

LAS GARANTÍAS PENALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1857, EN PERSPECTIVA JUISCOMPARATISTA¹

E. Raúl ZAFFARONI

1. Consideraciones previas

Es llamativa la precisión y cierta originalidad de las disposiciones que en materia de garantías penales y procesales penales contiene la Constitución de 1857 y, más aún, la impresión de que en esas disposiciones se percibe un cierto impulso a perfeccionarlas y ampliarlas.

Dicho más claramente y conforme a las reglas de la experiencia parlamentaria, donde los textos suelen ser producto de acuerdos y negociaciones, la sospecha que deja la lectura de los artículos referidos a las garantías es que en el proceso de negociación se hicieron sacrificios, que hubo una tendencia a volcar más garantías, que aparece contenida. Seguramente esos escarceos -comunes a la vida parlamentaria- tuvieron lugar en los trabajos de la comisión, por lo que no quedan constancias de ellos y, por lo general, los debates en plenario se refieren sólo a aspectos ya proyectados.

Tal vez algún indicio de ellos pueda hallarse en diarios y memorias personales, a los que por razones de distancia no tengo acceso. Por tal motivo, centro mi atención en el derecho constitucional comparado, para proceder a la valoración de esas disposiciones en el marco del constitucionalismo del siglo XIX, a efectos de verificar si mi hipótesis de mayor riqueza, precisión y parcial originalidad de ese texto se justifica o no.

Es claro que no es posible emprender esta tarea sin comenzar por ubicar a la Constitución de 1857 en el contexto local de su tiempo, o sea, sin un breve análisis

¹ Este texto es “in extenso” el que hemos expuesto abreviado como “Lectio Doctoralis” en ocasión del otorgamiento del Doctorado “honoris causa” por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, el día 27 de octubre de 2006. Dijimos en esa ocasión que nos sería materialmente imposible devolver a México todo lo que nos ha dado, tanto en lo profesional como en lo personal, deuda que se remonta a muchos años y que cobra para nosotros tal importancia que, a buen seguro, sin el apoyo de los maestros, colegas y amigos mexicanos no hubiésemos persistido en este rumbo. Entre esos amigos, sin duda, se encuentra la Profesora Dra. Emma Mendoza. Por ello, no sólo adherimos con este modesto trabajo al justo homenaje que se le ofrece por sus abundantes calidades académicas, sino también por la deuda personal de gratitud y amistad que sería imposible soslayar.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de los materiales de debate de que disponemos y de la consiguiente gestación de esas disposiciones según ellos, sin otro valor que el de una introducción, debido a las apuntadas limitaciones de fuentes de información.

2. El significado de la Constitución Federal de 1857.

La Constitución de 1857² no es ajena a la vigente, desde que el 9 de julio de 1916 Venustiano Carranza ordenó una reimpresión resumida de la insustituible obra de Francisco Zarco³, con lo cual se acredita la importancia que este texto tuvo en la preparación de la Carta de Querétaro. No sobra tampoco recordar que el art. 1º del *Programa de la Revolución Mexicana* de Emiliano Zapata proponía *restaurar el imperio de la Constitución de 1857*⁴.

Sin duda que los choques de liberales, moderados y conservadores en el seno del Congreso de 1856⁵ debe haber llamado la atención de los constituyentes de 1917, en particular sobre las posiciones de los primeros. Si bien el Congreso Constituyente tuvo en su seno una gama considerable de opiniones, hubo un predominio de los progresistas y, *aunque los puros eran una minoría, llevaron la voz cantante*⁶.

Además de que la obra de Zarco es el mejor testimonio que nos queda sobre lo sucedido en el Congreso de 1856, porque sin ella no habría historia de este Congreso⁷, no debe olvidarse que él mismo participó activamente en la elaboración del texto constitucional y fue nada menos que el autor del *Discurso Preliminar* de la Constitución Federal⁸, aprobado unánimemente y sin discusión el 5 de febrero de 1857⁹. En él se reivindica un marcado *jusnaturalismo político liberal* en el sentido de

² La edición oficial reza: *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada y jurada por el Congreso Nacional Constituyente el 5 de febrero de 1857*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, Calle de los Rebeldes núm. 2, 1857. Su texto también en: Manuel Dublan y José María Lozano, *Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Edición Oficial, México, 1877, págs. 384-399.

³ Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, *Estudio preliminar* de Antonio Martínez Báez. Índices de Manuel Calvillo, El Colegio de México, 1956, cfr. en *Estudio preliminar*, pág. XXX.

⁴ Laura Espejel, Alicia Olivera y Salvador Rueda, *Emiliano Zapata. Antología*, México, 1988.

⁵ Las críticas conservadoras continuaron incluso restablecida la República después de la intervención francesa y el Imperio (v. Jorge Adame Goddard, *La crítica a la Constitución Mexicana de 1857 hecha por los católicos conservadores durante los años de la República Restaurada*, 1867-1876, en "Revista de Investigaciones Jurídicas", Escuela Libre de Derecho, México, año 4, n° 4, 1980, págs. 353-370.

⁶ Josefina Zoraida Vázquez, *Liberales y conservadores en México: diferencias y similitudes*, en http://www.tau.ac.il/eial/VIII_1.

⁷ Cfr. Emilio Rabasa, *La evolución constitucional de México*, México, 2004, pág. 255.

⁸ Sobre ello, Rabasa, *idem*, pág. 241.

⁹ Cfr. Martínez Báez, *Estudio*, en Zarco, pág. XXI; el *Discurso* en el mismo, pág. 1290.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

que los derechos que consagra son anteriores a la ley¹⁰. En directa referencia a nuestra materia dice: *no habrá leyes retroactivas, ni monopolios, ni prisiones arbitrarias, ni jueces especiales, ni confiscación de bienes, ni penas infamantes, ni se pagará por la justicia, ni se violará la correspondencia, y en México, para su gloria ante Dios y ante el mundo, será una verdad práctica la inviolabilidad de la vida humana, luego que con el sistema penitenciario pueda alcanzarse el arrepentimiento y la rehabilitación moral del hombre que el crimen extravía*¹¹.

Es claro que la Constitución fue pensada sobre el modelo de republicano y representativos¹² y, por ende, sus autores no podían menos que mirar hacia el texto que sirvió mundialmente de base a todos los modelos republicanos del siglo XIX, o sea, a la Constitución de los Estados Unidos. Precisamente, la prensa conservadora criticaba que el Congreso hubiese iniciado las sesiones de discusión de la Constitución el 4 de julio de 1856, lo que atribuía a la admiración de los liberales por el modelo norteamericano, procurando de ese modo descalificarlos por extranjerizantes. Estos reaccionaron y Olvera no dejó de señalar que era mera coincidencia, pero a renglón seguido Ponciano Arriaga expresó que en definitiva era un feliz augurio, puesto que *la independencia de los Estados Unidos es un grandioso acontecimiento en la historia del género humano y en los fastos de la libertad, que ha influido benéficamente en la suerte del mundo*¹³.

De cualquier manera, no puede negarse la originalidad de la Constitución en múltiples aspectos y la referencia al texto norteamericano no pasa de ser la necesaria en cualquier constitución republicana del siglo XIX. Recordemos que el siglo XVIII fue el momento en que el constitucionalismo *muestra su máxima creatividad en el plano de las ideas y de las soluciones prácticas con la Revolución americana y con la francesa; después en los siglos XIX y XX tendremos solamente una imitación de los grandes modelos (inglés, francés, americano) o simples variaciones en temas que tienen ya su gramática bien consolidada*.¹⁴

Reafirma la evidencia de esta originalidad la circunstancia de que la Constitución de 1857 se inscribe en el marco de una dinámica histórica propia de México, que desde sus orígenes se había ensangrentado en una tremenda lucha política entre un centralismo conservador y un federalismo liberal, consolidándose éste apenas a

¹⁰ El mismo concepto sostendría años posteriores el constitucionalista José María del Castillo Velasco, *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1871, pág. 15.

