

# Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco

---

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



ESTUDIOS EN HOMENAJE A DON MANUEL  
GUTIÉRREZ DE VELASCO

# INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 43

---

Cuidado de la edición: María del Rocío Pimentel Mendoza

Formación en computadora y elaboración de formato en PDF: Dante Javier Mendoza Villegas

**ESTUDIOS EN HOMENAJE  
A DON MANUEL  
GUTIÉRREZ DE VELASCO**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 2000

Primera edición: 2000

DR © 2000. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-8591-9

## CONTENIDO

Dedicatoria . . . . .	XI
LOS AUTORES	
Curriculum vitae resumido del licenciado Manuel Gutiérrez de Velasco Aranda . . . . .	XIII
Evolución del concepto de matrimonio en el derecho mexicano (1821-1917) . . . . .	1
Jorge ADAME GODDARD	
Gobernar el pluralismo. Instituciones democráticas y tercera vía en México . . . . .	35
Alejandro ANAYA	
Miguel CARBONELL	
Trabajadores y patronos en apoyo mutuo de intereses . . . . .	53
Santiago BARAJAS MONTES DE OCA	
México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	77
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
Sobre “Los hechos fundantes básicos” y el concepto de <i>Grundnorm</i> (Ensayo para la reconstrucción de una noción) . . . . .	101
Enrique CÁCERES NIETO	
La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos . . . . .	127
Jorge CARPIZO	
Notas para una historia del derecho militar mexicano . . . . .	151
Óscar CRUZ BARNEY	

Derechos humanos: Agenda crítica . . . . .	211
Luis T. DÍAZ MULLER	
El acceso a la justicia de los intereses de grupo (Hacia un juicio de amparo colectivo) . . . . .	221
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Dos viajeros franceses en Tehuantepec: El Istmo a mediados del siglo XIX . . . . .	235
Manuel FERRER MUÑOZ	
El indio ante la independencia en los escritos de el pensador mexicano . . . . .	269
Manuel FERRER MUÑOZ	
María BONO LÓPEZ	
Hacia una nueva ley de amparo . . . . .	287
Héctor FIX-ZAMUDIO	
La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la “opinión” solicitada por México . . . . .	339
Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO	
Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional . . . . .	393
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	
Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca . . . .	433
Manuel GONZÁLEZ OROPEZA	
La responsabilidad penal del médico . . . . .	459
Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL	
Abogacía, función judicial y jurisprudencia . . . . .	479
José Manuel LASTRA LASTRA	

Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México . . . . .	495
Sergio LÓPEZ-AYLLÓN	
El derecho de las acciones en Roma . . . . .	555
Marta MORINEAU	
Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública . .	571
Marcia MUÑOZ DE ALBA MEDRANO	
Tendencias recientes en la posición del juez en México . . . . .	611
José OVALLE FAVELA	
Filosofía del derecho de las contribuciones . . . . .	633
Gregorio RODRÍGUEZ MEJÍA	
La historia como historia del derecho del trabajo . . . . .	645
Héctor SANTOS AZUELA	
La recepción del texto constitucional de Cádiz por las autoridades del virreinato de Perú . . . . .	665
Lara SEMBOLONI	
Sistema electoral y Estado de derecho . . . . .	701
Diego VALADÉS	
La inversión extranjera y su regulación internacional . . . . .	719
Jorge WITKER	
Acerca de los autores . . . . .	739





## DEDICATORIA

Don Manuel Gutiérrez de Velasco recibe, en las páginas de este volumen, un homenaje merecido. Para celebrar el octogésimo aniversario de su nacimiento, el personal académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas decidió publicar una obra colectiva con estudios en honor de un ejemplar hombre de derecho, que desde hace largo tiempo está vinculado con la comunidad del Instituto.

Don Manuel es uno de los más admirados miembros de la judicatura nacional. Conocedor profundo del derecho, jurista con vocación por la justicia, el maestro Gutiérrez de Velasco es una figura paradigmática para los abogados mexicanos.

La sapiencia del hombre de estudio, la prudencia del que imparte justicia, la dignidad del abogado probo, la generosidad del académico, hacen de don Manuel un ser humano excepcional. Quienes tenemos el privilegio de tratarlo como amigo, colega y maestro le ofrecemos como testimonio de admiración y cariño los trabajos que integran este volumen. Todos hemos escrito inspirados por el ejemplo de quien ha dedicado su vida al servicio de la justicia.

Los autores



## CURRICULUM VITAE RESUMIDO DEL LICENCIADO MANUEL GUTIÉRREZ DE VELASCO ARANDA

Nació en México, D. F. el 26 de marzo de 1919. Licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, el 13 de febrero de 1943.

*Doctor Honoris Causa* por la Universidad de Guadalajara el 26 de noviembre de 1996.

Estudió la Licenciatura en Economía y Maestría en Letras en la Universidad Nacional Autónoma de México: inconclusas.

Litigante en varias oportunidades; empleado y funcionario en la UNAM, La Nacional, Compañía de Seguros sobre la Vida, S. A. y el Banco General de Capitalización.

Estuvo en el Poder Judicial del Estado de Michoacán, como juez mixto de Primera Instancia en la Piedad y en Puruándiro.

Laboró para la Procuraduría General de la República, como agente del Ministerio Público Federal de Durango; posteriormente, como consultor legal; después como asesor del procurador y finalmente como asesor del subprocurador en asuntos electorales.

Fue secretario de Grupo y auxiliar dictaminador de la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del D. F.

Actuó como abogado consultor en la Dirección del Impuesto sobre la Renta de la SHCP.

En el Poder Judicial de la Federación fue secretario de Estudio y Cuenta adscrito a la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; juez de distrito en los estados de Chiapas, Aguascalientes y Jalisco; magistrado de circuito, siempre con sede en Guadalajara; ministro de la Suprema Corte mencionada, primero como supernumerario en la Sala Auxiliar, y después como numerario en la Segunda Sala. Actualmente retirado.

En la Coordinación General Jurídica del D. F. actuó como asesor jurídico.

Fue maestro en las hoy universidades autónomas de Durango y Aguascalientes; en la Universidad de Guadalajara en Preparatoria, Facultades de Filosofía y Letras y de Derecho. En esta Facultad actuó como director de Seminarios; y en la Universidad al final mencionada, fue director fundador del Centro Regional de Tecnología Educativa.

Ha impartido e imparte cursos y cursillos en la Universidad Panamericana; en el Instituto de Especialización Judicial del PJJ, hoy Instituto de la Judicatura Federal; en la Facultad de Derecho de la UNAM; en la Facultad de Derecho en San Cristóbal de las Casas de la Universidad Autónoma de Chiapas; en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Campeche; en las universidades de Baja California, Sonora, Veracruz, Chihuahua, Yucatán y Guanajuato; en las procuradurías de Puebla, Tabasco, Hidalgo, etcétera; en el ICA-DET de Tabasco, y en muchas otras instituciones.

Pertenece a la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de Previsión Social, como académico de número; y al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional como miembro en la Sección de México.

Ha dictado muchas conferencias en las principales poblaciones de México, y algunas en el extranjero (Estados Unidos, Guatemala, Argentina); ha concurrido a reuniones y eventos dentro y fuera del país; ha sido distinguido con múltiples créditos, reconocimientos y diplomas; ha publicado bastantes artículos, pequeños libros, folletos y participado en varios libros colectivos.

