando examen ante el Ilustre Colegio de Abogados de México, con aprobación unánime del sínodo y días más tarde fue recibido como Doctor en Leyes por la Real Audiencia de Nueva España.

La crisis política y constitucional, que se produjo como consecuencia de la invasión napoleónica a la península ibérica, de la abdicación

del rey y de la renuncia del príncipe heredero al trono, abrió para el persistente joven Ramos Arizpe la oportunidad de liberarse, por fin, del férreo cerco tendido en su contra por el obispo Primo Feliciano Marín de Porras. En efecto, la resistencia a la invasión, encarnada en la Junta Central, con sede primero en Sevilla y después sucesivamente en la isla de León y en Cádiz, designó un Consejo de Regencia, mismo que dispuso se convocara a Cortes. Esta convocatoria sería la puerta de salida que le brindaba la coyuntura.

La historiadora norteamericana Nettie Lee Benson precisa así una versión plausible de este episodio, más allá de la leyenda tejida acerca de la elección a Cortes de Ramos Arizpe.<sup>2</sup>

La Regencia, nombrada por la Suprema Junta Central de Sevilla, convocó el 14 de febrero de 1810 a todas las provincias españolas, incluidas las de América, a elegir diputados, que deberían reunirse en España en septiembre de ese año. Cada provincia debía nombrar un diputado y el nombramiento lo tenía que hacer el ayuntamiento de la capital. El ayuntamiento de Saltillo, en aquel entonces único en toda la provincia de Coahuila, fue instruido por el gobernador Antonio Cordero para que nombrara a tres individuos idóneos y capaces, para entrar a un sorteo del que debía salir el elegido. El 24 de julio de 1810, el ayuntamiento nombró a José Domingo López de Letona, doctoral del obispado de Oaxaca, a José Miguel Ramos Arizpe, cura del Real de Borbón, ambos nativos de Saltillo y a Francisco Antonio Gutiérrez, del comercio de Santa María de las Parras. El 29 de julio resultó sorteado Ramos Arizpe, sin su presencia, pues se encontraba preso en el Convento de los Carmelitas Descalzos, desde el 15 de junio, merced a la mala voluntad y persecución que hacía de él el obispo Primo Feliciano Marín de Porras. Habiendo gozado de permiso para salir de su encierro aduciendo atender asuntos personales, logró recibirse de abogado, presentando examen ante el Ilustre Colegio de Abogados el 4 de agosto de 1810, siendo aprobado como abogado de la Real Audiencia, el 20 del mismo mes e incorporado como miembro del Real Colegio de Abogados de México. Notificado de su elección como representante a Cortes tuvo que enfrentar la objeción

<sup>2</sup> Benson, Nettie Lee, "La elección de José Miguel Ramos Arizpe a las Cortes de Cádiz en 1810", en *Historia Mexicana*, México, El Colegio de México, vol. 33, núm. 4, abril-junio, 132, 1984.

y encono del obispo que protestaba en contra. Después de muchos avatares, el asunto llegó a manos del recién llegado virrey Francisco Javier Venegas, quien el 27 de octubre de 1810 determinó que Ramos Arizpe se trasladara a España con la brevedad que previenen las Reales Órdenes. El 28 de febrero de 1811, Ramos Arizpe llegaba a Cádiz y aun careciendo de credenciales fue concedida su admisión, prestando el juramento correspondiente el 21 de marzo de 1811. Los documentos faltantes no llegaron sino hasta el 11 de julio de 1811 y el 10 de agosto se aprobaron los poderes, las instrucciones y el acta de la elección como diputado, aunque ya había sido autorizada su actuación sin ellos.<sup>3</sup>

Conviene tener en consideración, para valorar su desempeño ulterior, que las *Instrucciones* recibidas por Ramos Arizpe se referían a los males que sufría la provincia y a los medios para remediarlos. Uno de los problemas más graves era la división de mandos a que estaba sujeta la provincia, en lugares que distaban entre sí más de ciento cincuenta leguas. El ramo de Justicia y Policía, a cargo del gobernador, que residía en Monclova y el de Hacienda y Guerra, a cargo de la Intendencia, que residía en San Luis Potosí. De esta causa provenían muchos males: los caminos en estado deplorable, intransitables; la agricultura y la ganadería en decadencia. Por tales razones, se solicitaba la reunión de los mandos en el gobernador; la reparación de los caminos; el establecimiento de fábricas de textiles de lana y algodón; una fábrica de cigarrillos; la fundación de un colegio donde se enseñara gramática y filosofía para la instrucción de los jóvenes, etc.<sup>4</sup>

Las Cortes a las que llegó nuestro personaje estaban integradas por un selecto grupo de inteligencias escogidas en la Península y en sus colonias: profesores universitarios, historiadores, clérigos y abogados, muchos de refinada cultura y avasalladora elocuencia, ante quienes los diputados novohispanos no desmerecieron en la brillantez de sus intervenciones. Antes de su arribo, ya se habían incorporado a sus respectivas curules, entre otros, Antonio Joaquín Pérez, representante

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 515-523.

<sup>4</sup> *Testimonio del poder e instrucciones que se dieron al señor doctor don Miguel Ramos y Arizpe como apoderado en Corte extraordinarias del Supremo Consejo de Regencia, dado por el ayuntamiento capitular de esta villa de Saltillo, como adentro se expresa. Año de 1811*, en *Ibidem*, pp. 527-538.

por Puebla y José Miguel Guridi y Alcocer, por Tlaxcala, ambos canónigos, que habrían de dar muestra de talento y conocimientos en los debates. Es en este medio que el cura de la remota y modesta villa de Real de Borbón habría de desplegar su energía y su carácter. Conviene acudir a la semblanza que de él hicieran dos de sus contemporáneos que no eran precisamente sus simpatizantes, pero que espero que con las evidencias documentales aquí presentadas quede suficientemente demostrada la inexactitud de su supuesta falta de instrucción.

Alamán lo describe como el carácter que desde entonces asomaba como superior a todos los demás. Aunque clérigo y doctor en teología, nada parecía menos que eclesiástico: solía decir de sí mismo, culpando el carácter remiso y frío de sus paisanos, que él no era mexicano, sino comanche y aun por este nombre se le conocía en las Cortes y en verdad había en él cierto aire de estos salvajes del Norte, que tienen en su fisonomía una mezcla de candidez y de malicia, de energía y de suspicacia: la nariz muy pequeña, redonda y hundida, apenas formaba una prominencia en el rostro, bastante a sustentar unos anteojos redondos, que cuando no cubrían dos ojos pequeños y centelleantes, estaban suspendidos sobre las cejas muy pobladas y negras, y todo esto encerrado en un rostro casi circular, que tomaba una singular animación. Todo su cuerpo correspondía a este tipo de rostro: pequeño, grueso y de fuerte musculación, cuando hablaba, sus movimientos más parecían atléticos que oratorios. Desaliñado en el traje, principalmente cuando usaba el eclesiástico, siempre iba cayéndosele el manteo, como cosa que le estaba de sobra. Habiendo cultivado muy poco los estudios de su profesión, no se había dedicado a ningunos otros y toda la instrucción que tenía en materias políticas no era más que la que había adquirido asistiendo a las sesiones en las Cortes; pero esta falta de letras la suplía una viveza penetrante y un conocimiento profundo de los hombres, teniendo para estimar lo que cada uno podía ser, un tacto tan delicado, que podría llamarse inspiración. Hombre todo de acción, hablaba poco en público y esto con descuido, por frases interrumpidas y casi sin hilación en las ideas: su influjo y poder en un Congreso consistía en sus relaciones y manejos privados, y acostumbrado a considerar en la política, al contrario que en la geometría, la línea curva como el camino más corto entre dos puntos, nunca, aun en los negocios más sencillos tomaba otro, teniendo una especie de antipatía por la línea recta. Su espíritu

indómito e imperioso no sabía sufrir contradicción: el que no era su partidario, era su enemigo y su opinión era ley para todos los que lo rodeaban, pero sin que por esto le faltase insinuación, modales y halago cuando le convenía. Nada codicioso en materia de dinero, era franco con sus amigos, y cuando se trataba de servir a alguno, toda su actividad y sus resortes se ponían en movimiento, como también se ejercían con igual empeño en perseguir a sus enemigos o a los de su partido.<sup>5</sup>

También de Lorenzo de Zavala tenemos unos trazos de Ramos Arizpe, en los siguientes términos. Lo pinta notable, por su carácter fuerte y tenaz. Sin conocimientos profundos de ningún género, este eclesiástico, con un talento claro y mucha actividad supo ganarse mucha influencia entre los liberales. Se decía de él que conocía la intriga y que en las maniobras de los salones y de las juntas era muy diestro. Quizá en esto empleaba toda su actividad; lo cierto es que tenía sus subordinados, a quienes empleaba como le convenía y entre los cuales debían ocupar un lugar los señores don Pablo de la Llave, don Mariano Michelena, don F. Vargas y el canónigo Couto, que en España y después en América sirviera a sus miras. Tenía un carácter dominante que no sufría contradicción y eso le daba ventajas sobre los hombres medianos; pero sabía muy bien plegarse cuando veía que no podía sacar partido con la obstinación. Ninguno sostuvo con más calor y celo la independencia de la América, y es necesario decir, en obsequio de la justicia, que cuando los diputados de México pidieron en las Cortes en 1821 la creación de gobiernos en América y una dinastía de la rama, Arizpe se negó a entrar en ningún llamamiento de la familia real. Su alma republicana repugnaba el nombre de monarquía en su patria; circunstancia tanto más notable cuanto que era un eclesiástico, que sería canónigo de la catedral de Puebla de los Ángeles. Más adelante, Zavala agrega que, deseando ocupar el Ministerio de Justicia y Negocios Eclesiásticos, pero teniendo el presidente Victoria reparo en ello, por su carácter impetuoso y dominante, la cercanía lograda con el Presidente, gracias a De la Llave, hicieron que Alamán, con quien Ramos Arizpe tenía rivalidades desde España, dejara el

<sup>5</sup> Alamán, Lucas, *Historia de México, desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*, México, FCE, Inst. Cultural Helénico, 1985, t. III, pp. 61-63.

Ministerio de Relaciones. Nada, añade Zavala, había de común entre estos dos hombres: Arizpe era violento, Alamán astuto; Arizpe franco, Alamán reservado; Arizpe arrostraba los peligros, Alamán los evitaba; Arizpe generoso, Alamán avaro; Arizpe, de imaginación fuerte, no obraba con método, ni orden; Alamán minuciosamente arreglado y metódico y, por consiguiente, Arizpe tenía amigos, Alamán no los tenía; En Alamán todo era artificio, en Arizpe todo natural.<sup>6</sup>

## II. LA ACTUACIÓN DE RAMOS ARIZPE EN LAS CORTES CONSTITUYENTES DE CÁDIZ

Conviene tener presente una observación general hecha sobre la representación americana en las Cortes en el sentido que ésta era desigual y heterogénea. Los primeros diputados fueron elegidos por los ayuntamientos de las capitales de provincia y a menudo actuaban como apoderados de una región determinada, mientras que los que fueron elegidos según la constitución representaban en principio a la nación entera.<sup>7</sup> A lo largo del funcionamiento de las Cortes extraordinarias se mantuvo una cierta ambigüedad sobre la función de los diputados y su relación con sus provincias. Ya no eran procuradores del Antiguo Régimen, pero tampoco eran todavía diputados en el sentido definido por la futura constitución. Esta ambigüedad se mantenía por la forma de elección, ya que, según las Instrucciones de 14 de febrero de 1810, sería el Ayuntamiento de la capital de la provincia el que elegiría al representante de la circunscripción.<sup>8</sup> Esta forma de elección, por otra parte, tuvo un efecto reductor para la representación americana, ya que, en efecto, Nueva España obtuvo sólo veintidós diputados, pudiendo haber tenido más, pero, en cambio se aseguraba la superioridad numérica de la representación peninsular. No únicamente por esta razón fue criticada la forma de integración de la representación, sino también porque los ayuntamientos de las capitales de provincia representaban los intereses criollos, mucho menos los de los peninsulares avocados en América y no representaban

<sup>6</sup> Zavala, Lorenzo de, *Ensayo histórico de las revoluciones de México. Desde 1808 hasta 1830*, México, Oficina Impresora de Hacienda, 1918, t. I, pp. 104 y 251-252.

<sup>7</sup> Rieu-Millán, Marie Laure, *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz (Igualdad o Independencia)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, p. XXII.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 2.

para nada los intereses de los indígenas, siendo totalmente excluidas las llamadas castas pardas, originarias de África.<sup>9</sup> En conclusión, en general, los diputados americanos concibieron su misión en función de las relaciones que tenían con sus provincias y en función del modo como habían sido elegidos: sosteniendo posiciones más regionalistas los elegidos en sus capitales provinciales y, en cambio, los suplentes elegidos en Cádiz tuvieron un desempeño más acorde con una representación parlamentaria más moderna.<sup>10</sup>

La permanencia en las Cortes, tanto extraordinarias y constituyentes como en la primera ordinaria, de Ramos Arizpe corrió del 21 de marzo de 1811 al 10 de mayo de 1814 y su desempeño fue notable, siendo uno de los diputados que más se distinguió por la defensa de los puntos de vista americanos, por sus intervenciones y el progresismo de sus planteamientos y propuestas.

Mostró indignado rechazo contra las disposiciones de 1813 que encargaba a las diputaciones provinciales obligaran a los habitantes dispersos a vivir en poblados, suponiendo que fueren estúpidos, brutales o monos, siendo en cambio campesinos que obligados por las circunstancias, cultivaban sus tierras en campos alejados.<sup>11</sup>

Pugnó por la igualdad civil de los originarios de África, proponiendo políticas ilustradas que borrarán las diferencias y dignificaran las castas, tales como la autorización de matrimonios mixtos o la supresión de registros de nacimientos separados. Exigía la desaparición de las categorías raciales, para que reinara la fraternidad entre los miembros de la sociedad, ya que la ilustración del siglo era contraria al racismo y a las leyes oscuras. Planteó la amalgama de todas las castas, para constituir una nación, un pueblo solidario, que garantizara la integridad nacional o, al menos la territorial. Denunció la hipocresía del artículo que exigía a personas sin medios económicos, ni educación haber hecho "servicios calificados a la patria", para conseguir los mismos derechos de los demás. Propuso que los africanos libres fuesen asimilados a los extranjeros, para que pudiesen obtener la ciudadanía. Pensaba que, por justicia y equidad, las cargas y obligaciones eran la medida proporcional de los derechos.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 141-142.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 157-162.

Al dolerse y contrastar la riqueza natural de la tierra con la miseria de los habitantes de su provincia, planteó que la tierra estuviese ampliamente repartida entre numerosos propietarios, como clave del progreso, por lo que se manifestó contra el centralismo, exigiendo que las diputaciones provinciales pudiesen fundar pueblos y repartir baldíos.<sup>13</sup>

En una de sus intervenciones hizo una revalorización social del agricultor de su provincia, al encontrar en él virtudes, como la capacidad de trabajo, sentido del honor, odio a la arbitrariedad, amor a la libertad, lo que tenía claro sentido político, por ser virtudes peligrosas para el poder colonial.<sup>14</sup>

Muy numerosas fueron sus intervenciones e iniciativas, todas con una clara intención de beneficio regional. Su alegato a favor de la instauración de un consulado en Saltillo, tenía como objetivo romper el monopolio comercial de Veracruz. Su petición de establecer una marina mercante, su brega por la progresiva urbanización, convirtiendo los pueblos en villas y a éstas en ciudades o la de emprender la industria textil, todo ello tenía en la mira a las provincias representadas. Al resaltar la escasez de cabildos y la necesidad de su instauración, ponía de manifiesto el obstáculo que significaba para el despótico orden militar de las Provincias internas el gobierno económico, político y las funciones de justicia que los cabildos ejercían.<sup>15</sup>

El 11 de octubre de 1811, Ramos Arizpe presentó una importante iniciativa legislativa, con propuestas de reforma municipal, para fundar en las Provincias Internas de Oriente nuevos ayuntamientos de elección popular. En América, los cabildos eran instrumento del poder criollo frente a los funcionarios reales y al disponer que hubiera un cabildo en cada pueblo de mil o más habitantes, se ponía a la población bajo la dependencia inmediata de autoridades criollas, dando con esto un vuelco al poder. Sus propuestas fueron casi íntegramente incorporadas en la Constitución de Cádiz de 1812 y en el decreto de mayo de ese año para las elecciones de los nuevos ayuntamientos.<sup>16</sup>

En noviembre de 1811, presentó una Memoria, de la que nos hemos de ocupar, en la que en lo esencial trataba de dividir las Provincias

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 176-182.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 184-185.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 190-225.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 226-230.

Internas en dos grandes bloques. Las de Oriente y las de Occidente y de erigirlas en gobiernos independientes de México. Se trataba de establecer un gobierno autónomo común a las provincias y un Tribunal de Justicia, separando el gobierno militar del civil, ya que en ese momento estaban gobernadas por un comandante general independiente del virrey.<sup>17</sup>

Tras la abdicación del rey, la renuncia a su derecho al trono del heredero y la invasión a la península, en España se organizaron unas Juntas Provinciales, que se declararon soberanas, pues eran una respuesta al vacío creado por la ausencia del soberano y de toda organización política. En marzo de 1811, las Cortes aprobaron un reglamento para la organización de las provincias y se piensa que Ramos Arizpe se inspiró en este reglamento para la organización de las Provincias Internas. Cuando esta forma de organización fue discutida en las Cortes, halló la resistencia de los diputados que veían en ella el peligro del federalismo, pero si bien pudiera no haber en la propuesta una intención federalista, por lo menos sí se percibía en los diputados criollos que la apoyaban una alta dosis de autonomismo.<sup>18</sup>

En lo que concierne a la administración de justicia, la Constitución adoptó, en principio, la división de poderes. Los diputados americanos enderezaron sus críticas al funcionamiento interno de las Audiencias y otros solicitaron la creación y aumento de ellas. En octubre de 1811, Ramos Arizpe solicitó el establecimiento de una Audiencia en las Provincias Orientales, que dependían de Guadalajara y lo logró.<sup>19</sup>

Uno de los temas más debatidos por Ramos Arizpe, motivo incluso de un duro enfrentamiento con Agustín de Argüelles, el portavoz de la comisión de constitución e importantísimo coautor de la misma, fue el relativo a un decreto para el gobierno de las provincias que, aunque no otorgaba al Jefe Político competencias en lo militar, autorizaba la reunión temporal de poderes, cuando la provincia estuviese en peligro. Ramos Arizpe se oponía al principio mismo que hacía depender la aplicación de las penas o el arresto de la voluntad del Jefe Político. Aducía que, siendo España una monarquía moderada, lo era porque el poder real estaba temperado por una asamblea representativa y un

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 237-239.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 239-243.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 253-256.

Consejo de Gobierno y del mismo modo, la Diputación debía moderar al Poder Ejecutivo a nivel local. Según él, la disposición favorecía la impunidad de los Jefes Políticos, para cuyas faltas solicitaba el Juicio de Residencia.<sup>20</sup>

El 15 de enero de 1812 denunciaría la falta de aplicación en Nueva España del decreto que proclamaba la libertad de prensa, suspendido por el virrey Venegas, solicitando una explicación.<sup>21</sup>

Opuesto al envío de tropas y al uso de la fuerza para enfrentar la disidencia interna, estaba más bien por estimular la adhesión al gobierno por la vía de la concesión de tierras, base de la agricultura, artes y comercio.<sup>22</sup>

En relación con la política a seguir en Venezuela, después del restablecimiento de la autoridad española y ofreciéndose la oportunidad de aplicar el sistema constitucional, liberal y pacificador o la represión, Ramos Arizpe señaló que la resolución de las Cortes iría a decidir sobre la dependencia o independencia de las Américas españolas, debiendo rechazarse la monstruosa confusión de los Poderes Judicial y Ejecutivo y lo que parecía indicar que se quería una constitución para la península, pero no para las Américas.<sup>23</sup>

Ante el peligro de la invasión napoleónica, la corte portuguesa emigró a Brasil, con ella, el príncipe regente de Portugal y su esposa, la infanta Carlota, hermana de Fernando VII. En la América española, ante la ausencia del rey, había surgido la idea entre los conservadores de llamar a la infanta Carlota a presidir la regencia y encargarse del Ejecutivo. En las Cortes esta idea era acogida favorablemente por diputados conservadores, pero rechazada por los liberales, como Argüelles o el conde de Toreno. En la sesión secreta de 7 de diciembre de 1811, Ramos Arizpe se manifestó en contra.<sup>24</sup>

A la vuelta al trono de Fernando VII y abolida la constitución, fue uno de los diputados más denunciados, por ser considerado como peligroso políticamente, junto con Larrazábal, Gutiérrez de Terán y Mexía.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 300-303.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 310.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 352-355.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 356-357.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 360-361.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 337-339.

En su balance, el autor muchas veces aquí citado, hace notar que los resultados prácticos de esos cuatro años de trabajo parlamentario fueron escasos, pues los decretos favorables a América fueron mal aplicados y, en ocasiones, no lo fueron del todo. Varias razones da para explicar: la prioridad concedida a la lucha napoleónica; la voluntad de elaborar un sistema uniforme y coherente llevó a relegar soluciones particulares y locales; el estado de guerra en las provincias americanas dificultaba la aplicación de un orden liberal; la mala comprensión desde España de la especificidad del mundo americano. Por otra parte, la Constitución de 1812, aprobada por una mayoría europea se adaptaba bien a la España peninsular, pero no fue pensada para América, al no recoger los problemas específicos de los indígenas, de las castas, de los esclavos, además de que la provincia administrativa de la Constitución era la provincia española no la americana. Casi todas las enmiendas propuestas por los diputados americanos fueron rechazadas y el único proyecto totalmente aprobado fue el de los ayuntamientos y diputaciones, presentado por Ramos Arizpe.<sup>26</sup>

En su carácter de diputado a las Cortes, en las sesiones del 5 y del 14 de septiembre de 1811 impugnaría los artículos 22 y 29 de la Constitución de Cádiz, en discusión. Por estar entrelazados ambos artículos, los argumentos son muy cercanos.

El artículo 22 concedía la ciudadanía a los españoles de origen africano, bajo ciertas condiciones de mérito, instrucción, talento, lo que consideraba una discriminación nada conforme a la justicia, opuesta a la más sana política. Señaló el deseo de que se borrarán las diferencias odiosas tales como: *gachupín, criollo, indio, mulato, coyote*, para que no hubiera más diferencia que la que inducía la virtud y el merecimiento. Afirmaba que los diputados americanos reclamaban la igualdad de derechos entre los españoles europeos, y los naturales y habitantes libres de América. Aducía razones de justicia y equidad, puesto que las cargas tributarias recaían sobre labradores, mineros, manufactureros y éstos, en su mayor parte, pertenecían a las castas. Si la nación era la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios, entonces las castas eran españolas y debían participar de la soberanía.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 403-404.

<sup>27</sup> Ramos Arizpe, Miguel, "Discurso pronunciado por el Dr. Miguel Ramos Arizpe en la sesión de 5 de septiembre de 1811 para impugnar el artículo 22 de la Constitución", en Ramos, Arizpe, Miguel, *Discursos, memorias e informes*, op. cit., pp. 3-14.

El artículo 29 se refería a la base para la representación nacional y aducía que, si la base para la íntegra representación de la nación debía tomarse necesariamente del cúmulo total de los representados y si este cúmulo era la reunión de todos los españoles, luego, en éste formaban parte las castas americanas y, luego éstas debían estar representadas.

Si el Congreso había sancionado que la soberanía residía en la nación esencialmente y que a ésta tocaba exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales, entonces, las castas, como parte de la nación, tenían una parte proporcional y respectiva de la soberanía y si ese derecho para formar sus leyes no podían ejercerlo por sí, debían hacerlo como los demás españoles, por medio de su representación.<sup>28</sup>

En la *Memoria presentada a las Cortes de Cádiz*, cuya redacción se le atribuye, se consigna lo que seguramente constituye el antecedente más importante del pensamiento federalista mexicano. En efecto, según Benson, la diputación provincial fue la institución más interesante de las establecidas en la Constitución de 1812, por lo que representó para la evolución del federalismo mexicano. Su origen se encuentra en las Juntas Provinciales surgidas en 1808 en España, a raíz de la invasión napoleónica y en su *Memoria*, Ramos Arizpe solicitó su instauración en Saltillo, nombrándola por vez primera “diputación provincial”. Su adopción iría a dar lugar en México a la creación de la forma federal de Estado, ya bajo la Constitución de 1824 y así la nación iría a mantener unidas todas sus provincias, logrando su continuidad hasta hoy en día.<sup>29</sup>

En la *Memoria* denunciaba que el abandono o poco interés con que los pasados gobiernos habían visto por siglos enteros aquellas vastas provincias —las cuatro provincias internas de Oriente, comprendían Coahuila, Tejas, Nuevo Reino de León y Nueva Santander— habían hecho que el Congreso careciera de una idea exacta de su ubicación, extensión, clima, producciones naturales, población, agricultura, artes, comercio y administración, sin haberse cuidado hasta ese momento en lo político sino de mandar a cada una de ellas un jefe militar para

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 14-19.

<sup>29</sup> Benson, Nettie Lee, *La Diputación Provincial y el federalismo mexicano*, México, El Colegio de México, UNAM, 1994, pp. 19-24. También Alamán, Lucas, *Historia de México desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*, op. cit., p. 739.

que, con el nombre de gobernador y sin saber cuando más otra cosa que la ordenanza del ejército, gobernase con mano militar su provincia y dirigiera despóticamente todos los ramos de la administración pública.<sup>30</sup>

Siendo la educación pública uno de los primeros deberes de todo gobierno ilustrado y siendo que sólo los déspotas y tiranos sostenían la ignorancia de los pueblos, para abusar más fácilmente de sus derechos, criticaba acremente la educación que se impartía en las Provincias Internas, diciendo que no se conocía en las escuelas un establecimiento ordenado de educación popular, agregando que sólo en Saltillo y Monterrey había una escasa dotación fija para la subsistencia de un maestro de primeras letras, pero que en otras villas, merced a las contribuciones de los padres de familia y a los fondos de las compañías presidiales, se sostenía a personas ineptas o de mala conducta, con el nombre de maestros que, por lo común, eran incapaces de impartir principios de una educación pública.<sup>31</sup>

Condenaba también las vergonzosas trabas existentes para el cultivo de la vid y el desigual intercambio que significaba la venta de materias primas americanas y la compra de manufacturas.<sup>32</sup>

Entre otras críticas, señaló que se prefirieron muchas veces para los empleos en toda la monarquía, no a los ciudadanos ilustrados y beneméritos de la patria, sino a los extranjeros o a aquellos por su carácter condescendiente y dócil, por sus enlaces con ciertas personas o por ciertos servicios reales y personales se creían más a propósito para sostener aquel sistema que aseguraba en el trono y sus cercanías al despotismo, a la arbitrariedad, a la estupidez y al vicio mismo.<sup>33</sup>

Criticaba que, en las provincias, se hubiese entronizado solamente el mando militar, donde el primer jefe de todas ellas, con el nombre de comandante general, tuviera iguales y aun mayores facultades que el virrey de México, con sólo el levisimo contrapeso de un Auditor de guerra, que no hacía sino apoyar la opinión del comandante general.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Ramos Arizpe, Miguel, “Memoria presentada en las Cortes de Cádiz”, en Ramos Arizpe, Miguel, *Discursos, memorias e informes*, op. cit., p. 24. En una nota Vito Alessio Robles precisa que esta Memoria fue presentada en las Cortes de Cádiz en noviembre de 1811.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 43-44.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 45-54.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 54-55.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 57-58.

Los medios regulares para obtener esos puestos, señalaba, eran la intriga, el cohecho y el favor adquirido con humillaciones y manejos viles e indecentes. Su sueldo era mísero, lo que lo hacía presa de la corrupción.<sup>35</sup>

Por otra parte, en toda la provincia de Coahuila, que comprendía sesenta mil habitantes, en catorce poblaciones de españoles y otros pueblos, aldeas, etc., no había cabildo, sino en la villa de Santiago del Saltillo. En igual circunstancia se hallaban las provincias de Nuevo León, la de Texas y la de Nuevo Santander y todo se debía a la incompatibilidad de los cabildos con un gobierno militar.<sup>36</sup>

Defectos también percibía en la administración de justicia: distancias enormes, de setecientas, trescientas o lo menos doscientas leguas, separaban a las provincias del gobierno superior y Reales Audiencias de México, Guadalajara y Chihuahua, que requerían los negocios judiciales. Las Audiencias, a donde debía apelarse, estaban fuera de las provincias, a una distancia que hacía imposible interponer los recursos, aun para ciudadanos de medianas facultades.<sup>37</sup>

Los vicios del sistema de gobierno de las Provincias Internas del Oriente, consistían, pues, en no tener en su interior un gobierno superior y común, tanto para lo puramente gubernativo, como para lo judicial.<sup>38</sup> Por lo que, en nombre de los habitantes de esas provincias, solicitaba a las Cortes, se sirviera establecer en ellas un cuerpo gubernativo y otro que, en grado de apelación, ejerciera el poder judicial: el primero, con el nombre *Junta Superior Gubernativa de las Cuatro Provincias Internas de Oriente en la América Septentrional*, compuesta de siete individuos vecinos de las mismas provincias, y nombrados por la de Coahuila dos, por la del Nuevo Reino de León dos, por la de Nuevo Santander dos y uno por la de Texas, atendida la corta población de ésta. Y el segundo bajo el nombre de *Tribunal Superior* de apelaciones en dichas cuatro provincias, compuesto de tres ministros y un fiscal, señalándose como sede de ambos cuerpos la populosa villa del Saltillo. Consideraba el establecimiento de estos dos cuerpos en todo conforme a los principios de la monarquía moderada prevista en la constitución, merced a la cual la separación

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 61-62.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 62-63.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 65-66.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 67.

de los Poderes impedía el absolutismo. Y se preguntaba, si los Poderes estaban así separados en el gobierno supremo, ¿por qué no habrían de presentarse divididos del mismo modo en las provincias? Añadía que, al integrarse la Junta Superior propuesta por vecinos de las provincias y nombrados por ellas, se formaría un gobierno conecedor de los gobernados, de sus intereses y sus necesidades, lo que aseguraría el acierto y pronta ejecución de las decisiones. Por lo demás, el Tribunal de Justicia no debía intervenir en el gobierno de las provincias y colocado en su interior, daría rápido despacho a la administración de justicia.<sup>39</sup>

Era igualmente necesario establecer en cada provincia una *Junta Gubernativa*, pudiendo llamarse *Diputación de Provincia*, a cuyo cargo estaría la parte gubernativa de toda ella y en cada población un *cuerpo municipal* o *cabildo* que respondiera de todo el gobierno de aquel territorio, dejando a los vecinos la libertad de elegirlos, con lo que quedaría abolido para siempre el sistema de vender los empleos, dejando abierta la puerta sólo al mérito.<sup>40</sup>

Otras propuestas más se consignaban en la *Memoria*, tales como el establecimiento de una comandancia o capitánía general, el fomento a la población, el comercio libre y la habilitación de puertos, el establecimiento de un consulado en Saltillo, destacando sobre todas el fomento a la educación e ilustración de los pueblos, como base primera de la felicidad general, a través del establecimiento de escuelas y academias. Asimismo, solicitaba se estableciera una universidad en la capital del obispado y un Colegio Real en la villa del Saltillo.<sup>41</sup>

Por la brillantez de su actuación, por su celo y defensa de los derechos de los americanos, a Ramos Arizpe le encomendaron otras representaciones de provincias en las ausencias de los titulares. Por

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 69-72 En unas notas, Ramos Arizpe, evocando como modelo a las Juntas de la península, sugiere que el Congreso Soberano debía legislar, desarrollando las facultades de esa Junta Superior Gubernativa, previendo la elección de su presidente, por los mismos individuos integrantes y debiendo señalársele facultades a dicho funcionario. Asimismo, debía fijarse el modo de elección de los vocales. Añadía que el gobierno de esta Junta debía ser libre en lo económico y en lo doméstico [en su interior] pero debiendo ser subalterno en lo general y común respecto del superior. Por lo demás, el Congreso debía determinar el modo de formar ese gobierno por diputaciones.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 76-77.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 77-88.



su habilidad en las lides parlamentarias, la mayor parte de sus proposiciones fueron tomadas en consideración y adoptadas.

El 20 de septiembre de 1813 cerraron sus sesiones las Cortes constituyentes, determinando que el 1 de octubre quedaran instaladas las ordinarias y aunque se había convocado a elecciones, los diputados americanos no llegaban, por lo que se prorrogó la representación de los constituyentes, lo que explica que Ramos Arizpe continuara en la representación.

Al volver del cautiverio, Fernando VII disolvió las Cortes y trató de anular a los liberales, bien corrompiéndolos, bien reprimiéndolos. Ofreció prebendas a nuestro personaje y habiéndolas rechazado, el 10 de mayo de 1814 fue aprehendido con otros diputados y confinado en calabozo incomunicado hasta el 17 de diciembre de 1815.

En compañía de otros siete diputados, formuló el 9 de diciembre una defensa que constituía un ataque al rey y a sus jueces. El 17 de diciembre fue conducido a la cartuja de Arachristi, en Valencia, donde a partir del 31 sufrió una reclusión de cuatro años sin visitas ni correspondencia. Con la revolución de Del Riego, el 1 de enero de 1820, se restableció la vigencia de la Constitución, pero no fue excarcelado sino hasta el 10 de marzo. Se trasladó a Madrid y, lanzada la convocatoria a Cortes ordinarias, se presentó y obtuvo la representación, desde donde pugnó por la independencia de América. Bajo su influjo, logró que se nombrara virrey a O'Donoju para sustituir a Ruiz de Apodaca.

### III. SU ACTUACIÓN EN LA LEGISLATURA ORDINARIA EN CÁDIZ

En la sesión de las Cortes de 25 de junio de 1821 fue presentada por los diputados de ultramar una exposición firmada el día anterior, que merece ser mencionada. Entre otros nombres de notables novohispanos firmantes, tales como José Mariano de Michelena, Manuel Gómez Pedraza, Francisco Fagoaga, Lorenzo de Zavala, Lucas Alamán o Pablo de la Llave, aparece el de Ramos Arizpe.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> "Exposición presentada a las Cortes por los diputados de ultramar en la sesión de 25 de junio de 1821, sobre el estado actual de las provincias de que son representantes, y medios convenientes para su definitiva pacificación; con una noticia de los trámites que la precedieron y motivaron", en *La República Federal Mexicana. Gestación y nacimiento. La*

En la introducción se hace mención a los costos en sangre y desolación que había dejado la prolongada guerra sostenida por el gobierno imperial para mantener bajo su dependencia a los países de la región y lo inútil de ese esfuerzo, pues, ya Buenos Aires, Chile, Santa Fe y gran parte de Venezuela estaban emancipados, el Perú invadido, Quito turbado y una nueva revolución había estallado en México. Se daba por cierto, pues, que los métodos violentos no habían surtido los efectos buscados y que la pacificación y tranquilidad se debían encontrar por otro medio y éste era el régimen constitucional. Sin embargo, pese a que los americanos eran hombres libres y españoles no gozaban de los derechos de que gozaban los peninsulares, pues la constitución en esos países no se aplicaba y seguían sometidos a regímenes despóticos y arbitrarios.

Varios obstáculos impedían que los principios constitucionales fuesen observados.

Uno muy importante consistía en el dispendio de esfuerzos y de dinero que significaba el traslado de los diputados americanos a sesionar en las Cortes en Madrid. Por otra parte, llegaban a concurrir con los diputados peninsulares, a fin de formular leyes para pueblos distantes entre sí entre cuatro o cinco mil leguas y las disposiciones buenas para la Península no lo eran tal vez para cada región de las Américas. ¿Se harían, entonces, leyes diferentes para regiones distantes? Pero, ¿cómo sabrían dar buenas leyes a provincias sin conocer sus costumbres, sus virtudes, sus vicios, sus usos, sus preocupaciones, su situación, ni el carácter de sus habitantes? ¿Se querría, entonces, que los diputados americanos formaran los proyectos de ley de sus propias provincias? En este caso, el Congreso seguiría ciegamente el dictamen que se les propusiese y, entonces, ¿para qué hacerles venir? Y si no, entonces, la propuesta sería ilusoria.

En cuanto a la hacienda, habían pasado dos legislaturas y no se había podido arreglar la hacienda de América y la comisión correspondiente aducía que no tenía los conocimientos necesarios y parecía evidente que ni los tendría y, aunque los tuviese, de poco servirían, pues, si ahí mismo en España, las obligaciones no se cumplían, la

*consumación de la independencia y la instauración de la República Federal 1820-1824. Los proyectos de constitución para México*, Manuel Calvillo (comp.), México, El Colegio de México, El Colegio de San Luis, 2003, t. I, Apéndice, pp. 591-602.

vigilancia de las Cortes y la actividad del gobierno no eran suficiente, ¿qué pasaría en América, sin datos a la vista y ante situaciones políticas tan cambiantes?

Otro problema era la falta de jefes políticos en cada provincia, pues, creía el gobierno que la unión y armonía general se verían perjudicadas por la divergencia en las resoluciones de autoridades aisladas, sin una autoridad suprema inmediata que las uniformara. De esta forma, el gobierno confesaba no considerar practicable esta parte del sistema, por lo que dejaba en América subsistentes a los virreyes, aunque con otro nombre, con la consabida consecuencia de autoritarismo.

En el ejercicio del Poder Judicial, continuaba la exposición, no eran menores las dificultades. Y sólo bastaba considerar la necesidad constante de resolver las dudas sobre las leyes para decidir en las causas civiles y criminales, que siempre exigían su pronta resolución. ¿Quién habría de resolver estas dudas en América? ¿Quién habría de interpretar las leyes? ¿Debía confiarse esta facultad a los jefes superiores o a los tribunales? Ambas soluciones serían absurdas y destructoras del sistema, además de que los magistrados infractores no podrían ser removidos sino después de dos años y con muchas dificultades para los habitantes de estas tierras, por lo que tendrían que sufrir los efectos de sus atentados.

La exposición acudía a otras consideraciones para convencer de la necesidad de cambios. Se afirmaba que, en ese momento, las partes componentes de la monarquía tendían naturalmente a la recíproca separación: las Américas, tal como estaban, ya no podían subsistir en paz y caminaban a su desolación, pues era imposible apagar el espíritu que daba luces al siglo, habiendo como había tantos valientes que habían dado la vida por los derechos de su patria. Americanos de esa clase no retrocederían, ni renunciarían a sus deseos de sacudirse un despotismo ominoso, aunque vieran el peligro de aniquilarse o de caer en manos de un déspota nacional o extranjero. Por otra parte, los españoles peninsulares veían en las Américas un escollo para su felicidad, un manantial abundante de pérdidas y una pesadísima carga. América, pues, reconocía que su unión a la península en los términos en que estaba no le era ventajosa e igual concepto debía tener España y, por consiguiente, ambas propendían a la separación.

Se preguntaba: ¿podrían los americanos apetecer un gobierno más liberal, más bien constituido, más económico, más análogo a las ideas

del siglo y al genio americano? Parecía que no se podía perfeccionar más una monarquía constitucional, se responde.

Merced al plan que se proponía, Nueva España podría desarrollar sus recursos y caminar a su prosperidad. Debía creerse, puesto que los americanos irían a tener interés por conservar esta clase de gobierno y no era esto una mera teoría, porque estaba ahí el ejemplo de Canadá que, habiendo podido unirse a Estados Unidos, no lo había intentado, por haber juzgado mejor el gobierno que ahora se proponía en el plan. Los mismos Estados Unidos no se hubieran separado, si no se hubieran atacado injustamente los derechos que en el plan sí se aseguraban para las Américas. De hecho, se presentaba a éstas un gobierno que daba todas las ventajas de la unión y de la libertad. Era evidente que, cambiando de marcha y accediendo a los deseos de los americanos, cambiarían sus intereses y, por lo mismo, cambiarían también los de los peninsulares. En tal caso, recibirían de las Américas todos los bienes esperables y verían en ellas una segunda patria, se interesarían en su liga y conservación, de donde resultaría que ambas partes de la monarquía propenderían naturalmente a una eterna unión.

Hacia referencia la exposición de que ya había pasado el tiempo en que, con tal de salvar los principios, se podía sacrificar al Estado y que el axioma liberal presente era que las leyes se formaban para la felicidad de los pueblos y no éstos para sacrificarse a las instituciones. Se reconocía, entonces, que las medidas propuestas no estaban en la constitución, porque en el momento de su formulación no hubieran sido previsibles todos los casos y situaciones en que la nación iría a verse y ya había ejemplos de artículos de la Constitución hechos a un lado, si el bien del Estado exigía medidas grandes y extraordinarias. Así, los firmantes de la propuesta se creían obligados a presentar medidas que, en vez de contrariar los principios esenciales de la Constitución, no tenían otro objeto que remover los obstáculos para su establecimiento en América y que, dejando intactos los fundamentos del sistema, lo hicieran efectivo en aquella gran parte de la monarquía. Juzgaban, conforme a su deber y al deseo de sus comitentes, demandar el cumplimiento efectivo del artículo 13 y al carecer América de los beneficios constitucionales, nada era más justo, más urgente, más constitucional que proponer los medios para lograrlos, salvando así las bases sustanciales de la Constitución, aun cuando fuese necesario tocar en algo su parte reglamentaria.

Se aclaraba, finalmente, que las medidas propuestas estaban concebidas en términos que comprendían a todas las Américas, pero que no era la intención de sus autores la de comprometer a la América meridional, sin su conocimiento, por lo que se concretaban a la América septentrional.

#### IV. PROPOSICIONES

Fueron quince las proposiciones, pero el presente trabajo sólo se detendrá en las más pertinentes para los propósitos del mismo.