¹¹ *Discurso*, en Zarco, pág. 1291.

¹² Así se proyectaba en el imaginario de la época (cfr. Salvador Cárdenas Gutiérrez, *La Construcción del imaginario sobre la "República Representativa" en la folletería mexicana: 1856-1861*, en <http://www.historiamexicana.colmex.mx>).

¹³ Cfr. Zarco, pág. 456, sesión del 4 de julio de 1856.

¹⁴ Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, 1998, pág. 24.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

partir de 1867¹⁵, regido por la Constitución de diez años antes. No puede pasarse por alto que todas las constituciones de México surgieron del derrocamiento de dictaduras: de la dictadura colonial nace la de 1824, de la santanista la de 1857 y de la porfirista de 1917¹⁶.

La Constitución de 1824, que aunque era federalista distaba de ser un modelo liberal¹⁷, fue reemplazada por las leyes constitucionales de 1836, que intentaba en su Segunda Ley Constitucional introducir el control de constitucionalidad mediante un organismo extrapoder o cuarto poder, que es el poder conservador, según el modelo de poder moderador de Benjamín Constant¹⁸, aunque algunos opinan que era el de Sieyes¹⁹.

En 1847, ante la urgencia que imponía la guerra civil, el Congreso Constituyente entonces reunido había decidido restablecer la Constitución de 1824 con las reformas establecidas en los treinta artículos del *Acta Constitutiva y de Reformas* del 21 de mayo de 1847, cuyo artículo 25, en verdad, introducía la más trascendente de las disposiciones: el amparo²⁰.

La Constitución de 1824, con su referencia dispersa a los derechos²¹, su remisión genérica a los derechos del hombre y su extraño cruce entre la Constitución de los Estados Unidos y la de las Cortes de Cádiz²², pasó a ser bandera de los moderados, es

¹⁵ Cfr. Oscar Cruz Barney, *Historia del Derecho en México*, México, 2004, pág. 644,

¹⁶ Cfr. Emilio Rabasa, *La evolución constitucional de México*, México, 2004, pág. 249. Del Castillo Velasco (op.cit., pág. 10) decía que *México triunfando del poder del monarca español se había hecho independiente, consumando la revolución de Ayutla se hizo libre*.

¹⁷ Puede verse la crítica que le formula por la intolerancia religiosa nuestro Juan Bautista Alberdi, aunque exagera las consecuencias de sus restricciones a la inmigración, contraponiéndola a la Constitución uruguaya de su tiempo (*Organización Política y Económica de la Confederación Argentina*, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, 1856, pág. 18).

¹⁸ Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle, nouvelle édition*, Paris, 1836; como poder *conservador* lo consagraron expresamente las constituciones imperial del Brasil (art.98) y monárquica portuguesa (art. 71), los textos en Joaquim Pires Machado Portella, *Constituição Política do Império do Brazil*, Rio de Janeiro, 1876, pág. 74.

¹⁹ Cfr. Oscar Cruz Barney, op.cit., págs. 651/659.

²⁰ Cfr. Oscar Cruz Barney, op. cit., pág. 665; sobre este texto y las ideas de Mariano Otero, Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, México, 1989, pág. 122.

²¹ Cfr. Josefina Zoraida Vázquez, op. et loc. cit. El art. 30 disponía: *La Nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano*. El art. 31 consagraba la libertad de escribir, imprimir y publicar ideas políticas, sin previa censura, siguiendo de cerca el art. 4º de la Constitución de Cádiz (*Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, edición facsimilar, Valladolid, 2001).

²² Eminentes actores de la gestación del texto de 1824, como Miguel Ramoz Arizpe y Guridi Alcocer, fueron también diputados en las Cortes de Cadiz, cfr. Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, México, 2004, pág. 20.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

decir, de los nuevos conservadores o *liberales tibios* que en buena medida respondían al presidente Ignacio Comonfort y a los que se oponía fervientemente el *padre de la Constitución*, Ponciano Arriaga²³ quien, no obstante, fue vencido por 54 votos a 51, aprobándose el proyecto de volver al texto de 1824. No obstante, el conservador Arizcorreta, que en ese momento presidía el Congreso y pretendía remitir lo resuelto a una comisión especial, a instancias de las protestas de los perdedores, lo envió a la comisión de Constitución, que estaba integrada por Arriaga, Olvera, Mata y otros liberales, donde éstos tenían mayoría y jamás produjeron despacho, con lo cual lo resuelto quedó bloqueado.

Es claro que la preferencia por la Constitución de 1824 obedecía a la cuestión religiosa, dado que esa Constitución era intolerante en materia religiosa. Arriaga encabezó la resistencia a esta regresión, que se consumaba con la participación de dos diputados que a la vez eran ministros de Comonfort y que acudieron expresamente para votarla, pronunciando un furibundo discurso en la sesión del 4 de setiembre de 1856²⁴.

El Congreso de 1856 fue resultado directo del *Plan de Ayutla* del 1º de marzo de 1854 y su reforma, diez días más tarde, por el Plan de Acapulco, elaborados a la hora de iniciar el levantamiento contra Santa Anna, quien salió de México en agosto de ese año, haciéndose cargo de la presidencia Juan Álvarez hasta diciembre de 1855, en que por razones de salud fue reemplazado por Ignacio Comonfort, quien la desempeñó al tiempo del Congreso Constituyente²⁵ y del que se ha dicho que fue *el primero en jurarla y el primero en abjurarla*.²⁶

La Constitución Federal de 1857 estuvo vigente –al menos formalmente- durante sesenta años exactos, o sea, desde el 5 de febrero de ese año hasta el 5 de febrero de 1917.

Entre sus disposiciones más notables se halla el amparo, legislado en los artículos 101 y 102²⁷ y el artículo 128, que es el producto de una larga experiencia de golpes de estado y análogo al introducido en la Constitución Nacional argentina apenas en 1994²⁸.

²³ Cfr. Emilio Rabasa, *La evolución*, cit., pág. 255.

²⁴ Zarco, pág. 819; también ver Ricardo J. Zavada, *El pensamiento político de Ponciano Arriaga*, México, 1968.

²⁵ Cfr. Oscar Cruz Barney, op. cit., pág. 669. Los planes de Ayutla y de Acapulco en Zarco, op. cit., págs. 7 y 9 respectivamente.

²⁶ Cfr. Emilio Rabasa, *La evolución*, cit., pág. 257.

²⁷ V. Emilio Rabasa, *El artículo 14 Estudio Constitucional y El juicio Constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, México, 1955, págs. 238, 351 y sgts. ; Ignacio Burgoa, op.cit., págs. 123 y sgts.

²⁸ Art. 128: *Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por un trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. Los protagonistas del debate sobre las garantías penales y procesales penales.

Las disposiciones de la Constitución que hacen directamente a las garantías penales y procesales penales son las contenidas en los artículos 13° a 24°, pudiendo agregarse el artículo 6° (artículo 13° del proyecto de la comisión).

Un análisis de la naturaleza del que emprendemos en este texto, con la perspectiva histórica de ciento cincuenta años es objetable considerando que en la práctica se ha verificado la negación de todas estas garantías, la reducción de la Constitución a un papel sin efectiva vigencia, el establecimiento de una dictadura real y una Constitución virtual, la marginación de la amplia mayoría del pueblo del ejercicio de la soberanía, etc.

Por supuesto que no desconocemos las vicisitudes históricas de México, el juicio negativo que sobre la Constitución tenía el mismo Lerdo de Tejada -que la consideraba ineficaz²⁹-, el de Justo Sierra -que pensaba que era un *bello poema*³⁰- ni tampoco la racionalización positivista *spenceriana* con que se pretendía legitimar el desconocimiento de las normas constitucionales³¹, que, por otra parte, era común a casi toda Latinoamérica con variables locales. Pero lo cierto es que la Constitución de 1857 fue el texto formalmente vigente en los tiempos de la versión mexicana de nuestras *repúblicas oligárquicas*, constituyendo el componente de *mala conciencia* de la oligarquía hegemónica.