Actualmente es investigador por contrato en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE MATRIMONIO EN EL DERECHO MEXICANO (1821-1917)

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: *Introducción. I. La noción común de matrimonio después de la Independencia. II. El matrimonio en las Leyes de Reforma. III. La ley matrimonial del Segundo Imperio. IV. El matrimonio en la legislación civil durante la República Restaurada y el gobierno de Porfirio Díaz. V. La noción de matrimonio en la doctrina mexicana previa a la Revolución. VI. La Constitución de 1917 y la Ley sobre Relaciones Familiares. VII. Los comentaristas anteriores al Código Civil de 1928. VIII. Conclusiones.*

### INTRODUCCIÓN

Actualmente se habla del matrimonio como una relación imprecisa que puede tener cualquier tipo de contenido. Se habla de matrimonio a prueba, de matrimonio por tiempo determinado o por tiempo indefinido, de matrimonio vitalicio, de matrimonio monogámico o matrimonio poligámico, incluso hasta se habla de matrimonio entre personas del mismo sexo. Con tal variedad de significados, la palabra matrimonio sin calificativos parece no significar más que la unión de dos personas que viven en la misma casa y que tienen entre ellas comercio carnal.

Esta vulgarización de la palabra, entendiendo la vulgarización como la pérdida de significación precisa, refleja un determinado ambiente social, en que se ha llegado a perder, o al menos oscurecer, el significado que evocaba la palabra matrimonio dentro de la tradición cultural de la que se nutre el derecho mexicano. Por eso me ha parecido importante hacer una reflexión sobre el concepto de matrimonio en la tradición jurídica mexicana posterior a la Independencia, en la cual se puede detectar la posición que tomaron los juristas mexicanos respecto de la noción del matrimonio

que se recibió en México como consecuencia de los procesos de evangelización y colonización.

La necesidad de esta reflexión se presenta como algo urgente por razón del orden constitucional general vigente, que establece, por una parte, que los actos del estado civil “son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan” (artículo 130, penúltimo párrafo); en este texto ya se eliminó, por la reforma de 1992, la afirmación que había en el texto original de que el matrimonio es un “contrato civil”, pero subsisten dos afirmaciones decisivas para el régimen legislativo del matrimonio en México. Una es que el matrimonio, como acto del estado civil de las personas, es un acto “de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas”, es decir un acto fundamentalmente administrativo, en el que evidentemente habrá de intervenir el consentimiento de los contrayentes, pero que su naturaleza es la de un acto de la autoridad administrativa (es de su “exclusiva competencia”). Y la otra es que la fuerza y validez del matrimonio será la que determinen las leyes, lo cual quiere decir que corresponde al legislador definir qué es el matrimonio válido, es decir el acto que puede considerarse como matrimonio protegido por las leyes, y determinar los efectos jurídicos que pueden derivarse del mismo.

Y, por otra parte, el sistema vigente de distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas (artículo 124), hace que la materia familiar sea de competencia local. En otras palabras, la Constitución general de la República da a los legisladores de cada una de las entidades federativas la posibilidad de definir y regular el matrimonio sin ninguna restricción u orientación material (ya ni siquiera se debe respetar la regla de que el matrimonio es “un contrato civil”), y sólo con el requisito formal de aprobar y publicar la ley según lo prescrito en la constitución y leyes de cada estado.

Conforme a este sistema, bien podría ser que en un estado se aceptara el matrimonio civil disoluble, y en otro se estableciera el matrimonio civil indisoluble; que en uno se legalizara como matrimonio la unión de personas del mismo sexo, y en otros no; que en algún estado se aceptara el matrimonio como sólo hecho o convivencia, y en otros se siguiera considerando como obligación jurídica o vínculo, que en uno se aceptara el matrimonio por tiempo determinado, en otro el matrimonio a prueba, en alguno el matrimonio poligámico y en otro más se equipararan matrimo-

nio y concubinato. No es difícil imaginar el desorden y complicaciones que produciría si cada entidad federativa ejerciera esa facultad constitucional a su arbitrio: sería el golpe más severo que pudiera darse a la unidad nacional, que es fruto de la vida y tradiciones familiares.

Si en la práctica todavía no se ha producido una grave disparidad de legislaciones respecto del matrimonio, aunque ya hay diferencias importantes entre las diversas legislaciones locales, por ejemplo en materia de los papeles del marido y la esposa, esto se ha debido, en parte, al centralismo político que de hecho se ha vivido hasta estos últimos años, que hizo que todos los códigos civiles fueran muy parecidos o idénticos al del Distrito Federal, pero principalmente al hecho de que en el pueblo mexicano existe una ética matrimonial propia, de raigambre cristiana, que es la que en la práctica orienta el comportamiento cotidiano de los esposos y la que forma la noción de matrimonio que tienen ordinariamente las personas y que se vive y transmite en las familias mexicanas.

En este trabajo analizaré, después de una breve descripción de la concepción de matrimonio predominante después de la Independencia, las novedades que en la materia introdujeron las leyes y el juicio que merecieron de los juristas en su momento. Si bien no se trata de examinar globalmente el régimen jurídico del matrimonio, sino sólo el concepto o noción de matrimonio, el material documental que encontré, en una búsqueda que no pretendió ser exhaustiva, me hace necesario dividir el trabajo en dos partes. En esta primera parte, después de analizar el concepto de matrimonio predominante en los juristas mexicanos después de la Independencia, se examinan los cambios legales y la doctrina correspondiente al período de 1859 a 1917, que se inicia con la publicación de la Ley sobre Matrimonio Civil de 1859, publicada por Juárez, titular del Ejecutivo y en uso de facultades legislativas extraordinarias, y termina con la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, promulgada por Carranza, también titular del Ejecutivo y en uso de facultades extraordinarias. Para otro trabajo analizaré el Código Civil del Distrito Federal de 1928, sus reformas y la doctrina correspondiente hasta el momento actual.

## I. LA NOCIÓN COMÚN DE MATRIMONIO DESPUÉS DE LA INDEPENDENCIA

En el tiempo posterior a la Independencia, los gobiernos mexicanos no publicaron leyes que afectaran el matrimonio antes de la Ley del Re-



gistro Civil del 27 de enero de 1857, de la que se tratará más abajo, porque se consideraba que el matrimonio era un acto sujeto al derecho canónico y a la potestad de la Iglesia. La doctrina jurídica mexicana tenía una concepción y explicación del matrimonio conformada principalmente con base en la legislación española y canónica, especialmente las *Siete Partidas* y las disposiciones emanadas del Concilio de Trento,<sup>1</sup> y en la doctrina canonística.

La concepción común del matrimonio entre la doctrina mexicana puede conocerse a través de lo que afirman fuentes doctrinales elaboradas (al menos parcialmente) por autores mexicanos y publicadas en México, como el *Febrero mejicano*<sup>2</sup> (1834), editado por Anastasio de la Pascua, el *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*,<sup>3</sup> de Joaquín Escriche, anotado por Juan Rodríguez de San Miguel (1837, reimpreso en 1842) y las *Pandectas hispano-mexicanas*<sup>4</sup> (1839, reimpreso en 1852).

La doctrina tradicional del matrimonio, que era también la vigente en los tribunales mexicanos, es la que transmite Rodríguez de San Miguel en sus *Pandectas*. Ahí se reproducen,<sup>5</sup> en primer lugar, las leyes de las *Siete Partidas*, luego las disposiciones del Concilio de Trento y luego, en latín, las del Tercer Concilio Mexicano.