- 1a. Habría tres secciones de Cortes en América, una en la septentrional y dos en la meridional. La primera se compondría de los diputados de toda Nueva España, incluyendo las Provincias Internas y Guatemala. Las dos secciones de América meridional comprenderían, una de ellas, el Nuevo Reino de Granada y las Provincias de Tierra Firme y la otra, el Perú, Buenos Aires y Chile.
- 2a. En principio, las secciones se ajustarían a las disposiciones de la Constitución gaditana en cuanto a su funcionamiento interno, con semejante representación legal y semejantes facultades a las de la Cortes generales, reservando sólo para éstas algunas excepciones.
- 3a. Las sedes de las secciones serían en México, la de Nueva España; en Santa Fe, la del Nuevo Reino de Granada y Tierra Firme y en Lima, la del Perú, Buenos Aires y Chile.
- 4a. Habría en cada una de estas divisiones una delegación que ejercería el Poder Ejecutivo en nombre del rey.
- 5a. Cada delegación se depositaría en un sujeto nombrado libremente por el rey, de entre los más distinguidos por sus cualidades relevantes, sin excluir a las personas de la familia real. Este delegado sería removido libremente por el rey, sería inviolable respecto a la correspondiente sección de Cortes y sólo respondería de su conducta ante el rey y las Cortes generales. Los ministros de cada delegación serían responsables ante la correspondiente sección de Cortes.
- 6a. Habría cuatro ministerios: gobernación, hacienda, gracia y justicia, guerra y marina, pudiendo fundirse, si fuese oportuno.

- 7a. Habría tres secciones del Tribunal Supremo de Justicia, integradas por un presidente, ocho ministros y un fiscal.
- 8a. Habría tres secciones del Consejo de Estado, compuesta por siete individuos cada una, pudiendo reducirse.

Otras propuestas había en el ámbito del comercio entre la península y las Américas, pugnando, unas, por igualdad en ventajas para los españoles de ambos hemisferios y otras, por la igualdad en materia de derechos y acceso a los cargos públicos.

No podría dejar esta revisión de tan importante documento, sin mencionar la reserva que al mismo hiciera Ramos Arizpe, misma que Zavala no omitiera en advertir. En efecto, en una nota anexa al documento se hace constar que la firma del último pliego correspondiente a Ramos Arizpe estaba arrancada y que éste explicó que la sustituiría, a reserva de hacer una modificación al artículo 5o. Y tal como lo declaró, en la sesión de 26 de junio presentó un proyecto de ley, firmado el día 24, por él y por José María Couto, quien ya había sido diputado suplente en 1810.

El citado documento no difiere esencialmente del anteriormente citado, pero se hacen precisiones muy importantes. Una, atañe a la limitación que se hace de las propuestas limitándolas sólo para la América del Norte, disponiendo que hubiera en México una sección de las Cortes integrada por diputados correspondientes a Nueva España, Nueva Galicia, Península de Yucatán, Guatemala, Provincias Internas de Oriente, Provincias Internas de Occidente y ambas Californias. Otra, que residiría en México una delegación que ejercería el poder gubernativo, con arreglo a la constitución a nombre del señor don Fernando VII, rey de las Españas. Finalmente, la más importante, que esa delegación se depositaría en personas distinguidas por sus virtudes y cualidades, y que mereciesen la plena confianza del rey, excluyendo por el momento las personas de su real familia, para mejor asegurar la integridad de la monarquía y derechos constitucionales de don Fernando VII.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> "Proyecto presentado a las Cortes por Miguel Ramos Arizpe y José María Couto, diputados mexicanos, en la sesión del 26 de junio de 1821. Texto del Diario de las Actas y discusiones de las Cortes, Legislatura de los años de 1820 1821", tomo XXII, Madrid, 1821, en *La República Federal Mexicana Gestación y nacimiento. La consumación de la*

Como es de verse, Ramos Arizpe y el grupo de firmantes de tan importante documento dieron muestra de conocimiento actualizado en materia de Teoría Política, pues, citando el ejemplo contrastado de Canadá y Estados Unidos, diferenciaban claramente entre la forma de Estado Confederal y la Federal y optaban por la primera, ejemplificada en la Comunidad Británica de Naciones que, como lo señala el documento, ofrecía la doble ventaja de la unión y de la libertad: la propuesta del documento era brillante, hubiera sido una solución política, pero quedó en propuesta. Lo cierto es que el país estaba en los umbrales de su independencia y se adentraba en un terreno desconocido, sin saber qué sendero tomar, se avecinaban años de ambigüedad, indefinición y desconcierto y el mismo deslinde de Ramos Arizpe anunciaba las divergencias.

Consumada la independencia, nuestro personaje regresó a México el 31 de diciembre de 1821 y para entonces ya estaba hecha la elección para el primer Congreso Constituyente y Coahuila había nombrado a Melchor Eca y Múzquiz y como suplente a Antonio Elozúa. Realizando varias maniobras, intentó hacerse nombrar representante en lugar de ambos y al no lograrlo, regresó a Coahuila a combatir políticamente a Iturbide.

Fue electo diputado por Coahuila para el segundo Congreso Constituyente, desde donde defendió la idea federalista: su aversión al centralismo había nacido años atrás al observar el daño que causaba el centralismo del gobierno colonial a todo el país en general y particularmente a las provincias del Norte, por las enormes distancias y las dificultades en la comunicación. Debido a su prestigio, fue electo presidente de la comisión encargada de la redacción del proyecto de constitución.

Las provincias amenazaron con la secesión de no definirse la forma de Estado federal. El 14 de noviembre de 1823, el ministro de Justicia transmitió al Congreso esta inquietud y Ramos Arizpe ofreció presentar en un plazo de tres días un proyecto, de lo que Fray Servando llamaría “la obra diabólica del Chato”. El proyecto se presentó al Congreso el 19 de noviembre de 1823 y fue jurado el 1 de febrero de

*independencia y la instauración de la República Federal 1820-1824. Los Proyectos de constitución para México, op. cit., t. I, Apéndice, pp. 603-605.*

1824. El cinco de octubre de ese mismo año se juró la Constitución, siendo electo presidente del Congreso.

El 29 de noviembre de 1825, el presidente Victoria lo nombró ministro de Justicia y Negocios Eclesiásticos, cartera que sirvió hasta el 8 de marzo de 1828. En 1831 fue nombrado decano de la catedral de Puebla. Falleció el 28 de abril de 1843 a la edad de sesenta y ocho años, y fue enterrado en la misma catedral de Puebla.

NUMANOS DESDE LA FILOSOFÍA  
DE LA LIBERACIÓN

Con el uso de conceptos y categorías de la Filosofía de la Liberación (FL) podemos establecer una vertiente generativa de fundamentación de derechos humanos, alguna de ellas está, de forma crítica y perversa, dentro de las corrientes imperialistas, imperialistas o imperialistas. Probablemente podrán ser clasificadas como producto del diálogo entre los imperialistas y los imperialistas, o como una construcción entre imperialistas y imperialistas, o, finalmente, como una síntesis de los dos posturas. Como sea, lo cierto es que intentar clasificar a estas vías de fundamentación dentro de cualquiera de dichas clases es una contradicción por sí misma, pues ellas están estrechamente ligadas a las contradicciones implícitas del campo mundial, y responden de esta forma a la contradicción del Estado moderno y de su constitución desde esa ubicación geopolítica, mientras que la FL se conceptualiza como un pensamiento generativamente utópico desde la periferia. La superior postulación de las definiciones del relativismo, más de una comprensión de la inteligencia humana donde la verdad no está dada sino que se la construye.

El 14 de febrero de 1823, el ministro de Justicia presentó al Congreso este proyecto de ley que Fray Servando Cabrería, "el otro legislador del Caucho". El proyecto se presentó al Congreso el 14 de febrero de 1823 y fue jurado el 1 de febrero de 1823.

Después de la independencia, nuestro país regresó a México el 11 de septiembre de 1821 y para entonces ya estaba hecha la elección del primer Congreso Constituyente y Constituido había nombrado a Nicolás Fari y Miquelarena como suplente a Antonio Elizola. Fari y Miquelarena, cuando hubo que nombrar representante al país en México y al no lograrlo, regresó a Chihuahua a contribuir con su talento a la causa.

Después de haber estado por Chihuahua para el segundo Congreso Constituyente, Fari y Miquelarena defendió la idea federalista en oposición al centralismo, pero cuando vino a observar el estado que existía en las relaciones del gobierno nacional a todo el país en general y particularmente en el territorio del Norte, por las razones distantes y ya mencionadas en la introducción. Debido a su prestigio, fue el único que pudo conseguir la aprobación de la restauración del proyecto de independencia.

Los principios adoptados con la intención de no destruir la forma de Estado federal. El 14 de noviembre de 1823, el ministro de Justicia presentó al Congreso este proyecto y Ramos Arizpe ofreció presentar un proyecto de ley que Fray Servando Cabrería, "el otro legislador del Caucho". El proyecto se presentó al Congreso el 14 de febrero de 1823 y fue jurado el 1 de febrero de 1823.

1. Véase el artículo "El otro legislador del Caucho" en el Anuario de Derechos Humanos, vol. 1, no. 1, pp. 103-105.

## FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA FILOSOFÍA DE LA LIBERACIÓN

Alejandro ROSILLO MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Riesgos en la fundamentación de derechos humanos*. III. *El fundamento de la alteridad*. IV. *El fundamento socio-histórico (praxis de liberación)*. V. *El fundamento de la producción de vida*. VI. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Con el uso de conceptos y categorías de la Filosofía de la Liberación (FL) podemos establecer tres vertientes generales de fundamentación de derechos humanos; ninguna de ellas cabe, de forma estricta y precisa, dentro de las corrientes iuspositivistas, iusnaturalistas o iusrealistas. Probablemente pudieran ser clasificadas como producto del diálogo entre las iusnaturalistas y las iusrealistas, o como una construcción entre iuspositivismo y iusrealismo; o, finalmente, como una síntesis de las tres posturas. Como sea, lo cierto es que intentar clasificar a estas vías de fundamentación dentro de cualquiera de dichas clases es una metodología poco adecuada, pues ellas están estrechamente ligadas a las elaboraciones iusfilosóficas del centro mundial, y responden de una u otra forma a la consolidación del Estado moderno y de su ciudadanía desde esa ubicación geopolítica, mientras que la FL se comprende como un pensamiento geopolíticamente ubicado desde la periferia. La anterior postura no significa una defensa del relativismo, sino de una comprensión de la inteligencia humana donde la verdad no está dada sino que se va construyendo.

Ante los cuestionamientos sobre la tarea de fundamentar derechos humanos, podemos decir que si no se hace se corre el riesgo de invisibilizar sus matrices históricas, y se pierde así una instancia crítica. Con esto, la no-fundamentación tendría un efecto semejante a las fundamentaciones dogmáticas: a los derechos humanos ya reconocidos se les hipostasiaría, desvinculándolos de la praxis humana y colocándolos en un ámbito ahistórico; pero aun así, seguirían teniendo una directa repercusión en los procesos políticos concretos de los pueblos. Se impondrían (imponen) contenidos normativos y criterios de legitimidad política ajenos a los procesos históricos de cada pueblo, y así derechos humanos terminarían (terminan) siendo instrumentos de ideologización que justificarían (justifican) la dominación y la opresión de unos países sobre otros, de unas clases sociales sobre otras, o de unos grupos sobre otros. Sin fundamentación, “derechos humanos” es presa fácil de la falacia desarrollista y se vuelven instrumentos ideologizados de opresión. De aquí se desprende otra razón más de por qué fundamentar derechos humanos: construir una instancia crítica que sirva para verificar en la realidad cómo ciertos “derechos humanos” contribuyen o no con los procesos de liberación de las personas y los pueblos. Si bien la fundamentación no puede ser la única instancia crítica, puede ser una de gran importancia, si se evita caer en los riesgos que comentaremos a continuación.

## II. RIESGOS EN LA FUNDAMENTACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Antes de entrar al núcleo de nuestro escrito, podemos sostener en general que el problema de fundamentar derechos humanos tiene cuatro cuestiones que han de ser enfrentadas y evitadas, si es que buscamos una fundamentación en perspectiva liberadora. Estas son: el dogmatismo, el pensamiento débil, el reduccionismo y el etnocentrismo.<sup>1</sup> Son cuatro cuestiones que ponen en entredicho la legitimidad de la tarea filosófica respecto al fundamento de derechos humanos.

<sup>1</sup> Parte de esta clasificación se ha inspirado en la obra de Juan Antonio Senent de Frutos, quien habla de problemas de la fundamentación de los derechos humanos, y señala el dogmatismo, el reduccionismo y el etnocentrismo. Senent, Juan Antonio, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 48-58.

Una fundamentación de derechos humanos es *dogmática* cuando pretende encontrar un fundamento absoluto. Se trataría de establecer un tipo de fundamento que fuera una razón tan evidente que ninguna persona podría estar excusada en reconocerla; una vez establecido no puede posteriormente discutirse y quien se rebela a él queda, por ese hecho, excluido de la comunidad de los sujetos racionales. Esa postura corre el riesgo de terminar en actitudes intolerantes, pues al considerar que se tiene un acceso privilegiado al conocimiento del fundamento de derechos humanos —y del derecho en general— entonces aquellos que se oponen han de ser considerados irracionales y, por lo tanto, criminales.

A la par del dogmatismo, nos topamos con el *pensamiento único*, es decir, con las posturas que fundamentan derechos humanos desde los presupuestos y puntos propios del pensamiento político y económico hegemónico; se trata de aquellas posturas (neo)liberales que comprenden que el mercado es el único agente regulador de la sociedad y, por lo tanto, es la libertad (en el mercado) el único derecho humano a defender; los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos, serían falsos derechos o formas de mermar los auténticos derechos, que son los que provienen de la libertad (en el mercado) del individuo. Fuera de este modelo basado en la libertad individualista, no hay alternativas, y sólo así pueden comprenderse derechos humanos.

Ante el rechazo del dogmatismo nos topamos con el *pensamiento débil*, propio de la posmodernidad occidental. Una de sus propuestas es tratar de establecer varios fundamentos posibles. Con ella se corre el riesgo de un relativismo donde, ante una cantidad considerable de fundamentos, se pierda su carácter de instancia crítica y no se haga referencia alguna con la realidad concreta de las víctimas de los sistemas. Si bien la FL se ha valido de algunas contribuciones de la filosofía posmoderna,<sup>2</sup> no puede asumir el pensamiento débil en relación con el fundamento de derechos humanos. En este sentido, González Faus analiza cómo este tipo de pensamiento conlleva tanto al sujeto débil como a los derechos débiles; ante la acusación de los pensadores posmodernos de que todo fundamento conlleva a

<sup>2</sup> Dussel, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998, p. 517.

totalitarismos, este autor señala que los derechos humanos terminan siendo reducidos en el pensamiento débil al valor de cambio del mercado.<sup>3</sup> La manera para enfrentar el *dogmatismo* y el *pensamiento único* por parte de la FL no debe ser el relativismo y el pensamiento débil, pues a través de ellos poco favor se les hace a quienes se les niegan las condiciones para producir y reproducir su vida, sino que ha de otorgar la construcción viable de varios fundamentos fuertes que reconozcan la dinámica histórica de derechos humanos y, por lo tanto, aunque fuertes no se consideren una solución definitiva sino sólo de carácter provisorio, pues debe estar en constante revisión ante la situación de los pobres, los oprimidos y las víctimas.

En cuanto al *reduccionismo* entendemos las teorías que en el desarrollo del fundamento se enfocan sólo a una de las dimensiones de derechos humanos. Son posturas que cercenan la realidad, y desconocen diversas parcelas por las cuales los procesos de derechos humanos se ven afectados; sólo enfocan su análisis ya sea en lo jurídico, en lo político, en lo social o en lo ético, dejando a un lado las otras dimensiones. Aquí podemos mencionar ciertas versiones de iuspositivismos, iusnaturalismos, historicismos y el monoculturalismo.

El último problema en la fundamentación de derechos humanos, y muy relacionado con el anterior reduccionismo, es el etnocentrismo. Como señala Senent, “[u]no de los problemas teóricos con que nos encontramos al tratar la cuestión de los derechos humanos es que se señala que éstos representan una institución etnocéntrica, y precisando aun más, se denuncia que son una institución eurocéntrica”.<sup>4</sup> Para superar esta situación, la fundamentación de derechos humanos debe posibilitar el diálogo intercultural para mostrar que la experiencia de lucha por la dignidad humana, y el uso de instituciones políticas y jurídicas para protegerla, no son postulados exclusivos de Occidente. De lo contrario, la fuerza crítica del discurso de derechos humanos se ve disminuida en realidades periféricas, ajenas total o parcialmente a la tradición eurocéntrica, y se vuelven ideologizaciones e instrumentos que justifican la opresión de las clases dominantes —que suelen

<sup>3</sup> González Faus, José Ignacio, “Derechos humanos, deberes míos. I. Pensamiento débil/consumo fuerte”, en *Christus*, 702, México, septiembre-octubre de 1997, p. 23.

<sup>4</sup> Senent de Frutos, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 56.

ser funcionales a y simpatizar con los intereses de las potencias del Norte— sobre las clases pobres y populares.

### III. EL FUNDAMENTO DE LA ALTERIDAD

La FL, aun cuando es crítica de la Modernidad, no renuncia a la subjetividad. Para los procesos de liberación es importante que la víctima, el pobre y el oprimido se constituyan en sujetos de su propia historia. Sin embargo, la FL no fundamenta derechos humanos en el sujeto abstracto de la Modernidad, ni en el individuo egoísta que sólo busca su propio interés. La autonomía del sujeto no es sinónimo de la subjetividad moderna que inicia los procesos de derechos humanos. Esto porque el sujeto abstracto de la Modernidad se constituye como una Totalidad excluyente, no abierta a la proximidad, ni a la exterioridad del Otro. Además, como señala Hinkelammert, la moderna sociedad occidental más que antropocéntrica es mercadocéntrica;<sup>5</sup> ha colocado el mercado como un supuesto orden natural, y la legitimidad y validez de las instituciones están en función de que permitan el libre desenvolvimiento de las leyes de mercado. Por eso, la visión del sujeto y de la subjetividad de la Modernidad, iniciada con Descartes, terminó ligándose al dominio de la naturaleza y de la realidad social a través del capitalismo. Se trata de una concepción *egocéntrica* del ser humano, que sacraliza al individuo como propietario que fomenta la enajenación y mercantilización de todas las facetas de la vida humana. Reducir la dimensión subjetiva del ser humano a la subjetividad individualista de la Modernidad hegemónica significa promover un desperdicio de la experiencia. Desde otras culturas, la subjetividad se ha construido de manera distinta, y en diversas ocasiones de forma comunitaria.

Por eso, la subjetividad debe constituirse en el encuentro con el otro. Es Enrique Dussel quien, partiendo de la filosofía de Emmanuel Levinás, ha introducido la alteridad como un elemento fundamental de la FL. Por eso, se habla de una FL concebida como una metafísica de la alteridad o una filosofía de la alteridad ética.<sup>6</sup> A partir de ahí,

<sup>5</sup> Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, Euna, Heredia de Costa Rica, 2005.

<sup>6</sup> García Ruiz, Pedro Enrique, *Filosofía de la liberación. Una aproximación al pensamiento de Enrique Dussel*, Driada, México, 2003, pp. 171-202; Salamanca, Antonio, *Yo soy*

se trataría de constituir subjetividades de personas y de pueblos; es decir, tanto subjetividades personales como subjetividades colectivas.

Del conjunto de categorías que Dussel aporta a la FL, algunas de ellas tienen relación con una fundamentación de derechos humanos desde la alteridad y, además, autores juristas cercanos a los movimientos de liberación las han tomado en cuenta para la construcción de su pensamiento jurídico.<sup>7</sup> Estas categorías son la proximidad, la totalidad, las mediaciones, la libertad situada, la exterioridad y la enajenación.

- a) *Proximidad*. Dussel señala que la experiencia griega o indoeuropea y la moderna privilegiaron la relación ser humano-naturaleza.<sup>8</sup> Comprendieron el ser como *luz* o como *cogito*, lo que conlleva definir el ámbito del mundo y lo político como lo visto, lo dominado, lo controlado. En cambio, si se privilegia la relación ser humano-ser humano (la especialidad y lo político), se puede dar un discurso filosófico con otro origen. En efecto, se trata de comenzar desde la proximidad, distinguiéndola de la proxemia.<sup>9</sup> Praxis es acortar distancia; es un obrar hacia el otro como otro. Es una acción que no se acerca a las cosas, sino al otro en cuanto otro; por eso es un aproximarse y no una proxemia. De ahí que pueda hablarse de diversas proximidades (originaria, histórica, metafísica).<sup>10</sup> Ante esta equivocidad de la proximidad histórica, Dussel habla de la proximidad inequívoca, que es la que se da ante el rostro del oprimido, de la víctima, del que es exterior a todo sistema. Es la proximidad ante el que clama justicia, al que invoca responsabilidad. La proximidad inequívoca es la que se establece con el que necesita servicio, porque es débil, miserable, necesitado. De ahí que la proximidad es la raíz de la praxis y desde donde

guardián mundial de mi hermano. *Hacia la universalización ética de la opción por el pobre desde el pensamiento de K.O. Apel, E. Dussel y X. Zubiri*, IKO, Frankfurt, 2003, pp. 65-70.

<sup>7</sup> De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, Porrúa, México, 2007, pp. 139-159.

<sup>8</sup> Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación*, Nueva América, Bogotá, 1996, p. 29.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 31-35.

parte toda responsabilidad por el otro, y en concreto con el *otro* víctima del sistema.

- b) *Totalidad*. La totalidad es la manera como las cosas se presentan al ser humano. La proximidad, el cara-a-cara del ser humano con el ser humano, deja irremediamente lugar a la lejanía. Entonces el ser humano se acerca a los entes, a las cosas, a los objetos; las cosas-sentido, los entes, nos enfrentan en una multiplicidad casi indefinida. No obstante, esto se da en una *totalidad*, en un sistema, que los comprende y los unifica. Los entes, señala Dussel, no nos rodean de manera caótica sino que forman parte de un *mundo*, que es una totalidad instrumental de sentido. Es el horizonte cotidiano en el cual vivimos.<sup>11</sup>
- c) *Mediaciones*. Las mediaciones no son otra cosa que aquello que empuñamos para alcanzar el objetivo final de la acción. La proximidad es la inmediatez del cara-a-cara con el otro; la totalidad es el conjunto de los entes en cuanto tal: en cuanto sistema. Las mediaciones posibilitan el acercarse a la inmediatez y permanecer en ella, constituyen en sus partes funcionales a la totalidad.<sup>12</sup>
- d) *Libertad situada*. Las cosas y entes que constituyen su entorno son mediaciones, posibilidades. Cuando el ser humano obra, lo hace por un proyecto. Ese proyecto determina las posibilidades, las mediaciones para su realización. Es decir, la persona está asediada por decisiones que debe tomar, y caminos que se abren y se cierran. Este estar abierto al deber de continuamente determinarse por esta o aquella posibilidad; el estar algunas veces desconcertado y no saber cuál elegir; el poder elegir lo mismo y no elegir nada; la capacidad o poder sobre las mediaciones, se denomina, según Dussel, la libertad. En efecto, el ser humano se realiza por determinaciones electivas. Elegir libremente no consiste en poder determinar absolutamente las mediaciones desde una indeterminación absoluta (sería la libertad infinita, radical). Tampoco el ser humano está totalmente determinado, condicionado; es libre y al mismo tiempo históricamente determinado. La mediación es posibilidad para una libertad.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 45.



La cosa es ente porque siendo interpretado en su sentido y estimado en su valor es por último elegido y postergado en vista del proyecto.

- e) *Exterioridad*. Dussel afirma que esta es la categoría más importante para la FL, y que posibilita realizar un discurso nuevo. Es decir, la *exterioridad* es una categoría que marca la diferencia de la FL con las filosofías del centro que usan también las categorías arriba descritas. Posibilita un discurso nuevo porque hace viable fijarse en la realidad de los pueblos periféricos: “Es la novedad de nuestros pueblos lo que se debe reflejar como novedad filosófica y no a la inversa”.<sup>13</sup> La exterioridad parte del hecho de que en el conjunto de todos los entes, sobresale uno, distinto a todos los demás: *el rostro de los otros seres humanos*. Alejados de la proximidad, consumidos por la proxemia —donde aun el rostro humano es asumido como una cosa-sentido, como un ente más—, la presencia de este rostro nos recuerda la necesidad de aquélla. El ser humano como ente es parte de la totalidad, de los sistemas, pero la emergencia de su rostro nos vuelve a enfrentar a la proximidad; es cuando el otro se nos revela en toda su exterioridad.<sup>14</sup>
- f) *Alienación*. La alienación se da cuando se le niega al otro su calidad de otro. La totalidad, el sistema, tiende a totalizarse, a autocentrarse; busca eternizar su estructura presente y a devorar intrasistémicamente a toda exterioridad posible.<sup>15</sup> Entonces, para el sistema, el *otro* aparece como algo diferente, que pone en peligro la unidad de “lo mismo”. En efecto, al *otro* en tiempo de peligro se le transforma gracias a la ideologización en “el enemigo”.

Las categorías expuestas arriba, propias de la FL desarrollada por Dussel y, en parte, por Scannone, nos posibilitan establecer un fundamento de derechos humanos desde la alteridad, desde el encuentro con el otro. A diferencia de los fundamentos hegemónicos de derechos humanos basados en una subjetividad del individuo, que finalmente

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 70.

son parte de la totalidad, del sistema dominante, la FL propone un fundamento en la alteridad, desde una subjetividad abierta al otro y no cerrada en la mismidad. En este contexto, la subjetividad moderna es parte de la totalidad que sólo reconoce derechos a *los mismos*,<sup>16</sup> no al inequívocamente otro, al que por la totalidad es considerado extraño, ajeno y hasta peligroso al sistema. A ese otro, al contrario, aunque exija la satisfacción de las mismas necesidades que *los mismos*, es catalogado de delincuente; por eso, se criminalizan la protesta y las luchas sociales y las praxis de liberación se reprimen (ellas son finalmente los medios en que los otros emergen para romper la alienación a la que son sometidos). En efecto, la fundamentación de derechos humanos efectuada sólo desde el individuo carga con algunos de los reduccionismos que comentamos; está marcada por el reduccionismo monocultural e historicista. Derechos humanos fundamentados desde el sujeto abstracto fácilmente se convierte en herramienta de enajenación, y son parte de lo que Dussel describe en el siguiente texto: “Vestida de nobles virtudes nietzscheanas, guerreras, saludables, blancas y rubias como los arios, Europa se lanza sobre la periferia, sobre la exterioridad geopolítica; sobre las mujeres de otros varones; sobre sus hijos; sobre sus dioses. En nombre del ser, del mundo humano, de la civilización, aniquila la alteridad de otros hombres, de otras culturas, de otras eróticas, de otras religiones. Incorpora así aquellos hombres o, de otra manera, despliega violentamente las fronteras de su mundo hasta incluir a otros pueblos en su ámbito controlado”.<sup>17</sup>

Sin negar la subjetividad como elemento de una fundamentación de derechos humanos, es imprescindible abrirla a la pluriculturalidad y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta; se trataría de un sujeto inter-subjetivo, comunitario, que sea el sujeto de derechos humanos como praxis de liberación. Es lo que propone la FL a partir de una metafísica de la alteridad, que se concretiza en comprender a la ética, a la responsabilidad por el otro, como el inicio de toda filosofía. Esta ética es una ética de la

<sup>16</sup> Esos *mismos*, esos que reafirman la *mismidad* del sistema, son los que concretizan al ser humano abstracto, a ese ser humano que se considera “sujeto universal de derechos”, es decir, el varón, blanco, burgués, adinerado, occidental, etc.

<sup>17</sup> Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación*, op. cit., p. 69.

solidaridad que tiene sus consecuencias para la construcción de una juridicidad alternativa, generada desde las luchas sociales.<sup>18</sup>

La ética de la alteridad busca una apertura del sujeto que sea capaz de comprender lo nuevo de la historia que se construye desde la exterioridad. “El punto de partida es la víctima, el Otro, pero no simplemente como otra ‘persona-igual’ en la comunidad argumentativa, sino ética e inevitablemente (apodícticamente) como Otro en algún aspecto negado-oprimido (*principium oppressionis*) y afectado-excluido (*principium exclusiones*)”.<sup>19</sup> Desde el otro como otro —el pobre, el oprimido, la víctima—, que es libertad incondicionada por cuanto se desprecia su exterioridad considerándola nada (como incultura, analfabetismo, barbarie, primitivismo, incivilización), es como surge en la historia lo nuevo. Por ello todo sistema futuro realmente resultante de una revolución subversiva en su sentido metafísico es analógica: semejante en algo a la anterior totalidad, pero realmente distinto.

Todo lo anterior se realiza, se hace realidad, cuando alguien dice, por ejemplo, “¡[t]engo hambre, necesito alimento!”<sup>20</sup> El hambre del pobre es consecuencia de un sistema injusto, y en su situación de víctima no tiene lugar dentro del sistema. No tiene lugar por ser negatividad, por sufrir falta-de, por ser no-ente en el mundo. Pero fundamentalmente está fuera porque saciar estructuralmente el hambre del pobre es cambiar radicalmente el sistema. En efecto, derechos humanos fundamentados desde la alteridad han de comprenderse en herramientas de lucha de quienes son víctimas del sistema, y por eso, más que elementos conservadores del sistema han de ser subversivos, transformadores, revolucionarios. El cara-a-cara con el otro inequívoco obliga a repensar constantemente derechos humanos, pues los derechos del otro no son parte del sistema.<sup>21</sup>

Este encuentro con el otro, el *cara-a-cara*, queda complementado y llevado más allá, con el pensamiento de la liberación de Franz Hinkelammert. Este autor habla del *retorno del sujeto*, pero no del sujeto

<sup>18</sup> Wolkmer, Antonio Carlos, “Bases éticas para una juridicidad alternativa”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, UAA, ITESO, Porrúa, México, 2002, pp. 179-180.

<sup>19</sup> Dussel, Enrique, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 417.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 524.

<sup>21</sup> Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación*, op. cit., p. 59.

metafísico, sino del sujeto viviente, corporal, en cuanto horizonte filosófico para una crítica radical de la globalización neoliberal. Este autor señala que la sociedad moderna occidental más que antropocéntrica es *mercado-céntrica*.

El concepto de sujeto surge en la relación sujeto-objeto, en la filosofía de Descartes. El sujeto es visto como instancia que se relaciona con el objeto, es decir, la *res cogitans* frente a la *res extensa*. Es un sujeto del pensamiento que se enfrenta al mundo de los objetos. Para él todo es objeto, tanto la corporalidad del otro como la propia corporalidad. Por eso, Hinkelammert señala que es un sujeto trascendental, que desde un punto de vista externo a la corporalidad del mundo juzga sobre éste como mundo objetivo, del que no se considera parte sino sólo juez.<sup>22</sup> Su existencia se sostiene solamente en su autorreflexión sobre sí mismo, y por eso no tiene corporalidad ni tampoco, en consecuencia, tiene sentidos.<sup>23</sup>

Pero no queda ahí la noción de este sujeto epistemológico, pues es a la vez un individuo poseedor; es el individuo que se dirige al mundo para dominar y poseer; al pensar el mundo corporal como objeto, en la relación sujeto-objeto se entiende como poseedor del mundo. Lo más grave es que la negación del sujeto trascendental realizado por la posmodernidad no ha significado una recuperación de una subjetividad liberadora e intercomunitaria; al contrario, ha fortalecido al sujeto actuante como individuo propietario; al respecto, señala Hinkelammert: “Pero esta negación del sujeto trascendental no ha afectado al individuo poseedor, que es su contrapartida. De hecho ha sustituido el sujeto pensante por el sujeto actuante, que es un individuo propietario y calculador de sus intereses. Sigue interpretando todo el mundo corporal como objeto de acción, pero se ve a sí mismo más bien como una sustancia calculadora, que se mueve en un mundo de puros objetos, y calcula su posibilidad de acceso a este mundo consumiéndolo y acumula como propiedad partes crecientes de él. Para este sujeto calculante, el propio cuerpo sigue siendo un objeto igual como lo es el mundo exterior. No tiene cuerpo, para calcular su acción sobre cuerpos, que es su objeto. Este sujeto

<sup>22</sup> Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley*, op. cit., p. 485.

<sup>23</sup> Dussel, Enrique, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 515.

calculante es el individuo, que no se ve molestado por la negativa al sujeto trascendental”.<sup>24</sup>

Una fundamentación de derechos humanos desde el sujeto trascendental, o desde su negación posmoderna, termina siendo funcional para los intereses del sujeto calculante. Los derechos humanos se reducen a los “derechos” necesarios para tener acceso “al mundo consumiéndolo” y acumular propiedades. Paradójicamente, el sujeto actuante verá en los otros a objetos, pues la sociedad del mercado lo conduce a “[t]ransformar todo en objeto, inclusive a sí mismo, [y esto] es presentado ahora como libertad y salvación”.<sup>25</sup> Entonces los bienes protegidos por los derechos humanos no son satisfactorios para la producción y reproducción de vida, sino meros objetos para ser consumidos. En cambio, la FL propone recuperar al ser humano como se hace presente en la realidad, como ser corporal, como sujeto viviente frente a otros que también se hacen presentes como seres corporales y sujetos vivientes; es una relación de cuerpo a cuerpo, de *cara-a-cara*. La pregunta clave de este sujeto no es “si existo” sino “puedo seguir existiendo”. Se trata de responderse por las condiciones de posibilidad de vivir como ser corporal, como ser viviente.

La demanda de la recuperación del sujeto, de la vida humana concreta, de la vida para todos, en las instituciones sociales y en las construcciones culturales, es la demanda más urgente del mundo de hoy, según Hinkelammert. Para esto, derechos humanos es, sin duda, una herramienta importante, pero fundamentado en un sujeto intersubjetivo. Y esto tiene que ver con la vuelta, en palabras de nuestro autor, al sujeto reprimido y al bien común.

#### IV. EL FUNDAMENTO SOCIO-HISTÓRICO (PRAXIS DE LIBERACIÓN)

La FL no se comprende sólo como una ética de la alteridad, sino también puede entenderse como una filosofía de la praxis. Diversos autores –por ejemplo, Ellacuría, Dussel y Hinkelammert– abordan en su reflexión las diversas formas de *praxis*. De una u otra forma, buscan encontrar sus características para poder considerarla como una

<sup>24</sup> Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley*, op. cit., pp. 486-487.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 487.

praxis de liberación. Si bien parten del análisis de la praxis humana en general, coinciden en señalar que no toda praxis es liberadora, sino que existen unas opresoras, homicidas y alienantes. En este sentido, derechos humanos como realidad histórica está afectada por esta ambivalencia de la praxis; derechos humanos bien pueden ser instrumentos de ideologizaciones funcionales a prácticas opresoras o herramientas para la liberación. Fundamentar derechos humanos desde la praxis significa encontrar un fundamento sociopolítico; se trata de entenderlos como herramientas de las praxis de liberación.

Ellacuría aborda la praxis desde el análisis de los elementos y dinanismos que integran la realidad histórica que van desde la materialidad hasta la dimensión personal, y desde el individuo hasta el cuerpo social. Como señala Antonio González, la praxis humana “en cuanto apropiación y transmisión de posibilidades es la categoría más apropiada para comprender la originalidad de lo histórico”.<sup>26</sup> En diversos escritos, tanto en los de carácter político, filosófico como teológico, Ellacuría utiliza el concepto *praxis*, y en variadas ocasiones lo hace de manera adjetivada; así se encuentran conceptos como *praxis histórica*, *praxis social*, *praxis política*, etc. Es un concepto utilizado por este autor como parte de su diálogo con el marxismo, aunque con una importante fundamentación en el pensamiento de Xavier Zubiri.

Para Ellacuría, por su carácter transformador, la praxis es el ámbito donde con mayor claridad se expresa la interacción entre el ser humano y el mundo, pues en ella las relaciones no son siempre unidireccionales sino respectivamente codeterminantes. A través de la praxis se muestra el poder creativo del ser humano. Este poder “está en estrecha relación con el grado de libertad que vaya alcanzado [el ser humano] dentro del proceso histórico”.<sup>27</sup> Si bien todo tipo de actividad humana transformadora está incluido en la reflexión filosófica de la praxis humana, pues ella incluye todas las formas del quehacer humano, tanto especulativas, educativas, técnicas, religiosas, etc., Ellacuría pone énfasis en las praxis históricas de liberación, es decir, en aquellas que actúan como productoras de estructuras nuevas más humanizantes. En sentido semejante, Dussel señala que la praxis de

<sup>26</sup> González, Antonio, “Prólogo”, en Ignacio Ellacuría, *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador, 1999, p. 11.

<sup>27</sup> Samour, Héctor, “Filosofía y libertad”, en Rodolfo Cardenal y Jon Sobrino (coord.), *Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida*, Sal Terrae, Santander, 1999, p. 110.

liberación “es la acción posible que transforma la realidad (subjetiva y social) teniendo como última referencia siempre a alguna víctima o comunidad de víctimas”.<sup>28</sup>

El proceso práxico de liberación, ya en el ámbito ético y político, es principalmente dialéctico –aunque no exclusivamente– en cuanto busca negar la negación de los seres humanos, y se avance afirmando lo positivo. Un proceso que se da dentro del dinamismo histórico de la posibilitación y capacitación, por lo cual no existe ninguna garantía de triunfo. Ya se ha dicho que la realidad histórica puede ser principio de humanización y de personalización, pero también puede ser de opresión y alienación. Esto porque “la *praxis* histórica no es reducible ni a las leyes del mundo natural ni a los saltos dialécticos de algún presunto espíritu”.<sup>29</sup> A diferencia de lo que puede suceder con posturas idealistas o mecanicistas de la historia, el mal y la injusticia en la historia no pueden ser legitimados ni justificados como unas necesidades lógicas en el desarrollo de una teleología o como partes de un devenir forzoso de la historia. Más bien el mal histórico es un límite real que se presenta como un desafío a la *praxis* de liberación.

La liberación es, entonces, un proceso a través del cual el ser humano va ejerciendo su libertad, y va haciéndose cada vez más libre gracias a su estructura de esencia abierta. “La liberación es, por lo pronto, un proceso. Un proceso que, en lo personal, es, fundamentalmente, un proceso de conversión y que, en lo histórico, es un proceso de transformación, cuando no de revolución”.<sup>30</sup>

La concepción de la *praxis* hasta ahora analizada tiene importantes consecuencias para la fundamentación de derechos humanos, si éstos se asumen como momentos de la *praxis* histórica de liberación. En este contexto no sería viable, y carecería de sentido, un fundamento absoluto y dogmático, desde el que se proponga un tipo de “falacia desarrollista”. En efecto, deberán comprenderse derechos humanos desde su complejidad como momentos pertenecientes a las distintas fuerzas históricas; es decir, contemplarlos como momentos tanto jurídicos como ideológicos, sociales y políticos. Esto significaría asumir una concepción compleja de derechos humanos.

<sup>28</sup> Dussel, Enrique, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 553.

<sup>29</sup> González, Antonio, “Prólogo”, op. cit., p. 11.

<sup>30</sup> Ellacuría, Ignacio, “En torno al concepto y a la idea de liberación”, en *Escritos teológicos*, tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2000, p. 640.

El comprender derechos humanos como momentos de la *praxis* histórica de liberación se constituye en un fundamento socio-histórico. Es decir, se trata de entender la *praxis* de liberación de los nuevos sujetos socio-históricos como fundamento de derechos humanos. En cierta forma, el análisis crítico que realiza Helio Gallardo tiene relación con nuestro tema. Este autor señala que el fundamento de derechos humanos no es filosófico sino sociológico; éste debe entenderse como matriz, y por tanto se constituye por la formación social moderna que contiene tensiones, conflictos y desgarramientos. Es decir, el fundamento se encuentra en la sociedad civil, en su dinámica emergente liberadora, en sus movimientos y movilizaciones sociales contestatarios.<sup>31</sup>

El fundamento de derechos humanos tendría entonces como motor la lucha social en matrices sociohistóricas; así, Gallardo afirma que “[d]esde el punto de vista de su práctica, el fundamento de derechos humanos se encuentra, ostensiblemente, en *sociedades civiles emergentes*, es decir en movimientos y movilizaciones sociales que alcanzan incidencia política y cultural (configuran o renuevan un *ethos* o sensibilidad) y, por ello, pueden institucionalizar jurídicamente y con eficacia sus reclamos”.<sup>32</sup> Esta fundamentación sociohistórica es asumida por el pensamiento de la liberación pero no sólo desde el aspecto sociológico sino también desde el horizonte filosófico.