Sabemos que quienes la violaban sostenían la imposibilidad de su vigencia en razón de una pretendida incapacidad del pueblo mexicano, o sea que procuraban justificar el desconocimiento de los derechos del pueblo imputándolo a una presunta inhabilidad de éste para ejercerlos. En las postrimerías del régimen *porfirista*, un legislador, en monografía laureada, sostenía que *por desgracia nuestros legisladores al expedir nuestras leyes fundamentales, desconocieron por completo la incapacidad del pueblo*

gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta. El artículo 36 de la Constitución Argentina, introducido en la reforma de 1994, dice en su parte pertinente: *Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. / Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. / Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. ... Pueden considerarse antecedentes de esta disposición los arts. 23 de la Constitución de Bolivia y el art. 10 de la Constitución del Perú, que provienen de textos anteriores.*

²⁹ Cfr. Emilio Rabasa, *La Constitución y la Dictadura*, México, 1999, pág. 90.

³⁰ Del mismo, *La evolución* cit., pág. 248

³¹ V. Leopoldo Zea, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1943.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*para adaptarse al régimen democrático y esto ha traído consigo el desprestigio de las leyes y los males que son su consecuencia.*³²

Sin embargo, los constituyentes de 1857, como todos los que participan de ese género de actos fundacionales –y en alguna medida conocemos de primera mano esa responsabilidad- lo hacen conforme a ciertas ideas e imaginando un futuro que en ocasiones contrasta con lo que realmente sucede, porque la dinámica del poder lo impide o distorsiona por completo.

No obstante, las ideas de las personas que sancionan las leyes fundamentales de un estado no son indiferentes ni deben subestimarse, porque dejan huellas en la historia sobre las que a veces se vuelve después de muchos años³³. En ocasiones son los que señalan los caminos correctos, que luego se pierden en descaminos de la política real con altísimos costos humanos y materiales, pero a los que siempre conviene mirar cuando llega nuevamente el momento de la razón. ¿Cómo pensaron? ¿Qué imaginaron? ¿Qué principios son los que conservan actualidad y cuáles los detalles o circunstancias meramente coyunturales? ¿Hasta qué punto no estamos diciendo lo mismo y, más aún, hasta qué punto no estamos incurriendo en los mismos errores?

La historia no es una mera colección de hechos pasados, sino sólo de los hechos pasados, de la *res gestae*, que incide en nuestra vida actual y, en este sentido, el pensamiento y la imaginación de quienes llevan a cabo los actos fundacionales cobran siempre importancia actual.

Para comprender aunque sea en parte, algo de esto, es menester tener en cuenta quiénes fueron los actores del debate sobre las garantías penales y procesales penales en el Congreso de 1856/1857. No todos los diputados lo hicieron y, por cierto, se destacan principalmente quienes eran los ideólogos de la Constitución y del Congreso. No por conocidos debemos omitir sus nombres y recordar su importancia política e ideológica, pues casi todos ellos fueron personalidades notorias de gran significación, como el propio *Francisco Zarco*, de quien es obligada la cita porque – como hemos dicho- fue quien dejó el mejor testimonio de los debates, como correspondía a su intensa labor periodística, literaria y política³⁴, en la que con posterioridad llegó a ser ministro de relaciones exteriores e interino de gobernación del presidente Benito Juárez, aunque murió a la temprana edad de cuarenta años en 1869³⁵.

³² Ricardo García Granados, *La Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma en México, Estudio histórico-sociológico*, México, 1906, pág. 132.

³³ El valor de la Constitución como mensaje lo destaca Carlos F. Guerra, *Un ensayo sobre la Constitución Mexicana de 1857*, en “Boletín”, Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Univ. de Guanajuato, n° 19, julio-setiembre de 1985.

³⁴ Sus obras completas abarcan veinte volúmenes, sobre ello Enrique Krauze, *Mexicanos eminentes*, México, 1999, pág. 33.

³⁵ Cfr. Martínez Báez, *Estudio en Zarco*, pág. XXXI.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Ponciano Arriaga (1811-1863) tenía tal prestigio que fue electo diputado al Congreso Constituyente por el Distrito y por los estados de México, Michoacán, Zacatecas, San Luis Potosí, Puebla y Jalisco³⁶. Había nacido en San Luis Potosí y fue presidente de la comisión de Constitución y también del congreso³⁷. Más arriba hemos hecho referencia a la demoledora respuesta que dio a la tentativa conservadora de imponer la Constitución de 1824, que desagradó profundamente a Comonfort. Con razón se lo considera como el principal ideólogo de la Constitución.

Isidoro Olvera (1815-1859), electo diputado por el Distrito y por los estados de México y Jalisco, natural de México, médico a los diez y seis años, fue otro de los liberales del Congreso, precursor del agrarismo, desterrado en dos ocasiones por liberal, presentó un proyecto para acabar con el latifundio. Fue el primer presidente de la comisión de Constitución del congreso de 1856.

José María Mata (1819-1895) fue electo diputado por México y Veracruz. Oriundo de Xalapa, se graduó de médico³⁸, actuó como médico militar habiendo sido ascendido a general durante la intervención francesa, luego fue embajador de Benito Juárez en los Estados Unidos y su Secretario de Hacienda y de Relaciones Exteriores, desempeñó misiones en Europa y volvió a ser embajador en los Estados Unidos en 1870.

Ignacio Luis Vallarta (1830-1893) fue electo diputado por Jalisco, su estado natal. Era a la sazón muy joven, habiéndose destacado únicamente por una monografía sobre la pena de muerte y por desempeñarse como secretario del gobernador. Con posterioridad al Congreso tuvo gran actuación política y fue gobernador de su estado, pasó luego a México como secretario de gobernación, de relaciones exteriores y presidente de la Corte Suprema, donde emitió varios votos interpretando la Constitución que lo hicieron famoso, retirándose en 1882³⁹.

Ignacio Ramírez (1818-1879) fue otra de las personalidades importantes de la época que participaron en el Congreso y en el debate. Nacido en San Miguel Allende, Gto., fue abogado, periodista. Se hizo famoso con el pseudónimo de *El Nigromante*. Fue ministro de justicia de Juárez, desterrado durante el imperio, al regresar fue ministro de la Suprema Corte. Hombre de letras, fue miembro de la Academia de Letrán⁴⁰.

³⁶ Cuando un diputado era electo por varios estados debía elegir uno de ellos y en las restantes vacantes entraban los suplentes (cfr. Emilio Rabasa, *Historia*, cit., pág. 69).

³⁷ Electo por 76 votos sobre 79 (cfr. Emilio Rabasa, *Historia*, cit., pág. 79).

³⁸ Sobre los médicos que participaron en el Congreso, Alfredo De Micheli-Serra, *Médicos y cirujanos en el Congreso Constituyente (1856-1857) y en la Guerra de Reforma (1858-1860)*, en "Gac. Méd.Méx.", enero/febrero 2001, vol. 137, n° 1.

³⁹ V. sus *Cuestiones constitucionales*, México, 1894-1895.

⁴⁰ V. sus *Obras*, México, 1889; en el mismo año, Ignacio M. Altamirano, *Biografía de Ignacio Ramírez*, México, 1889.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Guillermo Prieto (1818-1897), electo diputado por los estados de México, Puebla y Jalisco, fue un eximio periodista liberal, además de poeta y dramaturgo famoso en los últimos años del siglo, usaba el pseudónimo *Fidel*. Fue senador y ministro de hacienda⁴¹.