De las *Partidas*, proviene la noción o concepto del matrimonio, la determinación de sus fines esenciales y la manera de contraerlo. Como noción de matrimonio, reproduce la que dan las *Partidas* (4,2,1), que dice: “matrimonio es ayuntamiento de marido é de muger, fecho con tal entencion de bevir siempre en uno, é de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntando el varon a otra muger, nin

1 En la sesión 24a. del Concilio, que fue la séptima en tiempo del sumo pontífice Pío IV, el 11 de noviembre de 1563, se publicó una exposición de la doctrina sobre el sacramento del matrimonio, seguida de doce “anatemáticas” donde se precisaban las doctrinas opuestas a la fe católica, y un decreto de reforma del matrimonio, cuya principal novedad era el requisito de que el matrimonio entre católicos se celebrase ante el párroco y se evitasen de este modo los llamados matrimonios “clandestinos”.

2 *Febrero mejicano* fue una adaptación mexicana, hecha por Anastasio de la Pascua, de la famosa obra española denominada *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, de Eugenio Tapia, México, 1834, t. I.

3 *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense... Por don Joaquín Escriche, y con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan N. Rodríguez de San Miguel*, México, impreso en la oficina de Galván, 1837. Reimpresión, con estudio introductorio de María del Refugio González, México, UNAM, 1993.

4 Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas hispano-mexicanas*, México, 1839, 3 tomos. Reimpresión con estudio introductorio de María del Refugio González, México, UNAM, 1991.

5 *Pandectas hispano-mexicanas*, t. II, pp. 420 y ss.

ella á otro varon, biviendo ambos á dos”. A esta definición, Rodríguez de San Miguel añade, sin precisar la fuente, otra de un canonista, “Cavalari”,<sup>6</sup> según la cual el matrimonio es “*societas individua, quam masculus et femina procreandae, et educandae sobolis et mutui praesidii gratia ineunt*” (sociedad indivisible que convienen el varón y la mujer para procrear y educar los hijos y ayudarse mutuamente), y remite al lector a ver la definición de matrimonio en su edición del *Diccionario de legislación y jurisprudencia*.

En cuanto a los fines del matrimonio, transcribe otro párrafo de las *Partidas* (4,2,3) en que se afirma que son tres los fines de la ley: “fe, e linaje, e sacramento”; por “fe” se entiende la fidelidad entre marido y mujer, por “linaje” la procreación, y por “sacramento” la indisolubilidad.<sup>7</sup> A este párrafo, añade Rodríguez de San Miguel una nota, en donde transcribe la explicación de Cavalari acerca de los fines del matrimonio, quien considera que son tres: la procreación, la educación de los hijos y la ayuda mutua durante toda la vida.

En relación con los fines del matrimonio, está la cuestión de las “condiciones” que los cónyuges pueden pactar. En los textos de las *Partidas* (4,4,3 a 6), reproducidos por Rodríguez de San Miguel,<sup>8</sup> se distinguen dos tipos de condiciones, las que son honestas, y las que no lo son. Las condiciones deshonestas, pueden ser contrarias a la naturaleza del matrimonio y, por lo tanto, de convenirse hacen nulo el matrimonio por falta de consentimiento, o pueden ser simplemente deshonestas pero no atentar contra la naturaleza del matrimonio, por lo que cuando se convienen, el matrimonio vale, pero la condición se tiene por no puesta. Entre las condiciones deshonestas que atentan contra la naturaleza del matrimonio están las que contradicen los fines del mismo, entre las cuales, las *Partidas* dan estos ejemplos: “yo te recibo por mi muger de aquí a un año” o “me caso contigo, si guisares con yervas, o de otra guisa que no

6 Casi seguramente se trata de una cita de Cavallario, Domenicus, *Institutiones iuris canonici, quibus vetus et nova Ecclesiae disciplina enarrantur*, 6 tomos en 3 vols., Matriti, 1734, ya que a este autor y obra los cita Rodríguez de San Miguel en sus notas al *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, según lo consigna, González, María del Refugio, en el “Estudio introductorio” *cit.*, nota 3, p. 34 (a la edición que hace de dicho diccionario).

7 Cabe observar que esta identificación de la indisolubilidad del matrimonio con su carácter sacramental, si bien la canonística la superó y entendió que la indisolubilidad era una propiedad natural del matrimonio, y no consecuencia del sacramento, en la mentalidad común sigue dándose esa antigua confusión.

8 Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas hispano-megicanas*, *cit.*, nota 4, pp. 439-440.

puedas aver fijos”, o que “se casava con ella, si yoguiesse con los omes, porque le diessen algo”.<sup>9</sup>

La manera de contraer el matrimonio prevista en las *Partidas* (4,2,5) es el solo consentimiento: “Consentimiento solo, con voluntad de casar, faze el matrimonio entre el varon, e la muger”.<sup>10</sup> Lo esencial es la voluntad, no las palabras, pues aunque se pronunciaran las palabras, si no hubiera voluntad, no se contrae el matrimonio. No se exige ningún requisito formal, ni presencia de testigos.

De los decretos del Concilio de Trento, transcribe<sup>11</sup> uno que define la “doctrina sobre el sacramento del matrimonio”, en el cual se afirman los puntos controvertidos por los reformistas: la indisolubilidad del matrimonio y su naturaleza de sacramento. Y transcribe también el que reforma el régimen matrimonial canónico, especialmente en el sentido de exigir que el matrimonio se celebre “a la faz de la Iglesia”, es decir en presencia de la comunidad y del párroco, quien pregunta a los novios si es su voluntad unirse en matrimonio, y expresado el consentimiento de éstos, los declare unidos en matrimonio con estas palabras: “Yo os uno en matrimonio, en el nombre del Padre, y del Hijo y del Espíritu Santo”, u otras semejantes.

Las disposiciones transcritas en las *Pandectas hispano-megicanas* sobre el Tercer Concilio Mexicano,<sup>12</sup> son desarrolladas de las reglas emitidas por el Concilio de Trento, para precisar, entre otras cosas, que los llamados matrimonios “clandestinos”, es decir los hechos sin la presencia del párroco, son nulos.

El *Febrero mejicano* da<sup>13</sup> dos nociones de matrimonio, una tradicional española y otra francesa. La noción española es la de las *Siete Partidas* (4,2,1) arriba transcrita. La noción francesa es la de Pothier (*Traité du mariage*, parte 1. capítulo 110), que el autor del *Febrero mejicano* traduce así: “Un contrato celebrado con las formalidades que han prescrito las leyes, por el cual un hombre y una muger, hábiles para contraerlo, se obligan recíprocamente a permanecer toda su vida en la unión que debe existir entre un esposo y una esposa”.

Ni el autor español ni el autor mexicano hacen algún comentario a estas definiciones, pero parece que prefieren la definición francesa por el

9 *Ibidem*, p. 440.

10 *Ibidem*, p. 422.

11 *Ibidem*, pp. 427 y ss.

12 *Ibidem*, p. 432.

13 *Febrero mejicano*, ed. por Anastasio de la Pascua, *cit.*, nota 2, p. 124.

hecho de que la colocan en primer lugar. En esta definición hay una visión diferente del matrimonio: presenta el matrimonio como un “contrato”, en vez de una sociedad, unión o “ayuntamiento”, que debe revestir ciertas formalidades legales, por el que los contrayentes se obligan vitaliciamente “a permanecer en la unión que debe existir entre un esposo y una esposa”. La diferencia, me parece es principalmente de perspectiva, la definición de las *Partidas* expresa lo que es el matrimonio: una unión entre el varón y la mujer para procrear hijos y ayudarse mutuamente; la de Pothier expresa cómo se realiza esa unión: por medio de un “contrato” celebrado por personas capaces y cumpliendo ciertas formalidades, y por esa perspectiva no tiene que explicar qué es esa unión ni cuáles sean sus fines, le basta señalar que el objeto del contrato es “la unión que debe existir entre un esposo y una esposa”.