Ahora bien, la FL no sólo desarrolla la comprensión del sentido de la *praxis* sino también del sujeto de ella. De entrada, toda persona puede constituirse en sujeto de la *praxis* de liberación, ya sea en su calidad de víctima o por ser solidario con el oprimido, en cuanto realiza acciones, organiza instituciones o transforma sistemas para que las víctimas, los pobres y los oprimidos disfruten y ejerzan efectivamente derechos humanos.<sup>33</sup> Pero el analogado principal del sujeto de la *praxis* de liberación es la víctima que adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida. En este sentido, Dussel afirma: “El sujeto de la *praxis* de liberación es el sujeto vivo, necesitado, natural,

<sup>31</sup> Gallardo, Helio, *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*, DSR, Murcia, 2008, p. 31.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>33</sup> Dussel, Enrique, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 513.

y por ello cultural, en último término la víctima, la comunidad de las víctimas y los a ella co-responsablemente articulados. El 'lugar' último, entonces, del discurso, del enunciado crítico, son las víctimas empíricas, cuyas vidas están en riesgo, descubiertas en el 'diagrama' del Poder por la razón estratégica".<sup>34</sup>

El sujeto de la praxis de liberación supone no una mera subjetividad individual sino la ya mencionada intersubjetividad. La intersubjetividad no significa la creación de un sujeto colectivo natural, pues esto conlleva finalmente a una sustantivización indebida; los sujetos socio-históricos son fluidos y fragmentarios, aparecen y desaparecen en coyunturas bien determinadas, según las tramas sociales. Más bien significa el reconocimiento de la subjetividad de cada sujeto humano concreto, y de su encuentro con el otro, que también es sujeto, y que por sus cualidades de víctimas o solidario con ellas, se conforman en una comunidad de vida.<sup>35</sup> Como señala Dussel, la intersubjetividad "se constituye a partir de una cierta comunidad de vida, desde una comunidad lingüística (como mundo de la vida comunicable), desde una cierta memoria colectiva de gestas de liberación, desde necesidades y modos de consumo semejantes, desde una cultura con alguna tradición, desde proyectos históricos concretos a los que se aspira en esperanza solidaria".<sup>36</sup>

Por su parte, Hinkelammert resalta el carácter procesual del hacerse sujeto que, para la FL, significa la vuelta –la recuperación– del sujeto reprimido: "...el ser humano como sujeto no es una instancia individual. La intersubjetividad es una condición para que el ser humano llegue a ser sujeto. Se sabe en una red, que incluye la misma naturaleza externa al ser humano: que viva el otro, es una condición de la propia vida".<sup>37</sup> El ser humano para vivir requiere hacerse sujeto; la vida es un llamado a constituirse como sujeto. En efecto, el ser sujeto no es un antes, un *a priori* del proceso, sino que resulta del mismo proceso.<sup>38</sup> Es decir, el "sujeto" no contiene un valor o una sustancia *a priori*, sino que depende del sentido negativo del sistema que lo hace víctima; lo que podría decirse es que ese sujeto buscará

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 525.

<sup>35</sup> Gallardo, Helio, *Teoría crítica*, op. cit., p. 60.

<sup>36</sup> Dussel, Enrique, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 525.

<sup>37</sup> Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley*, op. cit., p. 495.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 496.

revertir su situación de víctima a través de la generación de un nuevo sistema. En efecto, para llegar a ser sujeto de la praxis de liberación es necesario efectuar una crítica autoconsciente del sistema que causa la victimización. Las víctimas han de caer en la cuenta de que no habían participado en el acuerdo originario del sistema –por utilizar expresiones de la ética del discurso– y, sobre todo, en que debido a dicho sistema no pueden producir, reproducir y desarrollar su vida.<sup>39</sup>

Habíamos señalado párrafos arriba que el proceso práxico de liberación es principalmente dialéctico, aunque no exclusivamente. En cuanto a derechos humanos, la praxis de liberación se constituye, en diversas ocasiones, por el enfrentamiento de un movimiento social organizado de las víctimas y un sistema formal dominante. Se genera un conflicto ético, con consecuencias sociales y jurídicas, donde la comunidad de víctimas busca modificar las tramas sociales para lograr una transferencia de poder con el fin de satisfacer sus necesidades de vida.<sup>40</sup> Si la praxis de liberación se realiza por un sujeto inter-subjetivo, el principio normativo "crítico democrático" es parte de ella. La intersubjetividad en las luchas de liberación se basa en el consenso crítico de las víctimas. Un movimiento social basado, por ejemplo, en las decisiones de "líderes" y que no se guía por la voluntad consensada de las víctimas, terminará reproduciendo el mismo sistema que excluye a las víctimas y esos "líderes" terminarán utilizando el poder de manera fetichizada. Por eso, la intersubjetividad tiene que ver con dicho principio, que Dussel define de la siguiente manera: "El principio normativo crítico democrático apunta a promover el consenso crítico de las víctimas, por su participación real y en condiciones simétricas".<sup>41</sup> En efecto, al fundamentar derechos humanos en la praxis de liberación, se comprende la importancia del consenso de las víctimas para que la lucha por "nuevos derechos" signifique la creación de un nuevo sistema, que incluye la participación de los que habían sido excluidos.

De lo anterior podemos concluir que el Estado no es fundamento de derechos humanos; a lo más puede ser un instrumento, un conjunto de instituciones, para hacerlos efectivos. La praxis de liberación de

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 495-496.

<sup>40</sup> Gallardo, Helio, *Teoría crítica*, op. cit., p. 44. Dussel, Enrique, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 541.

<sup>41</sup> Dussel, Enrique, *Veinte tesis de política*, Siglo XXI, México, 2006, p. 105.

los pueblos es un hecho más radical que la existencia y el funcionamiento del Estado.<sup>42</sup> Si se fundamenta derechos humanos en la praxis histórica de liberación se potencializa, siguiendo las categorías de Boaventura de Sousa Santos, el pilar emancipatorio de la Modernidad. En cambio, si se fundamentan en el Estado, se potencializará a la larga uno de los pilares de control.<sup>43</sup> Por tanto, recuperando lo mejor de la Modernidad, la FL ha de insistir que derechos humanos deben conservarse como parte del pilar emancipatorio fundamentándolos en las praxis de liberación.

Los derechos humanos tienen como uno de sus fundamentos la praxis histórica de liberación, en cuanto ésta se realiza por una comunidad de víctimas —que se constituye en un sujeto intersubjetivo— que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Esto conlleva el colocar a la praxis como el hecho más radical, que antecede al Estado o a la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Es un fundamento no-dogmático, ni etnocéntrico, ni historicista; defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.

#### V. EL FUNDAMENTO DE LA PRODUCCIÓN DE VIDA

La FL tiene como un tema central de su reflexión al “sujeto vivo”, y en conexión con él a la satisfacción de las necesidades para la vida. La recuperación del sujeto no sólo es referida a un sujeto intersubjetivo y a un sujeto de la praxis de liberación, sino también al sujeto como sujeto vivo, como un ser corporal, por el que la satisfacción de necesidades se constituye como un hecho radical. Esto no quiere decir que el sujeto intersubjetivo y el sujeto de la praxis queden relegados a un segundo sitio, otorgándole la primacía al sujeto vivo. No se trata de jerarquizar a los “sujetos”. Es decir, para que el sujeto

<sup>42</sup> Salamanca, Antonio, *Filosofía de la revolución. Filosofía para el socialismo en el siglo XXI*, UASLP, CEDH, San Luis Potosí, 2008, pp. 28-34.

<sup>43</sup> Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, ILSA, Madrid, Bogotá, 2009, p. 31.

de derechos humanos realmente sea tal, debe ser alternamente un sujeto vivo, intersubjetivo y práxico.<sup>44</sup> La ausencia de cualquiera de ellos, o la ausencia total de sujeto, significaría que la fundamentación de derechos humanos caería en alguno de los riesgos analizados al inicio de esta sección.

En virtud al sujeto vivo, la fundamentación de derechos humanos se constituye como un referente crítico del sujeto de la praxis, encaminado a responder a la interpelación que las víctimas realizan a través del sujeto intersubjetivo. Es decir, si el sujeto de la praxis dirige su actuar para lograr una liberación integral, a través de la organización y el consenso de la comunidad de víctimas que transforma el sistema a través de “nuevos derechos”, la satisfacción de necesidades para la vida es el marco material de esa praxis, de esa organización y de ese consenso entre las víctimas: “El juicio de hecho crítico (desde el marco material de la ética) se enuncia como la posibilidad de la producción, reproducción y desarrollo de la vida de los sujetos reales del sistema, y como ‘medida’ o criterio de los fines del mismo: si la vida no es posible, la razón instrumental que se ejerce en hacerlo imposible es éticamente perversa”.<sup>45</sup>

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone —o se pretende imponer— a la sociedad entera.<sup>46</sup> Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia”.<sup>47</sup> A la eficiencia y la racionalidad económica se les consideran los aportes de la competitividad, y ambas son transformadas en los valores supremos. Esta competitividad borra de la conciencia el sentido de

<sup>44</sup> Hinkelammert, Franz, *Critica de la razón utópica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 523.

<sup>46</sup> Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley*, op. cit., pp. 19-23.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 23.

la realidad, pues provoca que se perciba como “realidad virtual”. El maíz o el trigo son producidos si son competitivos, no porque alimenten; una pieza de ropa no se fabrica, aunque caliente y dé abrigo, si su producción no es competitiva. Con esta realidad virtual, según la cual todo tiene su criterio en la competitividad, desaparece el valor de uso de las cosas. No obstante, esto se extiende a todas las facetas de la vida, incluyendo aquellas relacionadas con lo jurídico y derechos humanos. Una cultura humana que no produce competitividad tiene que desaparecer, y su desaparición podrá ser interpretada como un devenir natural de los acontecimientos y por el “ejercicio de la libertad” de sus miembros que optaron por dejar de utilizar, por ejemplo, su lengua (es más competitivo hablar inglés que ñañú, por ejemplo); o, igualmente desde este criterio, se ha de considerar que las transformaciones sociales que no aumenten la competitividad no deben realizarse. El dominio de la competitividad no admite acciones frente a los efectos destructores que ella produce; es más, impide siquiera verlos. Significa la afirmación de la Totalidad y la negación del Otro; el encubrimiento del rostro de la víctima, quien lo es por su propia responsabilidad, por no ser “competitivo”. Por eso un sujeto práctico o actuante no es suficiente.

Contrario a la racionalidad medio-fin, Hinkelammert señala que la vida del actor no puede ser un fin, dado que no puede ser tratada como un fin en competencia con otros. Quien elige la muerte, elige la disolución de todos los fines posibles. La vida es la posibilidad de tener fines, y sin embargo, no es un fin. Por eso, si abordamos al actor como un ser vivo que se enfrenta a sus relaciones medio-fin, entonces lo miramos como sujeto. El actor, antes de ser actor, es sujeto humano; sólo se transforma en actor cuando ha decidido sobre el fin y calcula los medios, incluyendo en éstos su propia actividad. La racionalidad reproductiva es la propia del sujeto vivo. Para poder enfocar esta racionalidad, debemos asumir al actor más allá de sus relaciones medio-fin; percibirlo como sujeto y, por tanto, no como un fin sino condición de la posibilidad de los fines. El ser humano como sujeto vivo concibe fines y se refiere al conjunto de sus fines posibles. Pero no puede realizar todos los fines que bajo un cálculo medio-fin parecen posibles; por lo menos debe excluir aquellos fines cuya realización atenta contra su posibilidad de vivir. Si bien el sujeto determina sus fines, no puede desconocer la materialidad de la

historia, como señala Ellacuría.<sup>48</sup> De ahí que el sujeto esté “atado” al circuito natural de la vida humana que es condición de posibilidad de su propia vida.

El criterio de vida o muerte se convierte en el criterio en última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida. La irracionalidad de lo racionalizado no es otra cosa que la evidencia de esta contradicción performativa. Como señala Hinkelammert, “[l]a racionalidad medio-fin aplasta la vida humana (y de la naturaleza), lo que evidencia su carácter potencialmente irracional”.<sup>49</sup>

La racionalidad del sujeto vivo se enfrenta a la pretensión de mostrar como racionales las acciones que producen muerte. Hinkelammert denuncia la desorientación del mercado y del pensamiento sobre él en relación con la racionalidad reproductiva. Ante el criterio del mercado todas las acciones medio-fin son igualmente racionales, aunque desde la racionalidad reproductiva sean destructoras. Por tanto, las actividades devastadoras de la vida son promovidas por el mercado al igual que las actividades compatibles: “Cortar la rama del árbol sobre la que el actor se halla sentado, es tan racional como cortar cualquier otra”. Se genera entonces una tendencia inevitable del mercado hacia la destrucción en términos de la racionalidad reproductiva; se trata de la muerte tanto de los seres humanos como de la naturaleza: “Esta tendencia destructiva es la irracionalidad de lo racionalizado”.<sup>50</sup> Ahora bien, esta tendencia a la destrucción no es necesariamente la finalidad de nadie, sino que resulta de la propia racionalidad medio-fin y por constituirse en una totalidad. El sistema coordinador de la división social del trabajo —el mercado— la hace surgir. Podrán tratarse de efectos externos para la racionalidad medio-fin, pero son indiscutiblemente internos para la vida y para la racionalidad reproductiva.

No obstante, cuando la racionalidad medio-fin pretende totalizarse, la racionalidad reproductiva no deja de existir y sigue haciéndose presente. Esta racionalidad no es una postura idealista, sino que responde a una exigencia material, al enfrentamiento del ser humano con

<sup>48</sup> Ellacuría, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, op. cit., pp. 55 y ss.

<sup>49</sup> Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley*, op. cit., p. 49.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 53.

la materialidad de la realidad histórica; por tanto, se le asume para preservar la vida o se le soslaya para producir muerte. Cuando más se niega esta racionalidad, aumentan las situaciones que imposibilitan la satisfacción de necesidades, tales como el desempleo, la violencia, el subdesarrollo, la pauperización, etc. Entonces, como señala Hinkelammert, estas insatisfacciones se hacen sentir como exigencias y protestas, pero, además, “donde no hay protesta posible, como en el caso de la naturaleza destruida, la ausencia de la racionalidad reproductiva se hace presente por las crisis ambientales. [...] Y donde la protesta social no es posible, la ausencia de racionalidad se hace sentir en las crisis de la convivencia, las migraciones, la descomposición social, el crimen y la corrupción”.<sup>51</sup>

De lo anterior se desprende la relación del sujeto vivo con el sujeto de la praxis de liberación. La praxis que busca la liberación integral ha de tener como momento material y objetivo la satisfacción de las necesidades de las víctimas; la transformación del sistema y la generación de una nueva institucionalidad deben de tener como objetivo posibilitar la vida y evitar la muerte.<sup>52</sup>

La toma de consciencia de la víctima para generar una comunidad y constituirse en una subjetividad emergente que genera “nuevos derechos” tiene como momento inicial el enfrentamiento ante la muerte. Si el aprendizaje de la razón medio-fin es descrito como un aprendizaje de prueba y error, en cambio, el aprendizaje de la racionalidad reproductiva es diferente. Señala Hinkelammert que es un aprendizaje que se enfrenta a la muerte para evitarla; busca evitar el derrumbe de todos los fines con la muerte. Se persigue afirmar la vida y entonces el esfuerzo de evitar aquello que la amenace; se trata de un aprendizaje negativo. La praxis de liberación surge, en este contexto, como consecuencia de la experiencia, por parte de las víctimas, de las distorsiones que el mercado produce en la vida y en la naturaleza. Además, la afirmación de la vida no es un fin sino un proyecto: el conservarse como sujeto que puede tener fines. Es así como se genera una conciencia generadora de praxis de liberación: “Se trata de conservar la vida del actor, y no de realizar algún fin positivo mediante una gama de alternativas de la acción por probar.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>52</sup> Hinkelammert, Franz, *Crítica de la razón utópica*, op. cit., p. 338.

Este aprendizaje en la lógica de la racionalidad reproductiva se refiere a un futuro desconocido con la posibilidad del fracaso. De ahí que los valores implícitos de este aprendizaje son diferentes: de solidaridad; de respeto a la vida propia y a la de los otros, incluyendo a la propia naturaleza; de cuidado y sabiduría. Son valores que relativizan la racionalidad medio-fin y la transforman en racionalidad secundaria. Su relativización es, asimismo, cuestión de vida y muerte”.<sup>53</sup>

Si bien la comunidad de víctimas toma conciencia y se organiza, generando un consenso para guiar su praxis (principio formal), éste debe tener como proyecto –y a la vez como límite– el desarrollo de la vida (principio material). El sujeto tiene un horizonte objetivo que es de vida y muerte.<sup>54</sup> Si no contara con ese horizonte no sería un sujeto vivo; podría en cambio pretender ser un actor de la racionalidad medio-fin que no tiene como límite la vida y llega a generar, como hemos visto, el suicidio.

Quedarse únicamente con el criterio de la producción de vida, del sujeto vivo, como fundamento de derechos humanos correría el riesgo, entre otros, de terminar defendiendo un individualismo justificador de un egoísmo que afirmase un imperativo “sálvese quien pueda” o “viva quien pueda vivir”. Por eso es necesario completar este fundamento con el fundamento de la alteridad y de la praxis de liberación. En este sentido, Hinkelammert señala que “[e]l querer salvar no es suficiente, si bien es condición necesaria. A partir de esta situación, toda relación humana tiene que ser reenfocada. No hay salida, excepto por un reconocimiento mutuo entre sujetos que, a partir de este reconocimiento, someten todo el circuito medio-fin a la satisfacción de sus necesidades. Si se parte de este reconocimiento, es necesaria una solidaridad que sólo es posible si este la sustenta”.<sup>55</sup> El sujeto se hace sujeto por la afirmación de su vida, pero esta subjetividad se complementa con la afirmación de la vida del otro.

El otro aparece con claridad en las crisis de los sistemas que causan muerte: “Surge así *en y ante* los sistemas, en los diagramas del Poder, en los lugares *standard* de enunciación, de pronto, por dichas situaciones críticas, el Otro que el sistema, el rostro del oprimido o

<sup>53</sup> Hinkelammert, Franz, *El sujeto y la ley*, op. cit., pp. 66-67.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 68-69.



excluido, la víctima no-intencional como efecto de la lógica performativa del todo formal racionalizado, mostrando su irracionalidad desde la vida negada de la víctima”.<sup>56</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

A partir de los conceptos y categorías de la FL es posible construir un fundamento de derechos humanos basado en tres pilares: la alteridad, la praxis de liberación y la producción de vida. Esta fundamentación busca superar los riesgos que corre el intento de fundamentación, tales como el dogmatismo, el pensamiento débil, el reduccionismo y el etnocentrismo. Sin negar la subjetividad como elemento esencial de derechos humanos, la FL la abre a la pluralidad cultural y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta; por eso, se trata de un sujeto *inter-subjetivo*, que desarrolla una praxis de liberación para juridificar las necesidades y tener acceso a los bienes para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. Para la FL, los derechos humanos deben tener al criterio de vida o muerte como de última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida.

La fundamentación propuesta significa un *retorno del sujeto*, pero no del sujeto metafísico, sino del sujeto viviente, corporal, intersubjetivo y práxico, como un horizonte filosófico para una crítica de la globalización neoliberal. Es decir, la praxis se realiza por una comunidad de víctimas –que se constituye en un sujeto intersubjetivo– que busca, ejerciendo el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Por eso la praxis es un hecho más radical que el Estado o la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Rechaza el dogmatismo, el etnocéntrico y el historicismo, defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino del sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.

<sup>56</sup> Dussel, Enrique, *Ética de la liberación*, op. cit., p. 523.

## ANTONIO JOAQUÍN PÉREZ MARTÍNEZ EN EL CONTEXTO DE LAS CORTES DE CÁDIZ\*

Juan Pablo SALAZAR ANDREU  
Alejandro G. ESCOBEDO ROJAS

SUMARIO: I. *Algunos datos sobre Antonio Joaquín Pérez Martínez Robles. Su etapa eclesiástica 1793-1810.* II. *Su marco ideológico en los albores de las Cortes.* III. *Su ideario y contribución en las Cortes de Cádiz.* IV. *Conclusiones.*

### I. ALGUNOS DATOS SOBRE ANTONIO JOAQUÍN PÉREZ MARTÍNEZ ROBLES. SU ETAPA ECLESIASTICA 1793-1810

Nació en la ciudad de Puebla de los Ángeles el 13 de mayo de 1763,<sup>1</sup> año del fallecimiento del ilustre obispo angelopolitano Domingo Pantaleón Álvarez de Abreu. Sus padres fueron don Francisco Pérez, comerciante originario del puerto de Cádiz y doña Antonia Martínez Robles, de origen poblano, perteneciente a un estrato social relevante.<sup>2</sup> Entre sus ascendientes, destaca el Prior del Convento Dominicano de San Pablo, Fray Antonio Pérez, quien falleció profesando como

\* Una primera versión del texto fue presentada en el coloquio: "Los abogados y la formación del Estado mexicano", organizado por el: IJ-UNAM, IJH-UNAM y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

<sup>1</sup> López Escalera, Juan, *Diccionario Biográfico y de Historia de Mexico*, México, Editorial del Magisterio, 1964, p. 851.

<sup>2</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 110.

religioso en el Convento de Santo Domingo de Puebla.<sup>3</sup> La infancia y juventud de don Antonio Joaquín transcurrió en el seno de una familia muy piadosa y evidentemente que el hermano de su padre fue un personaje que incidió en su vocación sacerdotal. Después de concluir sus estudios de primaria, estudió latín por dos años en el Colegio San Luis Rey. De ahí continuó en su formación eclesiástica, estudiando en el Colegio de San Ignacio en donde estudió filosofía. Debido a que era un estudiante brillante, obtuvo una beca merced a su talento y dedicación.<sup>4</sup> Culminó su carrera en el afamado Colegio Carolino, en donde obtuvo la borla doctoral en teología, tiempo después en dicho centro educativo se desempeñó como profesor de moral, filosofía, sagradas escrituras y teología.<sup>5</sup>

Su labor como eclesiástico se inició bajo el pontificado de Salvador Biempica Sotomayor, quien le brindó su confianza y le encomendó diversas responsabilidades. Después de ser cura de la Iglesia de San Sebastián, a partir del año 1793 se desempeñó como secretario del obispo y luego como teólogo consultor y examinador del obispado, cura del Sagrario de la Catedral y se le buscaba una canonjía.<sup>6</sup>

En la primavera de 1797, la petición del obispo Biempica al válido Manuel Godoy, referente al otorgamiento de un Beneficio eclesiástico para Pérez tuvo eco en la Corte, toda vez que se le otorgó una media ración en la Catedral Angelopolitana.<sup>7</sup> En resumidas cuentas, a partir del año 1793, contando don Antonio Joaquín con 30 años de edad fue designado secretario de Cámara de monseñor Biempica.<sup>8</sup>

Después de desempeñar a lo largo de seis años de forma exitosa, las tareas encomendadas por el obispo angelopolitano, en 1799 se

<sup>3</sup> Certificación de haber muerto en el Convento de Santo Domingo de Puebla, Fray Antonio Pérez a petición del Canónigo Magistral de la Santa Iglesia Catedral de Puebla de los Ángeles, doctor Antonio Joaquín Pérez Martínez (AGN, Inquisición, vol. 1385, exp. 13, fojas 144-157).

<sup>4</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 110.

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> Carta del obispo de Puebla de los Ángeles al Príncipe de la Paz, 28 de febrero de 1796 (AGI, Estado, 41, núm. 26).

<sup>7</sup> Minuta de Oficio de Eugenio Llaguno al Príncipe de la Paz, 26 de marzo de 1797 (AGI, Estado, 41, núm. 26).

<sup>8</sup> Comunicado al doctor Antonio Joaquín Pérez Martínez, secretario de Cámara del obispo de Puebla de los Ángeles, 1793 (AGN, Inquisición, vol. 1094, exp. 280, vuelta 283).

le otorgó a don Antonio Joaquín la ración completa y además se le designó como vicario y superintendente de religiosos.<sup>9</sup>

De lo anteriormente expuesto, se desprende el hecho de que el canónigo Pérez experimentó un notable crecimiento bajo el amparo del obispo Salvador Biempica, personaje muy ligado a Godoy, lo que le valió a don Antonio Joaquín el otorgamiento de beneficios y un valioso aprendizaje en materia de asuntos políticos de la Iglesia.

La llegada del año 1802 trajo consigo la muerte de Biempica, lo que motivó que su hombre de confianza pronunciara la oración fúnebre con la cual finalizaron las honras de tan ilustre personaje.<sup>10</sup>

El sucesor de este último prelado hispano, monseñor Biempica, fue el criollo Manuel Ignacio González del Campillo (1803-1813), también hombre del entorno episcopal de don Salvador.

Indudablemente que la convivencia entre González del Campillo y Antonio Joaquín Pérez trajo como resultado una buena relación entre ambos personajes.

Así las cosas, a comienzos del año 1806 Pérez fue designado Comisario de la Cruzada de la ciudad de Puebla de los Ángeles.<sup>11</sup>

No debe pasarse por alto el hecho de que en el año 1805, Campillo encomendó a don Antonio Joaquín fungir como Primer Comisario del Tribunal del Santo Oficio en la Angelópolis.<sup>12</sup> La permanencia de este controvertido Tribunal, tiempo después sería defendida por el diputado Pérez, en el marco de su actuación en las Cortes de Cádiz.

Aparte de las anteriores encomiendas y en virtud de un mal que le aquejaba la garganta a monseñor Campillo, Pérez predicó importantes sermones en su nombre, condenando todos aquellos sucesos contrarios a los intereses de la monarquía española. De ahí que la sintonía entre Campillo y Pérez, ambos criollos, respecto a la defensa del absolutismo, debe haberles proporcionado una liga de unión política muy férrea.

<sup>9</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 110.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 111.

## II. SU MARCO IDEOLÓGICO EN LOS ALBORES DE LAS CORTES

Siguiendo en este punto a Pérez Garzón, a finales del siglo XVIII “ya se encontraban nítidamente configurados dos grandes grupos políticos e ideológicos. El historiador Emilio la Parra los ha estudiado con precisión. Por un lado, los ilustrados, partidarios de reformas liberales y de desamortizar los bienes acumulados en manos eclesiásticas. Además, se inclinaban por aliarse con Francia, porque Gran Bretaña era la gran rival en América y en la navegación comercial oceánica. Frente a los ilustrados se fraguó el partido reaccionario, entonces catalogado como ultramarino, constituido por un sector poderoso del clero, sobre todo con influyentes órdenes religiosas como los franciscanos y los dominicos, con importantes riquezas acumuladas en campos y ciudades en la segunda mitad del siglo XVIII. También controlaban la mayoría de las universidades, sin olvidarse que en esos años eran los nuevos colonizadores por la América del Norte. Este partido ultramarino tuvo importantes resortes externos, como la Santa Sede e incluso Gran Bretaña. Fueron denominados el partido inglés, también el partido italiano por la vinculación con Roma y con los Borbones de Nápoles”.<sup>13</sup>

El auge del pensamiento ilustrado tuvo como motor la expansión del periodismo que se constituyó como plataforma para la divulgación de pensamientos e ideas, así como para debatir los asuntos de gobierno. Esta cuestión tuvo que ver con los círculos culturales de los siglos anteriores.<sup>14</sup>

Al respecto Pérez Garzón afirma: “La proliferación de publicaciones periódicas en la segunda mitad del siglo XVIII en las más importantes ciudades de la monarquía hispánica en territorios peninsulares o americanos, fue un acontecimiento decisivo para comprender lo que ocurrió a partir de 1810 en las Cortes de Cádiz. Se trataba de una prensa muy minoritaria, no cabe duda, porque la inmensa mayoría de la población era analfabeta. Se editó en forma de gacetas, mercurios, correos y diarios y durante el reinado de Carlos III destacaron

<sup>13</sup> Pérez Garzón, Juan S., *Las Cortes de Cádiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, España, Ed. Síntesis, 2007, p. 42.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 44.

periódicos como *El Censor*, editado por Cañuelo, *El Pensador*, por Clavijo y Fajardo y *El Correo de Madrid*”.<sup>15</sup>

Bajo el reinado de Carlos IV, debe mencionarse el Seminario de Agricultura y Artes (1797-1808) editado bajo el patrocinio del favorito Godoy, quien lo promovió para que los obispos lo divulgaran entre sus párrocos y éstos a su vez lo leyeran entre la población analfabeta.<sup>16</sup>

No puede pasar inadvertido *El Correo Literario y Económico de Sevilla* (1803-1808), con individuos tan destacados en el ámbito del liberalismo español como Lista, Reinosos, Blanco White (quien, por cierto, escribiría en contra de Pérez) y Manuel María del Mármol.<sup>17</sup>

El periodismo se extendió al nuevo mundo y en 1722 en la Ciudad de México va a surgir el primer periódico. Ahí empezaron a construirse los primeros cimientos de la divulgación de ideas.<sup>18</sup>

A pesar de que por medio del periodismo, las ideas liberales empezaron a conocerse en un reducido sector de la población, el peso del absolutismo era enorme. El aparato gubernamental cerró el Instituto Pestalozziano. Incluso la Inquisición vigiló la prensa y el pensamiento. Aunque se prohibieron obras de los ilustrados europeos. Las ideas siguieron divulgándose. Las elites hispanas, incluyendo al ala conservadora, se enteraron de lo acontecido en 1791 en Francia y Estados Unidos, leyeron sobre la teoría de separación de poderes de Montesquieu y pudieron debatir acerca de los derechos naturales. Intelectuales como Valentín de Foronda, en 1788, propugnaba un ideario liberal basado en la propiedad, libertad, seguridad e igualdad como los cuatro manantiales de la felicidad de todos los Estados.<sup>19</sup>

En este orden de ideas, León de Arroyal en 1794 propuso un proyecto constitucional fundamentado en la soberanía nacional y en la división de poderes. También eran elites quienes defendieron el sistema de monarquía absoluta. De manera que por encima de una mayoría de población analfabeta, dedicados al trabajo para sobrevivir, se dio el campo de batalla ideológico entre liberales y conservadores.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> *Idem*.

A finales del siglo XVIII se estableció en Guadalajara otra universidad que junto con la Real y Pontificia Universidad de México y otros importantes centros de formación universitaria en Nueva España “poseían una cultura jurídica precaria y provinciana”.<sup>21</sup> En esta cultura se combinaban lo que llegaba a Veracruz en la flota de Indias y lo poco que se imprimía en el vasto territorio novohispano, que entraba de forma ilícita. Así las cosas, en ese reducido espacio, aunque erudito, se abrían pequeños huecos por los que pasaron textos prohibidos de la modernidad y de difícil acceso para los vasallos. De ahí surgieron ideas que sacudieron el pensamiento político de Nueva España, ya que elites novohispanas acogieron las ideas de libertad, igualdad, representación y lucha contra el gobierno despótico dejando a salvo por un tiempo la figura del rey.<sup>22</sup>

Tal y como menciona Lasarte: “Montesquieu fue sin duda el pensador que mejor comprendió en su época las virtudes sociales de la separación de poderes. Sus reflexiones en el espíritu de las leyes al hilo de los comentarios sobre el funcionamiento institucional de Inglaterra adquirieron la fuerza de que algunas de las determinaciones y ambigüedades que caracterizaron el comienzo de su aplicación en la realidad política derivan de las limitaciones de su propia formulación, acentuado, claro está por las circunstancias de los periodos revolucionarios, que en nuestro país (España) se vieron agravadas por la destructiva Guerra de la Independencia o, como dicen los ingleses, Guerra Peninsular. Pero la separación de poderes hirió de muerte al absolutismo”.<sup>23</sup>

Lo expuesto por María del Refugio González y por Javier Lasarte, nos da la idea de que a cuentagotas los principios del liberalismo europeo fueron desgastando el sistema de monarquía absoluta, pero especialmente el principio de división de poderes planteado por el Barón de Montesquieu. Así las cosas en 1808, el Ayuntamiento de la Ciudad de México en boca de algunos de sus integrantes tales como

<sup>21</sup> González, María del Refugio, “El entorno jurídico y los derechos del hombre en la guerra de Independencia”, en *Derechos del hombre en México durante la Guerra Civil de 1810*, Juan Ortiz Escamilla y María Eugenia Terrones (coords.), México, CNDH, Instituto Mora, 2009, p. 58.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>23</sup> Lasarte Álvarez, Javier, *Las Cortes de Cádiz. Soberanía, separación de poderes, Hacienda, 1810-1811*, España, Ed. Marcial Pons, 2009, p. 17.

Primo de Verdad invocaron el principio de soberanía popular, el cual causará gran alarma en el sector conservador novohispano.

El campo de batalla ideológico en Nueva España inicia con el conflicto de 1808 centrado en el concepto de soberanía y dadas las circunstancias económicas, políticas y sociales se recrudecería con el inicio de la Independencia Novohispana de 1810 y en la arena legislativa de los legisladores gaditanos.

Para comprender la situación de América española, previo a los estallidos independentistas y sobre los efectos que en éstos tuvieron la acción política de los ilustrados, el decir de Humboldt en su obra *Ensayo Político sobre el Reino de la Nueva España*, que dedicó a Carlos IV en 1808, resume con claridad su visión sobre aquellas regiones. Percibió la profunda división de ideas e intereses que había dentro de la sociedad colonial, condenó la esclavitud de los negros, el sometimiento de los indígenas, la prepotencia de los terratenientes, el espíritu represivo del gobierno, exacerbado por las novedades de la Revolución Francesa. Comprendió el disgusto de la población motivado por la actuación de los Intendentes y el de los comerciantes y hombres de negocios, por la dependencia económica respecto a la metrópoli, que el decreto de 1778 no había anulado. Se percató que dentro de la minúscula clase ilustrada, la oposición entre reformistas y revolucionarios era notoria, censurando el hecho de que estos últimos apelaban constantemente a Washington y Franklin, olvidándose de su pasado cultural.<sup>24</sup>

La insurrección novohispana, tal y como señala Alfonso García Ruiz: “concebía la dependencia política de España –o de otra manera, el hecho de que toda o casi toda potestad fuese conferida desde la metrópoli– como una de las causas principales de la injusticia y la falta de libertad que en la Nueva España se padecían. Estaban convencidos de que era imposible hacer comprender a los gobernantes españoles de la colonia y de la península la necesidad de transformar el sistema político y social de la Nueva España, respecto del cual peninsulares y mexicanos tenían intereses opuestos”.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Domínguez Ortiz, Antonio, *Carlos III y la España de la Ilustración*, España, Alianza Editorial, 1990, p. 224.

<sup>25</sup> García Ruiz, Alfonso, *Ideario de Hidalgo*, México, Conaculta, 1992, pp. 26-27.

Un aspecto muy importante a destacar desde el inicio de la revuelta encabezada por Hidalgo, es la fe en el constitucionalismo y en el régimen parlamentario como instrumentos para elevar el derecho sobre el poder, instaurar el Estado y prevenir el abuso de autoridad. También deben recordarse los esfuerzos de López Rayón para dar al país una constitución política: el anuncio del Congreso de Chilpancingo en 1813, del Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814. En palabras de Manuel González Oropeza “la elaboración de una constitución fue identificada en el nacimiento del Estado mexicano y se deseaba tanto una constitución como la consolidación de nuestro Estado-nación”.<sup>26</sup>

Respecto al difundido culto al constitucionalismo liberal –apunta Ferrer–, compartido por facciones políticas contrapuestas que se disputaban el poder por medios casi nunca parlamentarios, explica el amplio espectro de quienes se etiquetaban liberales y justifica la apreciación de Brading, que describió al liberalismo mexicano más como un movimiento que como un partido.<sup>27</sup>

Así las cosas, queda claro que la insurgencia novohispana inspirada en las ideas de la ilustración, proponía un cambio drástico en las relaciones entre Nueva España y la Metrópoli, empeñando las armas y teniendo en cuenta la promulgación de una constitución que cimentara las bases de una nación. Curiosamente los movimientos insurgentes de 1810-1814, que van a coincidir con el debate legislativo gaditano, no van a ser determinantes para la obtención de tan anhelada independencia. Serán otros factores y otros grupos políticos los que concluyan junto con la insurgencia la empresa emancipadora.

### III. SU IDEARIO Y CONTRIBUCIÓN EN LAS CORTES DE CÁDIZ

Su actuación como diputado en las Cortes de Cádiz, que va del año de 1810 hasta la rebelión de los Persas en 1814. Inicia en el mes de septiembre del año 1810 con el estallido de la rebelión contra el gobierno virreinal y en defensa del monarca, con el sello de ser popular

<sup>26</sup> Ferrer Muñoz, Manuel, *La formación de un Estado nacional en México (El Imperio y la República Federal: 1821-1835)*, México, UNAM, 1995, p. 27.

<sup>27</sup> *Idem.*

en contraste con los grupos armados sudamericanos conformados por ejércitos patriotas muy organizados.<sup>28</sup>

Coincidiendo con la insurrección del Cura Hidalgo, en la metrópoli, se concibió la idea de establecer una constitución conformada por un articulado de corte liberal, en el que los anhelos de los americanos pudieran convertirse en una realidad política-jurídica.

En enero de 1810, el ejército invasor francés invadió la región de Andalucía, forzando la disolución de su junta, quien cedió sus funciones a una regencia conformada por cinco miembros que tenían el encargo de convocar unas cortes en donde estuvieran representados España y sus posesiones ultramarinas.<sup>29</sup> Este suceso impactó en el ánimo de los americanos, quienes estaban convencidos de la victoria francesa, ya que gran parte del territorio hispano estaba bajo el dominio de Bonaparte. El miedo a esta dominación trajo como consecuencia que en varios individuos surgiera la idea de autonomía.<sup>30</sup>

La regencia en virtud del decreto expedido el 14 de febrero de 1810, convocó a las Cortes, de modo que las provincias ultramarinas debían convocar elecciones para designar a sus representantes. El contenido del referido decreto y las instrucciones se conocieron el 16 de mayo de idéntico año.<sup>31</sup> Las instrucciones establecían que cada provincia novohispana eligiera un diputado que lo representaría en las Cortes, el cual debería ser originario de la región que le otorgaba la representación. Aparte se estableció que cada ayuntamiento de las ciudades capitales seleccionaría a tres candidatos íntegros, cultos e inteligentes, para que después mediante un sorteo, uno de ellos saliera electo diputado. De ahí que los cabildos municipales validarían el resultado de la elección y darían instrucciones al diputado sobre los planteamientos que debían realizar en las Cortes.<sup>32</sup>

El ayuntamiento angelopolitano recibió la noticia de la convocatoria a Cortes en su sesión de 21 de mayo. Días después apartándose

<sup>28</sup> De Icaza Dufour, Francisco, *Plus Ultra. La monarquía católica en Indias 1492-1898*, México, Porrúa, 2008, p. 416.

<sup>29</sup> Lynch, John, *Las revoluciones hispanoamericanas. 1808-1826*, 9a. ed., Barcelona, Ariel, 2001, p. 39.

<sup>30</sup> Rodríguez, Jaime E., *La Independencia de la América española*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 148.

<sup>31</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 113.

<sup>32</sup> *Idem.*

de la normativa, se acordó que en lugar de tres candidatos, fuese un mayor número y que la elección en lugar de carácter público tuviese carácter secreto. Así 42 individuos de la sociedad poblana compitieron para alcanzar la diputación. El 26 de junio se realizaron las votaciones, resultando electos: Antonio Joaquín Pérez con 16 votos y Antonio Torres e Ignacio Saldívar con 7. Después se ingresaron en una caja tres papeles con el nombre de los finalistas, favoreciendo al azar al presbítero Pérez. Es posible que la decisión ya había sido tomada, toda vez que 16 integrantes del ayuntamiento votaron a favor del eclesiástico.<sup>33</sup>

La elección del canónigo Pérez como diputado a Cortes tenía que complementarse con la elaboración de unas instrucciones que el Ayuntamiento poblano le tenía que entregar para su actuación en éstas. Sin embargo, don Antonio Joaquín no contó con tales instrucciones.<sup>34</sup>

El nuevo diputado poblano fue objeto de festejos organizados por las autoridades de la ciudad de Puebla, quienes además le entregaron 3 000 pesos para el pago de su pasaje a Mallorca y 2 200 pesos correspondientes a medio año de sueldo, los cuales serían cubiertos con recursos de dos casas comerciales gaditanas vinculadas con la Angelópolis.<sup>35</sup> No se debe perder de vista que Pérez era hijo de un comerciante gaditano, lo que indudablemente motivó que tuviese suficientes recursos y no padeciese de carencia de éstos como le sucedió a otros diputados americanos. Con 47 años de edad y una sólida experiencia en asuntos eclesiásticos, el canónigo Pérez marchó rumbo a España en el otoño de 1810.<sup>36</sup>

Es menester precisar que con una vida consagrada al quehacer sacerdotal, no es de extrañar que las posiciones políticas de Pérez en las Cortes de Cádiz, sean en defensa de los intereses de la Iglesia y de la Monarquía, ya que el obispado poblano del periodo hispano (1521-1821) se distinguió por su lealtad al rey y su férreo tradicionalismo. De ahí se debe partir, insisto, para comprender el proceder de don Antonio Joaquín.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 113-114.

<sup>34</sup> *Idem*. El diputado por Zacatecas tampoco tuvo instrucciones de su Ayuntamiento.

<sup>35</sup> Salazar Andreu, Juan Pablo, *Obispos de Puebla de los Ángeles durante el periodo de los Borbones (1700-1821). Algunos aspectos políticos y jurídicos*, México, Porrúa, 2006, p. 369.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 368-369.

El 24 de septiembre de 1810 en la isla de León (hoy absorbida por el núcleo urbano de Cádiz) se inauguraron las Cortes Gaditanas, aun sin la presencia de varios diputados americanos. Esta isla era cercana a la próspera ciudad de Cádiz, puerto cosmopolita que en esa época tenía más de 57 mil habitantes, de los que aproximadamente 3 000 eran extranjeros y más de 2 600 eran militares. También dentro de esa población había un número mayor de 700 clérigos (400 regulares y 300 seculares) y unas 100 religiosas aproximadamente. Es menester señalar que la Iglesia Gaditana en su gran mayoría era de corte liberal.<sup>37</sup> Nada que ver con la iglesia poblana.

De los 16 diputados de Nueva España que asistieron a las Cortes de Cádiz 12 eran eclesiásticos. Además una tercera parte de quienes conformaran las aludidas Cortes, también lo eran.<sup>38</sup>

Debe advertirse de antemano que Cádiz fue un campo de batalla ideológico entre clérigos partidarios del liberalismo (Ramos Arizpe) y simpatizantes del absolutismo (Pérez Martínez).