Hubo otras personalidades de menor significación en los debates, como *Mariano Arizcorreta* (1801-1858), diputado conservador por México, que luego fue gobernador del estado. *Simon Garza y Melo* (1828-1875), diputado por Coahuila, fue abogado y gobernador interino de Nuevo León en 1866. *Francisco de P. Cendejas*, diputado por el Distrito y los estados de Michoacán y Guerrero también intervino en el debate, al igual que el diputado por Oaxaca *José Antonio Gamboa* y el diputado conservador por Tehuantepec, *Joaquín García Granados*.

Con intervenciones especialmente antiliberales y hasta marcadamente retrógradas - aunque reiteradas hasta la actualidad por todos los autoritarismos- participaron los diputados por Jalisco *Espiridión Moreno* y por Puebla *Joaquín Ruiz*, que luego fue procurador general de la Nación en 1867 y en 1877 y magistrado supernumerario de la Corte Suprema⁴², como también Marcelino Castañeda (1806-1877), diputado por Durango, abogado que fue gobernador de su estado, que había sido ministro de justicia y una de las más connotadas figuras del partido conservador⁴³.

No tuvo intervención en los debates *José María Lafragua*, quien al tiempo del Congreso se desempeñaba como ministro de gobernación del presidente Comonfort, pese a que luego integró la comisión presidida por Martínez de Castro, que junto con Manuel Zamacona⁴⁴ y Eulalio María Ortega⁴⁵ redactaron el código penal. Lafragua (1813-1875), que era natural de Puebla, fue también ministro de Benito Juárez y de Lerdo de Tejada y embajador en España. Además de su intervención en el código penal, fue prácticamente el autor del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, destacándose también como literato e historiador.

⁴¹ V. Malcolm MacLean, *Vida y obras de Guillermo Prieto*, México, 1960.

⁴² V. sobre esto y otros datos citados en el texto, Emilio O. Rabasa, *La evolución*, cit.; del mismo, *Historia*, cit.; *Diccionario Porrúa de Historia, Biografía y Geografía de México*, México, 6ª edición, 1995; Aurelio Zúñiga Nájera, *La Constitución Mexicana de 1857*, Toluca, 1957; Miguel de la Madrid Hurtado, *El pensamiento económico en la Constitución de 1857*, México, 1986; Mauricio Oropeza y Segura, *Reflexiones en torno a la historia del Derecho Constitucional Mexicano*, en "Revista de Investigaciones Jurídicas", Escuela Libre de Derecho, año 4, nº 4, 1980, págs. 213-230; Rodolfo Lara Ponte, *Los Derechos Humanos en la Constitución Mexicana de 1857*, en "*Jus fugit*", *Revista Interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, Universidad de Zaragoza, 1994.1995, vol. 3-4, pág. 141 y sgts.

⁴³ Cfr. *Diccionario cit.*, I, 647.

⁴⁴ Manuel María de Zamacona y Murphy (1826-1904), natural de Puebla, fue embajador, Secretario de Relaciones Exteriores en 1861, periodista, opositor a Juárez, aunque éste luego lo nombró embajador en los Estados Unidos y ministro de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁵ Fue uno de los abogados defensores de Maximiliano en el proceso en que se lo condenó a muerte.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El propio *Antonio Martínez de Castro* fue diputado al Congreso de 1856/1857 por Sonora, su estado natal, pero curiosamente no tuvo intervención alguna en los debates de los artículos que nos interesan y, pese a que luego fue Ministro de Justicia e Instrucción Pública de Benito Juárez, no se lo suele mencionar entre los diputados destacados en el Congreso⁴⁶. En verdad, el código penal de 1871 no parece estar muy en consonancia con los principios que la Constitución de 1857 establecía en los artículos que nos ocupan, tanto por su extraña clasificación de los bienes jurídicos de la parte especial -dado que es el único código penal conocido que la encabeza con los delitos contra la propiedad⁴⁷- y por conservar la pena de muerte⁴⁸ como por la conciencia clasista que puso de manifiesto Martínez de Castro al rechazar la propuesta de Lafragua, cuando éste propuso como atenuante *pertenecer el delincuente a la clase más desvalida de la sociedad*⁴⁹. Sin duda, Lafragua se adelantaba a la línea que inaugurarían en Europa las famosas sentencias del presidente Magnaud⁵⁰, en tanto que Martínez de Castro lo hacía respecto de las torpezas de Garofalo.

5. El debate en el Congreso Constituyente.

El Proyecto de la Comisión de Constitución fue presentado al Congreso en la sesión del 16 de junio de 1856, en la que Ponciano Arriaga dio lectura al dictamen⁵¹. Respecto de los artículos sobre garantías penales y procesales hubo discusiones sobre

⁴⁶ Cfr. Daniel Cosío Villegas, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, México, 1980, pág. 77.

⁴⁷ Sobre el código penal de 1871, llamado código *Martínez de Castro* o *código Juárez*, puede verse: Celestino Porte Petit, *Evolución legislativa penal en México*, México, 1965; José María Lozano, *Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1874; Oscar Cruz Barney, op. cit., pág. 722; E. Raúl Zaffaroni, *La ideología de la legislación penal mexicana*, en “Revista Mexicana de Justicia”, n° 85, abril-junio de 1985, págs. 45 y sgts. (53).

⁴⁸ Martínez de Castro argumentaba, a trece años de la vigencia de la Constitución, que era necesario mantener la pena de muerte por no existir un verdadero sistema penitenciario (Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes Penales Mexicanas*, México, 1979, I, pág. 344; en igual sentido, José María Lozano, op. cit., pág. 439). No tardaría en conocerse la traducción local de la obra de Mittermaier, *La pena de muerte considerada según las investigaciones de la ciencia, los progresos de la legislación y los resultados de la experiencia*, Traducida al español por Manuel Rivera y Río, México, 1873.

⁴⁹ Al respecto expresó, en los términos elitistas del más puro positivismo spenceriano del que rápidamente se harían cargo los intelectuales porfiristas : *Si se admitiera esa circunstancia como atenuante, habría que aplicarla en todos los casos, porque casi todos los delitos se cometen por la clase a que se refiere la fracción propuesta. El remedio de los delitos no es sólo disminuir las penas, sino multiplicar los medios de instruir al pueblo, principalmente en lo moral* (INACIPE, *Leyes Penales Mexicanas*, cit., I, pág. 289).

⁵⁰ *Les jugements du Président Magnaud réunis et commentés par Henry Leyret*, París, 1904; Henry Leyret, *Les nouveaux jugements du Président Magnaud*, París, 1903. Las sentencias de Magnaud se nutren de conceptos originales de Jean Paul Marat: *Plan de legislación criminal*, Estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 2000; sobre Marat, Olivier Coquard, *Marat, o amigo do povo*, Sao Paulo, 1996. Ignoramos si Lafragua conocía el *Plan* de Marat o si su propuesta respondía a pura inspiración liberal.

⁵¹ Cfr. Zarco, págs. 306-329; el texto del proyecto, idem, págs. 329-324.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

temas menores, pero las más notorias fueron respecto: (a) del juicio por jurados; (b) de la prohibición de leyes retroactivas; (c) de la prohibición de los grillos, cadenas o grilletes; (d) del principio acusatorio y (e) de la pena de muerte.

(a) El art. 24º cláusula 4ª del proyecto de la comisión de Constitución decía: *que se le juzgue breve y públicamente por un jurado imparcial compuesto de vecinos honrados del estado y distrito donde el crimen ha sido cometido. Este distrito deberá estar previamente determinado por la ley.*

Ponciano Arriaga hizo una extensa defensa del jurado, como institución esencialmente democrática⁵². Isidoro Olvera había leído en la misma sesión en que se presentó el proyecto de la comisión un voto particular en el cual disenta, entre otras cosas, con el juicio por jurados⁵³, lo que anunciaba el extenso debate que habría de producirse en el Congreso⁵⁴. Cuando se discutió en particular el art. 20 de la Constitución (que era el 24 del proyecto de la comisión), el diputado Langlois fue quien asumió la defensa del jurado en un extenso discurso⁵⁵, en tanto que Vallarta se manifiesta en contra con otro discurso de análoga extensión⁵⁶. José María Mata defendió al jurado y terminó rechazando los argumentos de la falta de cultura en el pueblo, afirmando que cuando nació en Inglaterra, éste era un país semibárbaro⁵⁷. Intervinieron varios diputados más a favor (Ampudia, García Granados, Gamboa) y en contra (Arizcorreta, Garza Melo) y, finalmente, el jurado fue rechazado por el estrecho margen de 42 votos a 40⁵⁸.