Después de dar esas definiciones, el autor del *Febrero mejicano* explica el concepto de “matrimonio legítimo”, como el contraído de acuerdo con las leyes civiles que “no es otra cosa que un mero contrato”. Además advierte que también puede llamarse “legítimo” al matrimonio celebrado conforme a las disposiciones canónicas, que aún no ha sido consumado, al cual también se le llama matrimonio “rato”.

La otra fuente, el *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense* de Joaquín Escriche, editado por Rodríguez de San Miguel, en México en 1837,<sup>14</sup> da, sin ninguna anotación del jurista mexicano, esta definición de matrimonio, “la sociedad legítima del hombre y de la muger, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte”. Es ésta una definición en la que se recoge la noción de matrimonio contenida en las *Partidas* (sociedad o “ayuntamiento”) y el requisito de formalidad o publicidad introducido en el Concilio de Trento, por lo que se habla de sociedad “legítima”, es decir, como dice el mismo Escriche (s.v. matrimonio legítimo), contraída conforme a las leyes y cánones. No obstante esta tipificación del matrimonio como sociedad, el mismo Escriche al hablar de que el matrimonio se contrae por consentimiento (conforme al adagio: *nuptias consensus, non concubitus facit*) afirma que “el matrimonio es un contrato... el más importante de todos”.

En síntesis, pudiera decirse que la doctrina mexicana de esta época está familiarizada con la idea de que el matrimonio es una sociedad indis-

14 *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense... cit.*, nota 3.

luble del varón y la mujer para procrear hijos y ayudarse mutuamente, que se contrae por el consentimiento —y bajo este aspecto es un contrato— expresado con las formalidades prescritas por las leyes. Pero también entiende que el matrimonio es un sacramento, por lo que su regulación y administración corresponde originariamente a la Iglesia católica, y sólo secundariamente a las leyes civiles. En esta concepción existen los elementos que darán lugar a que posteriormente la doctrina mexicana hable de diversas nociones del matrimonio, algunas contradictorias entre sí, como la de matrimonio-sociedad en oposición a matrimonio-contrato, o la de matrimonio civil en oposición a matrimonio canónico o matrimonio-sacramento.

## II. EL MATRIMONIO EN LAS LEYES DE REFORMA

La intervención de la legislación mexicana en materia matrimonial comienza con la expedición de la Ley del Registro Civil, del 27 de enero de 1857, en la cual se establece que las autoridades civiles podrán y deberán registrar ciertos actos considerados del estado civil. Se señala expresamente que son actos del estado civil (artículo 12) el nacimiento, el matrimonio, la adopción y arrogación, el sacerdocio y la profesión de algún voto religioso, temporal o perpetuo, y finalmente la muerte. En esta ley, aunque no se prescribe qué es el matrimonio ni la forma de celebrarlo, ya se introduce el principio de que el matrimonio es un acto del estado civil y, por consiguiente, un acto que puede ser regulado por el poder civil; llama la atención en el texto de esta ley que se consideren como actos del estado civil la ordenación al sacerdocio y la profesión de un voto religioso, que son actos que se refieren al estado de las personas dentro de la Iglesia, aunque puedan tener efectos civiles.<sup>15</sup>

El artículo 65 de la misma ley, decía que “Celebrado el Sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el Oficial del Estado Civil a *registrar el contrato de matrimonio*”. En esta ley, se introduce una separación entre el sacramento del matrimonio, que se realiza conforme al derecho canónico, y el “contrato” que ha de ser inscrito en el registro civil; la denominación de “contrato” parece tener el único fin de justificar la orden de su inscripción en el re-

<sup>15</sup> La ley puede consultarse en *Derechos del pueblo mexicano*, 4a. ed., México, t. XII, 1994, p. 1090.

gistro civil, pues era evidentemente opuesto al criterio liberal de separación de la Iglesia y el Estado que en el registro civil se inscribieran los sacramentos. La ley no pretendió regular el “contrato” de matrimonio, por lo que la celebración y efectos del mismo quedaban sujetos a las disposiciones canónicas.

En cambio, la ley del 3 de julio de 1859, que fue una de las llamadas “Leyes de Reforma”, regula directamente el matrimonio, al que tipifica como un “contrato”, entendida esta palabra como un acto sujeto a la ley civil. En el preámbulo o “considerando” de esta ley se demuestra claramente su carácter polémico frente a la potestad eclesiástica; dice textualmente:

*Considerando.* Que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio, este contrato surtiera todos sus efectos civiles.

Que reasumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar de que un contrato tan importante como el matrimonio, se celebre con todas las solemnidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza, y que el cumplimiento de éstas le conste de un modo directo y auténtico.

En estas palabras se dice que el matrimonio es originalmente un asunto del Estado, cuya regulación había delegado temporalmente a la Iglesia, es decir es un asunto civil, secular, y no un acto sagrado o sacramento sobre el cual la Iglesia tendría una potestad originaria. Si la Iglesia reglamentaba el matrimonio, lo hacía en ejercicio de un poder delegado del Estado, pero una vez que éste reasume ese poder, entonces regula directamente el matrimonio definiendo sus requisitos y modo de celebración. El Estado se arroga así la facultad de decir qué es el matrimonio, cómo se celebra válidamente y cuáles son sus efectos. El primer artículo de la ley dice:

“El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio”.

La definición es parecida a la de Pothier, que reproducía el *Febrero mejicano*. Esta definición, lo mismo que la del autor francés, dice que el matrimonio es un “contrato”, que debe cumplir ciertas formalidades establecidas en las leyes (entre otras la de que se haga ante la autoridad civil),

con el objeto de constituir la unión matrimonial. Al igual que la definición francesa, no hace mención de los fines específicos del matrimonio.

En el contexto de la ley, es claro que el adjetivo “civil”, lo mismo donde califica la palabra contrato, como donde califica la palabra autoridad, denota lo que es propio del Estado o del derecho “civil”, en oposición a lo propio de la Iglesia o del derecho canónico. Así, donde dice que el matrimonio es un “contrato civil” no quiere decir que se trata de uno de los contratos de los que puede tratar un código civil, y en ese entonces no había código civil alguno, sino un contrato de los que compete regular al Estado, ya no es el matrimonio, como lo aceptaba la ley anterior, un sacramento sobre el cual tiene potestad la Iglesia; y donde dice “autoridad civil” se refiere a la autoridad competente del Estado, en oposición a la persona ante la cual se celebraba el matrimonio conforme al derecho canónico, es decir el párroco. En otras palabras, lo que ese texto legal dice es que el matrimonio es un “contrato” que rige el Estado y que se realiza ante el funcionario público que resulte competente, y ya no es más un sacramento que se realiza ante el párroco. Esta posición la confirma el decreto sobre tolerancia de cultos, expedido por Juárez y publicado el 5 de enero de 1861, cuyo artículo 20 dice que la autoridad “pública” (ya no la llama civil) no intervendrá “en los actos y prácticas religiosas concernientes al matrimonio”, pero dispone enfáticamente que “el contrato de que esta unión (el matrimonio) dimana, queda exclusivamente sometido a las leyes, por lo que cualquier matrimonio que se contraiga sin arreglo a las leyes es nulo” y no produce efectos civiles.