La composición política de las Cortes, conformada en su gran mayoría por eclesiásticos se dividió en tres grandes bloques: el primero de carácter tradicionalista; el segundo de corte liberal y el tercero el de los americanos. Además, influyó en la conformación de estos grupos el aspecto generacional, toda vez que los jóvenes entre 25 y 35 años se agruparon en el ala liberal, mientras que los maduros cercanos o mayores a los 50 años, integraron el ala conservadora.<sup>39</sup> En este mismo orden de ideas, Toreno distinguió tres importantes bloques políticos: el de los Serviles, identificado con los conservadores, los liberales, amigos de las reformas y el tercer grupo, el de los americanos, en su mayoría cercanos a los liberales.<sup>40</sup>

El 25 de septiembre de 1810, las Cortes iniciaron sus discusiones y enfrentamientos políticos sin la presencia de varios diputados americanos, incluyendo al poblano Pérez. De estos enfrentamientos destacan la lucha por la igualdad política y el decreto que reconocía

<sup>37</sup> Pérez Garzón, Juan S., *Las Cortes de Cádiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, España, Ed. Síntesis, 2007, pp. 205-206.

<sup>38</sup> Salazar Andreu, Juan Pablo, *Obispos de Puebla de los Ángeles durante el periodo de los Borbones (1700-1821). Algunos aspectos políticos y jurídicos*, México, Porrúa, 2006, p. 370.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> Pérez Garzón, Juan S., *Las Cortes de Cádiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, España, Ed. Síntesis, 2007, p. 237.

a los dominios ultramarinos como parte integrante de la monarquía, de manera que indígenas, mestizos y criollos deberían tener iguales prerrogativas que los peninsulares. Sin embargo, se excluyeron a negros y mulatos.<sup>41</sup>

El 16 de diciembre de idéntico año, el grupo americano presentó once propuestas para someterlas a debate, las cuales eran: igualdad de representación respecto de los peninsulares en las Cortes, libre cultivo de todo tipo de cosechas; libre comercio con la metrópoli y otros países; abolición de los monopolios; libre explotación de la minería y venta de minerales; igualdad de oportunidades para que indios y criollos al igual que los peninsulares, pudieran ocupar cargos políticos, militares y eclesiásticos; en cada reino por lo menos la mitad de los empleos deberían estar en manos de personas nacidas en él; para hacer operativa la propuesta antes aludida, se tenía que designar una junta de nombramientos y, finalmente, pedían la restauración de los religiosos jesuitas, ya que éstos eran indispensables para la divulgación de la cultura y el éxito de las misiones.<sup>42</sup>

El 23 de diciembre de 1810, con casi tres meses de retardo, Pérez Martínez llegó a la Isla de León para su inmediata incorporación a los quehaceres legislativos. No obstante su retraso para participar en los ya mencionados debates, la afectación a la representación americana fue nula. Incluso, a partir de la participación de Pérez en las Cortes de Cádiz, va a reforzar la actividad del grupo americano. Muestra de ellos es la integración de la Comisión de Constitución conformada por 13 integrantes, entre ellos tres diputados americanos: Morales Duarez, Fernández de Leyva y Antonio Joaquín Pérez.<sup>43</sup>

En la sesión del 30 de diciembre de 1810, en torno a la discusión sobre el supuesto de que el rey Fernando VII contrajera nupcias en el periodo de cautiverio napoleónico y, sobre el mantenimiento de la forma de gobierno monárquica, Pérez demostró su desconcierto y extremó precauciones, arguyendo el inminente peligro de permanecer

<sup>41</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, pp. 120-121.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>43</sup> Torres Sanz, David, "Los representantes americanos en las Cortes de Cádiz hasta la aprobación de la Constitución de 1812", en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Estudios V. II, Luis E. González Vale (coord.), Puerto Rico, 2003, p. 477.

en España ante las fuerzas militares francesas. Por lo que se advierte el difícil ambiente que obstaculizaba el trabajo de las Cortes.<sup>44</sup>

Volviendo a la cuestión relativa a las once propuestas americanas, estas aspiraciones fueron acogidas por don Antonio Joaquín, quien de inmediato se adhirió a ellas, avalándolas con su firma. El 2 de enero de 1811, varios diputados americanos ejercieron presión para la inmediata discusión de dichas propuestas. El poblano propuso que se destinaran dos días a la semana para debatirlas, acordándose que fueran los días miércoles y viernes. También pidió que, además de discutir las once propuestas, los americanos podrían exponer las necesidades más apremiantes de sus provincias: la propuesta de Pérez Martínez fue aceptada y algunos diputados aprovecharon la oportunidad para plantear los problemas económicos y sociales de sus lugares de origen. Debe advertirse que el diputado poblano no ejerció su derecho, ni abordó la problemática de Puebla, toda vez que al parecer no contaba con las instrucciones elaboradas por el ayuntamiento angelopolitano.<sup>45</sup>

La intensa actividad política de don Antonio Joaquín en las Cortes, apenas recién desembarcado en la Isla de León es prueba indubitable del liderazgo nato, de su habilidad negociadora y de su excelente oratoria. Nótese que ya era miembro de la Comisión de Constitución, clave en la elaboración del texto constitucional gaditano.

El 9 de enero de 1811 se llevó a cabo la discusión de la primera propuesta: la igualdad de representación entre americanos y peninsulares en las Cortes. Obviamente las discusiones fueron apasionadas.

La actitud del bloque peninsular era de menosprecio a los americanos. Pérez Martínez, en su intervención, respondió a un legislador español, comentando que el mejor camino para atraerse a las provincias americanas era desterrando la opresión y la mezquindad con que se les había tratado.<sup>46</sup>

El 18 de enero del mismo año, la mayoría de los diputados integrantes de las Cortes rechazaron la primera propuesta americana. El

<sup>44</sup> *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias: dieron principio el 24 de setiembre de 1810 y terminaron el 20 de setiembre de 1813*, Imprenta de J. A. García, vol. 1, Madrid, 1870-1874, p. 265.

<sup>45</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 122.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 123.



representante de Puebla de los Ángeles, junto con el de Querétaro, se propusieron para redactarla en distinta forma. Dos días después, los citados representantes presentaron un nuevo proyecto, el cual fue más consistente que el anterior, al hacer hincapié en que de inmediato se autorizara la elección de nuevos diputados ultramarinos. Coincidiendo en estas discusiones, el diputado Pérez Martínez fue designado Presidente de las Cortes Españolas, convirtiéndose así en el primer americano al que se le otorgó tan alta distinción.<sup>47</sup>

Ahora, la gran tarea del flamante Presidente americano, era la aprobación de las once propuestas del grupo americano. Desde luego una tarea imposible, partiendo del supuesto que la mayoría de los diputados que conformaban las Cortes eran peninsulares.

Retomando el asunto del debate iniciado el 9 de enero, éste se concluyó el 7 de febrero, votándose en dos partes. La primera hacía alusión al derecho de igualdad de representación entre peninsulares y americanos; se aprobó por una holgada mayoría de 123 a favor y 4 en contra. La segunda establecía que este derecho se actualizaría para la presente legislatura; no se admitió por un escaso margen, 69 en contra y 61 a favor. Unos 30 diputados peninsulares mantuvieron su voto a favor de las propuestas americanas. La problemática cuestión quedaba pospuesta hasta la Constitución.<sup>48</sup> Debe destacarse el ímpetu de los legisladores de Puebla y Querétaro por aprobar este dispositivo legal. Aquí se puede observar la posición política de Pérez a favor de la igualdad de representación entre diputados ultramarinos e hispanos.

En lo concerniente al resto de propuestas (diez), después de largos y apasionados debates algunas de ellas fueron aprobadas. Sin embargo, la actitud de la mayoría de los diputados gaditanos fue de rechazo a éstas.<sup>49</sup> Aun así, la gestión de Pérez como Presidente de las Cortes fue magnífica, toda vez que como diputado americano que presidió éstas, a pesar de la oposición peninsular, pudo plasmar parte de los anhelos americanos en el articulado constitucional.

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> Chust, Manuel, "Legislar y revolucionar. La trascendencia de los diputados novohispanos en las Cortes Hispánicas, 1810-1814", en *La Independencia de México y el proceso autonomista novohispano 1808-1824*, Virginia Guedea (coord.), México, UNAM, Instituto Mora, 2001, p. 31.

<sup>49</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 124.

Durante la presidencia de Pérez, Fray Servando Teresa de Mier llegó a la Isla de León y aprovechando las circunstancias tan delicadas que se vivían entre los grupos políticos que conformaban las Cortes, relativas a las discusiones de las once propuestas, responsabilizó este religioso novohispano a Antonio Joaquín Pérez, del fracaso de la actuación del bloque americano, por no haber obtenido a plenitud la igualdad política.<sup>50</sup> Aun más, José María Blanco White (simpatizante del ala liberal) publicó en su periódico, *El Español*, una carta del "Presidente de la Diputación Americana", supuestamente firmada por Pérez. La trampa estaba tendida para el poblano y también para Blanco White. Sus reiteradas posturas españolistas y absolutistas habían ocasionado al diputado angelopolitano, más de un enfrentamiento con sus compañeros americanos, especialmente con los liberales.<sup>51</sup>

La falsa correspondencia expresaba que los diputados americanos "nunca podrán olvidar a *El Español*, a ese periódico que haciendo honor a las letras, a la crítica y al buen gusto, es también la apología más victoriosa de sus justos clamores". Así las cosas, le granjeó una situación incómoda tanto con sus pares americanos como peninsulares, tanto liberales como conservadores.<sup>52</sup>

El asunto de la falsa misiva, fechada en 22 de febrero, entre Pérez y Blanco, días después de las discusiones de las propuestas americanas, contaminó la relación de Pérez Martínez con el resto de sus colegas. Vale la pena mencionar que los días 21, 22 y 23 de febrero no sesionaron las Cortes, debido al traslado de la misma, de la Real Isla de León a Cádiz, y en la sesión del día 24 del mismo mes y año, presidió la instalación de las Cortes en la nueva ubicación. Por supuesto su discurso se antoja un tanto moderado, recordando el contexto en el que se da. Así pues, en la sesión del 24 de mayo de 1811, Pérez intervino para que el asunto quedara aclarado, negando que el documento fuera suyo. Los diputados que hicieron uso de la

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> Chust, Manuel, "Legislar y revolucionar. La trascendencia de los diputados novohispanos en las Cortes Hispánicas, 1810-1814", en *La Independencia de México y el proceso autonomista novohispano 1808-1824*, Virginia Guedea (coord.), México, UNAM, Instituto Mora, 2001, pp. 31, 32.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 32.

tribuna coincidieron en que el poblano negara la autenticidad del comunicado para creerle.<sup>53</sup>

Con el transcurso del tiempo, el asunto quedó aclarado. Fray Servando Teresa de Mier fue el autor intelectual de la falsa carta, ya que el religioso quería dañar la imagen de don Antonio Joaquín, por su falta de firmeza, al momento de votarse la propuesta americana de igualdad política. Pese a este bochornoso suceso, lejos de deteriorarse la imagen del primer americano Presidente de las Cortes de Cádiz, su prestigio aumentó, especialmente en el entorno de los diputados hispanos.<sup>54</sup>

La conducta del clérigo poblano en las Cortes de Cádiz se caracterizó por su espíritu conciliador, ya que procuró buscar y encontrar sintonía entre los puntos de vista de americanos y peninsulares. De ahí que se convirtiera en el vocero de los diputados ultramarinos, cuando éstos propusieron medidas tendientes a demostrar la fidelidad de los habitantes americanos a la causa hispana para derrotar a los invasores franceses. En este orden de ideas, el diputado poblano lanzó una iniciativa en nombre de los americanos, para que las contribuciones económicas impuestas a los habitantes de Cádiz y de la Isla de León, se hicieran extensivas a los dominios de ultramar, ya que así se le quitaría una parte de la carga a los españoles.<sup>55</sup>

Debo resaltar que desde el primer momento en que las Cortes de Cádiz entraron en funciones, el bloque de diputados americanos se acostumbró a presentar conjuntamente sus iniciativas. Esta unidad del pensamiento de don Antonio Joaquín con los legisladores ultramarinos estuvo vigente en el periodo de enero a agosto de 1811. En dicho periodo, y dentro del aludido año, se adhirió con su firma a un escrito que en nombre de los diputados americanos se presentó en las Cortes, en donde se manifestó el repudio a un documento del Intendente del Ejército, José González Montoya, denominado rasgos sueltos para la Constitución de América, el cual contenía comentarios desafortunados que atentaban contra la honra de los integrantes del bloque ultramarino. Éstos lograron que su petición de inconformidad se turnara a la junta de censura. Aunque, dos meses después, fueron

<sup>53</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 125.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>55</sup> *Idem*.

informados que la mencionada junta de censura dictaminó que el escrito del Intendente del Ejército no violentaba la ley. Como consecuencia de esta resolución, los diputados americanos protestaron enérgicamente.<sup>56</sup>

Una de las intervenciones más aplaudidas de Pérez Martínez en las Cortes, fue la del 9 de enero de 1811 en la que hizo una elocuente defensa de las Américas, y con sus dotes de gran orador manifestó que “la salvación de la patria es antes que nada”.<sup>57</sup>

Sobre las autonomías de las corporaciones Pérez Martínez hizo gala de su pensamiento reformista, que se camuflajeaba con sus bríos conservadores, el 11 de agosto de 1811. Y en esencia su intervención es un impulso a la conservación de los colegios de nobles, por medio del patrimonio de los últimos. Manteniendo el antiguo orden, pero a la vez constitucionalizando o por lo menos pretendiendo que el mencionado estatuto de autonomías siguiera existiendo para ciertas corporaciones.<sup>58</sup>

El último documento rubricado por el diputado poblano en comunión con sus colegas americanos, fue el del 1 de agosto del mencionado año, en sesión secreta y en el que se establecía entre otras cuestiones, que el motivo de las rebeliones americanas, era la convicción de sus habitantes que el gobierno emanado de las Cortes era ilegítimo, ya que no tenía la prerrogativa de hablar en nombre del rey ausente. Señalaba que las juntas que se habían constituido en España y ultramar, eran las únicas que tenían ese derecho, ya que en ausencia del monarca, la soberanía pasaba a manos del pueblo. De tal suerte que se proponía la creación de tales juntas en América, en vías de que Fernando VII regresara al trono.<sup>59</sup>

Este sentir del bloque americano coincide con los reclamos planteados por los criollos novohispanos en 1808, especialmente los surgidos en el seno de algunos ayuntamientos. Debe advertirse que Pérez se

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>57</sup> Estrada, Rafael, *Monarquía y nación. Entre Cádiz y Nueva España. El problema de la articulación política de los españoles ante la Revolución Liberal y la emancipación americana*, México, Porrúa, 2006, p. 24.

<sup>58</sup> *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias: dieron principio el 24 de setiembre de 1810 y terminaron el 20 de setiembre de 1813*, Imprenta de J. A. García, vol. 1, Madrid, 1870-1874, p. 1622.

<sup>59</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 128.

suma a la posición del bloque, toda vez que era un convencido absolutista. Finalmente, el escrito fue redactado por el grupo peninsular.

Un comentario especial merece la idea de don Antonio Joaquín, respecto a que la ciudad de México podría convertirse en asiento de la nueva metrópoli, en el caso de que los franceses culminaran la invasión en la península ibérica. Y se manifiesta ante las Cortes así: “si nos hemos de trasladar a otro punto, el gobierno tiene ofrecido que en sus extremos apuros lo hará gustosamente al Reino de México”.<sup>60</sup>

Al respecto Rafael Estrada Michael dice: la descentralización administrativa era uno de los principios liberales que abrazaron los diputados americanos. Precisamente Pérez Martínez coincide en esta cuestión con sus colegas ultramarinos.<sup>61</sup>

Como bien apunta Manuel Ferrer Muñoz: “El obispo Antonio Joaquín Pérez encarna en su persona tal vez como pocos esas contradicciones entre el apego a las viejas instituciones y la apertura a los nuevos tiempos”.<sup>62</sup> De ahí que el poblano en varias cuestiones manifestara una posición ambigua, pero en sí, no queda la menor duda de su lealtad a la iglesia, a la monarquía y a la defensa de las instituciones tradicionales.

El rompimiento de Pérez Martínez con el bloque americano en cuestiones ultramarinas se produjo en el mes de septiembre de 1811, con motivo de la lectura en Cortes de un manifiesto del Consulado de la Ciudad de México, cuyo contenido era de una serie de calificativos peyorativos para los pobladores americanos, a los que se les consideraba inferiores en prerrogativas políticas de representación, respecto a los peninsulares.<sup>63</sup> Sin lugar a dudas se advierte en este punto su ambigüedad, ya que meses antes junto con el diputado por Querétaro, redactó una iniciativa en sentido contrario.

Curiosamente, la lectura del aludido manifiesto, coincidió con la difusión del artículo 29 del proyecto de Constitución, concerniente a los representantes de la población americana en las Cortes. Así pues,

<sup>60</sup> Estrada, Rafael, *Nación y Constitución en 1812. Un estudio de la cuestión entre derecho e historia constitucional*, México, Porrúa, 2008, p. 180.

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> Ferrer Muñoz, Manuel, *La formación de un Estado nacional en México. El Imperio y la República Federal: 1821-1835*, México, UNAM, 1995, p. 74.

<sup>63</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 130.

quedaron excluidos los negros y las castas inferiores, teniendo sólo los blancos la exclusiva representación provocando así la disminución de asientos de los americanos en las Cortes.<sup>64</sup>

Este hecho motivó que los diputados americanos exigiesen a los peninsulares una rectificación por el agravio cometido contra los pobladores de América al avalar el contenido del manifiesto y excluir a los grupos sociales más desfavorecidos. Pérez Martínez, junto con otros dos legisladores, no avalaron el sentir del bloque americano, lo que motivó la enemistad del poblano con aquéllos. Idéntica situación se presentó respecto a una propuesta acerca de la mediación de Inglaterra entre España y los grupos insurrectos, con el propósito de pacificar América. Esta mediación traía consigo el hecho de que Inglaterra buscaba el libre comercio con América. Pérez Martínez y el liberal Joaquín Maniau, diputado por Veracruz, votaron en contra de la mediación inglesa.<sup>65</sup> En este punto se debe advertir los estrechos vínculos comerciales y familiares de gaditanos de ultramar con los de la metrópoli. Es por ello que Pérez Martínez y Maniau defienden los privilegios de los comerciantes, uno por ser hijo de un comerciante oriundo de Cádiz, el otro por representar al puerto que tenía una profunda vinculación con España y Cádiz y cuyos intereses involucraban a la elite comercial gaditana.

Las intervenciones del diputado poblano en materia hacendaria merecen ser comentadas por separado. En la primavera de 1811, la Comisión de Hacienda envió una propuesta a los legisladores en el sentido de hacer extensivo el préstamo de plata labrada de América. En este rubro, don Antonio Joaquín solicitó la exclusión de las iglesias indígenas para dicho fin.<sup>66</sup>

En párrafos anteriores ya se había comentado el hecho de fijar a los súbditos americanos una contribución extraordinaria de guerra, al igual que en la península. Dada la trascendencia en materia fiscal, es conveniente exponer la opinión del diputado poblano al respecto: “En este correo que acaba de llegar de las Américas se nos habla de un proyecto muy patriótico que va a producir los efectos más favorables y el cual está allí en la mayor boga. Se trata de mantener, supongo

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>66</sup> Pascual, Pedro, *La Unión con España. exigencia de los diputados americanos en las Cortes de Cádiz*, España, Comunidad de Madrid, 2001, pp. 162-163.

que con el dinero que ha de venir de allá, un ejército de trescientos mil hombres"; además anunció la prisión del Cura Hidalgo y otros líderes de la insurgencia novohispana.<sup>67</sup>

Prosiguiendo con el asunto del dinero americano para enfrentar las insurrecciones, el diputado Pérez Martínez aceptaba y agradecía el ofrecimiento ultramarino y pedía el nombramiento de un Tesorero sin sueldo que se encargara de recaudar y administrar la suscripción patriótica. A propuesta de Argüelles, esta iniciativa se turnó a la Comisión de Hacienda. La llegada del navío *Miño*, procedente de Indias, con un millón y medio de pesos, provocó un nuevo debate en el que Pérez pidió con insistencia la designación de un Tesorero sin sueldo, para que las Américas tuvieran confianza en la operación.<sup>68</sup>

Poco antes de la ruptura de don Antonio Joaquín con el grupo americano, en agosto de 1811, se presentó en la plenaria del Congreso el proyecto de Constitución, vía la Comisión de Constitución, a la que pertenecía Pérez Martínez. Dicho proyecto se discutió durante nueve meses presentando pocos cambios. Constaba de diez títulos y trescientos ochenta y cuatro artículos. Establecía que la soberanía reside esencialmente en la nación, desechando así los postulados absolutistas a los que era muy afecto Pérez, además contenía principios esenciales de liberalismo tales como la igualdad ante la ley, división de funciones, gobierno representativo y semiautonomía de gobiernos locales.<sup>69</sup>

Las discusiones relativas a los artículos 22 y 29 fueron muy apasionadas. En cuanto al primero de los dispositivos legales no reconocía la ciudadanía a las castas. Pérez avaló esta cuestión, apoyando así el parecer de los peninsulares.<sup>70</sup>

Comentario especial merece la actitud del diputado poblano en relación con la propuesta de retrasar la entrada en vigor de la Constitución de Cádiz, que se abordó en la sesión del 26 de diciembre de 1811 y que proponía tal retardo hasta que se reunieran las cortes ordinarias para que los nuevos diputados quedaran con la facultad discrecional de aprobarla o desecharla. En el supuesto de su apro-

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 167-168.

<sup>69</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, pp. 132-133.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 136.

bación, inmediatamente el texto constitucional entraría en vigor, lo que se traduciría en que no se realizarían modificaciones hasta después de haber transcurrido ocho años, de conformidad con el contenido del artículo 375. Dicho retraso obedecía a que los americanos deseaban contar con más representatividad para tener mayor fuerza y oportunidad de replantear la defensa de sus intereses. Sin embargo, don Antonio Joaquín no compartió la opinión de los americanos y mantuvo opinión contraria al respecto.<sup>71</sup>

El pensamiento político de corte conservador de Pérez se reflejó con claridad en la discusión relativa a la supresión definitiva del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en España y América. Como era de suponerse el clérigo poblano defendió su permanencia, toda vez que se había desempeñado como responsable máximo de dicho tribunal en Puebla de los Ángeles. Su actitud coincidió con la de varios obispos y sacerdotes, avalados en su proceder por el Nuncio de Roma en España, monseñor Pedro Granvina. De ahí que el diputado poblano defendiera los intereses de la iglesia por encima de los americanos y de otros.<sup>72</sup>

En resumen, la actividad política del canónigo poblano en las Cortes de Cádiz se puede dividir en dos fases: la primera de ellas caracterizada por su espíritu de unidad con los diputados americanos. La segunda en la que destaca su adhesión al bloque peninsular y por su defensa férrea de los intereses del absolutismo y de la iglesia.

Después de meses de intensos debates, finalmente el texto constitucional gaditano fue aprobado y sancionado el 19 de marzo de 1812. Dada la notable participación de Pérez Martínez y su indiscutible liderazgo su firma quedó estampada del lado derecho y debajo de la del Presidente de las Cortes, como muestra palpable del lugar especial que se ganó a pulso, entre sus compañeros diputados que dieron a España y América su primera Constitución Política, para así entrar al naciente periodo de las democracias europeas y americanas.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> Salazar Andreu, Juan Pablo, *Obispos de Puebla de los Ángeles durante el periodo de los Borbones (1700-1821). Algunos aspectos políticos y jurídicos*, México, Porrúa, 2006, p. 375.

<sup>73</sup> *Constituciones españolas*, Presentación: Luisa Fernanda Rudi Ubeda, Presidenta del Congreso de los Diputados, Madrid, Congreso de Diputados y Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 97.

El surgimiento de la Constitución de Cádiz va a traer consigo una trayectoria marcada por el signo de inestabilidad.<sup>74</sup> De hecho el periodo de elaboración del texto gaditano coincide con el periodo de mayor efervescencia de la lucha insurgente en el virreinato novohispano.<sup>75</sup>

A finales del año 1813, Fernando VII recobró la Corona española y decidió trasladarse a Madrid para reasumir el mandato real. Sabedoras de esta cuestión las Cortes se trasladaron a la capital hispana donde continuaron sus sesiones el 15 de enero de 1814. Meses después, el 1 de marzo se inició el segundo periodo de sesiones de las Cortes que estuvo marcado por la inquietud de ver al rey exteriorizando su voluntad, ya sea aprobando o rechazando la Constitución de Cádiz.<sup>76</sup>

En abril de 1814 un grupo de diputados, encabezado por Bernardo Mozo de Rosales y el entonces Presidente de las Cortes, Pérez Martínez, se presentaron ante Fernando VII entregándole un documento conocido como el manifiesto de los Persas, en atención a las palabras utilizadas en su encabezamiento. Los firmantes de dicho documento le pedían al monarca rechazar la Constitución de 1812, así como la Convocatoria a Cortes. Por lo que atañe a los firmantes, aparecen diputados conservadores; un moderado como el mencionado Mozo de Rosales; y lo más significativo es que diputados americanos hayan publicado el escrito. Para Sánchez Mantero (citando a Comellas) esta cuestión obedece a “la influencia de don Antonio Joaquín Pérez, que pasa por ser uno de los redactores y que tenía gran ascendencia sobre los diputados de ultramar”.<sup>77</sup>

La fidelidad de Pérez Martínez al absolutismo real se vio recompensada con el otorgamiento de la mitra poblana, vacante por la muerte del obispo Campillo.

Al día siguiente que Fernando VII volvió al trono, instruyó a Pérez, para que, junto con el Ministerio Universal de Indias, examinase las representaciones provenientes de Nueva España, relacionadas con la

<sup>74</sup> Bravo Lira, Bernardino, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991. Ventaja y desventaja de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México, Escuela Libre de Derecho, 1992, pp. 5-6.

<sup>75</sup> De la Torre Villar, Ernesto, *La Independencia de México*, México, Mapfre, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 99.

<sup>76</sup> Gómez Álvarez, Cristina, *El alto clero poblano y la Revolución de Independencia 1808-1821*, México, UNAM, BUAP, 1997, p. 143.

<sup>77</sup> Sánchez Mantero, Rafael, *Fernando VII, España*, Ed. Arlanza, 2001, pp. 118-120.

revolución de independencia. Además, en los ejecutoriales fechados el 12 de febrero de 1815, se hace constar que el monarca concedió la silla episcopal poblana a Pérez Martínez, mediante decreto de 20 de julio de 1814.<sup>78</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

Del trabajo de investigación que he realizado, se pueden concluir los siguientes aspectos.

*Primero.* No cabe la menor duda que su ideario tradicionalista provocó una férrea y sólida defensa del absolutismo, de las prerrogativas de la moribunda Iglesia novohispana y la novel mexicana, así como la permanencia de una institución muy cuestionada como el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.

*Segundo.* Pese a sus contradicciones políticas, motivadas por su oportunismo o quizá por el temor o rechazo a la instauración de las ideas liberales, debe destacarse que su conducta siempre respondió a la defensa de los intereses de la iglesia.

*Tercero.* Su actuación en las Cortes de Cádiz, en un principio garantizó la promulgación del texto gaditano. Aunque con la caída de José Bonaparte y el retorno al trono de Fernando VII, no dudó en apoyar el retorno de la monarquía absoluta.

<sup>78</sup> Ejecutoriales del Obispado de Puebla de los Ángeles, 12 de febrero de 1815 (AGI, México, 2574).

## EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DE MÉXICO EN LA PRIMERA ÉPOCA FEDERAL

Mario A. TÉLLEZ G.

SUMARIO: I. *Objetivo*. II. *Antecedentes*. III. *Conservar los principios, pero cambiar la estructura*. IV. *Los demás asuntos del Poder Judicial*. V. *Comentarios finales*.

### I. OBJETIVO

En este trabajo se trata de hacer un balance de la conformación del Poder Judicial del Estado de México para la primera época federal, el cual ha sido ignorado por la bibliografía especializada. Es cierto que de los tres poderes, desde sus orígenes, el Poder Judicial fue el que tuvo menor preponderancia política. También lo es que en la actualidad las corrientes dominantes para la investigación en México, salvo algunos casos específicos, no se han preocupado por discutirlo.<sup>1</sup> Sin embargo, un tanto a contracorriente, pensamos que para el Estado de México es indispensable hacer algunas reflexiones sobre este Poder, las cuales contribuirán al entendimiento del mismo y de la historia

<sup>1</sup> No se desconoce la importancia de la obra de Antonio Huitrón *El Poder Judicial del Estado de México*, tomos I-II, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 1991, pero a ella volveremos con mayor detenimiento en un trabajo de mayor alcance que se está realizando sobre la misma temática. Mientras tanto se sugiere su consulta a quienes están interesados en acercarse al primer esfuerzo de gran alcance que se ha hecho sobre la historia del Poder Judicial en el Estado de México; la recuperación de fuentes de época y la exposición larga y pormenorizada de las distintas etapas que este autor se planteó resultan muy ilustrativas; aunque son de lamentar las omisiones —parecen intencionadas— de algunas de las fuentes de época que cita de forma muy imprecisa.

local. Baste señalar como muestra de su relevancia que muchos de los liderazgos que definieron la vida estatal y nacional para el siglo XIX desempeñaron distintos cargos en la estructura del Poder Judicial del estado y del país, desde donde seguramente construyeron parte de sus carreras políticas, así como el hecho de que los archivos, a pesar de lo diezmados que están, cuentan por miles de causas que todavía conservan, lo que evidencia que la gente seguía recurriendo a la autoridad jurisdiccional con la esperanza de encontrar alguna solución a sus problemas.

Por otro lado, cabe señalar por último que la fuente más utilizada en este texto es la legislación local de la época. Para los primeros años de la vida institucional, a inicios del siglo XIX, estaba perfectamente aceptado que el monopolio del derecho lo tenía el Estado, entendido como entidad política, principalmente desde la actividad del Poder Legislativo, y que lo que allí se decidía y promulgaba era en buena medida el reflejo de las necesidades y preocupaciones del pueblo que se manifestaba a través de sus representantes. Por supuesto que esa interpretación corresponde en buena medida a la percepción de los pensadores de la época que no forzosamente tiene una amplia aceptación ahora, pero lo que no se puede negar es que sí respondió a unas circunstancias específicas que revelan, en el peor de los casos, una parte de la historia, tal vez limitada y hasta legalista pero, al fin y al cabo, permite construir una visión de conjunto de un Poder del que se sabe muy poco.

## II. ANTECEDENTES

La administración de justicia en el Imperio español, como ninguna otra de las funciones del concepto clásico de la división de poderes, fue posiblemente la que mayor diferenciación y especificidad había alcanzado a finales del siglo XVIII. Y si a ello se agrega las importantes transformaciones que la Constitución de Cádiz de 1812 le impulsó, así como a la institución encargada de ejercerla es fácil comprender que los antecedentes inmediatos de la construcción del Poder Judicial mexicano allí se encuentran. La administración de justicia planteada era una justicia moderna y direccionada hacia el positivismo, al menos en su concepción, en la que se proyectaron los caminos sobre los que habría de transitar hacia los próximos siglos. Estaba abandonada en

buena parte el viejo concepto de la justicia que se había construido en los siglos previos,<sup>2</sup> dicho esto sin menoscabo de que en la práctica del foro, sobre todo en lo que podría denominarse la baja justicia, se siguieron aplicando por varias décadas más las formas de antaño.

Por supuesto que en este escenario, la incorporación de los jueces letrados<sup>3</sup> en el organigrama del Poder Judicial, era uno de los pasos más relevantes de esos años.<sup>4</sup> Aunque cierto es que esta pretensión venía desde antes de 1812. Al menos desde la segunda mitad del siglo XVIII se tenía claro que la participación de los jueces letrados contribuiría con la imposición del derecho real en los tribunales frente al derecho romano y al *ius commune*, porque su formación ya estaba dirigida en este sentido. Y después, trascendido el mundo colonial, se esperaba que estos jueces letrados terminaran con lo último del pluralismo para imponer la visión unívoca del derecho del Estado y así entronizar finalmente al positivismo jurídico.

Por su parte, si hubiera que resumir de forma apretada la organización y principios bajo los que se conformó la justicia gaditana podría señalarse que por virtud de lo vasto de los territorios del Imperio se creó el “Supremo Tribunal de Justicia” como una instancia de control y supervisión, cabeza del poder y encargado de resolver los problemas más relevantes de la metrópoli, así como de juzgar principalmente a las autoridades más destacadas del propio poder. Su residencia tenía que ser la metrópoli y, por lo tanto, para facilitar la justicia a las

<sup>2</sup> Para una prolija y esclarecedora explicación está el texto de Víctor Tau, *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

<sup>3</sup> Los letrados eran quienes contaban con el grado de bachiller en artes y en leyes o cánones; los abogados podían ser bachilleres —o universitarios— que aprobaban los requisitos impuestos por la autoridad para litigar —obtenían la licencia—, por lo tanto, los jueces letrados eran abogados que recibían el nombramiento del rey.

<sup>4</sup> Esta idea ha sido destacada por distintos investigadores como Marco Bellingeri, “Sistemas jurídicos y codificación en el primer liberalismo mexicano 1824-1834”, Marco Bellingeri (coord.), *Dinámicas del Antiguo Régimen y orden constitucional. Representación, justicia y administración en Iberoamérica. Siglos XVIII y XIX*, Torino, Otto Editore, 2000, p. 370, aunque este autor centra su trabajo también sobre otros ejes importantes, pero que no serán aquí considerados: “En otras palabras, conjuntamente al proceso constitucional de heterogeneización de los subsistemas jurídicos, desde el centro hacia los nacientes estados y desde allí hacia los pueblos, se daba otro, sólo parcialmente perceptible en las normas que se iban introduciendo: la extensión de las jurisdicciones de los alcaldes constitucionales; fenómeno que acompaña el fracaso, ya sea de la deseada profesionalización de los magistrados, que de los intentos tempranos de codificación”, *Ibidem*, p. 378.

distintas y lejanas regiones se permitió la continuidad de las audiencias, allí, en los también conocidos tribunales de alzada se seguirían resolviendo las controversias cotidianas más relevantes. Sobre las audiencias señaló que las causas civiles y criminales terminarían dentro del territorio de cada una, que allí se resolverían la segunda y tercera instancia, que conocerían de la suspensión y separación de los jueces inferiores y, en buena medida, replicarían para sus ámbitos territoriales las funciones y atribuciones del Supremo Tribunal tales como resolver las competencias de los tribunales subalternos, conocer de los recursos de fuerza, de nulidad, etc.

Ningún caso tendría más de tres instancias. Finalmente, para acercar a todas las comunidades la administración de justicia se creó la importante figura del “juez letrado de partido”, que sería el tribunal más inmediato a las comunidades y que resolvería los asuntos de primera instancia, desplazando a las subdelegaciones, que estaban conformadas por las alcaldías, regidurías y gobernaciones, las cuales seguirían actuando como sus autoridades auxiliares.

Así, los jueces letrados estaban llamados a ser los articuladores del cambio. Sin embargo, en esos años un elemento que marcó la diferencia entre lo proyectado y lo posible: nunca se contó con el número suficiente de abogados que ocuparan los puestos que fueron convocados.<sup>5</sup> Además, como lo señala Marco Bellingeri, tampoco se lograría la consolidación de la codificación que hubiera significado un cambio importante en el ámbito procesal y, por lo tanto, la contraparte de una verdadera reforma de la administración de justicia.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Michel Scardaville coincide básicamente en estas ideas y que son perfectamente aplicables para el Estado de México, aun cuando lo refiere para la ciudad de México en un amplio y documentado trabajo. *Idem*, “Los procesos judiciales y la autoridad del Estado: reflexiones en torno a la administración de la justicia criminal y legitimidad en la ciudad de México, desde finales de la Colonia, hasta principios del México independiente”, Brian Connaughton (coord.), *Poder y legitimidad en México en el siglo XIX. Instituciones y cultura política*, México, UAM, Conacyt, 2003, p. 416. Lamentablemente no hace ningún comentario al cambio institucional de la Audiencia colonial a la Audiencia territorial.

<sup>6</sup> *Idem*, 2000, p. 370. Por su parte, Antonio Annino pone énfasis en el gran poder que tomaron las alcaldías, sobre todo las de las comunidades indígenas, a través del uso de las facultades jurisdiccionales que asumieron frente a la imposibilidad de contar con los jueces de partido de primera instancia que significó, según el propio Annino, “el fracaso de la reforma judicial que se intentó en la época gaditana” y que a dichas comunidades les sirvió para conservar su identidad colectiva y oponerse, al mismo tiempo, otras que las habían sojuzgado a través del principio de la igualdad municipal, *Idem*, “Nuevas perspectivas para

Por cuanto a los principios, la Constitución de Cádiz incorporó las garantías y derechos fundamentales alcanzados con la Ilustración como la no detención sin mandamiento expreso –salvo en flagrancia–, la pena de prisión sólo que el delito la implicara, la publicidad de los juicios, la garantía de audiencia, la supresión del tormento, de la trascendencia de la pena, de los fueros, de la confiscación y la utilización del embargo sólo por delitos pecuniarios, entre otros; lo que ahora se conoce como el debido proceso. A lo anterior sólo habría que añadir un elemento muy importante, suprimió los fueros extraordinarios, salvo el eclesiástico y militar y, con ello, la posibilidad de administrar justicia quedaba en manos casi exclusivas del poder judicial. Ciertamente que la Iglesia y el ejército fueron entidades que le significaron, como hasta ahora, un contrapeso relevante en el ejercicio del poder pero al menos quedó focalizado.

Por supuesto que la realidad era bastante más compleja que las ideas plasmadas en el papel. Por ejemplo, en una *Gaceta del Gobierno Supremo de México* de junio de 1823 se puede leer:

El tribunal mas autorizado en lo judicial, es el supremo tribunal de justicia ... Hasta hoy no se ha establecido, porque desde que se instaló el Soberano Congreso constituyente en 24 de febrero de 1822, hasta que se disolvió por el Excmo. Sr. Iturbide, no procedió a formarlo. El nombramiento de los magistrados que debían componerlo, fué uno de los puntos que originó desavenencias sostenidas entre los poderes ... sosteniendo cada uno esta atribucion para si.<sup>7</sup>

Lo que sucedió por un amplio periodo de tiempo fue la convivencia simultánea de las estructuras de Antiguo Régimen con las impulsadas desde Cádiz. Desde el inicio de la vida formal del Estado, prolongados involuntariamente en el tiempo, convivieron el Supremo Poder de Justicia, la vieja Audiencia de México, convertida en esos momentos en una disminuida Audiencia local, los distintos jueces de primera instancia, legos y letrados, así como los alcaldes ordinarios que seguían juzgando y auxiliando a los jueces letrados.

una vieja pregunta”, *El primer liberalismo mexicano 1808-1855*, México, INAH, Porrúa, 1995, pp. 59-60.

<sup>7</sup> *Idem*, tomo I, martes 3 de junio de 1823, p. 287.



### III. CONSERVAR LOS PRINCIPIOS, PERO CAMBIAR LA ESTRUCTURA

La intención de las autoridades del Estado de México en el primer periodo federal fue conservar los principios gaditanos pero cambiar parcialmente la estructura de los tribunales.

Una de las cuestiones sociales que más apremiaban al nuevo país, y al Estado de México también, eran la seguridad pública y la administración de justicia. Las secuelas de varios lustros de guerra civil y bandidaje azotaban al país entero. Sobre esto hay múltiples estudios, testimonios y evidencias. Sin embargo, en el ámbito estricto de la administración de justicia local la producción bibliográfica es casi inexistente.<sup>8</sup>

Sólo para ilustrar un poco la situación de inestabilidad en la que se encontraba el centro de México si se observan los nombres de algunos jueces de la baja justicia que participaron en expedientes criminales en Toluca, Metepec y Lerma entre los años 1800 y 1828 queda claro que ningún nombre aparecido en una década se repitió en la siguiente. Y si a esto se suma la "Lista de los Señores que se han electo para Jueces de hecho conforme al art. 37, tít. 7 del Bando de 18 de octubre de 1821", de un total de sesenta personas, donde tampoco aparece ninguno de los nombres del primer grupo, se está frente a la circunstancia de que casi cien personajes participaron en la función juzgadora en ese lapso en sólo tres jurisdicciones distintas, y si a ello se añade el hecho de que fue común que en un mismo expediente en primera instancia apareciera más de un juzgador, pues ya se puede sospechar la situación que se vivía.<sup>9</sup>

Sin embargo, en la legislación estatal no quedó reflejada esta difícil circunstancia, en buena medida porque las autoridades recién constituidas tenían la esperanza de que con la promulgación de la Constitución y los demás ordenamientos que vendrían después se resolverían estos y otros problemas. Pero además porque tampoco

<sup>8</sup> Huitrón, 1991, tomos I-II; Mario Téllez, *La justicia criminal en el valle de Toluca 1800-1829*, México, El Colegio Mexiquense, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2001.

<sup>9</sup> Por razón del espacio no se incluyeron estos listados, pero se pueden consultar en Téllez, 2001, "Anexos", cuadro XV.

era el espacio para hacerlo. Allí sólo querían establecer los principios y mandamientos para resolverlos.

En cambio, en otras fuentes de la época quedó evidencia de toda la problemática a la que se enfrentaron. El propio José Ma. Luis Mora lo señaló en más de una ocasión.

Al abrir sus sesiones, [el primer constituyente del Estado] no se le entregó sino una extensión considerable de territorio poblado de hombres sin otros vínculos de unión que los de la coexistencia accidental. Los germenos de la discordia se hallaban esparcidos por todas partes; las pocas autoridades que estaban al frente de la administración, eran del todo nulas por la falta de medios para hacerse obedecer... La administración de justicia no existía, no había ni jueces ni medios para pagarlos.<sup>10</sup>

La primera disposición del Estado en el ámbito de la administración pública fue promulgada en el decreto 2 de 2 de marzo de 1824 y estaba dirigida precisamente a la "organización provisional" de su "gobierno interior".<sup>11</sup> Y siguió la directriz que ya había sido adelantada en el ámbito nacional y replicada en buena parte del país.<sup>12</sup> Su brevedad y data dan cuenta de que el gobierno tenía poco tiempo y muchas tareas por realizar para dar paso al nuevo Estado.