(b) En realidad puede decirse que la discusión referida a la prohibición de retroactividad de las leyes tiene valor histórico por un equívoco. Cuando se discutió el artículo 14 de la Constitución (que corresponde al 26 del proyecto de la comisión y que fue reformulado en el curso del debate), dada la redacción de la comisión, que entre otras cosas establecía que nadie puede ser privado de la vida, Gamboa entendió que se refería a la pena de muerte y se expresó en contra de ésta, proponiendo que el artículo disponga que a partir de 1860 quede derogada⁵⁹. El tema quedó en suspenso hasta discutirse el art. 33 del proyecto, referido expresamente a esa pena. El artículo

⁵² V. Zarco, pág. 316

⁵³ Idem, págs. 351-3

⁵⁴ Sobre los antecedentes del jurado previos al congreso de 1856, Emilio O. Rabasa, *El jurado popular en las Constituciones de 1857 y 1917. Antecedentes, secuencia y consecuencias*, en “*Liber ad honorem Sergio García Ramírez*”, UNAM, México, 1998, T. I., págs. 555 y sgts. (pág. 560).

⁵⁵ Idem, págs. 736-741.

⁵⁶ Idem, págs. 741-750.

⁵⁷ Idem, pág. 751

⁵⁸ Idem, pág. 753; cabe advertir que en ese tiempo era defendido ardientemente por Lieber y Mittemaier, aunque no parece que la obra del último haya llegado a conocimiento de los constituyentes de 1857, dada su aparición contemporánea con el Congreso. V. Francisco Lieber, *La libertad civil y el gobierno propio, traducido del inglés al español por Florentino González*, París-México, 1889, T. II, pág. 165 y sgts.

⁵⁹ Idem, págs. 754-757.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

reformulado, esto es, el 14 sancionado, se refiere a ley retroactiva, sin especificar si son sólo las de naturaleza penal, aunque así pareciera, dado que a continuación establece los principios de legalidad, irretroactividad y juez natural. No obstante, cabe observar que el art. 4º del proyecto de la comisión no se limitaba a las leyes penales, pues rezaba: *No de podrá expedir ninguna ley retroactiva, ex post facto, o que altere la naturaleza de los contratos.*

(c) El art. 27 del proyecto de la comisión establecía expresamente el principio acusatorio en toda su extensión: *A todo procedimiento del orden criminal debe proceder (sic.) querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del ministerio público que sostenga los derechos de la sociedad.* Marcelino Castañeda objetó que con ello se complicaba el proceso, pues se reducía al juez a la impotencia y se favorecía la impunidad de los delincuentes⁶⁰. Seguidamente, Ruíz calificó al artículo de pernicioso, porque con tal de conceder garantías al criminal postergaba los intereses de la sociedad. *Abolir el juicio de oficio por denuncia o delación –dijo– es favorecer la impunidad de los delitos y olvidarse de que los derechos del hombre deben estar sometidos a los intereses de la sociedad*⁶¹. De inmediato Mata le respondió afirmando que *para la escuela democrática la sociedad es para el hombre y no el hombre para la sociedad*⁶².

No obstante, en la votación el artículo fue rechazado y, por ende, quedó vigente la posibilidad de proceder penalmente de oficio.

Un escarceo tuvo lugar cuando se discutió la fracción I del art. 20, que en el proyecto de la comisión decía: *Que se le haga conocer la naturaleza del delito, la causa de la acusación y el nombre del acusador* (art. 24, inc. 2º del proyecto), lo que se reformó hasta aprobarse con la fórmula sancionada⁶³.

(d) Al discutirse el art. 29 del proyecto de la comisión (sancionado como art. 22 de la Constitución) se suprimieron las palabras los grillos, cadena o grillete. Esto fue resultado de un debate que ocupó casi toda la sesión del 22 de agosto de 1856⁶⁴. Ruíz, manifestando que *creía que la comisión no ha de querer sacrificar los intereses de la sociedad a la protección de los reos*, se declaró en contra de la abolición de los grillos por considerarlos necesarios para evitar fugas. Ignacio Ramírez defendió la prohibición propuesta, sosteniendo que no eran medios de aseguramiento sino de tormento y que él mismo los había sufrido como preso político. Cendejas defendió la misma posición y en respuesta a los argumentos sobre la criminalidad peligrosa, afirmó: *Ya que no se habla entre chinos, todo mexicano puede decir que, si se examina imparcialmente nuestra estadística criminal y se atiende a la falta de toda policía preventiva, se conoce que es falso que el pueblo de México tenga horribles instintos que lo inclinen al robo y al asesinato. Si otros países, como Francia o Inglaterra, suprimieran su excelente policía y quedaran en ese*

⁶⁰ Idem, pág. 758.

⁶¹ Idem, pág. 759.

⁶² Ibidem.

⁶³ Idem, págs. 733-736.

⁶⁴ Idem, págs. 760-764.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*punto como México se encuentra, vería aumentar de una manera espantosa el número de crímenes*⁶⁵. El inefable Ruiz replicó que la comisión cuida más del hombre que de la sociedad, y esto es lo que le alarma, no viendo el modo de atender a la seguridad de las prisiones⁶⁶. Ramírez pareció perder la paciencia ante la insólita intervención de Ruiz y formuló la crítica más fuerte y política a las posiciones reaccionarias: *Con sentimiento nota que una parte de la asamblea, tratándose del pueblo y de los pobres, se olvida de todo sentimiento de humanidad y de justicia, les niega todo derecho, los insulta pintándolos incapaces de toda libertad y sólo les concede castigos y tormentos y se deja llevar de un repugnante espíritu draconiano. ¿Hay penas crueles y bárbaras? ¡Qué importa! Recaen sólo sobre el pueblo, sobre los pobres, y nosotros estamos seguros. Creer que todo prófugo de la cárcel ha de ir a cometer crímenes es lo mismo que pretender que el que una vez ha sido aprehendido jamás debe salir de la prisión*⁶⁷. Moreno, quien ya había propuesto dejar los grillos sólo para los delincuentes graves, acompañando a Ruiz en su tesis, retomó la palabra para decir que *alaba el celo que se manifiesta a favor de la humanidad, pero cree que parte de la humanidad son las víctimas de los malhechores, más dignas en verdad de la consideración de los legisladores. Agregó que en las cárceles no hay inocentes y que sólo en materia política hay persecuciones injustas. Se quieren conceder garantías al criminal y se olvida que los ladrones atan al pasajero, le quitan su cobija y lo maltratan. Extraña el modo de argüir del señor Ramírez, que, como juez, debe haber aprendido al menos la práctica y conocer la verdad de los hechos*. Afirmó que mientras no mejore la educación y no haya penitenciarías no queda otra solución y remató irónicamente afirmando que *cuando haya penitenciarías, mucho se complacerá en que, afianzada la seguridad de los reos, se les dé chocolate y se les trate del mejor modo posible*⁶⁸. Zarco se encargó de responderle, en una de sus mejores intervenciones, resaltando la frecuencia de las prisiones arbitrarias, entre otras cosas. No obstante, la prohibición fue rechazada por 46 votos contra 33.