La misma ley de 1859 declara que para la celebración del matrimonio “basta” que los contrayentes, “previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquella (la autoridad civil) y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio”. El texto resalta el papel de la voluntad de los contrayentes, diciendo que para contraer matrimonio es necesaria la voluntad de los contrayentes, pero deja clara también que la sola voluntad no basta, pues es preciso cumplir ciertas formalidades y que la voluntad se exprese ante la autoridad civil.

Establece que el matrimonio civil sólo puede celebrarse “por un solo hombre con una sola muger” (artículo 3o.), y que es indisoluble (artículo 4o.). Prescribe el trámite y formalidades para realizar el matrimonio y señala (artículo 15) que el encargado del Registro Civil lea a los contrayentes, después que éstos hubieran expresado formalmente su consentimiento, una exhortación moral (reproducida en el mismo artículo 15 y que

luego fue conocida como “la epístola” de Melchor Ocampo) en la que se habla de los deberes morales que tenían los cónyuges entre sí como tenerse “respeto, fidelidad, confianza, ternura”. Esto último indica que subsiste la idea de que el matrimonio genera, además de los deberes jurídicos sancionados por las leyes, unos deberes morales cuyo cumplimiento se considera muy importante para la nación, sobre todo por la formación de los hijos: por esto, la misma “epístola” dice que “la sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándole buenos y cumplidos ciudadanos”, y la misma, censura y desprecia debidamente a los que, “por abandono, por mal entendido cariño, o por su mal ejemplo corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió concediéndoles tales hijos”.

### III. LA LEY MATRIMONIAL DEL SEGUNDO IMPERIO

Una vez establecido el Segundo Imperio, se publicó la Ley del Registro del Estado Civil, del 1 de noviembre de 1865,<sup>16</sup> que mantenía el registro civil y la necesidad de inscribir los matrimonios en él, pero señalaba que los mexicanos que hicieran declaración de ser católicos, debían contraer el matrimonio conforme a derecho canónico, por lo que para realizar el matrimonio civil era necesario (artículo 24), además de cumplir los requisitos legales, que presentasen la constancia del párroco de que se cumplieron los requisitos necesarios para recibir el sacramento del matrimonio. La ley daba preeminencia al contrato matrimonial respecto del sacramento, pues prohibía (artículo 36) “a todos los eclesiásticos” que celebren el matrimonio religioso sin que antes se les presentara un certificado del oficial del registro civil que demostrara que se había verificado “el contrato civil”.

La dicotomía entre el matrimonio-contrato civil y el matrimonio-sacramento, que la Reforma había pretendido superar mediante la preeminencia del matrimonio civil, y que se mantuvo en la Ley del Registro Civil del Imperio, tuvo un intento de solución diferente en el proyecto de “Código Civil del Imperio Mexicano” ( 6 de julio de 1866), del cual sólo se publicó el libro primero, relativo a las personas.<sup>17</sup> Establecía (artículo

16 El texto de la ley puede verse en *Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano o Código de la Restauración*, IV, p. 188.

17 El texto se publicó en el *Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano*, III, pp. 169 y ss.



204) que los matrimonios “celebrados por la Iglesia... surtirán los efectos civiles”, siempre que entre los contrayentes no hubiera un matrimonio anterior, civil o canónico, y tuvieran la edad suficiente; para que surtiera efectos civiles, era necesario registrar el matrimonio, a lo cual estaban obligados los cónyuges (artículo 206); los efectos se retrotraían a la fecha del matrimonio canónico. Previendo los casos de mexicanos con otra religión, se disponía que podía darse el mismo tratamiento a los matrimonios, contraídos conforme a otra religión que fuera reconocida (artículo 205).

El proyecto de Código contiene ya una definición legal del matrimonio, que pasaría a los Códigos Civiles de 1870 y 1884, que dice (artículo 99): “El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. Es casi literalmente la definición del diccionario de Escriche, con las únicas variantes de decir “de un solo hombre y de una sola mujer”, en vez de “del hombre y la muger”, y de haber suprimido las palabras finales de la definición de Escriche, que decían “y participar de una misma suerte”. El civilista contemporáneo, Agustín Verdugo, afirmaba que la definición provenía de la exposición de motivos del Código Napoleón, en donde Portalis afirmaba que el matrimonio “es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse por socorros mutuos á llevar el peso de la vida y para participar de un común destino”.<sup>18</sup> Pero esta definición de Portalis no dice, a diferencia de las del Código y de Escriche, que el matrimonio sea unión “con vínculo indisoluble”. Se trata, en cualquier caso, de una definición, conforme con la tradición canónica, en la que predomina la idea de sociedad o unión respecto de la de contrato o consentimiento y en la que, consecuentemente, se señalan con claridad los fines propios de la unión: la procreación y ayuda mutua.

En cuanto al divorcio, como el proyecto de Código señalaba, como regla general, la indisolubilidad del vínculo, admitía sólo el divorcio no vincular, es decir la mera separación de los cónyuges (artículo 151). Pero admitía que cuando los cónyuges habían contraído matrimonio conforme a una religión que aceptaba el divorcio vincular, éste podría verificarse conforme a las reglas de la misma religión (artículo 208).

18 Verdugo, Agustín, *Principios de derecho civil mexicano*, México, s.e., 1886, t. II, pp. 30-31.

#### IV. EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DURANTE LA REPÚBLICA RESTAURADA Y EL GOBIERNO DE PORFIRIO DÍAZ

Los matrimonios celebrados conforme a las reglas del Segundo Imperio, fueron posteriormente confirmados, al restaurarse la República, por decreto del presidente Juárez, en cinco de diciembre de 1867, que reconoció como civilmente válidos los celebrados ante los funcionarios del registro civil, con arreglo a las leyes imperiales, o incluso los celebrados exclusivamente ante algún ministro de culto.<sup>19</sup> En lo sucesivo, el matrimonio se regiría conforme a las leyes expedidas antes, especialmente la ley del 12 de julio de 1859.

A los tres años de restaurada la República, se promulgó el primer Código Civil para el Distrito Federal, el cual establecía un régimen matrimonial propio para esta entidad de la Federación. En cuanto al concepto de matrimonio que contiene, reproduce (artículo 159) íntegramente la definición de matrimonio contenida en el código del Imperio. Es interesante constatar que el legislador prefirió esta definición de matrimonio como sociedad, a pesar de que en la ley del 12 de julio se privilegiaba el punto de vista contractual. Sin embargo el código introduce un elemento contradictorio con la noción tradicional del matrimonio, al establecer (artículo 162) que cualquier condición “contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta”; con esta regla, se admite que es válido el consentimiento matrimonial aunque haya una condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, como la de no tener hijos o no respetar la fidelidad conyugal; de este modo, se privilegia la noción consensualista, pues se admite como válido el libre consentimiento aunque contradiga los fines esenciales del matrimonio, a diferencia de la noción tradicional que tendría tal consentimiento como nulo e impropio para constituir un matrimonio.