Los artículos 8 y 9 señalaban que el "Poder Judicial" residía en las autoridades que "actualmente la ejercen" y en el artículo 10 que la Audiencia continuaba en las funciones jurisdiccionales que hasta ese momento tenía así como que los ayuntamientos, corporaciones y autoridades civiles, militares y eclesiásticas seguirían desempeñando

<sup>10</sup> *Manifiesto del Congreso Constituyente al pueblo del Estado de México*, citado en Huitrón, tomo I, 1991, pp. 157-159.

<sup>11</sup> Mario Téllez, DVD, *Compilación de decretos del Estado de México 1824-2005*, México, LV Legislatura, UAM Cuajimalpa, ITESM, 2006. En este trabajo, salvo aclaración expresa, todas las disposiciones estatales citadas son de esta obra; específicamente de los tomos I y II, por lo tanto, y con el ánimo de aligerar las citas en adelante sólo se pondrá la fecha del decreto y el tomo respectivo.

<sup>12</sup> En efecto, en decreto de 22 de febrero de 1822 el Soberano Congreso Constituyente Mexicano "confirma por ahora todos los tribunales y justicias establecidos en el imperio, para que continúen administrando justicia según las leyes vigentes" y que eran las establecidas por Cádiz; Mario Téllez y José López Fontes, tomo I, DVD, *La Legislación Mexicana de Manuel Doblán y José María Lozano*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2004, p. 598. Esta misma intención fue reiterada más adelante por otras leyes nacionales.

sus funciones como hasta entonces conforme a las leyes vigentes. En tres artículos, de los 12 que conformaban la ley, legitimaba lo que ya funcionaba en esos momentos.

No obstante, la función judicial a que hacían mención no era ya la del Antiguo Régimen sino que se trataba de la justicia liberal, moderna, que había introducido la división de poderes y una visión humanista y garantista, así como otros muchos elementos que se han conservado con los siglos, todo herencia gaditana. Y aun cuando por la evidencias con las que se cuenta se sabe que a esas autoridades les costó mucho trabajo funcionar permanentemente es cierto que su transformación ya había comenzado y se seguiría impulsando lentamente en los años por venir. Buena parte de la legislación estatal que se promulgaría en los años siguientes estuvo fuertemente influenciada por su espíritu y literalidad como quedará evidenciado.

Pocos meses después, en agosto de 1824, el Congreso se dio espacio para promulgar una nueva ley, aun cuando no dejó de llamarse "Ley orgánica provisional para el arreglo del gobierno interior...".<sup>13</sup> Seguramente se pensaba provisional porque la discusión de la constitución ya estaba en curso y sería publicada en poco tiempo. Esta ley orgánica era mucho más extensa que su antecesora y constaba de 78 artículos pero en modo alguno representaba nada nuevo en el ámbito de la administración de justicia. Dos artículos dan la pista sobre esto. El artículo 24 estableció: "El poder judicial se ejercerá por los tribunales de justicia establecidos, ó que en adelante se establezcan" y el 33 que "Se arreglarán el supremo tribunal y la audiencia en cuanto al orden de proceder, á lo prevenido en las audiencias menores en la ley de tribunales de 9 de octubre de 1812". Es decir, uno prorrogaba de nuevo el estado de cosas existente, dejando al futuro la posibilidad de que se hicieran algunas transformaciones, las cuales no se llevarían a cabo en el corto plazo, y el otro prolongaba literalmente la vigencia de la legislación gaditana. El resto de los artículos repetía igualmente lo dicho por la Constitución de 1812, claro, ahora arreglado todo a lo estatal.<sup>14</sup> En otras palabras, el Estado iniciaba su vida institucional

<sup>13</sup> D. 18 de 6 de agosto de 1824, tomo I.

<sup>14</sup> Amparado en este decreto, el Congreso nombró a 6 "ministros" y un fiscal como miembros del "Supremo Tribunal de Justicia", D. 19 de 9 de septiembre de 1824, tomo I. Más tarde la Constitución de 1827, en su artículo 213, ratificaría esa integración numérica. En 1827 el Congreso nombró a 6 "ministros" y un fiscal como miembros del "Supremo

en la administración de justicia legitimando el estado de cosas que operaba hacía unos años.<sup>15</sup>

Las transformaciones de mayor relevancia que se quisieron hacer fueron en el ámbito de acción de la Audiencia. Antonio Huitrón señala que la principal intención para suprimirla tenía que ver con la oposición que sus integrantes, como defensores del Antiguo Régimen y amplios beneficiarios del mismo por sus vínculos con los hombres de poder, habían tenido en contra de las reformas a la administración de justicia que se querían impulsar.<sup>16</sup> Sin faltarle razón, pareciera que otro elemento también de relevancia que tuvieron los diputados en el Estado a considerar, es que se trataba de una institución que ideológicamente estaba por definición en contra de los nuevos tiempos y de las corrientes de pensamiento dominantes en la época.

Así, con la intención de irle restando poder y posicionando al Tribunal, en breve decreto el Congreso señaló en 1825 que sería éste quien conocería de los recursos en segunda suplicación. Es decir, sería la última instancia en los asuntos locales.<sup>17</sup> Y al mismo tiempo dispuso que los ministros de la Audiencia que faltaran serían suplidos por abogados listados anualmente y nombrados por el Tribunal;<sup>18</sup> listas que por cierto no se publicaron como sí se hizo en otros casos. El propio Mora se había manifestado contra ella diciendo que "la audiencia quien a mas de ser innecesaria, es perjudicial según lo manifiestan sus principios, sus instituciones y sus reglamentos, sus constantes oposiciones a las reformas mas saludables, y la historia por

Tribunal de Justicia", D. 58 de 29 de agosto, tomo II. En 1832 el Congreso nombró a un presidente, 8 "magistrados" y dos fiscales como miembros del "Supremo Tribunal de Justicia", D. 251 de 2 de junio, tomo II.

<sup>15</sup> Lo mismo podría decirse del "Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia" que mantuvo al Tribunal sin ninguna incidencia en la trayectoria institucional que se comenta. Extenso documento de 76 artículos. Dividido en siete capítulos en los que se refieren las funciones del presidente de sala, ministros, fiscal, secretarios, oficiales mayores, oficiales segundos, escribientes, porteros y un criado. El Tribunal debía estar conformado por dos salas integradas con tres ministros cada una, sus decisiones se tomarían por votación y estarían presididas por el decano (trabajarían en horarios de 10 a 14 hrs., concurriendo "en traje negro, corto y decoroso"). Se describen las funciones cotidianas de funcionamiento del ministro fiscal, del ministro semanero, de los secretarios y hasta del personal de apoyo como los porteros y el criado, D. 43 de 20 de abril, tomo I.

<sup>16</sup> Huitrón, tomo I, 1991, pp. 176 y ss.

<sup>17</sup> D. 44 de 21 de abril de 1825, tomo I. Sobre la intención de desaparecer a la Audiencia coincide Huitrón, 1991, pp. 111-112.

<sup>18</sup> D. 45 de 21 de mayo de 1825, tomo I.

último, de sus procedimientos en toda la época de nuestra gloriosa revolución"; en el mismo sentido se pronunciaron otros influyentes legisladores como José Ignacio de Nájera y José Ma. de Jáuregui.<sup>19</sup>

No se planteaba ya la necesidad de nombrar oidores definitivos. Incluso con miras a cerrarla próximamente, en 1826, para darle salida institucional a los últimos actores del viejo sistema, se planteó que sus miembros, oidores y fiscal, serían preferidos para ser nombrados "jueces de distrito y tercera instancia", de aceptar seguirían recibiendo su mismo sueldo, de lo contrario, quedarían sin él. Pronto serían establecidos en la Constitución los tribunales que iban a sustituirla.<sup>20</sup>

En efecto, con la promulgación de la Constitución de 1827, podría pensarse que se llegaba al momento climático del periodo en términos jurídicos y políticos. Desafortunadamente en el ámbito de la administración de justicia no fue así ni en el discurso ni en la realidad; no porque no se hubiera dado una intensa discusión en los años previos y porque algo quedó plasmado en la realidad sino porque las expectativas fueron muchas y los logros fueron finalmente pocos. El título V estaba dedicado al Poder Judicial, integrado a su vez por cuatro capítulos: 1o. bases generales; 2o. ámbito civil; 3o. penal y 4o. tribunales. No obstante su extensión, apenas tres elementos lo distinguen: En primer lugar, su intención de crear una estructura de tres instancias —juez de partido, de distrito y de la capital— que resolvería los conflictos de las particulares. Este fue uno de los temas de mayor polémica en los debates y posiblemente fue su apuesta más importante. Pero además, aunque previamente se dieron acciones en el mismo sentido, es en la Constitución donde tácitamente se planteó la extinción de la Audiencia. En segundo lugar, la propuesta de crear un cuerpo de ciudadanos dedicados exclusivamente a juzgar a los miembros del Supremo Tribunal en caso de que fuera necesario. Y en tercero y último, su desafortunada redacción. Por ejemplo, al

<sup>19</sup> Citado por Huitrón, tomo I, 1991, p. 152.

<sup>20</sup> D. 67 de 19 de junio de 1826, tomo I. Fue el diputado José Ma. Luis Mora quien propuso este decreto, Biblioteca del Congreso del Estado de México, en adelante, BCEM, exp. 75, caja 27. El problema era que esos jueces de segunda y tercera instancia todavía no aparecían en ninguna ley sino que lo harían en el texto de la Constitución local. Se daba por hecho algo que seguramente ya se discutía por lo menos en los pasillos del Congreso pero que todavía no tenía una sanción legal. Parecía como si los políticos pensaban que la vida institucional de la entidad daría un vuelco después de que se expidiera la ley fundamental.

referirse a las instancias que tendrían los procesos, se hace referencia a tribunales cuya explicación aparece al final. Por lo demás, este título V repitió en buena parte de su contenido los principios y organización gaditanos.<sup>21</sup>

El año de 1827 fue sin duda intenso en el ámbito de la administración de justicia, un par de meses después de promulgarse la Constitución se dispuso que los tribunales del Estado actuarían en las causas y gestiones de los ayuntamientos, como lo habían hecho "en las llamadas de oficio".<sup>22</sup> Poco después, frente a ciertas dudas de la Audiencia sobre su jurisdicción, el Congreso señaló que correspondería al Tribunal conocer de las causas civiles y criminales contra los jueces de 1a., 2a. y 3a. instancia, así como de los recursos de nulidad interpuestos ante ella<sup>23</sup> y que seguiría conociendo de los asuntos comunes de 2a. y 3a. instancia, mientras que el Tribunal asumiría el resto de sus facultades. De forma súbita, este decreto le daba la continuidad jurídica que la propia Constitución le había negado.<sup>24</sup> Para facilitar la administración de justicia en instancias superiores se decidió que era suficiente la concurrencia de tres de sus ministros para resolver los asuntos de su incumbencia.<sup>25</sup>

Poco duró la intención de crear al juez de tercera instancia del que hablaba la Constitución pues a finales de 1828 se abrió *de facto* la posibilidad de suprimirlo, a cambio, se intentó fortalecer al Supremo Tribunal. Se dispuso que para la instrucción y resolución en tercera instancia de las causas civiles y criminales allí iniciadas se formaría una tercera sala, con tres ministros y un fiscal, que serían elegidos por el Congreso. En este decreto se propuso la forma de su elección (de una lista de 12, las cuales fueron publicadas dos veces)<sup>26</sup> y se infiere

<sup>21</sup> Promulgada el 14 de febrero de 1827, tomo I.

<sup>22</sup> D. 18 de 20 de abril de 1827, tomo II.

<sup>23</sup> D. 33 de 12 de mayo de 1827, tomo II.

<sup>24</sup> D. 83 de 16 de octubre 1827, tomo II; BCEM, exp. 211, caja 35.

<sup>25</sup> D. 84 de 16 de octubre de 1827, tomo II. La Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara, como portavoz de una petición de la Audiencia, había expuesto previamente que en virtud de que la "Ley orgánica provisional" había reducido el número de sus ministros a seis (cuando antaño contó con doce) y como requería por ley para pronunciar sentencia la concurrencia de cinco, en caso de no haberlos tenía que detener la revisión de expedientes, por lo que propuso un proyecto de decreto donde fuera suficiente la presencia de tres y que la uniformidad de dos votos contra uno hiciera sentencia, BCEM, exp. 246, caja 36.

<sup>26</sup> D. 127 de 16 de octubre de 1828, tomo II; D. 322 de 1 de julio de 1833, tomo II.

que no sería permanente sino que funcionaría cuando tuviera asuntos que conocer.<sup>27</sup> En 1835 se ratificó la creación de esa sala, se simplificó su funcionamiento y se derogó el decreto de 1828 y con ello se alcanzaría en los hechos, aunque no de forma definitiva, la estructura básica que tiene el Tribunal hasta hoy en día en el ámbito jurisdiccional, es decir, jueces que resuelven los conflictos en primera instancia (cuantía menor y mayor) y salas de magistrados que resuelven las instancias superiores.<sup>28</sup> En el último quinquenio del periodo, a pesar de que el gobierno seguía sin poder concretar la transformación definitiva del sistema de administración de justicia en términos de sus estructuras, persistía en sus intentos para mejorarla, aunque fuera de forma un tanto caótica. En 1830 propuso en un extenso decreto abreviar los procedimientos judiciales; que era una aspiración recurrente en la administración de justicia que venía desde el mundo colonial.<sup>29</sup> La idea central era ponerle plazos definidos a los distintos momentos del proceso para no prolongarlo indefinidamente, dedicando una buena parte de su contenido a la actuación de los alcaldes constitucionales, a sus primeras diligencias y a las declaraciones de los testigos. Intentó que los juzgadores se detuvieran sólo en las cuestiones centrales del proceso.<sup>30</sup> El problema era que unos días antes, si nos atenemos a la numeración de los decretos y a la fecha de su promulgación, los mismos diputados habían votado otra ley que abría la posibilidad de cancelar definitivamente la creación de los tribunales de segunda y

<sup>27</sup> D. 125 de 14 de octubre de 1828, tomo II.

<sup>28</sup> De las causas civiles y criminales en tercera instancia conocerán los propios ministros del Tribunal formando sala de tres y a falta de ministros serían suplidos con los de la Audiencia; derogó el D. 125 de 14 de octubre de 1828; D. 464 de 25 de mayo de 1835, tomo II.

<sup>29</sup> D. 203 de 5 de noviembre de 1830, tomo II.

<sup>30</sup> Con el mismo ánimo de disminuir la corrupción, apoyar la brevedad de las causas y a los desheredados se habían promulgado y se promulgarían distintos decretos. El de 1825 que prohibía ser abogado en los juzgados donde el juez o fiscal fuera su "padre, hermano, cuñado, hijo, yerno o suegro". Y allí se derogó la ley 28, tit. 24, lib. 2 de la *Recopilación de Leyes Indias de 1680* que básicamente decía lo mismo, D. 52 de 5 de septiembre de 1825, tomo I. El de 1827 que prohibió cobrar derechos al Tribunal; y dispuso que el producto de la condenación de costas ingresara a la tesorería, así como que no se recibieran regalos ni recompensas. 5. D. 59 de 31 de agosto de 1827, tomo II. El de 1833 que señaló que todo habitante del estado tenía el derecho de acudir a sus tribunales por sí o por apoderado si tenía las cualidades requeridas, sin necesidad de que fuera "procurador de número", D. 301 de 10 de mayo de 1833, tomo II.

tercera instancia, los cuales tenían una amplia participación en la ley para abreviar los juicios.<sup>31</sup>

Para 1831 se haría un último esfuerzo por transformar lo que no se había logrado. Aun cuando no se puede desestimar que las luchas intestinas del Estado también influyeron en esta propuesta; hacía poco había sido cambiado abruptamente el gobernador y estaba cercano el inicio del periodo centralista. Este año apareció un decreto muy particular, al menos por su intención y por lo que no fue. Quería reformar varios artículos constitucionales, la mayor parte de ellos referidos al Poder Judicial. Hay que leerlo con cuidado porque primero habla de que en el Estado habría un "Tribunal Superior de Justicia" integrado por nueve magistrados y dos fiscales. Que sería encargado de juzgar del teniente gobernador, prefectos y jueces de letras, así como de resolver la segunda y tercera instancia y distintos recursos, que básicamente eran las atribuciones de la Audiencia. Y al final refiere que también habría un "Supremo Tribunal de Justicia" integrado por 16 individuos que conocería de las causas criminales del gobernador, de la responsabilidad del gabinete y de las causas civiles y criminales de los magistrados. Sin embargo, el último artículo del decreto dispuso que por cuanto a la creación de tribunales, entiéndase del "Tribunal Superior de Justicia", no se realizaría hasta que el Congreso decretara los reglamentos necesarios. Cosa que no sucedería.<sup>32</sup>

En los siguientes años y al menos hasta 1835, cuando terminó el primer periodo federal, se emitieron otras disposiciones de menor calado, pero que intentarían remediar distintas cuestiones, principalmente sobre temas de competencia así como para dar continuidad a la administración de justicia.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> D. 200 de 16 de octubre de 1830, tomo II.

<sup>32</sup> D. 220 de 2 de junio de 1831, tomo II.

<sup>33</sup> Los decretos son generalmente breves y atendían cuestiones puntuales. "Atribuyendo al Tribunal [ordinario] de segunda y tercera instancia, el conocimiento de las causas que pertenecían al inspector", decía su data, D. 219 de 2 de junio de 1831, tomo II. En los casos de discordias en los tribunales —se refería a los de alzada— se llamarían a uno por uno de los suplentes que fueran necesarios hasta que se alcanzara la mayoría de votos en las sentencias, D. 254 de 2 de junio de 1832, tomo II. El tribunal de segunda instancia confirmaría o revocaría la declaración de ser causa leve de los asuntos que conocieran así como de rebajar la pena, en caso contrario, debía devolverlo al juez inferior, D. 267 de 13 de octubre de 1832, tomo II. Que el Supremo Tribunal continuaría conociendo de las causas formadas a los alcaldes por responsabilidad, en función de tales o cuando funcionaran como jueces de primera instancia, D. 452 de 9 de mayo de 1835, tomo II.

IV. LOS DEMÁS ASUNTOS DEL PODER JUDICIAL<sup>34</sup>

No es posible saber todavía en qué medida afectó pero lo cierto es que no llevar a cabo la transformación del Poder Judicial en el Estado de México pasó en parte por la imposibilidad de encontrar profesionales del derecho que cubrieran las plazas que se fueron generando en la naciente y expansiva administración pública, a donde el ámbito jurisdiccional tuvo una importante demanda. Esto a pesar de las buenas intenciones expresadas por Melchor Múzquiz: “La administración de justicia reducida casi a nulidad, ha sido reanimada, ya por la creación del Supremo Tribunal y de la Audiencia, ya por haber provisto de abogados la mayor parte de las judicaturas de letras”. Pero la situación era muy diferente: “De las 38 cabeceras de partido existente, que requerían 43 jueces, incluyendo los 7 de la capital, solamente 27 existían en el desempeño de la función judicial”.<sup>35</sup> La discontinuidad en la formación de nuevos cuadros por causa de la guerra civil, las expulsiones, huidas, muerte o falta de interés de los abogados para ocupar dichas plazas —en función de que les resultaba más rentable seguir actuando como asesores y abogados— son elementos que incidieron en ello. Es cierto que algunos abogados desempeñaron distintas funciones al mismo tiempo pero no parece que fuera la circunstancia de la mayoría.

Si bien fue desde la Constitución de Cádiz que se planteó la sustitución de jueces legos por jueces letrados, en la entidad fue desde 1823 cuando se observan las primeras evidencias de que hubo intenciones para impulsarla porque se disminuyó la edad mínima de 26 años para ser juez letrado.<sup>36</sup>

Un tema relacionado con este asunto fue el de los presupuestos de gasto y, con ello, el de los salarios de los integrantes del Poder Judicial. No obstante que sólo se cuenta con información fragmentaria, de cualquier manera se pueden apreciar algunos hechos interesantes.

El Congreso se ocupó pronto del tema de los salarios de los trabajadores del Poder Judicial, desde 1824:

<sup>34</sup> En este apartado se retoman algunas ideas expuestas en Téllez, 2001, *passim*.

<sup>35</sup> *Memoria en que el gobierno del Estado Libre de México da cuenta de los ramos de su administración al Congreso del mismo Estado, a consecuencia de su decreto de 16 de diciembre de 1825*, citada por Huitrón, 1991, pp. 121-122.

<sup>36</sup> BCEM, exp. 63, caja 49, D. 135 de 4 de abril de 1829, tomo II.

- Ministros de Tribunal y fiscal ganarían 3 500 pesos.<sup>37</sup>
- Ministros de la Audiencia y fiscal 3 000.
- Jueces de partido 1 500, más los derechos que les señalaba el arancel por su sueldo.<sup>38</sup>
- Prefectos 3 000.<sup>39</sup>

En 1827 se definieron los salarios de otros trabajadores del Tribunal:

- Secretarios 2 000 cada uno.<sup>40</sup>
- Oficiales primero 1 000.
- Oficiales segundo 660.
- Escribientes 500.
- Porteros 500.<sup>41</sup>

De este listado se aprecia la diferenciación salarial que hizo el Congreso entre los ministros del Tribunal y de la Audiencia. Hay que tener presente que la intención era desaparecerla;<sup>42</sup> circunstancia que se complementa con la decisión que se tomó poco después para que el fiscal y sus ministros fueran preferidos para ser nombrados “jueces de distrito y tercera instancia”.

<sup>37</sup> Quienes entraran a cubrir las plazas de ministros del Supremo Tribunal ganarán 3 mil pesos anuales, D. 345 de 2 de octubre de 1833, tomo II.

<sup>38</sup> De estos ingresos tenían que pagar a los integrantes de sus juzgados. Su número variaba según la importancia del juzgado pero seguramente la mayoría contaba sólo con unos cuantos empleados.

<sup>39</sup> D. 23 de 18 de sep de 1824, tomo I. De estos 3 mil pagarían a su secretario. Tendrían “franca” la correspondencia y podrían ocupar, si la hubiera, las casas que llamaban “reales ó consistoriales” y contarían con dos secretarios de 1 200 cada uno, más “los derechos de arancel en los negocios de parte”.

<sup>40</sup> D. 95 de 27 de febrero de 1827, tomo I.

<sup>41</sup> Que de las cuatro plazas que había para portero del Tribunal de 2a. y 3a. instancia se reduzcan a dos, “quedando con el cargo de procuradores de pobres”, D. 107 de 22 de marzo de 1828, tomo II. Que se sigan pagando los 130 pesos anuales al portero del Tribunal a pesar de no estar incluidos en el presupuesto, D. 191 de 22 de septiembre de 1830, tomo II.

<sup>42</sup> Las dificultades del clima, de seguridad y muy posiblemente la falta de aspirantes convencieron a los diputados a elevar a 2 000 el salario de los jueces de Acapulco, Tecpan y Tejupilco. D. 135 de 3 de abril de 1829, tomo II. En marzo de 1834 decidieron que el juez de Mexitlán Lic. José María Angulo disfrutara medio sueldo mientras podía ser movido a otra plaza a donde el clima no dañara su salud, D. 370 de 22 de marzo de 1834, tomo II.

Por su parte, para entender un poco la situación que enfrentaban en esos momentos los jueces letrados de partido, a los que ya se ha hecho referencia, hay que considerar que aun cuando tenían asignado un salario nominal de 1 500 pesos anuales que podría ser considerado elevado si se compara con los demás integrantes del Poder Judicial, la situación cambia si se compara su salario diario de 4.1 pesos, en promedio, con los cinco pesos que podían cobrar, en el ejercicio libre de su profesión sólo por hacer un proyecto de sentencia como asesor de un alcalde; proyectos que por cierto no les significaban tanto esfuerzo si se tiene en cuenta que hacerlos constituía una parte medular y culminante en su formación.<sup>43</sup>

Si se observan de forma integral los presupuestos de gasto que se tienen disponibles en el cuadro 1, de 1828-1829 a 1835-1836, queda claro que de los tres poderes, el Judicial siempre fue el más estable en sus gastos y tuvo el segundo lugar con alrededor del 23%, muy por debajo del Ejecutivo que estuvo permanente por encima del 58 por ciento.<sup>44</sup>

Cuadro 1<sup>45</sup>

	1828- 1829	1829- 1830	1830- 1831	1831- 1832	1832- 1833	1833- 1834	1835- 1836
P. Judicial	20.3%	24.9%	24.4%	24.5%	24.1%	23.7%	24.3%
	119 672	125 662	125 512	128 842	121 992	137 502	119 369
P. Ejecutivo	65.3%	58.5%	60%	60.3%	60.8%	63.4%	64.8%
	385 128	295 541	308 425	316 980	307 952	367 537	318 410
P. Legislativo	14.3%	16.5%	15.4%	15%	15%	12.7%	10.8%
	84 229	83 261	79 029	79 029	75 943	74 000	53 183*

<sup>43</sup> Ya en otra parte se ha abordado el tema de los abogados en el Estado de México, Mario Téllez, "Los exámenes de abogados en el Estado de México del siglo XIX", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 2010, *passim*.

<sup>44</sup> Por razón del espacio no se incluyen las tablas que muestran los números de los presupuestos, pero se pueden consultar en Mario Téllez, "El Poder Legislativo del Estado de México y los presupuestos de gasto en el siglo XIX", *Ars Juris*, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia, 42, 2009.

<sup>45</sup> En el orden de las columnas, de izquierda a derecha D. 114, Tomo II, D. 154, Tomo II, D. 122, Tomo I, D. 215, Tomo II, D. 244, Tomo II, D. 325, Tomo II, D. 475, Tomo II, presupuesto de gastos, "Colección de decretos", 2006.

Otro asunto no menor es el de las faltas, suplencias de jueces y magistrados, así como la creación o desaparición de juzgados en el Poder Judicial; lo cual, puesto en perspectiva con lo señalado arriba, evidencia también la inestabilidad institucional. Por razones que se desconocen buena parte de estas acciones quedaron registradas en decretos promulgados entre 1833-1834, justo en los momentos previos al cambio de régimen.<sup>46</sup>

En el mismo sentido de la inestabilidad puede entenderse tanto el afán del Congreso por trasladar a la capital del Estado el juzgado de testamentos, capellanías y obras pías o del extinguido juzgado de

<sup>46</sup> Dichos decretos se dieron en grupo y enseguida se distinguen por incisos. a) Se establecieron jueces provisionales de primera instancia en Toluca y Tulancingo para que pudieran actuar con escribano o "por receptoría con testigos de asistencia", D. 206 de 5 de enero de 1831, tomo II. b) Más tarde, para la Audiencia, se suprimió la plaza de "agente fiscal", "menos antiguo" y el otro sustituiría al fiscal en sus faltas con 1 200 pesos de sueldo, se crearon las plazas de tercer relator, unas de "escribiente ausiliar" en la sala del crimen, se suprimieron los juzgados "provisionales" de Toluca y Tulancingo (creados en 1831) y se establecieron plazos y sanciones para abreviar las causas revisadas por los abogados de pobres, D. 278 de 23 de marzo de 1833, tomo II. c) En 1833 se nombró como magistrado del Tribunal provisional y con 3 mil pesos de salario al Lic. Francisco Verde y Fernández; como fiscal en las mismas condiciones al Lic. José María Torres Cataño, D. 277 de 22 de marzo de 1833, tomo II. d) Meses después, por muerte del ministro Dr. Pedro Jove (se le asignaron 1 500 pesos anuales por su enfermedad y al "letrado" que lo sustituiría se le darían 2 mil, D. 279 de 26 de marzo de 1833, tomo II; lo sustituyó el Lic. Juan José Rosales, D. 281 de 28 de marzo de 1833, tomo II) se nombró al Lic. José María Torres Cataño, como fiscal al Lic. Francisco Verde y Fernández y al Lic. Juan José Rosales por la separación del Lic. Juan Wenceslao Barquera; todos con 3 mil pesos, D. 327 de 2 de julio de 1833, tomo II. e) Días más tarde, se nombró fiscal al Lic. Juan José Rosales por la muerte del Lic. Francisco Verde y Fernández y al Lic. Juan José Zamorano por la separación del Lic. Juan Wenceslao Barquera. Ambos con tres mil pesos, D. 331 de 19 de agosto de 1833, tomo II. f) Hacia finales del año, por la muerte del Lic. Francisco Ruano se nombró ministro del Supremo Tribunal al Lic. José María Esquivel, D. 346 de 2 de octubre de 1833, tomo II. g) En 1834, José Domingo Ruz fue nombrado ministro de la Suprema Corte y por ley local de enero de 1826 no podía ocupar un puesto en el Estado y al Lic. José María Torres Cataño se le dispensaba de esa ley para aceptar una comisión conferida por la Legislatura —no sabemos cuál—, D. 390 de 30 de abril de 1834, tomo II. h) Unos días después, se nombró ministro del Supremo Tribunal al Lic. José Zamorano en lugar del Lic. José Domingo Ruz. Y al Lic. José Gabriel Gómez de la Peña en lugar del Lic. Juan Wenceslao de la Barquera, D. 409 de 16 de mayo de 1834, tomo II. i) En 1834 se devolvió al Lic. José Antonio Alvarado su plaza de abogado de pobres que perdió por haberse excedido en la licencia para ausentarse, D. 373 de 5 de abril de 1834, tomo II; y mientras se arreglaban los problemas en definitiva, las ausencias en el Supremo Tribunal serían suplidas por el fiscal y ministros de la Audiencia. El gobierno podría suplir a éstos. Todas las suplencias serían temporales, D. 447 de 19 de diciembre de 1834, tomo II. j) Todavía a finales de 1835 Antonio Sánchez de la Barquera fue restituido como ministro de la Audiencia, D. 484 de 5 de octubre, tomo II.

tierras y aguas como el desistimiento posterior para realizarlo. Si bien es cierto que el control del primero le podía representar beneficios de la mayor importancia, sobre todo de carácter económico, en un tiempo donde los recursos eran escasos, también le significaba gastarlos de forma considerable para su traslado, además de los conflictos que esta decisión podía generarle con la jerarquía católica. La prerreforma impulsada por Juan Álvarez estaba en curso en esos momentos y los ánimos estaban caldeados. Por supuesto que el recrudecimiento de los problemas sociales en todo el país y el cambio de régimen que se aproximaba hacían poco recomendable dar ese paso.<sup>47</sup>

#### V. COMENTARIOS FINALES

Es evidente la influencia del pensamiento gaditano en la legislación del Estado de México en los primeros años de su conformación. Los principios humanistas y racionalistas fueron reconocidos por los políticos y juristas más influyentes en la entidad y luego ratificados en distintos momentos en la legislación local.

En términos organizacionales la Constitución de Cádiz también influyó, pero su huella fue más involuntaria que deseada. En efecto, el elemento que parece tener mayor importancia en la legislación estatal en materia de administración de justicia fue la intención de los diputados para crear juzgados de alzada que permitirían la sustitución de la Audiencia, circunstancia que no se logró finalmente y que derivó, por lo tanto, en que buena parte de la legislación en esta materia se dedicara a sobrellevar la inestable situación. Por su parte, la sustitución de jueces legos por jueces letrados de partido en primera instancia fue un tema relevante sobre el que los académicos han llamado la atención, pero que no se reflejó de la misma forma en la legislación. Una primera explicación a este trato diferenciado, a reserva de ahondar en otra oportunidad, es que la situación de los jueces letrados, creación gaditana, estaba resuelta en lo jurídico y a

<sup>47</sup> El gobierno haría a la "posible brevedad" el traslado del juzgado de testamentos, capellanías y obras pías a la capital del estado. El decreto 295 hablaba de nombrar un comisionado que lograra su traslado, así como de otras medidas más relacionadas con el asunto, D. 294; ambos de 7 de mayo de 1833, tomo II. El gobierno, de acuerdo con la federación, haría el traslado del extinguido juzgado de tierras y aguas, D. 313 de 25 de mayo de 1833, tomo II. No tendrían efecto los decretos 294 y 295 de 1833, D. 442 de 16 de octubre de 1834, tomo II.

gusto con sus impulsores, sólo había que encontrar a los abogados que se hicieran cargo de las plazas mientras que en el caso de la Audiencia, por cuestiones ideológicas, querían desaparecerla, pero no pudieron lograrlo a pesar de los esfuerzos empeñados y hubo que legislar para la coyuntura en tanto alcanzaban el objetivo final, el cual no llegó durante la primera época federal.

Así, a lo largo del periodo y en términos cuantitativos se promulgaron un total de 58 decretos relacionados principalmente con la conformación y funcionamiento del Poder Judicial estatal, sin contar la Constitución de 1827 ni los siete presupuestos de gasto anuales -1828 a 1836-; en promedio se promulgaron más de cinco decretos por año. El número parece elevado como para comprobar que la situación no cambió mucho a lo largo de los años.

Por otro lado, y aunque formó parte también de los influjos doceañistas, está la fallida promulgación de los códigos estatales que se intentaron alrededor de 1824,<sup>48</sup> la cual podría pensarse como parte de la política en el ámbito de la administración de justicia que quisieron proponer los primeros gobiernos estatales, pero tampoco se materializó en algún decreto en lo particular.

Así pues, en el balance general se puede apreciar que sólo la Constitución y el decreto de 1831 intentaron tener un impacto de fondo en la conformación orgánica del Poder Judicial estatal. El decreto de 1830 para abreviar los procesos judiciales también podría considerarse de relevancia, pero ubicado más en la trayectoria de los esfuerzos que desde la Colonia se habían hecho en el mismo sentido y que se prolongaron después, acicateados en esos momentos por las difíciles circunstancias que se vivían en la entidad. El resto de los decretos estuvieron más bien dedicados a dar una precaria continuidad institucional, paliando los problemas derivados de esos frustrados intentos e intentando resolver cuestiones cotidianas que se presentaron en esos años.

El caso particular del "Supremo Tribunal de Justicia" puede comentarse aparte. Igualmente que desde 1812 en el Estado de México fue pensado más como un órgano de control y supervisión que de

<sup>48</sup> Este tema ha sido explicado en otro momento, Mario Téllez, "Un proyecto de reforma de la administración de justicia en el Estado de México: las discusiones previas a la codificación (1825-1830)", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, UNAM, México, XIII.

jurisdicción ordinaria y así permaneció en la primera época federal. Sin embargo, en 1831, con la promulgación del decreto ya referido de ese año, sucedió algo que parece inusual. Se propuso la creación de un "Tribunal Superior de Justicia" que sustituiría a la Audiencia en sus principales funciones y con lo cual se adelantaba por primera vez el nombre de lo que es hoy la institución. Pero también estaba contemplada la continuación del "Supremo Tribunal de Justicia" con las mismas facultades de antaño. A la luz del presente parece difícil imaginar funcionando en el Poder Judicial al mismo tiempo un "Supremo Tribunal" y un "Tribunal Superior"; no lo fue para los legisladores de la época pero nuevamente el tiempo y las circunstancias les jugaron en contra porque tampoco fue posible llevarlo a cabo en ese momento.

Por último, podría decirse que en el Estado de México para la primera época federal fracasaron las reformas más importantes que quisieron impulsarse sobre la organización de la administración de justicia —en otro momento habrá que volver a la función jurisdiccional— y funcionó a lo largo del periodo de forma precaria, prácticamente con las mismas estructuras heredadas del periodo gacitano. En ese difícil espacio donde la autoridad debía proteger los bienes más preciados de los hombres como la vida y la propiedad, convivieron jueces legos y letrados, apoyados y/o sustituidos por alcaldes constitucionales o de real nombramiento, cuyas sentencias podían ser recurridas ante una disminuida e incompleta Audiencia, que antaño había vivido momentos de poder y esplendor pero que no pudo o no quiso ser desaparecida, y donde el "Supremo Tribunal" se debatía entre ser una instancia de control y supervisión o ser una instancia de plena y máxima jurisdicción que terminaría, andando el tiempo, convirtiéndose sólo en "Tribunal Superior" e incorporando a los juzgados de letras a su estructura, conformando básicamente al Poder Judicial que conocemos en la actualidad.



LA ENSEÑANZA  
DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO  
EN LA ESCUELA LIBRE

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

La Escuela Libre vino a satisfacer un anhelo hondo y bien arraigado en la conciencia suprema, social y políticamente, del pensamiento de libertad que floreció en la Ley de Instrucción de 1910. Aún resuenan en nuestros oídos las palabras magníficas de don Justo Sierra dando la teoría de la Universidad naciente y proclamando muy alto "que el gobierno de la ciencia en acción debe pertenecer a la ciencia misma".

Manuel Herrera y Lasso

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Positivismo*. III. *El origen de la Escuela Libre de Derecho*. IV. *La creación de la cátedra de Filosofía del Derecho*. V. *Don Antonio Caso*. VI. *Don Manuel Herrera y Lasso*. VII. *Don Eduardo Pallares*. VIII. *Don Carlos Díaz Dufío hijo*. IX. *Don Ignacio Bravo Betancourt*. X. *Don Rafael Preciado Hernández*. XI. *Don Miguel Villoro Toranzo*. XII. *Otros profesores*. XIII. *La modernización de la filosofía jurídica, don Jorge Gaxiola Moraila*.

I. INTRODUCCIÓN

Las presentes notas tienen como finalidad exponer cómo surgió y se ha desenvuelto la Filosofía del Derecho en nuestra querida Escuela, cuáles han sido sus temas, las preocupaciones constantes que la han

caracterizado, sus principales representantes, así como las contribuciones que han dado a esta rama de la ciencia y al país en general.

Antes de entrar en materia, me gustaría precisar el alcance del trabajo a exponer, ya que no se pasará revisión de todos y cada uno de los filósofos que ha producido la Escuela, lo que ameritaría una investigación mayor; ni se ocupará de los profesores que de alguna u otra forma han escrito sobre filosofía, o filosofía del derecho. Por el contrario, en lo que deseo centrarme es exclusivamente analizar los motivos que originaron la inclusión de la materia de Filosofía del Derecho en el Plan de Estudios de la Escuela, los maestros representativos que la han impartido, así como las líneas generales de su pensamiento.

## II. EL POSITIVISMO

Podemos comenzar con la idea ampliamente reconocida de que a finales del siglo XIX y la primera década del XX, que es el periodo que corresponde a la formación de la Escuela, existía una línea de pensamiento generalizada y común tanto en Europa como en América, que era el Positivismo. De hecho, para el país esta filosofía era la más importante y la que caracterizaba a la dictadura porfirista y, además, a la que estaban adscritos los principales científicos del país.

Para exponer esta perspectiva, me gustaría seguir a Rudolf Eucken, quien manifestó de manera brillante que ante todo, esta idea partía de la experiencia y pretendía reconciliar y unificar, como lo querían los griegos, naturaleza con sociedad. Se trata ni más ni menos de una idea unificadora y rigurosa del pensamiento a lo que se considera "positivo", es decir, reducir el ámbito de la vida y de su conocimiento a la experiencia inmediata, a lo dado en la realidad sensible. De ahí su consecuencia más devastadora: considerar equivocado todo intento de conocer lo que se encuentra más allá de esa esfera sensible y, por lo tanto, no hay lugar a una religión, ni a una especulación de carácter filosófico, ya que ambas pretenden ir más allá de la experiencia sensible, de tal manera que la ciencia debe renunciar a formular preguntas que no puede responder, toda vez que no existen respuestas ni últimas preguntas acerca del qué, el cómo, o el dónde.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Eucken, Rudolf, *Los grandes pensadores* (Trad. Faustino Ballvé), Aguilar, Barcelona, sin año, pp. 370 y 371.

Se dieron dos vertientes dentro de esta perspectiva, la francesa, representada por Augusto Comte y la inglesa, entre los que estarían John Stuart Mill y sobre todo Herbert Spencer.

Una vez que se renuncia a las ilusiones de la religión o de la filosofía, se puede apreciar con facilidad que el conocimiento no es más que un tejido de relaciones, que a pesar de su diversidad, ofrece un encadenamiento uniforme. Todo hecho concreto, como lo repite Eucken, no es más que un caso que obedece a una regla o ley universal. El objetivo de la ciencia entonces no es más que el descubrimiento de esas leyes, de tal manera que su conocimiento no sólo sirve para el agrado del intelecto, sino sobre todo, para una utilidad precisa, el mejoramiento de las condiciones de vida o, como lo predicaba Comte: "saber para prever, prever para obrar". Así, el principal aliado del hombre es la ciencia que se vuelve una filosofía de la práctica, que evita desgracias o sufrimientos y contribuye a incrementar el poder humano y la felicidad.

Pese al destierro a que han condenado a la filosofía, no renuncian a una suerte de idea metafísica, en este caso, a la ilusión de que la ciencia podría resolver los grandes problemas sociales, siempre que se abandonara la idea equivocada que se tenía sobre el hombre, es decir, el individualismo, y se centrara en una nueva imagen de él dentro de la sociedad, de ahí que se creara una nueva ciencia a la que se le dio la mayor importancia, la sociología. El progreso depende de una evolución intelectual y, por lo tanto, es preciso acabar con el aislamiento y la enemistad que existen entre los hombres, al considerarlos como parte de un organismo al símil de las ciencias naturales. En el caso del empirismo inglés, el conocimiento social se reduce a una idea dominante, la evolución.

Al concebir una idea definida del hombre, de sus fines y de la sociedad en la que se encuentra, no tardaron en surgir movimientos que lo combatieron, principalmente el vitalismo o el intuicionismo, como de hecho sucedió en el país.