(e) En el debate sobre la pena de muerte, sostenido el 26 de agosto de 1856⁶⁹, es curioso y a la vez un tanto hipócrita que nadie se haya manifestado abiertamente a favor de esta pena. Las objeciones que se formularon al proyecto de la comisión se refirieron a su falta de coherencia, pues las excepciones casi anulaban la prohibición. Isidoro Olvera volvió a atacar la pena de muerte con argumentos frenológicos, citando párrafos textuales de Gall. Los restantes diputados formularon diversas consideraciones, como la crítica de Prieto a su permanencia en lo militar, dado que se recluta por leva⁷⁰. Ignacio Ramírez sostuvo que era necesario el emplazamiento a los poderes constituidos, porque en cuanto se las suprima se improvisarían las

⁶⁵ Idem, pág. 761.

⁶⁶ Idem, pág. 762.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Idem, pág. 763.

⁶⁹ Idem, págs. 786-789.

⁷⁰ Idem, pág. 788.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

penitenciarias. En síntesis, los verdaderos partidarios de la abolición querían que se fijara un plazo para ésta, pues de lo contrario no se establecería nunca el sistema penitenciario, lo que en la práctica ocurrió. El artículo fue aprobado por amplia mayoría (69 votos a favor y 10 en contra) con la redacción proyectada por la comisión.

Como conclusión, de la lectura de este debate, puede observarse que se discutieron cuestiones ideológicas más que de detalle. La posición conservadora (Ruiz, Castañeda y Moreno) no hizo otra cosa que postular los principios antiliberales o autoritarios de siempre, sostenidos hasta el presente por los partidarios de un derecho penal transpersonalista, lo que expresan con gran sinceridad, en especial cuando pretenden que el ser humano sea sacrificado ante el ídolo abstracto de *la sociedad*. En segundo término se ve muy claramente la posición antiliberal cuando se afirma que en la cárcel no hay inocentes, sino que todo preso es culpable por el mero hecho de estar preso, con lo que se adelanta la posición garofaliana de que la prisión preventiva debe ser una pena.

Algunas expresiones del debate –como la intervención de Ignacio Ramírez en la discusión sobre la cuestión de los grillos– apuntan en forma directa a cuestiones de clase y a la selectividad del poder punitivo de su tiempo, a la arbitrariedad policial y a la indefensión de las clases más pobres de la población, que eran en ese momento la inmensa mayoría. Es muy claro que las respuestas conservadoras identificaban con *la sociedad* sólo a su clase.

6. Textos constitucionales del siglo XIX.

Para valorar comparativamente las garantías contenidas en la Constitución de 1857 tomamos algunos de los textos constitucionales vigentes hasta fines del siglo XIX, anteriores y posteriores a 1857, de modo que nos posibilite ubicar en el constitucionalismo de ese siglo el grado de desarrollo en el pensamiento de los constituyentes que esas garantías ponían de manifiesto. Por consiguiente, a continuación *no hacemos un verdadero estudio comparativo exhaustivo, sino un análisis sobre la base de algunos textos que pueden considerarse representativos del estado del derecho constitucional comparado de la época en Europa y en América*, pues el objeto que perseguimos es sólo valorar las garantías de la Constitución de 1857 en ese contexto y destacar sus originalidades.

Para ello comenzamos, como es natural, por la Declaración de Virginia (1776)⁷¹, las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos (1791) y la Declaración Francesa (1789), para seguir con las constituciones Española de 1812, de los Países Bajos de 1815, de Baviera de 1818, del Imperio del Brasil de 1824, del Portugal de 1826, de la República Oriental del Uruguay de 1829, de Bélgica de 1831, del Cantón de Ginebra

⁷¹ No tomamos en consideración los textos del origen del constitucionalismo en Gran Bretaña (pueden verse en Joaquín Varela Suanzes, cit. infra, *Petition of Rights*, 1628, pág. 7; *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, pág. 11; *Bill of Rights*, de 1689, pág. 18; *Act of Settlement*, de 1701, pág. 26).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de 1847, el Estatuto Constitucional de Italia de 1848, la Constitución de Prusia de 1850 y de la República Argentina de 1853. Los textos del siglo XIX posteriores a 1857 que tomamos en cuenta son: la Constitución del Perú (1860), de Grecia (1864), del Paraguay (1870), de Bolivia (1880), de Colombia (1886), de Costa Rica (1888), de Chile (1888), de Haití (1889) y de Honduras (1894).

Las fuentes documentales de los mencionados textos son:

M.E. Laferrière / M. A. Batbie, *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, París, 1869: Bélgica, pag. 66; Ginebra, pag. 102; Prusia, pag. 138; Baviera, pag. 219; Países Bajos, pag. 295; Portugal, pag. 488; Italia, pag. 511; Grecia, pag. 522; Brasil, pag. 589.

Nathaniel C. Towle, *A History and Analysis of the Constitution of the United States*, Boston, 1861: Articles in addition to, and amendment of, The Constitution of the United States of America, pag. 27.

V. Marcaggi, *Les origines de la Déclaration des Droits de l'homme de 1789*, París, 1912: Apéndice, *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen, adoptée par l'Assemblée Constituante du 20 au 26 août 1789*, pag. 227.

Joaquín Varela Suanzes, *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Madrid, 1998: Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, pag. 33; Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787, y sus diez primeras enmiendas aprobadas el 15 de diciembre de 1791, pag. 52; Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, pag. 97; Constitución Política de la Monarquía Española, de 19 de marzo de 1812, pag. 197; Constitución Belga, de 7 de febrero de 1831, pag. 269.

Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cadiz a 19 de Marzo de 1812, edición facsimilar, Valladolid, 2001.

Joaquim Pires Machado Portella, *Constituição Política do Império do Brazil confrontada com outras Constituições e anotada*, Rio de Janeiro, 1876.

Constitución de la Nación Argentina, Publicación Oficial, Imprenta del Congreso Nacional, Buenos Aires, 1936.

F. R. Dareste y P. Dareste, *Les Constitutions modernes. Recueil des Constitutions en vigueur dans les divers États d'Europe, d'Amérique et du monde civilisé*, París, 1891, tomo I: Bélgica, pag. 68; Países Bajos, pag. 89; Prusia, pag. 181; Baviera, pag. 202; Italia, pag. 597; Portugal, pag. 637.

Arturo B. Carranza, *Digesto Constitucional Americano*, Buenos Aires, 1910, Tomo I: Colombia, pag. 223; Perú, pag. 293; Chile, pag. 319; Bolivia, pag. 361. Tomo II: República Oriental del Uruguay, pag. 1; Haití, pag. 121; Paraguay, pag. 227; Honduras, pag. 285; Costa Rica, pag. 399.

Constituciones más antiguas en: P. A. Dufau, J.B. Duvergier, J. Guadet, *Collections des Constitutions et lois fondament. Des peuples de l'Europe et des deux Ameriques*, París, 1823.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Alberto Aquarone, Mario D'Addio, Guglielmo Negri, *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958: Statuto del Regno di Sardegna, 1848, pág. 662.

7. Análisis comparativo.

Con la brevedad del caso, pasamos a la valoración comparada las principales disposiciones de la Constitución de 1857 referidas a las garantías penales y procesales penales.

(a) Art. 13: *En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción.*

Esta disposición es resultado del principio de igualdad y complementa el art. 2. Entre los textos vigentes al tiempo del Congreso de 1856, los tribunales especiales o extraordinarios estaban prohibidos en el párrafo 16 del art. 145 de Portugal, en el art. 71 de Italia, en el art. 7 de Prusia y en el art. 18 de Argentina. Entre los textos posteriores del mismo siglo, la prohibición expresa aparece en el art. 91 de la Constitución de Grecia, en el art. 20 de Paraguay, en el art. 9 de Bolivia, art. 38 de Costa Rica, art. 125 de Chile, art. 38 de Honduras, muchos de ellos precedidos por disposiciones análogas anteriores. Si bien se observa que la prohibición de jueces o comisiones especiales estaba bastante generalizada, resulta original el cuidado que el texto pone en la excepción referida a la justicia militar: la circunstancia de estar vinculado a la disciplina militar excluye todo sometimiento de civiles a estos tribunales, al tiempo que prescribe la fijación legal clara de los casos de esta competencia. No hay texto que se exprese en estos términos al respecto, de modo que opinamos que se lo introduce como consecuencia de la experiencia nacional.