El régimen matrimonial definido en el código tuvo sólo una vigencia supletoria, pues al incorporarse a la Constitución general los principios de la Reforma (1873) se vino a establecer un régimen federal para el matrimonio, al cual debían ajustarse los legisladores locales. Durante la presidencia de Sebastián Lerdo de Tejada, se incorporaron a la Constitución las principales disposiciones de las Leyes de Reforma, y así se introdujo en el texto de la Constitución de 1857, que pasaría sin cambios a la de 1917 (artículo 130, tercer párrafo), la doctrina de que “el matrimonio es

<sup>19</sup> El texto del decreto puede verse en Dublán y Lozano, *Legislación mexicana*, México, s.e., 1882, t. XII, pp. 502-503.

un contrato civil”, de la “exclusiva competencia” de las autoridades civiles y cuya “fuerza y validez” determinan las leyes civiles. El artículo 2 del decreto de adiciones y reformas a la Constitución Política de la República Mexicana,<sup>20</sup> dice textualmente:

“El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan”.

En esta redacción se ha añadido un elemento no contemplado en la ley anterior. Ahora se dice no sólo que las leyes determinarán cómo ha de contraerse el matrimonio para que sea válido, sino además que las leyes determinarán los efectos (“fuerza” dice la ley) que produzca. En otras palabras, la situación jurídica es la siguiente: el matrimonio es un contrato que se perfecciona por la voluntad de las partes, y cuyos requisitos y efectos los determina la ley. Para evitar cualquier influencia de la potestad eclesiástica, el artículo subraya que el matrimonio es de la “exclusiva competencia” de las autoridades civiles.

El régimen matrimonial de esta época en México se complementó con la Ley orgánica de las adiciones y reformas constitucionales del 14 de diciembre de 1874. Esta ley venía a ser una ley reglamentaria de las adiciones constitucionales o, como se llegó a decir en la época, la ley reglamentaria de la Reforma; era una ley federal aplicable en toda la República. Su artículo 23 se ocupaba del matrimonio, señalando que no obstante que las entidades de la federación tenían la facultad de legislar sobre el estado civil de las personas, en cuanto al matrimonio tenían que respetar las bases establecidas en esa ley. Entre las bases se contaban las siguientes: el matrimonio civil es monogámico, y la bigamia y la poligamia son delitos que las leyes deben castigar (fracción VII); la voluntad de los cónyuges libremente expresada en la forma que establezca la ley es “la esencia del matrimonio civil” (fracción VIII); “el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges”, pero se admite la separación temporal (a la cual se le denomina “divorcio”) por causas graves (fracción IX); el matrimonio civil no puede realizarse por personas incapaces de realizar los fines del matrimonio (fracción X); la ley no impone ni proscribire los ritos religiosos relativos al matrimonio, pero las “bendiciones” de los ministros del culto no producen efecto legal alguno.

20 *Ibidem*, pp. 502-503.

Con esta ley se garantizaba un régimen común del matrimonio en toda la república, no obstante que la materia civil era competencia propia de las entidades federativas, que establecía la indisolubilidad del vínculo conyugal en una ley federal de primer rango (Ley Orgánica de Preceptos Constitucionales).

No obstante las adiciones constitucionales y la ley orgánica de la reforma que dicen que el matrimonio es un contrato civil, el Código Civil de 1884 mantuvo la definición tradicional del matrimonio proveniente del Código del Imperio, arriba citada. La definición, no obstante las adiciones constitucionales, no dice que el matrimonio sea un contrato, ni que tenga el efecto que determinen las leyes, sino da esa noción tradicional del matrimonio como “sociedad legítima”, es decir, conforme con la ley natural y constituida de conformidad con las leyes, que tiene las cuatro características esenciales tradicionalmente reconocidas (también llamadas “bienes del matrimonio”): la unidad (“un solo hombre y una sola mujer”), la indisolubilidad, la fecundidad (“para perpetuar su especie”) y la fidelidad (“y ayudarse”).

Hubo dos intentos de introducir el divorcio vincular. Uno, en noviembre de 1886, en que se presentó una iniciativa en el Congreso de la Unión, que ni siquiera fue tomada en consideración, según lo comentó el jurista contemporáneo Agustín Verdugo.<sup>21</sup> Otro en 1891, cuando algunos diputados pretendieron modificar el principio de indisolubilidad con el argumento de que la materia civil era materia local, por lo que no cabía que una ley federal estableciera la indisolubilidad conyugal como precepto para todos los estados de la federación, pero tampoco llegó a prosperar.<sup>22</sup>

## V. LA NOCIÓN DE MATRIMONIO EN LA DOCTRINA MEXICANA PREVIA A LA REVOLUCIÓN

Para los civilistas de la época, la reforma significa principalmente que el matrimonio deja de ser contemplado como un sacramento y, por lo tanto, como materia propia del derecho canónico, y se convierte en un

21 Verdugo, Agustín, *Principios de derecho civil mexicano*, cit., nota 18, pp. 30-31.

22 Sobre esta discusión puede verse, *Anuario y Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, VIII, 1891, 411 y ss. Agustín Verdugo pronunció un discurso defendiendo la indisolubilidad conyugal en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, recogido en Verdugo, Agustín, *Discursos, alegatos y estudios jurídicos* I, México, 1894, pp. 5-36. Ambas fuentes citadas por Sánchez Medal, R., *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, México, s.e., 1979, pp. 15-16.

asunto meramente civil, de la competencia exclusiva del Estado y las leyes civiles. De aquí derivan dos posturas: la que considera que el “matrimonio civil” no es propiamente un matrimonio, pues el matrimonio verdadero y único es el canónico, y la que considera que el matrimonio civil es una institución jurídica vigente, que como tal tiene que ser analizada y respetada. La primera postura la expresa Agustín Verdugo; la segunda, Esteban Calva y Manuel Mateos Alarcón

Agustín Verdugo declaraba que el matrimonio no podía ser equiparado a los demás contratos porque generaba, aparte de obligaciones jurídicas, muchas otras obligaciones morales. Él considera que el matrimonio fue establecido por el Creador, y que por lo tanto, está necesariamente unido a la religión; juzga que la secularización del matrimonio “es, sin duda alguna, el error más deplorable de los tiempos modernos”.<sup>23</sup> En concordancia con este punto de partida, sostiene tres afirmaciones a lo largo de su exposición: a) que la Iglesia es la única que tiene potestad para establecer la forma del matrimonio y juzgar acerca de su validez; b) que el matrimonio entre fieles es al mismo tiempo sacramento y c) que el matrimonio que no cumple los requisitos canónicos no es verdadero matrimonio. Su argumentación es principalmente teológica, con citas de documentos pontificios; en uno, de Pío VI, se afirma que la Iglesia “es la única que tiene derecho y plena potestad para determinar la forma del contrato de matrimonio, elevado a la dignidad más sublime del Sacramento, y por consiguiente, para juzgar sobre la validez ó invalidez de los matrimonios”;<sup>24</sup> en otro, de Pío IX, se dice:

Entre los católicos, ninguno puede ignorar que el matrimonio es verdadera y propiamente uno de los Siete Sacramentos...; de suerte que no puede haber entre los fieles matrimonio que al mismo tiempo no sea Sacramento; y que por lo mismo cualquier enlace de varón y mujer fuera del Sacramento, aunque sea celebrado en virtud de una ley civil, no es otra cosa que un torpe y funesto concubinato...

Bajo esta perspectiva se entiende la divertida e inteligente defensa que hizo este jurista de un militar acusado de bigamia, argumentando que como la primera unión había sido solo un “matrimonio civil”, en realidad no hubo matrimonio y por lo tanto al casarse civilmente con otra mujer

23 *Ibidem*, p. 22.