## III. EL ORIGEN DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Entrando ya en materia, podemos decir que la creación de nuestra Escuela forma parte de los movimientos sociales que se dieron como reacción al pensamiento político y social predominante. Al respecto

me gustaría citar unas palabras que pronunció uno de sus alumnos fundadores y que posteriormente ejerció una gran influencia en los derroteros que tomó la Escuela, me refiero a don Manuel Herrera y Lasso, quien, en una conferencia dada para conmemorar un año más de la fundación de la Escuela, afirmó:

Yo llegué a México y en la Escuela de Jurisprudencia comenzamos con maestros como don Julio García que nos enseñaba Derecho Civil... Antonio Caso en Sociología... Yo realmente no sé cómo será la sociología en los últimos años; lo que declaro es que esta ciencia todavía en pañales, todavía en formación, se enseñaba en 1909 o 1910 a través de un libro de René Worms (*Philosophie des sciences sociales*, del año 1903, en tres tomos). Éste era el Secretario Perpetuo de la Sociedad de París y del Instituto Internacional de Sociología, cuando hizo un libro sobre la materia... Es un libro ameno, amable y os recomiendo su lectura, así como cosa fácil; era un libro que no enseñaba sociología, pero fue un libro que servía, como le sirvió a Antonio Caso, para filosofar sobre todas las cosas, de manera tal que sus alumnos de 1909 y 1910 encontraron en aquellas cátedras la ocasión de escuchar palabras que iban a ser como semillas de renacimiento filosófico en México, porque el México de entonces aún vivía dentro de la fórmula del positivismo, un positivismo que era spenceriano. La ley de la evolución resultaba la clave lógica de todos los fenómenos de la inversa: el paso de lo inestable a lo estable, de lo heterogéneo a homogéneo con disposición de movimiento y concomitante integración de materias. Con semejante absurdo formulado ya estaba todo dicho... Descartes dice, buscando medio en qué fundar toda su elucubración de filósofo: "Pienso, luego existo", y el razonamiento cartesiano es: "Pienso; luego pienso, luego soy", qué dirá la planta, qué dirá el animal si pudiera hablar. Pascal levanta el estandarte declarando que el corazón tiene razones, que la razón no comprende y surge todo el pensamiento anti-intelectualista de la filosofía contemporánea y ya no es la razón razonante, ya no es el silogismo cristalizado lo que impera en los entendimientos; es la vida, es la vida que impera, la vida que crea. Éste era el pensamiento de los muchachos de mi época y cuando en 1912, por eso el episodio de lucha entre aquella juventud y el director de la facultad de jurisprudencia es un capítulo en la historia de las ideas en México.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Herrera y Lasso, Manuel, "Orígenes de la Escuela Libre de Derecho" (conferencia sustentada en el salón de actos de la Escuela Libre de Derecho el día 13 de julio de 1945) en: *Estudios jurídicos con motivo del 75 aniversario*, México, 1987, pp. 63-74. También reproducida del mismo autor: *Casa construida sobre Roca, la Escuela Libre de Derecho y otros escritos*, edición de conmemoración del XC Aniversario de la Escuela, México, pp.

De esta forma, nuestra Escuela surge como una reacción no sólo a la política sino a la filosofía imperante en esa época y lo es mediante un movimiento, que, como lo apunta el propio rector honorario, fue un momento de irracionalidad, inspirada en la idea de la "vida", dentro de la fiebre revolucionaria que atravesaba el país.

Esta rebelión juvenil fue aceptada por los profesores que tuvieron a bien contribuir a la formación de la Escuela y en la exposición de motivos señalaron que no tomaban en consideración los hechos que determinaron la separación de los alumnos, ni los apreciaban ni calificaban, pero la necesidad de que continuaran con sus cursos, fue el único hecho que tomaron en cuenta y por ello, independientemente de los actos que hayan sido el origen de su rebelión, dejaron a los propios alumnos la responsabilidad de su conducta: "que no examina tanto como la discusión de sus derechos de que no juzga".

#### IV. LA CREACIÓN DE LA CÁTEDRA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Una vez formada nuestra Escuela y ante la urgente necesidad de continuar los estudios interrumpidos, se optó en primer término por buscar a profesores idóneos y adoptar por el momento el mismo plan de estudios que se seguía en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, tomando en consideración que el primer curso se tomaría de prueba y experimentación, por lo que el tema de la existencia definitiva de la Escuela se postergó.<sup>3</sup> Esta fue la razón por la que en un inicio y derivado de un plan de estudios al modo "positivista", no existió una materia de filosofía jurídica, aunque de hecho sí se daba, pero identificada como "Síntesis del Derecho", a cargo de don Eduardo Pallares, de quien hablaremos más adelante.

<sup>3</sup> 51-64. Es curioso apreciar en este artículo cómo la idea de la Escuela de contar con exámenes orales y anuales fue uno de los motivos que la hicieron separarse de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, ante la insistencia del rector Luis Cabrera de que hubiera exámenes o reconocimientos por escrito o de manera oral cada dos meses y que por el conflicto revolucionario de 1910 no se habían podido realizar hasta el fin de año, por ello los estudiantes exigían los exámenes al fin de año como ya había sucedido en ese último año y no así en los previos. Apunta el maestro: "Nunca entendí yo por qué no querían los reconocimientos, ya que era más fácil aprobar un curso por reconocimientos que por exámenes", ver pp. 58 y 59.

<sup>3</sup> Según lo que informa el discurso de Herrera y Lasso, el 18 de febrero de 1914, recogido en: *La labor de la Escuela Libre de Derecho del año escolar de 1913, Casa Construida...*, op. cit., p. 16.

Fue hasta el 15 de abril de 1913, después de considerar viable a la institución, cuando se aprobó su primer plan de estudios, propiciando con ello su independencia académica. En él se introdujeron como novedades las siguientes materias: Historia, Prolegómenos del Derecho y Elementos del Derecho Constitucional y, según el maestro Herrera y Lasso, se modificó la materia de Sociología.

La cátedra que nos ocupa cambiaría radicalmente en la primera modificación del plan de estudios, que se realizó con base en dos proyectos elaborados el primero, por los maestros Miguel S. Macedo, Manuel María Dávalos y don Carlos Vargas Galeana, y el segundo por los profesores Díaz Dufío hijo y Herrera y Lasso. Ambos proyectos incluían entre sus novedades a la Filosofía del Derecho.

Bajo la óptica del maestro Herrera y Lasso sólo se buscó un cambio de nombre, de "Síntesis" a "Filosofía", queriendo conservar en sus contenidos, los mismos temas que se abordaban, como eran el concepto del derecho, su origen, la relación entre derecho y moral, es decir temas que eran comunes a las diversas ramas de la ciencia jurídica y que por ello la traspasaban, y ameritaban un estudio al amparo de una ciencia general, que no era otra cosa que filosofía.

Pero en realidad, el alumno rebelde fundador de nuestra Escuela, quiso hacer aparecer como una mera alteración de la denominación, un punto que constituía un cambio radical y que prefiguraría la concepción que seguiría la Escuela en gran parte de su primer centenario. En efecto, como se ha dicho, las ideas predominantes positivistas eran reacias y enemigas de cualquier pretensión o estudio que implicara un conocimiento "filosófico", de ahí que sólo se avocara a realizar una visión general del derecho positivo a lo que responde la noción de "síntesis". Sin embargo, ambas comisiones fueron claras al introducir conscientemente un término filosófico para referirse a una de sus materias y con ello, superar la reducción positivista que se encontraba en su antiguo plan de estudios.

Los maestros que modificaron el plan de estudios eran conscientes de que el término "filosofía del derecho", resultaba en esa época inaceptable en otros países como en Inglaterra o Alemania, quienes la habían sustituido por un término más apegado a lo que se consideraba "científico", como lo era el de Teoría General del Derecho. No obstante esto, enfatizaron que no se debía desechar una buena expresión como lo era la palabra "filosofía", ya que finalmente tanto

afirmar la validez de la filosofía como combatirla, era en sí misma una actitud filosófica.<sup>4</sup>

De esta manera, si bien desde 1912 se impartió una materia de corte al parecer filosófico, no es sino hasta 1917 cuando se introduce claramente esta materia y desde entonces ha aparecido en las distintas revisiones que se han dado al plan de estudios. Este hecho es rescatable, ya que por lo que toca a la Escuela, nunca atravesó la crisis que padecieron instituciones de otros países, acerca de la lucha por el nombre correcto de la materia que debía estudiar los problemas últimos de la ciencia jurídica, o bien Teoría del Derecho, o Filosofía del Derecho. Por el contrario, siempre hemos contado con una filosofía jurídica precisamente como una forma de reacción a una concepción predominante, que aún hoy no ha desaparecido del mundo jurídico, si bien es cierto que en otras escuelas ya es admitida la materia de filosofía del derecho, tal situación obedeció con posterioridad a que la Escuela la introdujera.

Así, podemos decir que desde el año 1917 hasta ahora, la Escuela ha considerado necesario para la formación de sus estudiantes y por ello ha incluido entre sus cursos a nivel licenciatura el de Filosofía del Derecho, para adentrarse a las interrogantes comunes de la ciencia jurídica, particularmente tres: qué es el derecho; cuáles son los fines que debe perseguir, si es que lo debe hacer y, por último, sobre si es posible un conocimiento riguroso que configure una auténtica ciencia.

Presumiblemente atrás de ese nombre, también se encontraba un perfil claro de nuestros primeros profesores y autoridades acerca de la visión del derecho que se quería inculcar en la Escuela, como trataré de demostrar más adelante, es decir, la Filosofía del Derecho en la Escuela sirvió para dar una idea acerca de éste desde una óptica particular, el tomismo jurídico, que no es otra cosa más que el iusnaturalismo escolástico predominante en el catolicismo, como una reacción frente al positivismo que se desarrolló durante todo el siglo XX. De hecho la mayor parte de la historia de la Filosofía del Derecho en la Escuela, ha sido la exposición y defensa del iusnaturalismo filosófico de corte tomista y el combate a ideas contrarias a éstas.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Herrera y Lasso, Manuel, *Casa construida sobre roca*, Escuela Libre de Derecho, México, 2002, pp. 24-30.

<sup>5</sup> Este iusnaturalismo que ha caracterizado a nuestra Escuela, como se ha señalado, es de corte tomista. Al respecto hay que señalar, que Santo Tomás de Aquino (1224 o 1225-1274) el

Siguiendo a Juan Antonio Cruz,<sup>6</sup> pudiéramos resumir que la Filosofía del Derecho en México, en gran parte del siglo XX, se caracterizó por las siguientes posturas.

Apoyándose en las ideas vitalistas de la filosofía francesa de Bergson y Boutroux, se formó en el año de 1908, el Ateneo de la Juventud,

“Doctor Angélico”, tuvo la capacidad de renovar la filosofía católica de su tiempo, si bien al principio no fue bien acogida por las autoridades eclesiásticas, ya que sólo tres años después de su muerte, en 1277, se publicó un documento condenando 219 proposiciones aristotélicas entre las que se incluían varias interpretaciones tomistas; a raíz de la polémica con Arnau de Vilanova, en 1309, la orden dominica de la Provincia de Aragón, en España declaró a este santo como el doctor oficial de la orden, obligando a sus integrantes a seguir sus doctrinas. Esta obligación se extendió en 1316 a todas las órdenes de predicadores. El doctor fue canonizado en 1323, por el Papa Juan XXII y dos años después, el entonces obispo de París revocó la condena de las proposiciones tomistas que había impuesto el obispo Étienne Tempier. El resurgimiento en los tiempos modernos del tomismo, se dio a finales del siglo XIX, cuando la iglesia católica acudió de nuevo a él, para defender su postura filosófica. En 1849, se fundó el grupo Civiltà Cattolica, y la celebración en los años 1869 a 1870, del Primer Concilio Vaticano. El 4 de agosto de 1879, el Papa León XIII publicó su encíclica *Aeterni Patris*, en la que se reconoció al tomismo como filosofía oficial de la iglesia y exhortó a que para la defensa de la fe y el progreso de las ciencias se restablezca y se propague su estudio. En 1914, el Papa Pío X, en su documento *Motu Proprio*, ordenó la enseñanza de las doctrinas del santo, no sólo en los seminarios sino también en todas las escuelas católicas, lo que también fue confirmado por Benedicto XV, cuyo pontificado también cambió el Código de Derecho Canónico, para modificar los cánones 589 y 1366, y obligar a los profesores de filosofía a que expongan su materia conforme al método, doctrina y principios del Doctor Angélico, y seguirlos “celosamente”. También, al amparo de esos documentos se elaboró un listado de 24 tesis tomistas, que se autorizó por el Papa el 27 de julio de 1914 y que constituyen una visión de conjunto que representa la esencia del tomismo dentro de la iglesia católica y que incluye los aspectos de ontología (tesis I-VII), cosmología (tesis VIII-XII), biología y sicología (tesis XII-XXI) y, finalmente, teodicea (tesis XXII-XXIV). En el plano filosófico, el surgimiento del neotomismo fue reforzado en Francia con filósofos de la talla de Étienne Gilson, Jacques Maritain y Joseph Maréchal, entre otros. Por último, podemos decir que esta escuela filosófica ingresó al país pocos años después de la conquista, con los primeros religiosos que llegaron, aunque mezclado con la naciente en ese entonces escuela española del derecho natural, entre los que destacan un discípulo de Francisco de Vitoria, Fray Alonso de la Veracruz (1504-1584). El tomismo fue la filosofía que según Octavio Paz, en su libro: *Sor Juana Inés de la Cruz o las Trampas de la Fe*, estuvo destinada a dar sustento lógico y racional tanto a la conquista como al sistema político español que imperó durante la Colonia, y que impidió que otras perspectivas filosóficas ingresaran al país y con ello provocó su atraso científico y caracterizó a los virreinos americanos como sistemas cerrados a las nuevas ideas. Por ello, es fácil entender que cuando se reinstaura la actividad filosófica en el país a inicios del siglo XX sea esta visión la que impere, porque coincide con el neotomismo, y de esta manera tengan que esperarse décadas para que se puedan conocer otras vertientes. Hay que decir que desde la Colonia esta filosofía no ha desaparecido del país. Sobre las vicisitudes del pensamiento tomista véase: Mosterin, Jesús, *Los Cristianos. Historia del pensamiento*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 400-401 y 480-481. Para conocer el contenido de las encíclicas y de las tesis tomistas, véase al propulsor de las mismas, Hugon, Eduardo (sacerdote dominico), *Las veinticuatro tesis tomistas* (Trad. P. Adriano Suárez, tomada de la primera edición en español de Madrid, 1924, Porrúa, 1974.

<sup>6</sup> Cruz, Juan Antonio, “La Filosofía del Derecho en México”, *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, ITAM, núm. 2, abril de 1995, pp. 207-215.

que tenía como propósito principal el resurgimiento de la actividad filosófica, con la lectura de filósofos contemporáneos en ese momento, llegando a combatir la concepción positivista del mundo. Como después lo señalaremos, entre sus representantes se encuentra el profesor de la Escuela, don Antonio Caso, quien influyó en los profesores que impartieron cátedra, como lo reconoció el propio Herrera y Lasso.

Bajo el impulso de los movimientos socialistas y comunistas, que se desarrollaron activamente en el continente europeo, se combatieron las ideas positivistas, con ideas marxistas de la lucha de clases, aunque también se mostraron contrarios a cualquier actitud filosófica distinta a las ideas que defendían. Durante la primera mitad del siglo XX, esta influencia no se hizo sentir y, por el contrario, la posición de la Escuela también consistió en combatir estas ideas socialistas y comunistas.

Posteriormente, en la década de los treinta surgió en el grupo neokantiano, en sus distintas escuelas, como la de Baden, la de Marburgo, etc., que posteriormente se reflejaría en autores como Del Vecchio, Radbruch, Kauffman, Hartmann, etc.

Una última reacción, aunque ya existía desde el tiempo de la Colonia, fue la renovación del movimiento escolástico que propugnaba la restauración de la concepción tomista y que se vio influida con la filosofía neotomista de origen francés, Jacques Maritain, Hauriou, Renard, Delos y Jean Dabin, entre otros. A esta renovación se afianzó posteriormente también en su lucha contra el neokantismo, adelantándose varias décadas a lo que en Europa se conocería a partir de la Segunda Guerra Mundial como el renacimiento del derecho natural. Podemos decir que de estas cuatro posturas, la Escuela estuvo vinculada tanto a la primera como a la última.

## V. ANTONIO CASO

Antes de analizar a los principales profesores de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Escuela, es importante recordar a don Antonio Caso (1883-1946) que si bien no dio clase en la materia, toda vez que a partir de su fundación le fue confiada la cátedra de Sociología, misma que también impartía en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, es considerado como uno de los restauradores de la filosofía en México, si bien en un inicio compartió ideas positivistas, logró convencer a

Justo Sierra, secretario de Instrucción Pública y Bellas Artes, para que se reincorporaran en los centros de estudio, las materias humanistas, entre ellas a la filosofía. De hecho, fue el creador de la Escuela de Altos Estudios, el antecedente de lo que posteriormente sería la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional, siendo don Antonio el primer profesor de filosofía en dicha escuela. También propició la difusión de las doctrinas filosóficas que se estaban generando en ese momento en Europa, como las escuelas vitalistas e inclusionistas, como son las de Bergson, Spengler, o Dilthey, lo que ayudó a contrarrestar la influencia del positivismo. Su pensamiento filosófico osciló entre posturas cristianas, el intuicionismo, el vitalismo e incluso el existencialismo. Sin duda la Escuela debe rescatar el pensamiento de este profesor, que tanto hizo para el surgimiento de la filosofía en el país.<sup>7</sup>

#### VI. DON MANUEL HERRERA Y LASSO

Si bien el maestro Manuel Herrera y Lasso (1890-1967) tampoco impartió cátedra de Filosofía del Derecho, ya hemos visto cómo, con sus obras y sus discursos, justificó filosóficamente no sólo la fundación de nuestra *alma mater*, sino la creación misma de la cátedra. Aunque en la práctica fue un eminente constitucionalista y político, también escribió algunas crónicas, artículos periodísticos y páginas dedicadas a la filosofía. Frente a sus tres libros de compilación del derecho constitucional, existe otro volumen dedicado a esta materia, del año 1968, para conmemorar sus 76 años de vida.<sup>8</sup>

Ya en el prólogo el maestro se reconoce con preferencias intelectuales para el estudio de la filosofía, pero la dedicación preponderante al estudio del derecho constitucional lo hizo percatarse que son “otros y muchos, mejores que él”, los que eran capaces de abordar esa tarea y en cambio eran muy pocos los que se dedicaban a la tarea de constituir y difundir el derecho constitucional mexicano.

<sup>7</sup> Para una visión más amplia del pensamiento de Antonio Caso, puede verse Ramos, Samuel, *Historia de la filosofía en México*, UNAM, México, 1943. Ibaranguoitia, Antonio, *Filosofía mexicana. En sus hombres y sus textos*, Porrúa, México, 1967. Larroyo, Francisco, *La filosofía iberoamericana. Historia, formas, temas, polémica, realizaciones*, Porrúa, México, 1969.

<sup>8</sup> Herrera y Lasso, *Ensayos filosóficos*, Ed. Jus, México, 1968.

Se identifica ante todo como un autor “tomista” con injerto bergsoniano y aunque no lo dice expresamente, también fue influido por la filosofía de don Antonio Caso. En una serie de artículos que publicó en el diario *El Universal*, de los meses de septiembre a diciembre de 1929, que luego serían unificados bajo el título *La inquietud de nuestro tiempo. Paganismo y cristianismo*,<sup>9</sup> estaría reflejado su pensamiento filosófico, marcado con la idea de la inquietud como actitud vital que surge ante la crisis del hombre, tema que sin duda fue inspirado por el libro de Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*.

Según él, la inquietud sobre la situación social no sólo era un fenómeno de los tiempos en los que escribía el autor, sino de todos los tiempos, lo que propicia un anhelo hacia una vida mejor y a una renovación total, lo que es inseparable de la civilización. La ilusión colectiva presta vida a las fórmulas de palingenesia y se desvanece luego para renacer después, pero lo que subsiste finalmente es el hombre mismo. Las constantes revoluciones traen consigo un caudal de ideas que modifica la mentalidad de cada época, invirtiendo los planos de la conciencia social, polarizándola en múltiples direcciones y provocando otros estímulos. Los grandes fenómenos históricos como el Renacimiento, la Enciclopedia o el movimiento científico derivado de la física de Galileo, cuyo producto en la segunda mitad del siglo XIX llegó a convertirse en una “nueva escolástica”, al decir de Bergson. Quienes arriban al mundo en esos momentos, se sienten deslumbrados por ellos y el ambiente en que actúan, que es para ellos una plenitud de vida y engreídos con ella, le atribuyen místicamente virtudes y defectos propios, proclamándose con júbilo o dolosamente “los hijos del siglo”, sin tomar en cuenta que se trata de una expresión ingenua que atribuye un valor esencial a meros artificios y convencionalismos de la época en que se vive.

Ese espíritu del siglo presenta en ocasiones características sustanciales que lo distinguen y lo aíslan de sus antecedentes, que asemejan una ruptura en la continuidad de la evolución social y que hace parecer que estamos ante la aurora de “una vida nueva”, ante el despertar de una nueva conciencia. Ahora bien, ¿cuáles serían esas características? A lo que responde el maestro que son las de la crisis, es decir: el estado agudo que separa dos periodos diferentes el uno y

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 20.

el otro. Por ello, se plantea estudiar en qué consiste la crisis que en esos momentos se presentaba, ya que finalmente conocer el mal es el principio de su remedio.<sup>10</sup>

Serían cinco las características de esa crisis o mal de su tiempo. La primera es el individualismo, cuyo origen fue el Renacimiento, se define y sistematiza con Rousseau, encuentra su más alta expresión en la filosofía kantiana y enriquece su doctrina dentro del positivismo independiente con el pluralismo de Renouvier. Esta idea en contraste con la "arquía" tradicional católica, en donde el individuo es un elemento de la organización colectiva en el vivir social, enaltece el concepto del hombre como una unidad irreductible aislada y desvinculada de la sociedad, que se erige en juez de ella, la desconoce y rechaza.

La segunda característica es el "cientismo", con el extraordinario auge de las ciencias durante el siglo XIX que produjo la radical transformación en la mente colectiva, cambiando los conceptos del universo y de la existencia. El hombre se ve desplazado en la preferencia de la explicación del mundo, para sustituirlo por la naturaleza, entonces: "se proclama, con el imperio de lo relativo, la imposibilidad de conseguir lo absoluto; se proscribía la investigación metafísica como un delirio de la mente; y se llega a considerar al Universo como un ser total en el que se funden y desaparecen la individualidad y la autonomía del hombre, dentro de un determinismo ineludible que, al aplicarse a la vida, se convierte en fatalismo, norma —aunque negativa—, de la acción".<sup>11</sup> De esta manera aparecen en la filosofía del siglo XIX el materialismo, el positivismo y el monismo, que ofrecen un mismo concepto naturalista del mundo de corte materialista.

La tercera nota sería el estatismo que con Hegel se llega a la tesis de la omnipotencia del Estado, para hacer de su filosofía una: "teología convertida en lógica, una mística racional en que la divinidad es el Estado".<sup>12</sup> Así, en el mundo moderno se levanta una mole opresora dotándola de razón y al que se le ha dado una realidad vital y personal, ficción de la mente en que se atribuyen inteligencia y voluntad propia, por ello, el valor del individuo se reduce a algo menos que

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 28.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 31.

las partículas de la tierra y que forman el polvo en los días secos y el lodo en los días de lluvia, donde el Estado se vuelve soberano y dueño absoluto del poder, reuniendo a los individuos en una unidad ficticia para despojarlos de sus atributos esenciales.

El cuarto elemento es la lucha de clases. En el ímpetu del realismo despiadado, el esfuerzo de la organización política tiende a convertirse en una implacable lucha de clases, asumiendo el fracaso de las ideas democráticas, del régimen representativo y del gobierno constitucional. El pueblo finalmente ha perdido su ilusión y se instaura la dictadura del proletariado, de tal forma que el problema del gobierno se reduce a una disyuntiva entre el orden y la libertad que se resuelve a favor del primero mediante la instauración de la dictadura.<sup>13</sup> La última nota que alimenta a la crisis es lo que denomina el asalto a la civilización occidental, en donde se pretende declarar caducas las ideas que la forjaron y la hicieron florecer.

De esta manera, apunta Herrera y Lasso que en los momentos de su reflexión, individualismo, cientismo y estatismo del siglo XIX, arrastraron a la humanidad a la desesperada lucha de clases y al asalto de la civilización occidental en un frenético anhelo de arrasar el pasado y aniquilar la tradición latina, para erigir sobre sus escombros "una nueva ciudad de la utopía".

Frente a tal situación el autor propone un retorno al cristianismo, como la única posibilidad para solucionar la crisis. Frente al individualismo y su oposición a lo social, ésta más que cualquier otra religión impone a los hombres la solidaridad sin límite alguno. Además es social porque impone determinadas normas de conductas frente a otras personas:

Tal y no otra tiene que ser la solución de la crisis actual. Que el reino de Dios sea, en la Tierra, como decía San Pablo, "justicia, paz y gozo". Justicia que, según la cristiana definición de Leibnitz (*benevolentia, charitas sapientis*) es la benevolencia, la caridad del sabio, mediante el cual se realiza el derecho que es un poder moral...<sup>14</sup>

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 36.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, pp. 51 y 52.

¿Cómo se relaciona la crisis social con el medio constitucional mexicano, en la época que le tocó vivir y que finalmente ocupó la mayor parte de sus investigaciones? Iniciada la revuelta para desterrar al dictador Díaz y después de un oasis que constituyó el maderismo, vino de nuevo la dictadura, primero con su faz militar y posteriormente con la revolucionaria, que a pesar de ello produjo una nueva constitución, donde una vez más se puso a prueba la organización política del país, que durante todo el siglo XIX fue su problema capital. Con base en las ideas de su querido profesor Rabasa y para procurar el equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo, se intentó robustecer el “gobierno de los jueces”, mediante el juicio constitucional y la instauración de una Corte respetable y digna. Sin embargo, también fue víctima de los hijos de su tiempo, quienes establecieron lo que consideró “preceptos ultrajantes” que condenaron al espíritu humano a una esclavitud en materia religiosa y educativa. Sin embargo, esos desaciertos no opacaron sus méritos que la hicieron un modelo de prestigio institucional: “que acrecienta por lo que hay en ella de noble aspiración de justicia y bienestar para el pueblo mexicano. ¿Por qué habríamos de rechazar un artículo como el 27, que contiene graves errores técnicos y hasta disposiciones absurdas pero que, al fin y al cabo, está inspirado en un fervoroso espíritu nacionalista? ¿Cómo repudiar un artículo como el 123, en que por primera vez en México se declara solemnemente que el trabajo no es una cosa, sino el hombre mismo? La Constitución de 1917, purgada de los preceptos abominables que contiene y de las reformas que la han desvirtuado, todavía puede y debe ser bandera de regeneración política para esta Patria”.<sup>15</sup>

#### VII. DON EDUARDO PALLARES

A Eduardo Pallares (1889-1972) le correspondió a partir de 1912 ser el primer maestro de la Escuela en impartir la materia de Filosofía del Derecho, todavía bajo la antigua denominación de síntesis del derecho, la que realizó desde el inicio de las clases hasta el mes de enero de 1914, donde presentó su renuncia por motivos de su com-

<sup>15</sup> Herrera Lasso, Manuel, “El medio social mexicano”, en *Evolución del derecho mexicano (1912-1942)*, tomo I, Ed. Jus, México, 1942, p. 10.

promiso matrimonial.<sup>16</sup> De él pudiéramos decir que fue ante todo un procesalista y mercantilista, dedicado al ejercicio de su profesión, pero también preocupado sobre temas iusfilosóficos. Según Recaséns Siches también intervino en estudios de sociología que se llegaron a publicar en la *Revista Mexicana de Sociología*.<sup>17</sup>

No se cuenta con escritos de la época en que impartió clases en la Escuela, posiblemente por su juventud, los que se conservan son de época posterior, pero que nos permiten desprender la línea de su pensamiento, vinculada al tomismo. Entre sus obras destaca en primer término: *Crítica del marxismo desde el punto de vista filosófico*, que recoge una conferencia radiofónica del profesor en el año 1934, donde alerta de los excesos del poder público como edificador de todas las vidas humanas, y por ello destruye el individualismo. Esa sobrevaloración del valor del Estado tiene sus raíces en las filosofías de Platón y de Hegel que son los creadores de una “metafísica de la superstición del Estado”,<sup>18</sup> a quien llega a considerarse como un ser absoluto, al símil de una divinidad. El marxismo sólo sería un capítulo más de estas filosofías contrarias a la persona humana, pero en este caso está acompañado de ideas como la lucha de clases, el materialismo histórico, así como la preponderancia del materialismo o la economía, lo que termina por destruir a los hombres y la espontaneidad de su actuación.<sup>19</sup>

En *El derecho deshumanizado*, se dedica a combatir la teoría kelseniana, ya que considera produce la deshumanización del derecho, utilizando para ello ideas de Recaséns Siches, para indicar que el derecho es un producto cultural, que no puede ser considerado para efectos de su conocimiento en una simple forma, ni “geometrizarlo”, debido a que se le mutila. Por ello a lo largo de esta obra impugna algunos de los aspectos de esta teoría como lo son la pureza del método, su

<sup>16</sup> Información suministrada por la Lic. Renata Sandoval, Secretaria Administrativa de la Escuela.

<sup>17</sup> Véanse al respecto los comentarios que sobre la ciencia jurídica en México y particularmente: “El pensamiento en Hispano-América”, que formuló este autor al libro de Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del derecho*, tomo II (Trad. Recaséns Siches), Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, p. 661.

<sup>18</sup> Pallares, Eduardo, “Crítica al marxismo desde el punto de vista filosófico”, conferencia recogida en la publicación que realizó el Instituto de Estudios Superiores de la Universidad Gabino Barrera, México, 1934, pp. 53-77.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 73.



carácter heterónomo, la voluntad jurídica en oposición a la voluntad psicológica, la manera de considerar a las personas en el derecho, o el destierro de cualquier finalidad inherente al que debe perseguir.<sup>20</sup>

También en su oposición a este positivismo, tenemos: “El idealismo crítico y el derecho natural”, en donde se recoge una serie de escritos que constituyen su posición frente al profesor, discípulo de Kelsen, de la Facultad Nacional, don Guillermo Héctor Rodríguez. El motivo del debate se centra en el artículo del profesor vienés: “La idea del derecho natural”, en donde atribuía a esta visión del derecho efectos anárquicos en la sociedad. Considera que nunca esta postura ha sido contraria a la comunidad, sino que contribuye a su formación, así como brinda una mejor explicación acerca de lo que el derecho es y su vinculación con la moral, asumiendo una concepción “tomista”, sobre todo en la manera de considerar la validez de las normas jurídicas y su desobediencia, cuando son notoriamente injustas.<sup>21</sup>

#### VIII. DON CARLOS DÍAZ DUFOO HIJO

No se ha podido conseguir información confiable respecto al periodo de 1914 hasta el año de 1934 sobre el o los profesores que impartieron la cátedra, punto que se deberá dejar para una investigación posterior. Para apreciar el clima delicado de esa época de pocas noticias para la Escuela, me gustaría citar las palabras de don Manuel Medina Baeza, en una conferencia que dio con motivo del trigésimo aniversario de la Libre:

En cuanto a los planteles de enseñanza del Derecho, tanto la Escuela Nacional de Jurisprudencia, cuanto la Escuela Libre de Derecho, no llegaron a cerrarse, pero sí sufrieron graves trastornos derivados de la situación general en esta Capital. El licenciado Mendieta y Núñez, en sus apuntes para la historia de la Facultad de Derecho dice: “Del año de 1915 al de 1920, transcurre un periodo de tiempo azaroso y amargo, difícil para el estudio. La guerra civil, encendida bien pronto en todo el territorio nacional, azotaba de mil modos; pero sobre todo económicamente a las clases sociales del país, cebándose en

<sup>20</sup> Pallares, Eduardo, *Derecho deshumanizado*, Ed. Botas, México, 1944.

<sup>21</sup> Pallares, Eduardo y Guillermo Héctor Rodríguez, “Idealismo crítico y el derecho natural”, que recoge la polémica entre ambos filósofos, y comentarios de otros maestros, apuntes mecanográficos, elaborados por la Universidad Nacional Autónoma de México, 1954, cuya copia se encuentra en la biblioteca de la Escuela Libre de Derecho.

la clase media. A las dificultades materiales, se agregaba la intranquilidad, la agitación política, que necesariamente dificultaban el estudio. Recordamos haber presentado examen de segundo curso de Derecho Romano ante un jurado que formaban los señores licenciados Alcocer y Monroy, mientras por las calles adyacentes a la Escuela combatían encarnizadamente una tropa de indígenas juchitecos, en contra de fuerzas pertenecientes a las huestes del general Emiliano Zapata. El profesorado se encuentra constituido, en su mayoría, por Abogados de gran prestigio; pero pertenecientes por su extracción social, por su educación, por sus ideas al antiguo régimen político. La juventud que se iniciaba en la carrera de derecho, se encontró así, en una constante contradicción entre la Escuela que en nombre de viejos principios de derecho condenaba la revolución y cuanto de ella procedía, o que la ignoraba olímpicamente, y la vida palpitante de México, que ofrecía en sus movimientos revolucionarios un gran contenido social”. En ésta, la influencia de los días aciagos de la Revolución, la describe su actual Rector, licenciado Germán Fernández del Castillo, diciendo: “El primer golpe fuerte lo resintió la Escuela, como toda la República, al mediar el año de 1914, en que tantos elementos, entre ellos un buen número de nuestros profesores tuvieron que emigrar, pero la fortaleza estuvo en proporción a la prueba: si las cátedras quedaron abandonadas, inmediatamente fueron cubiertas de nuevo, y con todo valor, nada menos que por sus propios hijos que habían sido de la Escuela y sus fundadores; entraron entonces y en diversas épocas al magisterio los antiguos alumnos ya abogados, Manuel Herrera Lasso, Carlos Díaz Duffoo, Alberto Campero, José María Gurría y Luis Mimiaga. Fue una época terrible para la Ciudad de México; algunos maestros arbitrariamente fueron encarcelados, y al mismo tiempo que los Tribunales, fueron clausuradas todas las Escuelas, y sólo la libre, con una presencia de ánimo asombrosa, demostrada por sus profesores, con grandes sacrificios, pero con gran abnegación, continuó su vida normal; pero no sólo eso, sino que aun acogió a los alumnos y profesores de la Escuela Nacional de Ingenieros, que faltos de local, fueron a continuar sus clases a nuestra propia casa, en tanto que nuevamente volvieron a organizarse los institutos de enseñanza oficial.<sup>22</sup>

Como lo dice este autor y lo confirma el maestro Jaime del Arenal y los archivos de nuestra querida Escuela,<sup>23</sup> el alumno fundador e

<sup>22</sup> Medina Baeza, Manuel, “Evolución de la abogacía”, conferencia del 24 de agosto de 1942, recogida en: *Evolución del derecho mexicano (1912-1942)*, tomo II, Ed. Jus, México, 1943, pp. 216 y 217.

<sup>23</sup> Véase Del Arenal Fenochio, Jaime, *Los Juristas de la Libertad*, Escuela Libre de Derecho, México, 2002, p. 64. Asimismo, para obtener más datos sobre su biografía y una

integrante de una de las comisiones que propusieron la modificación de la materia para convertirla en Filosofía del Derecho, Carlos Díaz Dufoo Romo Jr. (1888-1931) fue tal vez el que la impartió en algunos de esos años, posiblemente a partir del año de 1915 y antes de su prematura muerte, ocurrida de manera trágica en abril de 1931. Su tesis de abogado versó sobre la Teoría del Derecho de Rudolf Von Ihering, que presentó en el año de 1915, y actualmente está perdida.

En él confluye no sólo el aspecto filosófico, sino también la pasión por la literatura, lo que heredó de su padre. Básicamente su obra se reduce a un libro de *Epigramas*, que publicó en París en el año de 1927, derivado de una estancia prolongada, en una edición que se dice estuvo al cuidado de don Alfonso Reyes. El resto de su producción consta de un: *Ensayo de una estética de lo cursi*; una reseña de un libro de su admirado maestro Antonio Caso, cuatro diálogos, dedicados uno a Julio Torri, de quien heredó estilo e ideas, otro a Reyes, otro a Pedro Henríquez Ureña y del otro no se tienen datos de su destinatario. También elaboró una oración fúnebre y dos breves piezas teatrales: *Temis Municipal* y *El Barco*, publicadas en la revista *Contemporáneos*, la última obra fue representada en el teatro Hidalgo, dentro de la cuarta temporada del teatro Orientación, en el año de 1934, después de su fallecimiento, bajo la dirección de Celestino Gorostiza y escenografía de Rufino Tamayo. La primera fue montada por Rodolfo Usigli hasta el año de 1940.

Aunque no centrada en el ámbito de la Filosofía del Derecho, vale la pena detenerse en algunas hojas de su obra representativa *Epigramas*, considerada sin duda como un pequeño clásico del siglo XX de la literatura mexicana, por el valor filosófico y literario que encierran, lo que nos permite apreciar además el ambiente de la época y el carácter singular del autor, en donde se aprecian influjos de la filosofía, particularmente de los pensamientos de Heráclito, Bergson, Nietzsche entre otros autores, enfocados al plano literario. Evidentemente muestra respeto por su padre, el escritor y maestro de nuestra Escuela, Carlos Díaz Dufoo, que llegó a ser considerado

el primer economista del siglo XX, amigo y compañero de Manuel Gutiérrez Nájera, ya que afirmaba: “*No somos nuestros padres*”.

Como lo reconoce en el epitafio que aparece en la parte final del libro, no buscó la fama, ni ser sociable, ni darse a conocer, ya que prefería ser ignorado por las personas lo que propiciaba la mejor manera de vivir la vida: “Extranjero, yo no tuve un nombre glorioso... Mi voz no resonó en la asamblea para señalar los destinos de la república, ni los symposia para crear mundos nuevos y sutiles. Mis acciones fueron oscuras y mis palabras insignificantes. Imítame, huye de Mnemosina, enemiga de los hombres, y mientras la hoja cae vivirás la vida de los dioses”.<sup>24</sup>

Su pensamiento no es sistemático, sino que buscaba captar esencias por medio de pequeñas frases, de ahí el título que dio al libro. He aquí un buen ejemplo: “Comenzó una vez y luego volvió a comenzar. Comenzó de nuevo, comenzó en mil ocasiones, comenzó siempre. Cuando otros llegaban él comenzaba. No llegó nunca. Seguir no es la consecuencia de comenzar. Seguir es una obligada perspectiva humana. Se comienza dentro de sí, se sigue afuera”.<sup>25</sup> Sus opiniones además de inacabadas estaban también en constante cambio: “En él no duró nunca idea ninguna. Su alma era de fuego”.<sup>26</sup> Además pretendía vincular razón y corazón, pero sin que ésta se subordinara a la primera: “Razón y sentimiento no se excluyen. Heráclito y Nietzsche llevaron al más alto grado la pasión de las ideas. En cambio hay más de un personaje, siempre contemporáneo, que hace dialéctica de sus sentimientos. Ilustraciones: los oradores, los profesores y los falsos poetas”.<sup>27</sup> También encontramos en sus pensamientos, ideas por combatir el positivismo y el carácter orgánico de la sociedad humana que pretendían eliminar la individualidad, lo que constituía el “enemigo” a vencer de sus tiempos: “Hombres modernos: a) Una ética social. b) Una estética social. c) Una técnica social. d) Una metafísica social... ¿No contenéis ya nada que sea vuestro?”<sup>28</sup> Presumiblemente en sus

<sup>24</sup> Díaz Dufoo (hijo) Carlos, “*Epigrama*”, Edición privada, París, 1927, del ejemplar dedicado a don Miguel Alessio Robles, que está en la biblioteca de nuestra Escuela, pp. 127 y 128.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 24.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 53.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 54.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 53.

visión general de su obra, puede consultarse a Espejo, Beatriz, en *Material de Lectura*, núm. 53, que lleva como título precisamente el nombre de este autor, Coordinación de Difusión Cultural, Dirección de Literatura, UNAM, México, 2009. También agradezco una vez más a la Lic. Renata Sandoval su invaluable ayuda para revisar los expedientes que se conservan de este gran maestro.

clases pretendía encontrar la unión de ideas tan dispares como razón, sentimiento, ciencia jurídica o el amor a Dios: "Una voz indiferente y lejana le enseña el respeto a las leyes, el amor a los hombres y la misericordia de Dios".<sup>29</sup>

#### IX. DON IGNACIO BRAVO BETANCOURT

Ignacio Bravo Betancourt (1875-1944), quien también fue maestro fundador de la Escuela, pero en un inicio le fueron confiadas diversas cátedras de derecho civil, principalmente el segundo curso, cargos que ocupó desde la fundación de la Escuela hasta el año de 1934. El 26 de febrero de 1935, la Junta General de Profesores, tomando en cuenta sus conocimientos, lo nombró profesor propietario de Filosofía del Derecho, cargo que ocupó hasta 1936.<sup>30</sup> Este jurista es reconocido no sólo por su labor de difusión de la filosofía en México, sino también por su estudio de los clásicos de la antigüedad así como de la escolástica, pero sin dejar de lado las doctrinas contemporáneas que al parecer conoció y del que estuvo próximo.<sup>31</sup> Llegó incluso a ser profesor de Metafísica en la Facultad de Filosofía y Letras, fue también profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. Al decir también de Recaséns, fue un ilustre romanista, civilista, jurisconsulto de gran formato y en la materia que nos atañe, tuvo una tendencia "neotomista". Hay que destacar, que pese a los elogios del maestro catalán, no existe en nuestra Escuela ningún registro de obras escritas por él, por lo que sería importante a fin de dar tributo a los profesores que nos precedieron, lograr reconstruir su pensamiento en la materia, a lo que habría que acudir a los archivos que obran en nuestra máxima casa de estudios, donde impartió las materias indicadas.

#### X. RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ

El Dr. Rodolfo Vázquez nos muestra que la Filosofía del Derecho en el México contemporáneo a partir de la década de los cuarenta del

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 7.