(b) Art. 14: *No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley.*

La prohibición de retroactividad de la ley penal y el principio de legalidad se hallan en todos los textos constitucionales, con mayor o menor claridad, tanto anteriores como posteriores a la Constitución de 1857, derivados de la prohibición de leyes *ex post facto* de la Constitución de los Estados Unidos y del art. 8 de la Declaración Francesa.

No obstante, la legalidad e irretroactividad de la ley penal tiene una característica propia en este artículo, que consiste en que no se limita a consagrar el puro principio de legalidad, sino lo que modernamente se llama la *legalidad estricta*. El adverbio *exactamente* llama la atención a este respecto y representa una originalidad que adelanta lo que muy posteriormente será bautizado como *legalidad estricta* por la doctrina jurídico penal.

La prohibición de retroactividad parece estar reducida a la ley penal en razón del contexto en que se la dispone, pero lo cierto es que la letra de la ley no la reduce a ese

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

caso. Se trata de un dispositivo poco usual en este aspecto, similar al art. 32 de la Constitución del Paraguay de 1870.

(c) Art. 15: Nunca se celebrarán tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos; ni convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos que esta Constitución otorga al hombre y al ciudadano.

Si bien el art. 2 de la Constitución de 1857 tiene nutridos antecedentes en todas las constituciones de su tiempo y posteriores que sancionan la abolición de la esclavitud (art. 15 de la Argentina, art. 17 del Perú, art. 25 del Paraguay, art. 3 de Bolivia, art. 22 de Colombia, art. 123 de Chile, etc.), la prohibición expresa de celebrar tratados internacionales que alteren de alguna manera el principio abolicionista respecto de extranjeros que pisen territorio mexicano y, más aún, que puedan lesionar alguna de las garantías constitucionales respecto de esas personas, es una incorporación original.

(d) Art. 16: Nadie puede ser molestado en su persona, domicilio papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

En general, puede considerarse este artículo una síntesis de disposiciones más numerosas o amplias contenidas en textos del tiempo y posteriores, que no introduce novedades de valor en el constitucionalismo comparado (art. X de la Declaración de Virginia, art. 4 de la Constitución de 1791, art. 7 de la Declaración Francesa, arts. 187 y 306 de España, arts. 157, 158 y 159 de los Países Bajos, arts. 3 y 4 de Ginebra, art. 8 de Baviera, párrafos 6 y 7 del art. 145 de Portugal, art. 113 del Uruguay, art. 7 de Bélgica, arts. 26 y 27 de Italia, arts. 5 y 6 de Prusia,

Art. 18 de Argentina, art. 18 de Perú, arts. 4, 5 y 6 de Grecia, art. 20 de Paraguay, art. 5 de Bolivia, arts. 23 y 24 de Colombia, art. 40 de Costa Rica, arts. 126 y 127 de Chile, art. 14 de Haití, art. 30 de Honduras).

(e) Art. 17: Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Ésta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.

La prohibición expresa de la prisión por deudas no era tan corriente en los textos de la época. La proscripción de la fuerza o uso arbitrario de las propias razones tampoco aparece consagrado en estos textos. La disposición de los tribunales para administrar justicia tiene el antecedente del juicio rápido del art. 6 de la Constitución de 1791 y del art. 286 de la Constitución Española de 1812. La gratuidad de la justicia y la abolición de las costas, tampoco se registra en los textos comparados. En síntesis: sin perjuicio de reconocer en la lectura de otros textos algunas reglas de las que pueden derivarse las establecidas en este artículo, lo cierto

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

es que su factura parece de preferencia originaria de la Constitución de 1857, lo que es un claro mérito de los constituyentes, abarcando, un solo numeral cuatro principios: 1) prohibición de la prisión por deudas; 2) prohibición del ejercicio arbitrario de las propias razones; 3) prontitud y publicidad de la justicia y 4) gratuidad de la justicia.

(f) Art. 18: *Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero.*

Siendo la prisión preventiva el gran problema de la justicia latinoamericana desde sus orígenes hasta la actualidad, son raras las disposiciones que en el mundo precisan condiciones y limitaciones. Si bien este artículo reconoce como antecedente el art. 9 de la Declaración Francesa y, sin duda, los arts. 293, 295 y 296 de la Constitución Española de 1812, que a su vez inspiraron lo dispuesto en el párrafo 8 del art. 145 de Portugal, con posterioridad pareciera que el derecho constitucional se olvida del problema, que reaparece en cuanto a la fianza en el art. 133 de Chile. Los dos primeros períodos del texto constitucional reconocen esos antecedentes, pero el último, o sea, la prohibición de la prisión por falta de algún pago, es original de los constituyentes de 1857 y, sin duda, responde a una experiencia nacional.

(g) Art. 19: *Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique por un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de ese término constituye responsable a la autoridad que la ordena o consiente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes, y castigar severamente las autoridades.*

En este dispositivo insiste el constituyente sobre las cuestiones de la detención y la prisión preventiva. Las precisiones detallistas también tienen su origen en la Constitución Española de 1812 (arts. 293, 296, 297, 298 y 299). Las restantes constituciones de su tiempo no contienen dispositivos análogos al del texto liberal español. El art. 297 español, que dispone que las cárceles son para asegurar y no para molestar o castigar, claramente expresado también en el párrafo 20 del art. 145 de Portugal, proviene de Manuel de Lardizabal y está sintetizado en este dispositivo, teniendo una prescripción similar el art. 114 del Uruguay y el art. 18 *in fine* de Argentina. Con posterioridad al texto mexicano aparecen textos análogos en el art. 19 del Perú y en el art. 21 *in fine* de Paraguay. De cualquier manera, la referencia a *toda gabela o contribución* parece ser original de la Constitución.

No deja de ser curioso que el principal problema de constitucionalidad que plantea el sistema penal, que es la prisión preventiva, que abarca siempre a la mayoría de los presos y que hace que en la realidad la pena se cumpla antes de la condena judicial, invirtiendo el principio o presunción de inocencia, ocupe tan poco lugar en las leyes constitucionales. Quizá esto se deba a que los constituyentes siempre argumentan

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

por lo bajo razones de necesidad o emergencia. Lo cierto es que los constituyentes de 1857 siguieron el camino correcto.

(h) Art, 20: *En todo juicio criminal el acusado tendrá las siguientes garantías.*

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan.

Son diversos los textos que establecen garantías procesales en diferente medida (art. 8 de la Declaración de Virginia, art. 6 de la Constitución de 1791, arts. 300, 301 y 302 de la Constitución española de 1812, art. 161 de los Países Bajos, art. 3 de Ginebra, art. 126 de Portugal, arts. 112 y 115 del Uruguay, art. 72 de Italia, art. 18 y disposiciones estableciendo el jurado de Argentina, art. 92 de Grecia, arts. 20 y 21 del Paraguay, art. 10 de Bolivia). De toda forma se observa que las precisiones que formula este artículo provienen de la Constitución Española de 1812, pero los constituyentes les introdujeron expresiones que la perfeccionan y que son poco comunes en los textos constitucionales. Es dable afirmar que, en síntesis, completan, mejoran y superan a su modelo. La facilitación de los datos y el defensor de oficio – por lo menos- son dos innovaciones que es menester subrayar.

La previsión respecto del defensor de oficio, como la preocupación puesta de manifiesto en artículos anteriores acerca de que ninguna deuda impida la excarcelación de la persona, de que la fianza no sea desproporcionada y de que no puedan exigírsele pagos en la cárcel, muestran una preocupación seria por los pobres o sea, por los más vulnerables al sistema penal.