24 Carta del Papa Pío VI al obispo de Motola, citada por Verdugo, Agustín, *op. cit.*, nota 22, p. 24.

no cometió bigamia. A su juicio, lo que en el caso ocurría era “un doble concubinato tanto menos culpable cuanto más consentido por ambas mujeres”.<sup>25</sup>

En opinión de Verdugo, al legislador sólo le correspondía legislar “los efectos civiles del matrimonio, el contrato sobre bienes, su división, su administración, etcétera, etcétera”.<sup>26</sup> Fundamentaba su opinión en la afirmación de Santo Tomás de que el matrimonio está sujeto a la ley civil sólo en cuanto está ordenado al bien público. Los deberes que surgen del matrimonio son principalmente de orden moral y religioso, por lo que “pretender sujetarlo á la ley civil, como cualquier acto jurídico, es desconocer absolutamente su naturaleza divina así como humana”. Por eso sólo admite que se hable de que el matrimonio es “un contrato civil”, en el sentido de los efectos civiles del matrimonio con relación a los bienes de los esposos.

Por el contrario, Esteban Calva y Mateos Alarcón aceptaban la secularización del matrimonio como un hecho consumado, de modo que su interés era simplemente explicar el contenido de las disposiciones del código sobre el matrimonio civil. Esteban Calva, explicando el Código Civil de 1870, decía<sup>27</sup> que el matrimonio “es el contrato más antiguo”, pero al mismo tiempo, como fundamento de la familia “es la más respetable de las instituciones humanas”. Comentando la legislación mexicana, decía<sup>28</sup> que “antes de la Reforma” el matrimonio se celebraba conforme a la doctrina y derecho de la Iglesia, y que “el contrato así celebrado surtía todos los efectos civiles”, pero que una vez declarada la independencia de la Iglesia y del Estado “como consecuencia precisa debía separarse el contrato del Sacramento del matrimonio”. La secularización del matrimonio era, según su opinión, simplemente una “consecuencia precisa” de la independencia entre la Iglesia y el Estado, la cual parece considerarla como una regla axiomática indiscutible.

Esteban Calva no parece inquietarse por discutir acerca de la naturaleza del matrimonio. Para él, parece muy claro que, después de la Reforma, el matrimonio es un contrato civil. Es notable que en su libro,<sup>29</sup> después de transcribir la definición de matrimonio del código, que dice que

25 Verdugo, Agustín, *op. cit.*, nota 18.

26 *Ibidem*, p. 29.

27 Calva, Esteban, *Instituciones de derecho civil*, México, s.e., 1874, t. I, p. 75.

28 *Ibidem*, p. 76.

29 *Ibidem*, p. 77.

es una “sociedad legítima”, solamente comenta que “este contrato no sigue las reglas de los demás”; no se pregunta por qué el código lo define como “sociedad legítima”, o qué significan esas palabras, sino que da por supuesto es un contrato diferente de los demás, y la diferencia principal que ve es que para celebrarlo se requiere la presencia del juez del registro civil.

Respecto del artículo que señala que las condiciones contrarias a los fines del matrimonio se tendrán por no puestas, comenta<sup>30</sup> que en el derecho anterior tales condiciones hacían nulo el matrimonio, pero que en el Código Civil el legislador las ha dejado sin efecto con el fin de proteger la subsistencia del matrimonio. No se cuestiona si el consentimiento expresado con esas condiciones es realmente un consentimiento matrimonial.

El divorcio vincular lo tiene como algo del pasado, algo que ocurría “en tiempos remotos” en pueblos que dieron “un triste ejemplo de demoralización social”.<sup>31</sup>

Manuel Mateos Alarcón, comentando el Código Civil de 1884, tenía la misma postura más acomodada a la legalidad vigente. En sus *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal* se ocupa del matrimonio en la “lección sexta”.<sup>32</sup> La lección comienza reproduciendo la definición de matrimonio del código, a la que sigue una exposición de la posición del autor respecto del tema. Comienza afirmando que “el matrimonio debe su origen a la naturaleza, su perfección a la ley y su santidad a la religión que lo elevó a la dignidad de sacramento”. En esta primera afirmación ya anuncia su posición: el matrimonio se perfecciona por la ley. Luego afirma que en México “antes de ahora” el matrimonio era legislado exclusivamente por el derecho canónico, y que a la potestad civil le competía exclusivamente la regulación de “los efectos meramente civiles y pecuniarios”. Una vez “proclamada la separación de la Iglesia y el Estado... y declarada la libertad de cultos, el matrimonio fue considerado exclusivamente como un contrato civil, del resorte exclusivo de las leyes y de las autoridades civiles”. En conclusión, afirma que se ocupará exclusivamente “del matrimonio considerado como contrato civil, sin tener en cuenta las disposiciones canónicas, que sólo obligan en el fuero de la conciencia a los católicos”.

30 *Ibidem*, pp. 77-78.

31 *Ibidem*, pp. 104-105.

32 Mateos Alarcón, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, I, México, 1885. La “lección sexta” (pp. 75 y ss.) se ocupa del matrimonio.

Conviene hacer notar que Mateos Alarcón, no obstante afirmar que el matrimonio “debe su origen a la naturaleza” y reconocer, en la parte preliminar de su obra, la existencia de leyes naturales,<sup>33</sup> no hace en su análisis del matrimonio civil ninguna referencia a leyes naturales, sino que es exclusivamente un análisis del texto del código, y ni siquiera hace una explicación o comentario a la definición del matrimonio ahí recogida. Al igual que Calva, no se cuestiona acerca de la naturaleza del matrimonio, pues le basta saber que, conforme a la ley, es un contrato civil.

Respecto del vínculo matrimonial, opinó que “tanto es el respeto que merece ese vínculo, como uno de los principales fundamentos sobre los que reposa la sociedad, que no sólo se ha declarado su indisolubilidad por los artículos 159 y 239 del Código Civil, sino que ésta se ha elevado a la categoría de precepto constitucional”.<sup>34</sup>

La expresión “contrato civil” para estos autores tiene ya una connotación diferente de la que tuvo en la ley de 1859. En esta ley, lo “civil” se opone a lo canónico, de modo que la expresión “contrato civil” originalmente quería decir un contrato cuya regulación corresponde al poder civil. Para los autores que comentan el código, la expresión “contrato civil” ya se limita a significar uno de los contratos regidos por el código civil. Conforme a la primera acepción, el matrimonio “civil” podía entenderse como un acto privado o como un acto público, regulado por la ley civil o del Estado; conforme a la segunda, el matrimonio se entiende como un acto privado, como uno de los contratos que regula el código civil, si bien un contrato especial o peculiar. Esto hace ver que la secularización del matrimonio, no sólo lo excluyó del ámbito del derecho canónico, sino además del ámbito del derecho público, y lo dejó como una figura irregular del derecho privado.

Las dos posturas que representaban los autores mexicanos citados eran contradictorias entre sí. O el matrimonio es sacramento, como afirmaba Verdugo, o es simplemente un contrato civil, como afirmaban Calva y Mateos Alarcón. De aquí se pasaba fácilmente a considerar que el término matrimonio no es unívoco, sino que tiene que calificarse, como matrimonio civil o matrimonio canónico (o matrimonio-sacramento). Resulta así que se llega a entender que hay, al menos dos tipos de matrimonio, uno regulado por la ley civil y otro regulado por la ley canónica. Se oscurece así la realidad de que el matrimonio es una institución natural,

33 *Idem.*

34 *Ibidem*, p. 118.



previa a la legislación y el derecho. Por eso, no obstante que Calva y Mateos Alarcón, lo mismo que Verdugo, antes de comenzar el análisis jurídico hacen consideraciones acerca de que el matrimonio es el contrato más antiguo o la institución de la que depende la familia, fácilmente se olvidan de esto y se concentran en el análisis teológico-canónico del sacramento o en el análisis legislativo del matrimonio civil.