<sup>30</sup> Información suministrada por la Lic. Renata Sandoval, Secretaria Administrativa de la Escuela.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, pp. 589, 630 y 631.

siglo XX, giró en torno a cuatro personalidades, Luis Recaséns Siches (1903-1977); Eduardo García Máynez (1908-1993); Guillermo Héctor Rodríguez (1910-1988), de quien ya hemos hablado en su polémica con Eduardo Pallares, y Rafael Preciado Hernández (1908-1991). La Escuela tuvo el privilegio de contar a este último, como profesor en sus aulas, por un periodo prolongado, de los años de 1936 a 1975. De hecho ha sido el profesor que más años ha ocupado la cátedra que nos atañe en la historia de la Escuela, ya que abarca un periodo de casi cuarenta años de los cien que tiene la institución, pero, como diré más adelante, su influencia se dejó sentir todavía en el presente siglo.

Nació el 29 de abril de 1908 en Ex hacienda de Cucuciapa, municipio de El Grullo, Jalisco. Estudió la carrera de Jurisprudencia en la Universidad de Guadalajara, de donde egresó como abogado el 19 de mayo de 1934 con la tesis "Carácter absoluto de la norma jurídica deducida por la razón". Fue profesor de Derecho Romano en la Universidad de Guadalajara (1931-1933); de Teoría General del Estado en la Universidad Autónoma de Guadalajara (1934-1935); de Filosofía del Derecho en la Escuela Libre de Derecho (1936-1975); así como de Introducción al Estudio del Derecho (1939-1941) y Filosofía del Derecho (1941-1991) en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia, hoy Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Fue director del Seminario de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho a partir de 1949 y además fue abogado postulante y político, miembro fundador del Partido Acción Nacional<sup>32</sup>. Sus restos se encuentran en la rotonda de jaliscienses ilustres, en la Ciudad de Guadalajara.

<sup>32</sup> Los datos biográficos se tomaron de Berganza López, Karla Cristina, "La Filosofía del Derecho en la Escuela Libre de Derecho", tesis profesional, México, 2008, pp. 87 a 89, así como de la página electrónica de la Fundación Rafael Preciado Hernández: [www.fundacionpreciado.org.mx](http://www.fundacionpreciado.org.mx). Dentro de su producción se encuentran: *Contra la servidumbre del espíritu* (con Ezequiel A. Chávez, Ediciones de Acción Nacional, 1940); *Lecciones de Filosofía del Derecho* (Jus y UNAM); *Discursos Parlamentarios* (Ediciones de Acción Nacional, 1967); *Tribuna Parlamentaria* (Ediciones de Acción Nacional, 1968); *Discursos e Iniciativas* (Ediciones de Acción Nacional, 1970); *Reflexiones sobre la diversidad de ideas acerca de la justicia* (UNAM, 1974); *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos* (Jus, 1977); *Hacia un verdadero diálogo* (con Manuel González Hinojosa, Ediciones PAN, 1976); *Ciencia y Política* (UNAM, 1978); *¿Crisis del Estado?* (UNAM, 1980); *La autonomía universitaria y su rango constitucional* (UNAM, 1980); *Tesis de Marx sobre el derecho* (Universidad de Navarra, 1986).

Su obra más importante es: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, del año de 1947, de la que llegó a tener 18 ediciones y posteriormente la UNAM lo reeditó a partir de 1982, con tres ediciones y actualmente la obra sigue circulando, pero bajo el sello de la Editorial Porrúa. Podemos decir que este libro, además del impacto nacional o internacional que tuvo, fue el que trascendió a la vida de nuestra Escuela, tan es así que todavía en el año 2010 se seguía utilizando como libro de consulta por parte del profesor Rafael Estrada Sámano. En ese sentido, si quisiéramos saber cuál ha sido la visión predominante de la Filosofía del Derecho en la Escuela, tendríamos que acudir a este libro, ya que la mayoría de las generaciones de egresados que ha dado nuestra Escuela se formaron con él.<sup>33</sup>

Antes de entrar a su análisis debemos decir que como lo advierte el autor, su objetivo no fue elaborar un tratado de la materia, sino simplemente recoger de manera escrita, sus principales ideas que ayudaran a sus alumnos a cursar la materia y por eso, está dedicado a ellos. Si bien el fin que se buscó fue didáctico, como lo apunta Recanséns Siches, constituye una excelente obra de divulgación de lo que pudiera considerarse como pensamiento jurídico "neotomista".

El fin primordial que buscan las lecciones es lograr la definición de lo que es el derecho, que sin duda constituye el tema por excelencia de la filosofía jurídica. Por ello, divide su investigación en dos partes, la primera, que constituye una introducción sobre los tópicos más importantes de la Filosofía del Derecho y la segunda una investigación sobre lo que denomina los "primeros principios del Derecho" que le permitirán obtener finalmente esa definición.

Basándose en Jacques Maritain, considera que la filosofía es la ciencia suprema que conoce la universalidad de las cosas a la luz natural de la razón, con base en sus primeros principios, es decir en sus razones más elevadas, propiciando así la unificación de todo el conocimiento. Por ello, a diferencia del positivismo o del idealismo al que considera "moderno", es el realismo moderado, de inspiración aristotélico-tomista la mejor postura para la comprensión del mundo.<sup>34</sup> Las ciencias por ello, conocen las cosas sólo por sus causas segundas, en tanto que la filosofía las conoce por sus causas últimas. En

<sup>33</sup> Para la exposición de esta obra seguiré la primera edición de la UNAM, México, 1982.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, pp. 9-16.

consecuencia, la misión de la Filosofía del Derecho es el estudio del propio derecho pero por sus primeros principios.<sup>35</sup>

De ahí el que debemos considerar a esta rama del saber como la ciencia jurídica suprema, la cual se puede dividir de acuerdo con sus causas, en un contenido formal y material: "... nuestra disciplina comprende el estudio de los primeros principios del derecho, atendiendo por igual a las condiciones formales y materiales de su validez. Pero como la norma jurídica implica entre sus elementos o datos esenciales las ideas de autoridad y sociedad, cuyas formas más completas de organización constituyen el Estado, es claro que la filosofía del derecho encuentra su natural complemento en la política o filosofía del derecho. Así, la investigación de los primeros principios del derecho, tanto desde el punto de vista formal como desde un punto de vista material o real, es el tema fundamental de la filosofía jurídica; y la investigación de los primeros principios del Estado, constituye el tema principal de la política o Filosofía del Estado".<sup>36</sup>

Ahora bien, el producto propio del derecho es la norma jurídica, la cual es una especie de la norma en general, por ello se puede afirmar que el derecho participa del orden normativo. A su vez y siguiendo a Jean Delos, como el contenido de la norma jurídica es una relación social, la cual es un ajuste entre personas y cosas, el derecho también participa del orden social. Sin embargo, las esferas de lo normativo y lo social pierden su sentido si no se refieren a un orden ético, el cual comprende los principios racionales supremos que deben regir la conducta humana. Por ello, se puede concluir que el derecho también debe participar del orden ético, para alcanzar su idea integral.<sup>37</sup>

La relación que existe entre orden normativo y orden jurídico nos lleva a detenernos en las características de las normas en general, que las distinguen de las reglas técnicas y de las normas convencionales, recayendo esta diferencia en que las primeras siempre expresan "una relación de necesidad moral", es decir, un deber, y de ahí que siempre se refieren a un obrar y al estar relacionadas con la necesidad moral, exige que se realice un acto por ser adecuado a un bien racional.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> *Op. cit.* pp. 19 y 20.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 32.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 33.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 72.

De esta forma, los seres ya sean materiales o espirituales presentan relaciones necesarias que derivan precisamente de su naturaleza y ésta puede ser de tres tipos, física, lógica y moral. En esos términos, podemos definir a la norma de una manera genérica como la regla obligatoria que prescribe un deber.<sup>39</sup> A su vez, ésta presenta una doble estructura, la formal y la material o real. La primera constituye un juicio de valor establecido de manera imperativa, en tanto que la estructura real suministra una relación de necesidad moral que se traduce en una exigencia racional para la voluntad, lo que deviene en un deber.

Los datos formales de la norma son el destinatario, la orden que prescribe, la relación de finalidad que implica la norma y la sanción. Respecto al fundamento de esta última, habría que descansar en la justicia. Por lo que toca a los datos reales de las normas, son la persona, el bien, el objeto formal de la actividad humana y el deber, es decir la expresión de una relación de necesidad moral que cuando es conocida, se convierte en una exigencia para el hombre de realizar los actos que son conformes con la idea del bien. Por último, estaría el premio o castigo que establece la norma como sanción.

En ese sentido se puede decir que la norma jurídica es la fórmula imperativa de lo que debe ser el derecho y por ello constituye una relación objetiva entre personas, acciones y bienes, es decir es una coordinación de las acciones humanas al bien común.<sup>40</sup>

La norma jurídica, al ser una especie de norma en general, también encontramos una estructura formal, que en este caso sería un juicio de valor en modo imperativo que atribuye a un supuesto, una consecuencia y que responde a la idea de ordenar un fin propio del ordenamiento jurídico, a la acción o conducta que es la necesaria, opuesta, indiferente o sancionable y por lo tanto, que deba ser ordenada, prohibida, permitida, castigada o premiada. Por lo que toca a la estructura real de la norma, el derecho debe perseguir el perfeccionamiento de lo social, el bien común, instituyendo un orden justo.<sup>41</sup>

A su vez dentro del derecho, se puede distinguir entre el positivo y el natural. Por lo que toca al primero, lo constituye el conjunto de

<sup>39</sup> *Op. cit.*, *Loc. cit.*

<sup>40</sup> *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

<sup>41</sup> *Op. cit.*, pp. 118 y 119.

normas jurídicas que rigen a una sociedad, que están vigente y que representan una aplicación de los principios y normas del derecho natural mediante la intervención de la voluntad y que además precisa de ser eficaz.<sup>42</sup> No es correcto considerar que el derecho positivo sea autónomo o independiente, o un producto exclusivo de la voluntad de quienes lo imponen, ya que quienes ejercen el poder social, están sometidos a los primeros principios que legitiman su poder.<sup>43</sup> Por lo que toca al derecho natural, no sería un sentimiento, ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales, los cuales son supremos, evidentes y universales, que presiden y rigen verdaderamente y de manera humana a la vida social, por lo que asignan al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con sus exigencias ontológicas. Por ello, los criterios que suministra el derecho natural constituyen el bien en sus distintas acepciones, ya sean éstas ontológica, moral y común, es decir, la justicia, la equidad y la seguridad.<sup>44</sup> El valor supremo es la justicia que postula el bien común, que es el fin propio de todo derecho.

Sin embargo, no podemos considerar que existan dos órdenes independientes e irreductibles sino dos aspectos de una misma realidad, ya que el derecho es a un mismo tiempo positivo y natural, técnica positiva y fines racionales.

Todo lo anterior nos permite dar una definición acerca del derecho, que sería la ordenación positiva y justa de la acción al bien común, lo que se asemeja a la definición que da Santo Tomás de Aquino de la ley.<sup>45</sup> Con ello daría por concluido el objetivo de la Filosofía del Derecho y de las lecciones que impartía el profesor Preciado Hernández.

Dentro de los discípulos de este autor, podemos señalar al maestro Rafael Estrada Sámano, quien impartió clases de Filosofía del Derecho en la Escuela durante los años de 1997 a 2010, siguiendo básicamente para su curso las lecciones antes comentadas. Este autor cuenta con publicaciones sobre temas de derecho constitucional, teoría y de corte filosófico.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 151.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 157.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 235.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 260.

## XI. DON MIGUEL VILLORO TORANZO

El doctor S.J. Miguel Villoro Toranzo (1920-1990) nació en Barcelona el 21 de noviembre de 1920, formándose como abogado en la Escuela, sustentando su examen profesional el 23 de agosto de 1946, siendo el titulado número 696; al parecer, ese mismo año se ordenó sacerdote en la Compañía de Jesús, estudió filosofía en Ysleta College, en Texas. Obtuvo la maestría en filosofía en la Universidad Iberoamericana y el doctorado en derecho en la UNAM. Fue director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, donde, entre otros cursos, impartió la materia de Filosofía del Derecho desde 1963, y a partir del año 1977 obtuvo la misma cátedra en la Escuela donde impartió sus cursos hasta 1985, y posteriormente de 1987 a 1989.<sup>46</sup>

Dentro de sus obras se encuentran: "Apuntes para una metodología del derecho", que sirvió como tesis profesional para obtener el título de abogado, misma que fue laureada; *El racionalismo jurídico*, que también sirvió como tesis de maestría en filosofía de la Universidad Iberoamericana, ambos del año de 1946; *Introducción al estudio del derecho*, del año de 1966; posteriormente *Lecciones de Filosofía del Derecho*, *El proceso de la razón y el derecho*, 1973; *La justicia como vivencia*, 1979; *Deontología jurídica*, 1987; y *Teoría general del derecho: lo que es, su método*, 1989.

Sin embargo, sólo me referiré a sus *Lecciones* que como él mismo apunta, recoge el material que utilizó para impartir sus clases de Filosofía del Derecho desde el año de 1963, y donde pretende continuar de una manera más seria y documentada los trabajos para la elaboración de lo que considera la noción del derecho, iniciados en su libro de *Introducción al estudio del derecho*.<sup>47</sup>

En ese primer libro, el maestro abordó el problema relativo a la idea del derecho tomando como base cuatro distintas concepciones filosófico-jurídicas, porque sólo a través de su estudio en conjunto, se puede comprender de forma correcta dicha noción. Y éstas son:

<sup>46</sup> Los datos biográficos se obtuvieron de Berganza López, *op. cit.*, pp. 83 y 84, así como Del Arenal Fenochio, Jaime, *Los Juristas de la Libertad*, *op. cit.*, p. 257.

<sup>47</sup> Utilizaremos la primera edición de esta obra, que se encuentra en Porrúa, México, 1973. Los fines de esta obra se pueden encontrar en las páginas XXII a XXVIII.

la moral<sup>48</sup> que aborda su aspecto ético, basado en su contenido de justicia; la concepción racional,<sup>49</sup> que refleja al sistema jurídico como un orden estructurado racionalmente; la empirista,<sup>50</sup> que aprecia al derecho como un resultado de las fuerzas históricas, sociales o económicas; y, por último, la voluntarista,<sup>51</sup> que estudia el aspecto de la decisión de la voluntad de la autoridad.

Pero en sus *Lecciones* sólo pretende combinar dos ideas mayúsculas en la cultura occidental, como lo son razón y derecho, así como la manera en que han interactuado a lo largo de la historia, para así obtener un resultado que considera esclarecedor, por ello, lo que se propone, como él lo señala, es colocar en el "banquillo de los acusados" a los más importantes pensadores y examinar cómo han empleado a la razón humana para llegar a sus conclusiones, las que sin duda repercutieron históricamente en la formación de la idea moderna del derecho. Le interesa detenerse en posiciones equivocadas sobre la razón, o su menosprecio y por ello intenta: "Dar una visión concatenada y crítica de la gran aventura de la razón humana en su búsqueda de la Verdad y de las repercusiones de esta búsqueda en la noción del derecho".<sup>52</sup> Todo esto para concluir que no es sólo con el entendimiento como podemos comprender el fenómeno jurídico, sino que es necesario que el hombre utilice otras de sus capacidades, su vida e intuición.

Si bien inicialmente el maestro se propuso examinar toda la historia de la filosofía del derecho, tuvo que reducir sus esfuerzos para únicamente estudiar a la corriente que considera "racionalista", mencionando sólo otras que sirvieron de antecedentes o de tentativas paralelas. Por ello, no estudia las visiones que se derivan del empirismo, lo que merecería un estudio aparte. Desea detenerse en el proceso de la *razón* que se generó a partir del Renacimiento, estudiando como antecedentes a los griegos y que alcanzó su auge en

<sup>48</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 6a. ed., México, 1984, pp. 15-46. Agradezco a mi alumno, el joven Luis Octavio Tena Ochoa, la investigación que realizó de esta obra.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, pp. 47-66.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, pp. 67-98.

<sup>51</sup> *Op. cit.*, pp. 99-108.

<sup>52</sup> *Lecciones*, *op. cit.*, p. XXII.

el siglo XX, cayendo en desprestigio como resultado de la Segunda Guerra Mundial.

El libro consta de tres partes, la primera, dedicada al estudio del término "racionalismo" y sus diferentes actitudes, para posteriormente iniciar con el estudio del pensamiento presocrático, el de Sócrates, Platón y Aristóteles. La segunda parte está dedicada al Renacimiento y el surgimiento de las diversas especies de empirismo que aparecieron, representados por San Buenaventura, Hobbes, Ockham, Bacon, Locke y Hume. Continúa con la escuela española del derecho natural representada por Victoria y Suárez. Se avoca asimismo al nacimiento del racionalismo moderno, representado por Giordano Bruno y René Descartes lo que propició la formación de los grandes sistemas racionalistas del derecho natural, deteniéndose particularmente en Hugo Grocio. Por último, se detiene en la filosofía kantiana, así como las teorías de Rudolf Stammler y Hans Kelsen, para concluir con Hegel y el resultado de la noción racionalista en el derecho.

Ahora bien, ¿cómo entiende el maestro al racionalismo? Siguiendo a Lino Rodríguez-Arias Bustamante, considera que es una actitud que toma a "la única verdad incuestionable como el pensamiento, el cual no puede dudar el hombre",<sup>53</sup> postura que puede adoptar diversas especies como una actitud sicológica, que consistiría en una simpatía por la especulación racional; como una cosmovisión o visión del mundo, que se traduciría en una conexión consciente y necesaria de los problemas y sus soluciones, lo que nos permite percibir la relación que existe entre todo un sistema de pensamiento y las vivencias de aquellos que lo defienden. También puede existir como una posición prefilosófica que no necesariamente se hace explícita, lo que fue aclarado por los existencialistas al postularlo como un momento vital. También tenemos la posición ontológica, que tendría como misión la explicación de la realidad última de todos los seres; o un racionalismo gnoseológico, que tendría que responder lo que puede conocer cualquier hombre.

En realidad todas estas especies de racionalismo se proyectan sobre la vida del derecho, en atención a que los abogados están sujetos a actitudes sicológicas racionalistas que pueden organizarse en cos-

movisiones.<sup>54</sup> Sin embargo, de todas ellas, al autor sólo le preocupa el racionalismo ontológico y gnoseológico, ya que presupone una toma de posición prefilosófica de corte racionalista, y que implica la adopción de un camino para el conocimiento del derecho, basado en la mera razón. Por ello, el desarrollo del libro no tiene otro propósito que mostrar cómo en las diversas etapas y por los diversos autores se llegó deficientemente a definir al derecho como un producto racional y las consecuencias desafortunadas que produjeron en la Segunda Guerra Mundial.

Después de haber pasado revista a las distintas etapas y autores que considera característicos, puede el maestro enunciar las notas que constituyen una idea racionalista del derecho. Evidentemente no todos los autores pueden estar de acuerdo con ello, pero implicará que su racionalismo es de tipo "impuro".

El derecho debe ser considerado como un conjunto de normas que pueden ser conocidas racionalmente sin influencia alguna de los datos de la experiencia. A su vez este conjunto integra un sistema racional, lógicamente estructurado, a partir de una serie de principios seleccionados por la misma razón. De ahí se construye deductivamente el sistema normativo hasta sus detalles mínimos y por lo tanto, el método que adopta es meramente deductivo. Su fundamento último se asienta en algún aspecto de la naturaleza racional del hombre, como puede ser su sociabilidad, al decir de Pufendorf; o la felicidad de acuerdo con la visión de Thomasius; o la posibilidad de un conocimiento *a priori* en los términos de la teoría de Kant; o la posibilidad de un pensamiento específicamente jurídico, como lo postula Kelsen; o incluso el hecho de considerar al hombre como la expresión de una idea universal, en el caso de Hegel.<sup>55</sup>

El sistema así obtenido se vuelve inmutable y de validez universal, por lo que debe imperar en toda sociedad humana, independientemente de las circunstancias propias de cada comunidad. Estas características residen en el hecho de que la naturaleza humana es la misma siempre y donde quiera que se encuentre el hombre. De esta forma, todo derecho positivo debe acercarse lo más posible a ese orden normativo racionalista, y sólo tendrá validez ahí donde concurra

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 39.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 450.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 4.

el mismo. Así, el derecho “racionalista” se postula como el modelo ideal a la vez de fundamento de la validez del derecho positivo. Las circunstancias históricas que moldean la singularidad de cada derecho positivo, no justifican sus notas particulares, sino que deben ser vistas como causas perniciosas que “impiden la evolución de ese derecho positivo hasta su transformación en el orden normativo ideal”.<sup>56</sup>

Todas estas características las encontramos, en las diversas etapas del racionalismo, salvo en el caso de Stammler o Kelsen, que en realidad constituyeron un paso hacia atrás. Pero esta idea no pudo satisfacer a los juristas que intuyeron que el derecho se construye frente a la realidad y para su transformación, de ahí el surgimiento de la escuela histórica.

Además la noción, no sólo se aplicó a la teoría, sino que llegó a involucrar aspectos de la enseñanza del derecho, al considerarlo como un conjunto de normas que integran un sistema lógico y congruente de instituciones jurídicas, de tal manera que al enfatizar su claridad y orden, beneficiaron a la pedagogía jurídica. Sin embargo, se perdieron aspectos importantes del propio derecho, por el exceso de su teorización y el abuso de deducciones lógicas.

También esta idea ayudó al prestigio del derecho positivo, aunque fue posterior a los efectos de la enseñanza del derecho, ya que tuvieron que pasar varias generaciones para que los estudiantes formados bajo la idea racionalista, pudieran influir en la vida pública y transformar la noción compartida de los juristas respecto del derecho positivo. Asimismo esta distorsión en la idea del derecho llegó a repercutir en la sociedad y su visión de lo que consideran como jurídico y lo que se puede esperar de él.

Por todo ello, estima que la única forma de explicar este movimiento racionalista, es por la historia y hacia la historia, ya que se parte de una cultura determinada y por lo tanto, al pretender poner el acento del conocimiento en el sujeto, se falseó la verdad. Sin embargo, también el empirismo al negar el papel activo del entendimiento, incurrió en el mismo error. Si bien el universo del que formamos parte está ordenado racionalmente, nuestra razón, que es el instrumento idóneo para conocer la verdad, es limitada, por lo que no podemos confiar sólo en ella para el conocimiento del derecho, sino que tenemos que

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 451.

hacer uso de otras herramientas humanas y mirar también hacia otra idea que ha acompañado en su camino a la noción de derecho.

En efecto, la justicia “ha sido vivida” mucho antes de haber sido formulada racionalmente, ya que todo individuo tiene una vivencia acerca de ella, la cual constituye una dimensión moral, que se percibe como el desarrollo y perfección de la propia personalidad, el cual está condicionado al de los otros seres humanos. Así, es esta noción de la vivencia la que nos puede permitir un mejor conocimiento acerca del derecho, lo que la cultura occidental no ha logrado realizar. La concretización de la vivencia de la justicia se puede formular en tres principios: no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti, dar a cada uno lo suyo y hacer el bien y evitar el mal.<sup>57</sup>

Frente a la lógica deductiva, se puede instaurar otra, pero ahora de “lo razonable”, la cual tendría como propósito el estudio de los distintos elementos que intervienen en las decisiones judiciales, y que se seleccionan entre varias posibles soluciones y elecciones que se toman interviniendo todo el ser humano, iluminado por un proceso intuitivo y en tensión hacia su desarrollo integral. Por ello, Villoro, siguiendo a William Luyten, establece que la única manera de conocer y explicar al derecho es vinculándolo con la justicia y apreciando a ésta como un producto del “amor”.<sup>58</sup> El desarrollo de esta justicia y su vivencia, fueron objeto de reflexiones por parte de este autor, en sus últimas publicaciones, específicamente: *La justicia como vivencia*, que por razones de espacio no nos podemos ocupar aquí.

## XII. OTROS PROFESORES

Otros maestros que impartieron la cátedra de Filosofía del Derecho y que continuaron con la postura iusnaturalista, centrada sobre todo en la obra de Preciado Hernández son: Javier Fernández del Castillo, quien dio clases entre los años de 1975 a 1990. También escribió sobre temas de seguridad social, el Ministerio Público, así como el pensamiento de Pedro Lacurain. Juan Miguel Alcántara Soria, quien impartió cursos de los años de 1985 a 1987 y también escribió sobre temas de derecho electoral, penal, en este rubro en aspectos de cau-

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 475.

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 482.



salidad y derecho. El que fuera rector de la Escuela, Miguel Ángel Hernández Romo, civilista, impartió la cátedra en los años de 1989 a 1992. Ricardo Hernández Estrada, dio clases en el curso de 1992 a 1993, el cual ha escrito sobre las diferencias entre normas jurídicas y reglas de trato social. Gerardo Monroy Campero impartió y expuso su visión sobre los problemas torales del derecho de los años de 1993 a 1996, y ha escrito sobre el derecho a la vida y al matrimonio. Rubén Magaña Luna, dio el curso de 1996 a 1997, y dedicó su tesis profesional al concepto y esencia del derecho. Juan Pablo Pampillo impartió el curso en los años de 2006 a 2008, y ha elaborado también una teoría global del derecho, que involucra aspectos jurídicos, históricos y filosóficos.<sup>59</sup> Es decir, desde su fundación hasta el momento actual, la Escuela ha estado vinculada a la corriente de corte iusnaturalista, lo que se aprecia de todos los profesores que hemos indicado.

### XIII. LA MODERNIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA, DON JORGE GAXIOLA MORAILA

Discípulo del maestro Villoro Toranzo, sin continuar sus ideas y por el contrario, tomando un camino propio, alejado de las tendencias iusnaturalistas, Federico Jorge Gaxiola Moraila (1960) ha impartido la cátedra en los años de 1990 a 1999 y desde el año 2001 hasta la fecha. Su enfoque se caracteriza por buscar rigor lógico en el análisis y ético en la acción; así sus posturas procuran articular pensamiento, atención a la realidad social y compromiso en la práctica. Sus áreas de investigación, se han enfocado a temas de ética y epistemología jurídica. Sin duda, la labor más importante que ha realizado es su contribución al renacimiento por el interés de la Filosofía del Derecho en el país, ya que desde el año de 1991 hasta la fecha, en compañía del Dr. Rodolfo Vázquez, del Instituto Tecnológico Autónomo de México, ha trabajado en la divulgación y debate interuniversitario e

<sup>59</sup> Para ver la relación completa de esos profesores, véase Estrada Sámano, Rafael, "La Filosofía del Derecho y la Escuela Libre de Derecho", en *Estudios jurídicos en homenaje al XC aniversario de la Escuela Libre de Derecho*, Ed. Themis, México, 2002, p. 459. También hay que tomar en cuenta que desde el año 1912 al curso escolar de 1974-1975, la Escuela sólo contó, dado el espacio material que tenía para impartir sus clases, con un solo maestro de Filosofía del Derecho y a partir del año escolar de 1975 y hasta la fecha ha tenido dos profesores.

internacional de las nuevas teorías del derecho y planteamientos de filosofía jurídica, que han aparecido no sólo en México sino en el mundo, a través del Seminario "Eduardo García Máynez", especializado en temas de Teoría y Filosofía del Derecho. La Escuela por ello ha apoyado sus actividades desde su fundación, beneficiándose con conferencias que han impartido juristas de prestigio internacional, como Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, Ernesto Garzón Valdés, Ulises Schmill, Robert Alexy.

También a partir del año 2010, la Escuela a propuesta del entonces rector Gaxiola, ha copatrocinado en compañía de dicha Universidad, la revista *Isonomía*, centrada en la discusión y difusión de esta clase de ideas, lo que ha permitido dar a conocer a la comunidad científica nacional e internacional, trabajos de jóvenes filósofos del derecho.

Jorge Gaxiola participó en dos comisiones revisoras en el Plan de Estudios de la Libre. En la segunda de ellas trabajó intensamente durante seis años y culminó con la aprobación por la Asamblea General de Profesores del Plan de Estudios actual en el año 2010, cuando Jorge Gaxiola fue rector. Nuestro Plan de Estudios integra nuevas materias teóricas y filosóficas a lo largo de la carrera que propicia condiciones para el análisis crítico y la asunción de responsabilidades éticas frente a problemas sociales concretos y permite la visión completa del fenómeno jurídico, no sólo estudiando el ser del derecho por medio de la Teoría del Derecho; también sus relaciones con la epistemología y axiología jurídica a través de la Filosofía del Derecho, junto con el estudio de los problemas relevantes de la aplicación de las normas y principios jurídicos que es lo que se busca con la argumentación jurídica, de tal manera que en el siglo XXI la Escuela está preparada para brindar a sus alumnos una visión general, moderna y en concordancia con lo que se estudia en otros países acerca del fenómeno jurídico, lo que sin duda propiciará el que se mantenga el interés en la materia que comentamos y se produzcan nuevos pensadores y profesores que mantengan en alto nivel el perfil filosófico que ha mostrado la Escuela en sus primeros cien años de vida.

**DISCURSOS**

**DISCURSO  
DEL LIC. FAUZI HAMDAN AMAD,  
RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,  
EN LA CEREMONIA POR EL CENTENARIO  
DE LA ESCUELA**

- Sr. Lic. don Felipe Calderón Hinojosa,  
Presidente de la República,
- Sra. doña Margarita Zavala Gómez del Campo,
- Sr. Dr. don José Ángel Córdova Villalobos,  
Secretario de Educación Pública,
- Sr. Lic. Don Miguel Alessio Robles,  
Consejero Jurídico del ejecutivo federal,
- Colegas miembros de la Junta Directiva, Maestros  
Francisco José Simón Conejos,  
Pascual Orozco Garibay,  
Luis Díaz Mirón Álvarez,  
José Ángel Villalobos Magaña,  
Mauricio Oropeza Estrada,
- Sr. Dr. don José Antonio Meade Kuribreña,  
Secretario de Hacienda y Crédito Público,
- Sr. Lic. don Fernando Franco González Salas y  
Sr. Dr. don Jorge Mario Pardo Rebolledo,  
Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,
- Sr. Dr. don Agustín Carstens Carstens,  
Gobernador del Banco de México,  
Distinguidos invitados,  
Señoras y señores

Saludo con estimación y respeto a los integrantes del Claustro de Maestros, tanto de la licenciatura como del posgrado, así como a los alumnos que integran el Claustro de esta institución y que son la razón de ser de esta Escuela y a los egresados, presentes y ausentes, que desde la fundación de la Escuela y hasta el día de hoy son 3 518, que han recibido su título de abogado.

Desde el descubrimiento del cero por los mayas, creemos que el pasado se divide en décadas; y de ahí, los cincuentenarios y centenarios son relevantes. Cíclicamente, en todas las culturas, se celebra, se revisa, se homenajea con eventos la conmemoración de un centenario. Hoy toca hacerlo a nuestra institución.

La Escuela nació casi al mismo tiempo que la Revolución. Al ocurrir la fundación de nuestra institución, se cumplía un año y dos meses de la renuncia del presidente Díaz y ocho meses apenas de la toma de posesión del presidente Madero. Después de largos años de represión política, el país, con euforia, decisión y entusiasmo se entregaba al grito de libertad. Un grupo de alumnos de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia, desbordante de entusiasmo y de pasión, tomó su porción de libertad y fundó una nueva Escuela de Derecho, quienes fueron acompañados por un grupo de profesores, juristas insignes de renombre nacional, quienes contagiados por los alumnos fundaron la Escuela Libre de Derecho, desvinculada de toda finalidad ajena a su propia finalidad educativa. Don Emilio Rabasa formuló el documento estatutario fundatorio, y en el mismo, que sirvió de Exposición de Motivos del Estatuto, se fijaron las bases de la institución: "Independencia respecto del Poder Público, de la Escuela Libre, ajena a todo fin político o credo religioso; admisión amplia en los cursos como consecuencia de la libertad que el título de la institución connota y de la repugnancia a todo exclusivismo de escuelas o de credos; autonomía de la institución por medio de la autonomía de su gobierno, que expedirá los certificados de estudios con el valor que su propia respetabilidad les confiera a los ojos de la sociedad que ha de juzgarlo; autoridad superior constituida en la Junta General de Profesores, y acción ejecutiva confiada a una Comisión Especial". Asimismo, se dispuso desde el principio, de un régimen de exigencia, responsabilidad y excelencia académica, lo que marca el significado de libertad educativa que debe representar para cualquier institución de nuestro país; gratuidad en el servicio educativo, que

tiene su contrapartida en que los maestros enseñan aprendiendo. La Escuela no tiene dueño; nuestra institución se constituyó en la primera escuela de educación superior de carácter privado o particular del país, habiendo obtenido el reconocimiento y validez de sus estudios desde el año 1930, gracias al presidente Emilio Portes Gil, egresado de la "Libre". Un siglo después, mantiene intactos los principios y valores que le dieron origen. El proceso de cambio de nuestra Escuela ha transitado ciertamente por momentos difíciles y tampoco exentos de dificultades, tal como ha ocurrido en la ciencia jurídica, que en el quehacer académico tuvo que abortar como Saturno, devorando a sus hijos, para que pueda ser posible el rompimiento con el pasado. Este tránsito, este cambio, empezó prácticamente desde su fundación; sin embargo, los cambios más significativos han ocurrido en los últimos 25 años. Hoy tenemos un renovado y vanguardista Plan de Estudios; una biblioteca que reúne más de 135 mil libros y documentos, además una colección de 773 publicaciones periódicas diferentes. Cuenta con un Fondo Reservado en el que se resguardan con temperatura especial cerca de 12 mil volúmenes de libros de los siglos XVI al XIX; además, cuenta con la más importante folletería de México del siglo XIX y principios del siglo XX. Estamos en el proceso de digitalización de la biblioteca. Contamos, desde julio de 2010, con un renovado Centro de Investigación e Informática Jurídica, así como en el área de posgrado que cuenta con dos maestrías y diversas especialidades y en tránsito de convertir muchas de esas especialidades en maestrías y finalmente arribar al doctorado. Dichos cambios han tenido como propósito principal fortalecer los objetivos de nuestra Escuela desde su fundación, que ha sido transmitir a sus hijos el sentido de construir una vida basada en una misión que no es nada más el reconocimiento de nuestros fundadores, sino una refundación de sus principios y valores constituyentes que hacia al futuro más que nunca se hacen patentes, evidentes y necesarios cuya misión reza así: "Con honor, disciplina y excelencia académica, forjamos juristas consagrados a luchar por la justicia y la libertad". No es gratuito que la "Libre" sea una de las mejores escuelas de derecho. Sin embargo, la oportunidad de egresar de los cursos de la "Libre" no debería ser motivo de autocomplacencia, vanagloria y mucho menos de soberbia, sino de orgullo, callado y modesto ejemplo. Estamos en la condición más óptima, a cien años, para lograr el objetivo de esta Escuela que

es la excelencia académica, que no significa desde luego perfección, pero sí un propósito de mejora dentro de los estándares de calidad. Nuestra meta es la formación de juristas, no sólo de abogados, con los valores superiores que el abogado debe tener y que ineludiblemente alumnos, maestros y egresados deben acatar, que es la actividad dirigida hacia el bien, que enaltece y dignifica la profesión jurídica, que lucha y defiende el orden, la seguridad, la paz, la vida, la libertad, el patrimonio, el bien común, en suma la justicia.

Desde que inició el año lectivo 2011-2012 empezamos a preparar todos los eventos y actividades en homenaje al centenario de nuestra Escuela. La “Libre”, como amorosamente la llamamos, está cargada de una madurez histórica que es fruto del esfuerzo, no sólo de los fundadores sino de todas y cada una de las generaciones que nos han precedido en esta entrañable institución. Comparándola con el proceso de maduración de un árbol, la educación viene siendo la raíz del árbol; la cultura jurídica la flor de ese árbol, y el fruto la sabiduría. Entre todos estos eventos y festejos, en lo que concierne a la materia de publicaciones, además del libro del centenario, del libro *Tiempo y memoria* y las 20 obras jurídicas, destaca una en particular. Teniendo ya la “Libre” la categoría de un árbol maduro nos hemos dado a la tarea de producir una obra magna con tintes enciclopédicos, de todas las disciplinas jurídicas de derecho público y derecho privado, incluyendo las ciencias auxiliares, economía política y sociología jurídica, así como las fundamentales: historia y filosofía del derecho. Esta obra magna, única en su género, está en proceso de edición y publicación, habiendo participado más de 500 ensayistas, entre maestros, egresados de esta Escuela y juristas de otras universidades del país, algunos de los cuales nos honran con su presencia en esta ceremonia, así como del extranjero. La obra en cuestión comprende 43 volúmenes, de los cuales seis ya han sido publicados y el resto de los volúmenes quedarán publicados a más tardar a mediados de septiembre. Esta obra es una forma, yo diría la más auténtica, de rendir tributo y un justo reconocimiento a los fundadores y a todas las generaciones que nos han antecedido.

La justicia, que es el fin del derecho y del Estado, está representada en una hermosa mujer, que en una mano sostiene la balanza, el equilibrio del derecho, y en la otra la espada que simboliza la fuerza. El derecho sin la fuerza, es una quimera; pero la fuerza sin el derecho es

la arbitrariedad y la barbarie. Este símbolo de la justicia se vincula con otro emblema del abogado que es el abanico de María Antonieta, reina de Francia, esposa de Luis XVI. Ella tuvo una legendaria relación con los abogados franceses. Cuando la reina María Antonieta salió de prisión rumbo a la Plaza de la República donde sería guillotinado, del último que se despidió fue de su abogado defensor Romain de Sèze, a quien le dijo estas palabras: “Abogado, le agradezco que haya asumido una causa que sabíamos perdida, sabía usted que haberme defendido le acarrearía riesgos, peligros, molestias y amarguras; sin embargo, lo hizo con lealtad y con valentía pero, sobre todo, con desinterés, pues usted era conocedor de que todos mis bienes fueron incautados y ya no soy poseedora de nada, mi única propiedad es este abanico, es lo único que me queda, y con él, que constituye toda mi fortuna, le quiero pagar sus merecidos honorarios”. Ese abanico se conserva, con veneración, bajo un capelo de cristal en el recinto principal de la Barra Francesa de Abogados de París, desde finales del siglo XVIII. Ese abanico simboliza al abogado en su lealtad, en su dignidad, en su valentía, en su desinterés y en la lucha denodada de Romain de Sèze, que ante la Asamblea Popular Francesa de la Primera República, ávida de sangre, encabezada por Robespierre, se atrevió, en defensa de la Reina, a llamar a sus intrigantes, criminales y asesinos.

El lema inscrito en el Oráculo de Delfos: “Conócete a ti mismo”, era usado con frecuencia por Sócrates para llamar la atención a sus alumnos sobre la importancia del descubrimiento personal, en contraposición al conocimiento del mundo externo. Su insistencia en volver la vista a las virtudes de cada ser humano y descubrir la esencia de las cosas le valió pasar a la historia como el fundador de la Ética. Uno de los más poderosos objetivos de la “Libre”, desde su fundación ha sido transmitir a sus hijos el sentido de construir una vida fundada en que no puede haber empresa más valiosa para el hombre que indagar su conciencia, sus emociones y sentimientos, para encontrar el motor y la fuerza de sus pensamientos y sus conductas y, por lo tanto, el mayor error es desfallecer; el defecto más grande el egoísmo; el sentimiento más vil la envidia; el regalo más hermoso el perdón y la generosidad y el don más maravilloso el amor, de modo que cada uno de ustedes, en su microcosmos, en su mundo de relaciones familiares, sociales y profesionales, actúen siempre al amparo de esos valores, principios, sentimientos y emociones.

Pensadores, filósofos, poetas, presidentes, ministros, legisladores, políticos en general, académicos, maestros y alumnos, hinchaban sus voces con las palabras grandes que nos fascinan a los pueblos: honor, excelencia académica, justicia, libertad, democracia, seguridad, orden, interés público, bien público, interés nacional, y un largo etcétera. Palabras que se expresan con elementos abstractos y signos, pero que transmiten una fuerte carga afectiva universal. Los conceptos de: paz, libertad, justicia, honor, dignidad, se convierten aquí en referentes globales del lenguaje ético, del deber ser; así como las palabras: amor, añoranza, horizonte, Dios supremo, hacedor y un larguísimo etcétera, también en un lenguaje poético y etéreo. Son palabras grandes, pues todos los seres humanos pueden identificarse intuitivamente y tener una idea general de tales conceptos que difícilmente se pueden expresar o describir si no es usando metáforas, parábolas, anécdotas o ejemplos. Los seres humanos las aplicamos a esos grandes cajones semánticos, sus experiencias o sus propios ideales particulares reduciéndolas, de un enunciado general a uno más sencillo y asequible menos rimbombante; por ejemplo, democracia, sí, pero ¿qué democracia? Justicia, sí, pero ¿qué justicia? Libertad, sí, pero ¿qué libertad?