(i) Art. 21: *La aplicación de las penas propiamente tales es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podrá imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley.*

El principio de judicialidad de las penas proviene del art. 5 de la Constitución de los Estados Unidos de 1791 y se halla implícito en casi todos los textos del siglo XIX, pero no siempre se lo formula en forma explícita (art. 155 de los Países Bajos, art. 95 de la Argentina). La omisión de su formulación expresa deja abierta la puerta para una jurisdicción penal administrativa, que ha dado lugar a grandes dificultades interpretativas y a sostener la existencia de un derecho administrativo penal. La fórmula mexicana no es todo lo terminante que correspondería según los principios

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

liberales, porque deja una jurisdicción contravencional en manos de autoridades no judiciales, con el consiguiente riesgo. Es sabido que el control social punitivo se ejerce de modo principal mediante esta legislación de menor cuantía, que es la que se aplica a los *molestos* y a los disidentes y mediante la cual se controla policialmente a las clases subalternas.

(j) Art. 22: *Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales.*

Este artículo consagra en todas las constituciones un principio fundamental del derecho penal moderno, que es la eliminación de las penas crueles (art. 8 de la Constitución de los Estados Unidos de 1791, arts. 303, 304 y 305 de España, párrafos 17 y 18 de Portugal, art. 160 de los Países Bajos, arts. 12 y 13 de Bélgica, art. 10 de Prusia, art. 18 de la Argentina, art. 21 del Paraguay, art. 22 de Bolivia, art. 34 de Colombia, art. 136 de Chile, etc.).

Se trata de una aspiración de todo legislador liberal, lamentablemente nunca del todo concretada. Aunque hoy parece una obviedad, no lo es tanto, porque pese a la prohibición mundial, existe una marcada tendencia a la relegitimación de la tortura y, además, en la época y en tiempos incluso muy posteriores, vimos que se defendió el uso de grillos e hierros, lográndose que no se sancione su prohibición expresa en la Constitución y, además, muchos siguieron defendiendo penas corporales, en especial los azotes⁷². Si bien este artículo no es ninguna innovación y además no menciona la muerte civil ni establece el principio de intrascendencia de la pena (ambos consagrados en textos anteriores como los de España y Portugal), el debate demuestra –como hemos visto– la importancia que los liberales de 1857 asignaron al tema.

(k) Art. 23: *Para la abolición de la pena de muerte queda a cargo del poder administrativo el establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley.*

El art. 16 de la Constitución del Perú de 1860 limitaba la pena de muerte al homicidio calificado; el art. 18 de la Argentina, el art. 20 de Haití –al igual que otros– la prohíben expresamente sólo para causas políticas. Con posterioridad a la sanción de la Constitución de 1857, hubo por lo menos dos constituciones latinoamericanas que claramente repitieron con ligeras variantes su fórmula (art. 21 de Bolivia y arts. 29 y 30 de Colombia). El legislador constitucional de 1857 no logró abolir la pena de muerte en la Constitución y ni siquiera planteó el problema en esos términos en el

⁷² Ver Hippolyte Laurent, *Le fouet contre le crime, Etude d'histoire, de droit pénal et de pédagogie*, Lyon-París, 1913.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

proyecto de la comisión, sea porque no estaba convencido de la bondad de la abolición o, lo que es más probable, porque sabía que era una verdadera quijotada intentarlo en esa ocasión. De cualquier manera, como vimos, no faltaron voces en este sentido en el seno del Congreso.

(L) Art. 24: *Ningún juicio penal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia.*

Si bien las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de 1791 prohíben el doble juzgamiento, este artículo es en gran medida original de los constituyentes de 1857. Pocas dudas caben acerca de la experiencia práctica de quienes elaboraron estos principios, que les indicaba la inseguridad de procesos penales interminables y, más aún, de las innumerables instancias. La clara limitación a tres instancias no puede menos que ser resultado de esa nefasta experiencia. Lo mismo puede decirse de la prohibición de la absolución de instancia que, no obstante, permaneció vigente en muchos países de la región con el nombre de *sobreseimiento provisional*, instituto que permitía dejar al imputado en una situación de duda hasta prácticamente la prescripción de la acción penal, o sea que se declaraba a una persona *semiculparse*, dato que la perseguía en los informes policiales y judiciales hasta su extinción.

(LL) Art. 6: *La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito o perturbe el orden público.*

Preferimos ocuparnos en último término de este artículo, en el que se consagró la libertad de pensamiento y expresión, con la consecuencia penal de la prohibición de toda punición del pensamiento. Si su expresión no es punible, va implícito que menos aún puede serlo el pensamiento mismo: *cogitationis poenam nemo patitur*.

No obstante, cabe observar que este artículo no es el más feliz de la Constitución, porque las excepciones son sumamente peligrosas. En principio, según el texto, la manifestación de pensamiento es punible cuando *ataque la moral*, expresión que usa a secas, sin el aditamento de *pública* o análogo, con lo cual deja abierto el camino para la intromisión en la moral privada de los habitantes. En segundo término es redundante: exceptúa el caso de que *provoque algún crimen o delito*, sin enumerarlos, que es justamente de lo que se quiere dejar a salvo la manifestación del pensamiento. Perdió el constituyente de 1857 la oportunidad de plasmar el principio de autonomía moral de la persona que, sin lugar a dudas, compartía en plenitud, y que posteriormente recorrerá varios textos latinoamericanos⁷³.

8. Conclusiones

Como conclusión podemos afirmar que la hipótesis que quisimos verificar se confirma plenamente, o sea:

⁷³ Arts. 19 de Argentina, 23 de Paraguay, 50 de Costa Rica.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- (a) El texto de 1857, en materia de garantías penales y procesales penales, es uno de los más adelantados de su tiempo. Supera a la Constitución Española de 1812 y al texto argentino de 1853.
- (b) Si bien los liberales fueron derrotados en temas como el jurado, la supresión de los grillos, la consagración expresa del principio acusatorio y la abolición de la pena de muerte, el texto sancionado sigue siendo marcadamente liberal y progresista.
- (c) Está claro que los liberales no se ocupaban de las garantías penales como una cuestión periférica a su ideología, sino que las consideraban íntimamente vinculadas a ella y hasta de su esencia misma.
- (d) La precisión de las propuestas y algunas expresiones vertidas en el curso de los debates pone de manifiesto que se estaban tomando en cuenta experiencias nacionales y no meras copias de disposiciones extranjeras, por lo que el texto introduce novedades en el derecho constitucional comparado.
- (e) En igual sentido vale la pena observar que hay muy poca mención de fuentes comparadas, prácticamente el debate prescinde de citas extranjeras, lo que constituye otro dato de originalidad.
- (f) La preocupación por suprimir todo obstáculo al goce de las garantías en razón de pagos muestra la generosidad de quienes, perteneciendo a las clases hegemónicas en el marco de una sociedad estratificada, pensaban en el bienestar y la seguridad de los que pertenecían a las clases subalternas.

Entendemos, como conclusión general, que el texto referido a las garantías penales y procesales penales en la Constitución de 1857, tanto por su precisión como por su originalidad, debe ser adecuadamente revalorado en la historia del derecho constitucional comparado de la región y, en mayor medida aún, el pensamiento de los constituyentes liberales, que pone de manifiesto un idealismo respetuoso de la dignidad de la persona no meramente retórico, sino traducido en garantías, lo que no es fácil cuando se sabe que éstas están fundamentalmente destinadas a la protección de los humanos de las clases más desfavorecidas de la sociedad. En buena medida, el sentido social de los constituyentes liberales de 1857 anunciaba la evolución que tendría el constitucionalismo mexicano sesenta años más tarde y que le valiera su fama mundial.