Un claro ejemplo individualizado de los valores que he señalado en la misión o lema refundado de nuestra Escuela y en los principios y valores que he mencionado, se encuentra narrado en la célebre novela de la gran novelista Harper Lee, *Matar un ruiseñor* —que estoy cierto y seguro que muchos de ustedes han leído—. Ahí, la autora narra un pasaje de la vida de su padre, un abogado limpio, valiente, honesto y digno, en un pueblo sureño estadounidense. Al asumir la defensa de quien estaba perdido de antemano por razones de prejuicio racial, económico y social, asumió también un pleito de resultados predeciblemente adversos, pero el abogado se atuvo a su valentía, a su sabiduría y a aquello en lo que creía por encima de todo: la justicia. Recuerda la autora, que al concluir la audiencia de sentencia, su padre permaneció solitario y silencioso varios minutos en la mesa de la defensa; ya en ausencia del juez, la fiscalía, el sentenciado y el jurado, solamente la galería continuaba llena del público asistente, que permaneció en silencio y de pie. La autora, una niña entonces, estuvo sentada mientras su padre decidió retirarse de la sala: se levantó, tomó su inicua derrota con indiscutible majestad y empezó a caminar hacia

la salida de la sala. Entonces una persona del público se acercó a la niña y le susurró de manera acomedida y dulce: “Señorita, póngase de pie que va a pasar su ilustre padre”. El público de pie empezó a aplaudir, reconociendo la gallardía y la valentía de ese abogado. La lucha por el derecho y la justicia ha existido desde que el hombre vive en sociedad y será permanente siempre, pues el derecho requiere de esa lucha para aplicarse. El derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza, ejercida hoy por los poderes públicos. He ahí porque las manifestaciones plásticas de la justicia la representan en una mano con la balanza, donde se pesa el derecho, y en la otra, sosteniendo la espada para hacerla efectiva. Ya lo decía hace un momento, pero no está demás reiterarlo enfáticamente, la espada sin la balanza es la fuerza bruta, la violencia. La balanza, sin la fuerza, es el derecho en su total y absoluta impotencia. En esta dimensión de los valores y principios supremos que deben orientar al hombre en lo individual y en la sociedad, me recuerda el maravilloso pensamiento de Helen Keller: “No soy la única, pero aun así, soy alguien. no puedo hacer todo, pero aun así puedo hacer algo; y no renunciaré a hacer lo que sí puedo, sólo porque no lo puedo hacer todo”. Por eso y por mucho más, la “Libre” es única e irrepetible.

Hoy, más que nunca, la “Libre” está más viva, más intensa, más fuerte, más sólida y más unida y, por lo mismo, la comunidad hermanada y fraterna de la “Libre” renueva su compromiso de defender y luchar por los derechos humanos y su correlativo, aun más importante que los derechos, por los deberes humanos.

¡Que viva la Libre!, por los siglos.

Gracias.

FAUZI HAMDAN AMAD

Julio 24, 2012

ALGUNAS EXPERIENCIAS DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

(Conferencia impartida por el Ministro José Fernando Franco González Salas, en la Escuela Libre de Derecho el 21 de septiembre de 2012)

Es un gusto acudir a mi Escuela para platicar con ustedes sobre temas de enorme actualidad, en el marco del Diplomado sobre *El nuevo derecho constitucional en materia de derechos humanos y amparo*. Agradezco a los organizadores su invitación, en especial al señor Rector, don Fauzi Hamdan, a los demás profesores, profesionistas, y de manera especial a los estudiantes, por su presencia.

Sé que muchos de ustedes han transitado ya por prácticamente todo el Diplomado y que han tenido la oportunidad de escuchar a mis dos colegas, ministros Arturo Zaldívar y Jorge Mario Pardo Rebolledo, en sendas conferencias sobre la temática que han abordado en estas semanas. Quizás a estas alturas, mucho de lo que yo diga aquí les será lugar común y probablemente tengan certeza de los alcances de sus aspectos torales. Les suplico su comprensión, dado que mis palabras están dirigidas principalmente a los estudiantes que nos acompañan.

Por ello, con gran gusto estoy aquí para compartir mis puntos de vista al respecto; y, para ello, he decidido que, en el marco del tema que me fijaron para hoy, que es el de compartir *algunas experiencias de la reforma en materia de derechos humanos*, participarles algunas de las aristas que se presentan en la aplicación de estos cambios

constitucionales de gran calado, que me parecen particularmente interesantes, complicadas y, algunas de ellas, hartamente debatibles. Siendo una charla de experiencias, advierto que prácticamente no habrá referencias doctrinarias.

Con este propósito voy a dividir mi intervención en dos bloques: el primero que identifico como comentarios de *contexto*, para significar con ello que, desde mi perspectiva, para entender bien esta reforma constitucional es indispensable tener una idea, al menos general, del contexto internacional y nacional en el que se genera; el segundo, agrupa comentarios que, más allá de describir experiencias, pretende problematizar algunos puntos, a mi juicio relevantes, que nos plantea la reforma y que han merecido ya, a la luz de los casos hasta hoy planteados ante el Tribunal Constitucional, reflexiones profundas de las que han surgido algunos criterios, y otros que, aun cuando todavía no se han planteado en algún asunto concreto, merecen estudiarse por sus consecuencias en el sistema jurídico mexicano en su conjunto.

Advierto desde ahora que no pretendo agotar todos los supuestos ni los más importantes. Mi principal deseo con esto es, con una disculpa a los presentes, que no se ubiquen en la franja poblacional a la que me refiero ahora, motivar a los jóvenes estudiantes para que analicen críticamente y razonen sobre el inmenso espectro que se abrió con la reforma de junio del año pasado en el ámbito de protección de los derechos humanos y también sobre los problemas que enfrenta para su real vigencia y eficacia; para que estudien y profundicen sus conocimientos en este ámbito que hoy, lo digo sin la menor reserva, es fundamental para consolidar en México un verdadero Estado democrático de derecho que genere una sociedad más igualitaria, segura y justa.

Inicio ahora mi charla con algunos apuntamientos del contexto internacional y nacional en que se gestó la reforma para entenderla mejor.

Es evidente que, sin demérito de la influencia que han tenido muchos grandes pensadores y documentos que se han creado desde el Cilindro de Ciro (539 a.C.), como la Carta Magna (1215), el *Bill of Rights* (1689), la Declaración de Derechos de Virginia (1776), la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Carta de Derechos del Ciudadano (1891) de Estados Unidos de América, los rasgos esenciales de la concepción de los derechos

humanos actual se definen a partir de la segunda mitad del siglo XX, frente a las atroces experiencias de las dos grandes guerras mundiales, y toma dimensiones antes no vistas a partir del último cuarto de esa centuria.

Tengo para mí que ello, en gran medida, se debe a la globalización y al desarrollo de las comunicaciones que achicaron al globo de tal manera que hoy en cuestión de segundos sabe qué está ocurriendo en la antípoda de donde nos encontramos; con la característica adicional de que se masificaron los materiales de comunicación y se abarató el acceso a ellos, de suerte que cada vez más personas tienen la posibilidad de acceso a la información, si no de calidad y sustancia, sí sin duda, en mucho mayor proporción de la que tenían antes los colectivos sociales.

Los complejos y dinámicos fenómenos socio-políticos y económicos de la posguerra del siglo pasado generaron un impulso enorme al derecho internacional; entre otros aspectos, surgieron las convenciones universales y regionales, así como organismos de carácter supranacional que con el tiempo se han ido convirtiendo en instituciones centrales en la promoción y consolidación de valores universales connotados como *democráticos*, en particular, de los derechos humanos.

También es hecho notorio que las sucesivas transformaciones de regímenes catalogados como anti-democráticos, por mencionar algunos de los más importantes, el de Franco en España, casi veinte años después el soviético y con él casi todos los que bajo su sombra se establecieron en la llamada Europa oriental, así como varios en África y Latinoamérica, se construyeron en gran medida bajo el argumento de la reivindicación de los derechos humanos de esas sociedades. Hoy ya no existe el mundo bipolar de la posguerra y vivimos en uno en que priva una gran potencia casi hegemónica y que se organiza en bloques emergentes, en mi opinión, aglutinados bajo condicionantes de tipo básicamente económico.

De igual manera, ante el fenómeno mundial de la interacción y globalización, en ámbitos intelectuales y académicos inició una etapa de revisión de los modelos de enfoque tradicional de los temas vinculados con los derechos humanos y el papel de los Estados nacionales, las comunidades internacionales y los organismos de protección de esos derechos. Diversos autores en todas las latitudes, han impuesto

hoy un nuevo enfoque para el estudio y desarrollo de los derechos humanos y, por ende, del derecho, en particular del constitucional, con base en la concepción moderna de esos derechos y la idea de que el Estado debe aspirar a ser uno democrático social de derecho como lo denominaron los españoles en su Constitución.

Estimo que si pudiesen ser simplificadas al máximo estas posturas contemporáneas, en aras de encontrar el elemento común que las liga, quizás se podría concluir que ese elemento es la concepción de la llamada “dignidad humana”, concepto que, en la connotación que consta en los documentos legislativos de la reforma, presupone que existen una serie de derechos que por ser inherentes a la persona humana, preceden al Estado, y que deben ser reconocidos por las estructuras de poder, especialmente por las estructuras de autoridad, las cuales tienen la obligación de respetarlos y garantizarlos.

Pero esto no es tan simple, como lo veremos más adelante. No debe perderse de vista que esta nueva corriente de pensamiento, que por supuesto no es perfecta y seguirá evolucionado, tiene que compaginarse con las realidades del mundo actual y las particulares de cada sociedad, de cada Estado. Sobre todo en un mundo y sociedades que se caracterizan por grandes desigualdades e injusticias en las que normalmente priven los intereses de los grandes capitales y poderes fácticos –hoy también globalizados–, al igual que el crimen organizado en sus peores formas de manifestación, en especial, las de terrorismo o prácticas terroristas, las del narcotráfico, tráfico de personas y tráfico de armas, que hoy también se han globalizado.

Es paradójico que, en esta época de reivindicaciones reales de los derechos humanos, contemplamos todos los días y en prácticamente todas las regiones del mundo, atrocidades que vulneran esos derechos, cometidas por civiles, paramilitares, guerrilleros e infortunada y no infrecuentemente por agentes o fuerzas armadas de los Estados.

En este ambiente se debaten las instancias supranacionales de protección de derechos humanos, sean administrativas o jurisdiccionales, cada día más activas, para lograr que todos los miembros de la comunidad internacional se sujeten a las convenciones o tratados y respeten esos derechos, tarea que se vuelve más complicada si se piensa que sus recursos humanos, financieros y materiales son exiguos, por lo que la ejecución de sus decisiones o sentencias se fundan, por lo general, más en su autoridad moral y la autodeterminación de

los Estados o sujetos obligados a cumplirlas voluntariamente que en su capacidad de imponerlas coactivamente.

Quiero terminar estos breves comentarios sobre el contexto internacional, señalando que, en contrapartida, no se debe perder de vista que el derecho internacional se basa, para su cumplimiento, en el principio fundamental de *pacta sunt servanda* que lo rige, lo cual presupone un compromiso de honor de cada Estado de cumplir con aquello a lo que se ha obligado. Si ese compromiso no se cumple, difícilmente los órganos internacionales, por sí mismos, podrán lograr el cumplimiento de sus determinaciones.

En relación con el contexto nacional, debo decir que México no ha sido ajeno a grandes cambios y transformaciones en todos los órdenes, en lo político, social, económico y, por supuesto, jurídico. Particularmente esos cambios se aceleraron notablemente en el último tercio del siglo pasado y muchos de los jurídicos se han dado en estos primeros años del siglo que corre. No me detendré en aspectos ajenos a esta charla, sólo señalaré que el México de 2012 es muy diferente en sus estructuras políticas, económicas y sociales al de hace veinticinco años; pero debemos reconocer que, en muchos aspectos, todavía hoy tenemos enormes rezagos.

Un factor que no puedo dejar de mencionar por su notoriedad es el del crecimiento del crimen organizado en nuestro país en las últimas décadas, en particular en sus manifestaciones del narcotráfico, y tráfico de personas y armas, frente a lo cual se decidió tomar la decisión de hacer uso de las fuerzas armadas para su combate frontal. Es un hecho notorio el crecimiento de la violencia por una parte y, por otra, el incremento de quejas por violaciones a los derechos humanos en nuestro país.

En este contexto paradójico, se llevó a cabo la enorme y profunda reforma en materia de derechos humanos que han venido analizando a lo largo de este Diplomado. No obstante que quienes lo están cursando seguramente conocen lo que a continuación mencionaré, para beneficio de los estudiantes de licenciatura déjenme contextualizarla, en su fase legislativa, para tratar de poner en evidencia la complejidad del proceso del cual emergieron los textos vigentes en nuestra Constitución, que ojo, no hay que perderlo de vista, se suman a otros ya existentes, que configuran el marco constitucional en materia de derechos humanos.



Como es sabido, la reforma que se publicó el 10 de junio de 2011, afectó a diez artículos constitucionales (1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 97, 102 y 105), pero lo interesante de ello es que fue producto de por lo menos 36 diferentes iniciativas de diputados y otras 16 iniciativas de senadores, de diferentes fuerzas políticas; de Comisiones y Grupos de trabajo al seno de las Cámaras del Congreso de la Unión; de participaciones de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; académicos nacionales e internacionales; miembros y organizaciones de la sociedad civil y Comisiones de Derechos Humanos. La primera de ellas, presentada en la Cámara de Senadores el 25 de marzo de 2004. Ello quiere decir que se llevó más de siete años culminar el proceso legislativo constituyente de las reformas. Ya en la fase final del proceso legislativo en la sede del Congreso, esta reforma obligó a aplicar todos los supuestos que prevé el artículo 72 constitucional para la aprobación de una ley, fue y regresó la minuta dos veces, e inclusive se planteó que se mandara a las Legislaturas locales, como aprobado por el Poder Legislativo, solamente aquello en que se pusieran de acuerdo ambas Cámaras.

Ahora bien, de las razones expresadas en los dictámenes legislativos (no me referiré a las iniciativas porque el tiempo no lo permite, pero les recomiendo que las lean porque hay algunas verdaderamente sugerentes, en todos aspectos), se desprende que ambas Cámaras, como órganos constituyentes, deliberativos y resolutivos, en el proceso de reformas, compartieron en lo esencial que la reforma responde, principalmente centrándome en el artículo 1o.<sup>1</sup> que es, sin duda, el rector de la reforma, a las siguientes premisas principales, partiendo de una básica que consiste en el aserto de que con la reforma no se

<sup>1</sup> "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece".

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley:

buscó una modificación de términos sino UN CAMBIO CONCEPTUAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO, que tiene como consecuencia el fortalecimiento de los derechos de la persona y la protección de su dignidad. Quizás pueda haber un debate razonable sobre muchos aspectos de esta reforma, pero no puede haberlo en cuanto a que realmente implica un cambio de concepto en el régimen jurídico mexicano de protección de los derechos humanos.

Las otras premisas principales, señaladas expresamente por los legisladores fueron, en mi opinión, las siguientes:

- Dotar a la Constitución de los elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección de los derechos humanos, así como dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que en la materia ha reconocido México con la firma de diversos tratados internacionales de derechos humanos.
- Otorgar a los derechos humanos un lugar preferente en la Constitución; por ello se modifica el nombre del Título Primero, Capítulo Primero, por el de: De los Derechos Humanos y sus Garantías.
- Los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona y reconocidos por el Estado.
- Su vigencia, protección, defensa, promoción y garantía son una responsabilidad del Estado.
- En los derechos humanos deben estar basadas las políticas públicas; en su contenido deben estar los criterios orientadores que rijan el actuar del Poder Judicial; y sus fundamentos deben ser el eje rector de las leyes y normas que emita el poder legislativo.
- Debe distinguirse entre derechos humanos y las garantías para su protección (medios de control constitucional, organismos protectores de esos derechos, obligación constitucional de todas las autoridades en el mismo sentido, etc.); y no debe

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

existir distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano en los tratados internacionales. Así, la única diferencia es su fuente u origen. Con ello se evita tener derechos de primera y de segunda categoría según estén o no en la Constitución.

- Se incorpora el término “persona” por ser menos limitativo, por lenguaje de género, que el de “individuo” y porque representa una carga jurídica importante.
- Se adopta el principio de interpretación conforme, por resultar “el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho “doméstico” con las disposiciones internacionales.
- En virtud de este principio se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna. Este sistema no atiende, según el legislador constitucional, “a criterios de supra-subordinación ni implica un sistema de jerarquía de normas que no se considera conveniente modificar sino que, a través del principio de subsidiariedad, se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México sea parte, para ofrecer una mayor garantía a las personas”.
- La interpretación conforme opera como una cláusula de tutela y garantía de los derechos, recurriéndose a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando haya necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, con el objeto de tener una protección más amplia de esos derechos.
- La incorporación del principio “pro persona” obedece a la obligación del Estado de aplicar la norma más amplia, o a la interpretación más intensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación menos restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.
- Se introducen las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia,

indivisibilidad y progresividad, con lo que se señalan criterios claros a seguir tanto por las autoridades judiciales como para las legislativas y administrativas en la defensa y promoción de esos derechos.

- El Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Debe señalarse que a pesar del reconocimiento expreso que se hizo por los legisladores, de la necesidad impostergable de expedir las leyes reglamentarias de ese artículo y la de Amparo, a la fecha no contamos con esa legislación secundaria. Por ello, hoy todos los operadores jurídicos que estamos obligados a aplicar la reforma, tenemos que auto-generarnos, en muchos casos, nuestras propias normas secundarias para cumplir con nuestras obligaciones constitucionales.

Con esas referencias de contexto, ahora comentaré con ustedes, dos aspectos que creo pondrán de relieve la complejidad de la reforma en materia de derechos humanos y algunos de los problemas que enfrentamos para su aplicación. Espero poder transmitir positivamente los retos que nos impone, en particular a los jueces constitucionales, su operación. Para este cometido solamente problematizaré esos aspectos para que ustedes los consideren.

Parto del supuesto de que, en mi opinión, ninguno de los temas es pacífico o puede tener una solución única. Me parece que todos ellos serán materia de grandes discusiones en la academia, en el foro y, por supuesto destacadamente, en sede jurisdiccional constitucional, durante algún tiempo.

Aunque debería empezar con el problema de definir si es lo mismo “derechos humanos” que “derechos fundamentales” prefiero, por razón de método, eludirlo por ahora para abordarlo en el segundo bloque de problemas que les pondré a consideración más adelante, e iniciar ahora con otro aspecto relevante que quiero traer a colación y que ya ha sido materia de análisis y discusión en la Suprema Corte, sin que se haya definido un criterio firme al respecto.

Tan complicado resulta este tema, que me tomó tiempo definir cómo planteárselos, sin que provoque con su simple presentación, en el ánimo de ustedes, la sensación de que parto de una petición de principio. Por ello recurro a los argumentos que nos dejaron los legisladores como motivaciones principales de las modificaciones

y adiciones al artículo 1o. de la Constitución, y a los propios textos vigentes del precepto.

En los dictámenes de las Comisiones de las Cámaras se hizo constar que no debe existir distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano en los tratados internacionales, que la única diferencia es su fuente u origen y que con la reforma se evita tener derechos de primera y de segunda categoría según estén o no en la Constitución.

Pero también razonó el legislador, en relación con la adición del párrafo segundo, que el principio de interpretación conforme es “el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho ‘doméstico’, con las disposiciones internacionales”; que en virtud de este principio se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional, con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna. Este sistema no atiende, según el legislador constitucional, “a criterios de supra-subordinación ni implica un sistema de jerarquía de normas que no se considera conveniente modificar sino que, a través del principio de subsidiariedad, se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México sea parte, para ofrecer una mayor garantía a las personas. Así, la interpretación conforme opera como una cláusula de tutela y garantía de los derechos, recurriéndose a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando haya necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, con el objeto de tener una protección más amplia de esos derechos.

Finalmente, señalo yo, que el artículo 133 no se modificó con la reforma en materia de derechos humanos, y les recuerdo que en su primera porción normativa ese dispositivo señala: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Texto que, aisladamente e interpretado en su literalidad gramatical, parecería establecer una superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados internacionales, sin distinción alguna.

Ese texto motivó, de manera permanente, que el criterio mayoritario de la Suprema Corte sobre la jerarquía normativa, hasta antes

de la reforma del año pasado, fuera en el sentido de que los tratados internacionales, aun los de derechos humanos quedaban en una condición de subordinación al texto constitucional.

Hago notar también que, por su parte, el artículo 105, en su fracción III, inciso g), señala la facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para interponer acciones de inconstitucionalidad: “...en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte”.

Yo les pregunto, a la luz de las antes citadas motivaciones que dieron los legisladores para reformar el artículo 1o. constitucional y de los textos normativos vigentes aludidos: ¿se puede sostener de manera indubitable que no existe una relación de jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos?

Este no es un ejercicio académico. De la respuesta depende que se generen condiciones y consecuencias jurídicas relevantes de naturaleza y alcances muy diferentes. Veamos.

Si la respuesta es que no existe diferencia jerárquica entre la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cobra fuerza el argumento de quienes sostienen que el Constituyente creó un verdadero bloque de constitucionalidad, entendido éste en el sentido de que las normas de esos tratados forman parte, en realidad, del texto constitucional.

Ello tiene implicaciones directas en el tratamiento del control de convencionalidad, con la posibilidad de tener que dejar de aplicar una norma expresa de la Constitución en caso de que se considerara que una norma de tratado internacional es más favorable a la persona, supuesto que ya se ha presentado, como veremos en un momento más. Y más allá todavía, se podría llegar a argumentar, que se puede plantear la inconvencionalidad de un precepto normativo de la Constitución, como en los hechos ya ha sucedido e independientemente de la solución que el Tribunal Constitucional ha adoptado o adopte en el futuro frente a este tipo de planteamientos,<sup>2</sup> si una restricción

<sup>2</sup> Probablemente la solución se tenga que orientar en el sentido en que se han tratado las “inconstitucionalidades” de la Constitución, es decir, como “antinomias” que tienen que ser

expresa en el texto de la Constitución se considerara más restrictiva que las normas de un tratado internacional.

De igual manera, otra probable consecuencia sería que, de acuerdo con las previsiones de las convenciones internacionales, quizás las únicas restricciones y suspensiones de derechos humanos y sus garantías constitucionalmente válidas serían las previstas en el artículo 29 constitucional.<sup>3</sup> Todas las demás (que son muchas<sup>4</sup>) podrían, eventualmente, considerarse inconventionales.

armonizadas mediante una interpretación, en el caso de derechos humanos, por disposición del artículo 1o., de la manera más favorable a la "persona".

<sup>3</sup> (Reformado, DOF, 10 de junio de 2011).

Art. 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

<sup>4</sup> Por ejemplo, entre otras de manera puramente ejemplificativas, las previstas en los artículos 6o., primer párrafo, 7o., 8o., 9o., 11, 13 (como ya sucedió), y en especial las extraordinarias como las que están previstas en la fracción XVI del artículo 73.

Si, por el contrario, la respuesta es en el sentido de que sí existe una relación absoluta de jerarquía de supra-subordinación entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, podría llegar a vaciarse de contenido, en algunos casos, el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional, que obliga a interpretar las normas relativas a derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Solamente refiero un caso, como lo apunté hace un momento, aunque ha habido otros, en que la Suprema Corte ha privilegiado la aplicación de tratados internacionales sobre texto expreso en la Constitución. Este es el de la A.I. 155/2007, promovida por la Procuraduría General de la República en contra de los Poderes Legislativo y Ejecutivo del estado de Yucatán, porque en ese estado se le otorgó a la autoridad administrativa la facultad de imponer como pena, trabajos a la comunidad, a los padres que incumplieran con ciertas obligaciones frente a sus hijos. Recordarán que el artículo 21 reformado autoriza a la autoridad administrativa a imponer como sanción trabajos a la comunidad. La Corte resolvió que, a pesar de esa disposición expresa, la legislación estatal impugnada violaba las normas internacionales que prohíben los trabajos forzados, salvo cuando es como consecuencia de una resolución judicial.

El segundo aspecto problemático que les planteo es el de ¿qué debe entenderse como "persona" para la reforma? Ya vimos que el legislador explicó que cambiaba el vocablo "individuo" por el de persona por tres razones: 1. Ser menos limitativo. 2. Por razones de lenguaje de género. 3. Porque representa una carga jurídica importante. Si bien la segunda razón puede explicársela uno sin mucho problema, lo cierto es que resulta complicado desentrañar qué se quiso decir con que el término "persona" es menos limitativo y representa una carga jurídica importante.

La falta de explicitación de esas razones nos pone en una encrucijada. Surgen al menos las siguientes preguntas. ¿Si se trata del ámbito de los derechos humanos, el concepto "persona" también abarca a las que conocemos como "personas morales"? ¿Estas últimas deben ser protegidas bajo los mismos parámetros que las "personas humanas", es decir en términos jurídicos, que las "personas físicas"?

De nueva cuenta, el sentido de la respuesta produce consecuencias y alcances de derecho muy diferentes.

Por ejemplo: ¿una persona moral puede reclamar que se le violó su derecho humano a la educación, a la salud, a la alimentación nutritiva, a formar una familia y tener hijos, a no realizar trabajos forzados, a no ser torturada? Parecería que la respuesta es casi obvia en sentido negativo.

Aunque no lo sea tanto en la realidad de la persona humana, al “individuo” y que, por lo tanto, no serían extensivo, como tales, a las personas morales. Si esto fuese así, se podría pensar que el concepto de “derecho fundamental” podría resolvernó el galimatías, utilizándolo en el sentido de que con éste se abarcan todos los previstos en la Constitución y, por tanto, también a aquellos que protegen a las “personas morales”, mientras los primeros quedan restringidos a los que protegen sólo a la “persona humana” (“física”). Sin embargo, el Constituyente mexicano parece que utiliza ambos vocablos como equivalentes, si tomamos en cuenta que las únicas dos referencias expresas a derechos fundamentales, se encuentran en los artículos 18, cuarto párrafo;<sup>5</sup> y 20, apartado A, fracción IX,<sup>6</sup> que claramente refieren derechos de personas humanas individualmente consideradas, o sea, “personas físicas”.

Quizás la única solución plausible será la de seguir los criterios hasta ahora existentes, en el sentido de que las personas morales también son sujetas de protección por algunos de los que ahora denominamos “derechos humanos” y que se encuentran reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, en aquello que sea compatible

<sup>5</sup> La Federación, los estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

<sup>6</sup> Artículo 20.

A. De los principios generales.

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

con su naturaleza jurídica.<sup>7</sup> Ello llevará a que se vaya resolviendo este: problema mediante criterios determinados caso por caso.

Aun así, se podrán presentar casos de colisión entre derechos de personas físicas y morales expresamente señalados en la Constitución, que de aceptar que las segundas los tienen como derechos humanos, llevará a procesos de “interpretación conforme”, “pro persona”, muy complicados.

Por ejemplo, los partidos políticos son personas morales y están considerados en la propia Constitución como entidades de interés público. En el artículo 116, fracción IV, inciso e), se les reconoce como derecho exclusivo de los partidos la facultad de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular; con la reforma reciente de agosto del presente año se modificó, entre otros, el artículo 35 en su fracción II, para establecer que los ciudadanos tienen también el derecho de solicitar su registro y contender en las elecciones de manera independiente, conforme a los requisitos, condiciones y términos que señale la ley.

El párrafo Inicial de la fracción IV del citado artículo 116 señala que las constituciones y leyes de los estados deben garantizar que se cumplan con lo dispuesto en todos los incisos de que se compone, entre los que se encuentra el aludido en este análisis. La pregunta entonces es: ¿si los partidos políticos son personas para efectos de considerarlos objeto de la protección de los derechos humanos y son entidades de interés público, frente a la eventual colisión con el derecho de un ciudadano que quiera participar de manera independiente

<sup>7</sup> En lo personal sigo pensando, en una primera aproximación a este tema a la luz de la reforma constitucional, que sería posible hacer esta distinción, entre “derechos humanos” en sentido restringido y “derechos fundamentales”, considerando a estos últimos como todos los previstos en la Constitución. Así, se puede sostener que en tanto “derechos fundamentales”, los “derechos humanos”, en principio, están dirigidos a la protección de la “persona humana” pero que pueden desdoblarse, por sus alcances más generales, para proteger también a las “personas morales” en ciertos casos (por ejemplo, los ahora denominados “derechos humanos” de seguridad jurídica –artículos 14 y 16 en lo conducente–, de acceso a la justicia, artículo 17), y tendremos derechos fundamentales que se les reconocen exclusivamente a las “personas morales” (por ejemplo, el derecho de huelga a las agrupaciones de trabajadores y a los sindicatos; el paro a los patrones (sean personas físicas o morales); prerrogativas para el sostenimiento: de sus actividades –artículos 41 y 116, fracción IV– o derecho exclusivo para registrar candidatos –artículo 116, fracción IV– de los partidos políticos, entre otros). A la luz de los casos concretos que resuelvan los tribunales, en particular la Suprema Corte, se tendrán que ir decantando los criterios que priven en esta materia.

en una elección popular, cuál derecho en pugna debe prevalecer frente al otro?

Llevando la problematización a un extremo, casi absurdo pero posible, podríamos complicar más los potenciales posibles problemas en relación con el alcance del concepto “persona” introducido en el texto constitucional, si pensamos que se tratara de colisión de derechos entre “personas físicas” y la nación (Estado), los estados o municipios, que según nuestro Código Civil federal son personas morales (o, para el caso; con cualquier otra persona moral pública). Yo pienso que ello no es procedente jurídicamente por otras razones, pero de manera burda y en abstracto se puede hacer el análisis de esa situación. Ahí se los dejo para la reflexión.

Pero, qué pasa de llegarse a plantear una situación distinta. ¿Cómo debería resolverse, por ejemplo, el caso de una reclamación de persona física que vive en un lugar de muy difícil acceso en una montaña, de que se le proporcione conforme al artículo 4o., párrafo 6o., el acceso al agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible? ¿Podría argumentar la persona moral pública requerida que, en términos del artículo 25 de la propia Constitución le asiste el derecho al Estado a que, en función de la obligación constitucional que tiene de propiciar el desarrollo económico nacional sustentable, y a fin de lograr una más justa distribución del ingreso y la riqueza que permita el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de un grupo social, también necesitado de acceso al agua, condicionarle al solicitante el ejercicio de su derecho a que se traslade a un lugar en que sea viable otorgarle el acceso al agua sin perjudicar de manera importante al erario público, que en última instancia perjudica a todos, y a otras personas físicas identificadas que también la necesitan? ¿En caso de colisión por la misma razón entre una persona física y una moral que desarrolla trascendentes funciones de interés público, qué derecho de acceso al agua debería prevalecer?

Creo que toda esta problematización de los conceptos utilizados por el Constituyente ayudan a entender que no hay soluciones únicas o absolutas en la interpretación constitucional y que, particularmente esta reforma en materia de derechos humanos, nos obliga a repensar nuestros propios conceptos y forma de leer la Constitución.

A los anteriores ejemplos se podrían sumar muchos otros, generados a la luz del contexto internacional —en particular a partir de las

resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— y del contexto nacional —también de manera relevante a partir de las reformas a nuestra Constitución en esta materia, como son los relativos a control concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos; o la recepción de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus alcances vinculativos u orientadores para el Estado mexicano y, especialmente, para el máximo Tribunal Constitucional. El tiempo no lo permitía y preferí abordar con mayor detalle los que he comentado con ustedes, con el ánimo de motivar el interés, de forma muy especial en los jóvenes, por adentrarse y profundizar en el estudio de los derechos humanos y los mecanismos para hacerlos efectivos, y también en la técnica de la argumentación e interpretación constitucional.

Quiero simplemente sugerirles que busquen las tesis aisladas que surgieron de la resolución adoptada en el expediente Varios 912/2010, producto del cumplimiento de la sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el hoy famoso caso de la desaparición forzada del señor Rosendo Redilla, en los años setenta. Con ellas tendrán una idea clara de la orientación mayoritaria respecto de los temas sobre control difuso y concentrado de constitucionalidad y convencionalidad, así como sobre los alcances de las resoluciones de la Corte Interamericana.

Es mi convicción, que no podremos aspirar a ser un verdadero Estado democrático, en su sentido más amplio, que procure seguridad, paz y justicia sociales (en el que exista una razonable igualdad de oportunidades para el desarrollo de una vida digna de todos los integrantes de la sociedad), si no logramos perfeccionar un sistema jurídico que garantice la plena vigencia y efectividad de los derechos humanos, pero con una visión amplia que permita conciliar los intereses individuales con los colectivos que deben ser debidamente equilibrados y protegidos por el Estado, a través de los órganos competentes para ello.

En un mundo tan contradictorio, tan paradójico, como en el que vivimos hoy y en un momento tan difícil como el que atraviesa nuestro país, resulta indispensable recuperar los valores y principios que hemos adoptado a lo largo de más de dos siglos, en los que creemos como base de nuestra convivencia social, y que están plasmados en nuestra Constitución. Entre ellos, sin duda en un lugar primigenio, se

encuentran los que subyacen en los derechos humanos reconocidos en la Constitución. A todos quienes formamos la sociedad mexicana, sin excepción, nos toca parte de la responsabilidad de que esos valores y principios tengan plena vigencia en nuestro país. El nuevo marco constitucional en esta materia nos impone la necesidad de revisar nuestras propias posiciones y criterios; debe ser un acicate para reflexionar seriamente en que, si no logramos hacer permear esos valores y principios constitucionales en todas las capas de nuestra sociedad, resultará muy difícil aspirar a ser una: verdadera sociedad democrática en la que prive, en la realidad, el respeto y plena efectividad de todos los derechos y garantías que hoy nos protegen formalmente.

DISCURSO  
DEL ALUMNO JUAN PEDRO FERNÁNDEZ CUETO,  
PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS  
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO,  
EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN  
DE CURSOS 2012-2013

Estimado Lic. Fauzi Hamdan Amad, Rector de nuestra Escuela;  
Estimados miembros de la Junta Directiva;  
Queridos profesores y autoridades de la Escuela;  
Muy estimados alumnos y egresados;  
Querida comunidad de la Libre que nos acompaña:

Los saludo con el enorme gusto que brinda un inicio de cursos más ante un centenario cumplido de nuestra Escuela.

A lo largo de la carrera, a menudo me han preguntado: si volvieras a empezar a estudiar derecho, ¿lo harías de nuevo en la Libre? He de reconocer que a través de los años como estudiante en esta Escuela mi respuesta no ha sido igual. Puedo distinguir tres etapas en las respuestas a esa repetida pregunta de ¿volverías a estudiar en la Libre?

La primera etapa corresponde a las primeras veces en que me la preguntaron, en mis primeros años. Y creo que el ánimo de mi respuesta variaba según la época del año. En plena temporada de exámenes, en la “famosa temporada de lluvias”, el optimismo escaseaba; mientras que alrededor de noviembre o diciembre, la respuesta seguramente era mucho más animada al margen de mis vacaciones, viendo a compañeros de otras universidades pasar por sus exámenes semestrales.

Una segunda etapa vino a partir de la mitad de la carrera, en la que por lo irreal e hipotético de la pregunta: ¿hubieras escogido a la Libre



otra vez?, o por el hartazgo de su insistencia, no lo sé, respondía: qué más da lo que haría; ya lo hice, ya la elegí y aquí estudio... al final de cuentas, el hubiera no existe ¿no?

Ahora bien. Siguiendo con las preguntas. Déjenme platicarles un par de cosas antes de contarles la tercera etapa de la respuesta.

Si me preguntaran qué consejo daría a los alumnos de nuevo ingreso, todos aquí presentes, a su inicio como estudiantes de la Escuela, les diría lo siguiente. Sucede un fenómeno muy curioso alrededor de la mayoría de quienes inician la carrera de abogado. A algunos alumnos de Derecho, ojo: *alumnos*, comienzan la carrera olvidando su calidad de estudiantes. Olvidan la mochila y la cambian, rápido, por el portafolio. Parece que pasan de la adolescencia a la adultez, mientras se pierden la magnífica etapa de la juventud universitaria.

No me refiero simplemente a una crítica de su vestimenta que en todos cambia desde el día uno en que comenzamos a trabajar. No. Me refiero a la actitud que toman frente al estudio y frente a la vida, antes de dar los primeros pasos en esta profesión.

Seguramente han escuchado muchas veces que “para ser abogado hay que parecerlo”. Quizá sea cierto. No pretendo juzgar ese dicho, sino proponerles uno distinto: “para ser un auténtico estudiante, antes que nada, hay que parecerlo”.

Estimados alumnos de la Libre, ¡parezcan estudiantes! Y no me refiero, de nuevo, al argumento simplista del cambio de vestimenta, como si la corbata fuera el problema. No. Me refiero a que mantengan siempre una actitud de asombro ante el conocimiento.

Asuman una actitud de constante agradecimiento con el profesor; parezcan estudiantes al tomar cada una de sus clases con la seriedad que requiere, sin olvidar la distinción entre la disciplina adolescente y superficial, y la disciplina que exige el estudio crítico.

No olviden que en una escuela de derecho, citando a Duncan Kennedy, buscamos “un sistema más racional [que ponga] más énfasis en la manera de aprender derecho antes que normas, y [más énfasis en aprender] habilidades antes que respuestas para exámenes”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Kennedy, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Christian Curtis (comp.), Universidad de Buenos Aires, p. 390.

Parezcan estudiantes manteniendo al límite su curiosidad intelectual; parezcan estudiantes al ser conscientes que a la Libre hay que venir a *pensar* las grandes cuestiones jurídicas, antes de resolver aquellos casos rutinarios que probablemente mañana nos den de comer.

Queridos alumnos de nuevo ingreso. No sin reconocerles ya el acierto de elegir una Escuela exigente —escoger una carrera de cinco largos años, si no es que más, mientras que abundan las escuelas que ofrecen, cual franquicias, el título a escasos semestres—, no pierdan el ser universitario, ser estudiantes, ser amantes del aprendizaje. Aprovechen esta oportunidad de oro que se les ha puesto enfrente: ¡han entrado a la Libre! Considérense afortunados y no dejen de dar gracias por ello. Son ya parte de la minoría de la juventud mexicana con la oportunidad de cursar una carrera profesional y México espera mucho de ustedes.

Están hoy ante una Escuela que cumple su primer centenario. Hace exactamente cien años, un grupo de estudiantes, como ustedes, tuvieron la valentía y la dignidad de levantarse en contra de la imposición autoritaria para fundar nuestra Escuela.

No fueron partidos políticos, ni secretarios de Estado, ni fueron grandes empresarios, ni tampoco intelectuales o académicos, quienes tuvieron la iniciativa de fundar esta Escuela. No. ¡Fueron un grupo de jóvenes que no solamente parecían, sino eran estudiantes ejemplares!

Un grupo de estudiantes en búsqueda de una Escuela que, teniendo la libertad por bandera, tuviera la misión de formar a los mejores juristas de México.

En 1912, ante el cambio de régimen reciente, en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia comenzaron una serie de cambios impulsados más por el capricho político de su rector que por la excelencia académica de sus estudiantes.

Estalló la huelga pues los alumnos no aceptarían las imposiciones políticas de maestros y autoridades. Ellos querían estudiar derecho. Querían estudiar a la justicia, conocerla y fomentarla desde uno de sus prerrequisitos fundamentales: la libertad, y, con ese compromiso de libertad, los alumnos depositaron el gobierno de la Escuela en la generosidad de los maestros cofundadores. Maestros que, desde entonces, han asumido la tarea filantrópica de la impartición gratuita de clases, de quienes los alumnos debemos ser siempre vigilantes y, al mismo tiempo, profundamente agradecidos.

Lo dice la recientemente acuñada misión de nuestra Escuela: *Con honor, disciplina y excelencia académica forjamos juristas consagrados a luchar por la justicia y la libertad.*

Hablar de Libertad en la educación de juristas me recuerda al concepto de *Educación Liberal* de Leo Strauss.<sup>2</sup>

Strauss explica a la *Educación Liberal* como aquella educación a través de los grandes libros (*the great books*); como la “educación hacia la cultura... hacia la sabiduría... hacia la completa virtud” (sin olvidarnos que la *Justicia* es la virtud en esta profesión que estudiamos). La *Educación Liberal* se debe germinar, y de hecho así se encuentra, diría Strauss, en las universidades y se observa en su mejor forma en el constante diálogo entre el libro, el estudiante y el maestro; con el maestro como el “líder en el entendimiento liberal”.

Además, continúa Strauss, es educación liberal siempre y cuando *libere*. Y el *hombre libre* en el sentido clásico de su expresión es el *caballero*; aquel que se encuentra en constante tensión entre los asuntos de la ciudad (el día a día de la realidad) y la filosofía, pues sólo el *caballero* logra entender y resolver los problemas más cotidianos y rutinarios desde lo poco cotidiano y poco rutinario de la filosofía.

Queridos alumnos: debemos asumir el ejemplo de nuestros fundadores y aprender del compromiso que los alumnos de estos cien años de vida de la Libre han asumido para construirla, crecerla y mantenerla.

De todos nosotros depende otorgarle a nuestra Escuela no solamente otros cien años de vida, sino otros cien mejores años que la hagan cada vez más exitosa.

¿Cuál es la receta, esa que siguieron los alumnos del primer centenario, para llevar a la Libre a la cumbre por otros cien nuevos y mejores años? Precisamente, siendo esos estandartes de la libertad en todo momento, con miras a la justicia: Ser verdaderos alumnos de una educación liberal en la que nos dejemos guiar por el liderazgo de nuestros maestros, frente a los grandes libros; ser estudiantes de la Libre con el compromiso de ser esos caballeros de los que Leo Strauss hablaba, que sean capaces de resolver los problemas de la

<sup>2</sup> Nicgorski, Walter, “Leo Strauss and Liberal Education”, en *Interpretation: A journal of political philosophy*, XIII, mayo, 1985, pp. 233-250.

ciudad—del tribunal, del despacho, de la notaría, de la empresa— desde la perspectiva de la justicia.

De nada servirá a nuestra escuela miles de casos ganados, contratos cerrados o asesorías dadas si detrás de ellos no estuvo la Libertad a la que nos hemos de consagrar para alcanzar la Justicia.

Finalmente, muy estimada comunidad de la Libre, en esta Ceremonia de inicio de cursos y de fiesta por los alumnos que han alcanzado un premio, a los pocos días de haber concluido el último año de clases en esta Escuela, ante aquella pregunta, ¿volverías a estudiar en la Libre?, les debía la tercera etapa a su contestación: sin lugar a dudas. La satisfacción de pertenecer a esta comunidad, siempre que la Libertad y la Justicia sean sus referentes, es simplemente espectacular.

Cien años más y larga vida a la Escuela Libre de Derecho.  
Muchas gracias.