## VI. LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

La revolución constitucionalista encabezada por Carranza no tenía originalmente una preocupación por reformar el régimen matrimonial. El Plan de Guadalupe firmado en la hacienda de Guadalupe, en Coahuila, el 26 de marzo de 1913 nada decía de esta materia. Pero en el decreto que adicionó el Plan de Guadalupe, firmado el 12 de diciembre de 1914, se habla ya del matrimonio. En la exposición de motivos o “considerandos” del decreto de reformas y adiciones se afirma que toda vez que la División del Norte se ha negado a hacer las reformas políticas y sociales que requiere el país, alegando que primero debe restablecerse el orden constitucional, e impidiendo así el establecimiento de un gobierno “preconstitucional”, el “primer Jefe de la Revolución Constitucionalista tiene la obligación de procurar que cuanto antes se pongan en vigor todas las leyes que deben cristalizar las reformas políticas y económicas que el país necesita”. En el artículo 2o. del decreto se mencionaba que entre las reformas que debía realizar el primer jefe estaba la “revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas”.

En consecuencia de este decreto, Carranza expidió, mientras estaba asentado el gobierno revolucionario en Veracruz, dos decretos con el fin de introducir el divorcio vincular. En uno, del 29 de diciembre de 1914, modificaba la ley orgánica de las adiciones y reformas constitucionales de 1874 para quitar la indicación de que el matrimonio civil sólo terminaba con la muerte de uno de los cónyuges.<sup>35</sup> La nueva fracción IX del artículo 23 de dicha ley decía:

35 El decreto fue publicado en el periódico *El Constitucionalista*, Veracruz, México, núm. 4, 2 de enero de 1915. Puede verse en *Leyes complementarias del Código Civil*, México, E. Pallares, 1920, pp. 412-416.

El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

En la exposición de motivos del decreto se comenzaba afirmando que “el matrimonio tiene como objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida; que, en esa virtud se contrae siempre en concepto de unión definitiva...” De esta manera, en principio, respeta el concepto tradicional del matrimonio recogido en el Código Civil, pero más adelante añade que, como no siempre se alcanzan los fines para los cuales se contrae el matrimonio, la ley debe prever esos casos, aun cuando sean “excepcionales”, en que libere a los cónyuges “de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia”. Con esto se afirma que al contraer el matrimonio los cónyuges adquieren la obligación de permanecer unidos durante toda la vida, y que la ley puede eximirlos de esa obligación. En esta afirmación va implícita la idea de que el matrimonio es un acto jurídico, o más bien legal, que el legislador puede regular libremente sin ninguna limitación, hasta el punto de desvincular a los cónyuges que por su propio consentimiento se vincularon vitaliciamente.

La razón principal que justifica el divorcio vincular es que la mera separación sin disolución del vínculo es una situación “contraria a la naturaleza” y al derecho de todo ser humano a procurar su bienestar y “satisfacer sus necesidades”. Pero además se aducen “el ejemplo de las naciones civilizadas”, y en especial se cita a Inglaterra, Francia y Estados Unidos. Se echa mano también de una argumentación jurídica contractualista, según la cual el matrimonio es un contrato civil que se contrae por la voluntad y, por lo mismo, puede disolverse por la voluntad de los mismos contrayentes.

También se usan argumentos de tipo sociológico, que consideran cada una de las tres “clases” sociales: “entre las clases desheredadas” sucede que no se casan civilmente, sea por pobreza, sea por “temor de contraer un lazo de consecuencias irreparables”, por lo que ya sin ese miedo, al admitirse el divorcio vincular, será más fácil que se casen y se reduzca así el número de hijos ilegítimos; en las “clases medias”, la mu-

jer es ordinariamente la víctima del matrimonio disuelto, que casi siempre se frustra “por culpa del marido”, de modo que el divorcio vincular viene a “levantar a la mujer” y a emanciparla “de la condición de esclavitud que en la actualidad tiene”; y por último, respecto de las “clases elevadas y cultas”, que conocen el ejemplo de otros países, ya están “acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como perfectamente natural”.

Se abunda con argumentos moralizantes:

El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida.<sup>36</sup>

Los argumentos, en síntesis, son que el divorcio vincular: *a)* es conforme con la naturaleza humana; *b)* es congruente con la naturaleza contractual del matrimonio, al menos el divorcio por mutuo consentimiento; *c)* es conveniente para las tres clases en que se divide sociedad mexicana, y *d)* es un factor de moralización de la vida conyugal y familiar.

No obstante esas razones, los “considerandos” del decreto concluían con la advertencia de que el divorcio vincular es sólo “un caso de excepción”, por lo que “es preciso reducirlo sólo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación”. No obstante, el artículo 2o. transitorio autorizaba a los gobernadores para que ellos mismos expidieran leyes a fin de establecer el divorcio vincular.

Como consecuencia de ese primer decreto divorcista, Carranza expidió otro, el 29 de enero de 1915, por el que modificaba el Código Civil del Distrito Federal para “establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión legítima”.<sup>37</sup>

36 *El Constitucionalista*, periódico oficial de la Federación, Veracruz, 2 de enero de 1915, citado por Sánchez Medal, R., *op. cit.*, p. 18, n.1.

37 Sánchez Medal, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, México, *cit.*, nota 22, p. 18.

No está claro el motivo por el que la revolución constitucionalista asumió como propia la causa del divorcio vincular. Sánchez Medal opina que había un interés personal de dos ministros de Carranza, Luis Cabrera y Félix Palavicini. Fundamenta su afirmación en que pocos días después del segundo decreto, Palavicini, entonces subsecretario de Instrucción Pública, envió una carta el 25 de febrero de 1915 a Luis Cabrera, secretario de Hacienda, para que éste hiciera una nueva publicación del decreto para corregir ciertos errores de redacción, el cual respondió el mismo día, y el 4 de marzo de 1915 se publicaban las enmiendas en *El Constitucionalista*, entonces el periódico oficial. Dice Sánchez Medal que “así anticiparon estos dos ministros de Carranza su interés personal en la cuestión, como lo confirmaron después sucesivamente a través de sus respectivos divorcios”.<sup>38</sup>

Hubo luego un intento de introducir el divorcio vincular en la propia Constitución. En la 63a. sesión ordinaria del Congreso constituyente, el 26 de enero de 1917, se discutía el proyecto de artículo 129, el cual reproducía el párrafo incorporado a la Constitución de 1857, proveniente de la ley de julio de 1859, que declaraba que el matrimonio es un contrato civil; entonces el diputado Pastrana Jaimes propuso adicionar el artículo con un párrafo que dijera “el matrimonio es un contrato civil disoluble”, y en apoyo de su iniciativa afirmaba que “todos los revolucionarios saben perfectamente bien que se ha expedido la ley que consigna el divorcio y es de todo punto indispensable elevar a precepto constitucional ese principio que es una de las principales causas de la revolución constitucionalista”.<sup>39</sup> En esa sesión no se debatió la conveniencia de hacer esta adición, sino que simplemente se aprobó el proyecto de artículo 129 como estaba y se dejó para otra sesión discutir lo relativo a la adición sobre el matrimonio. En la sesión permanente, los días 29, 30 y 31 de enero, se aprobó el párrafo relativo al matrimonio en los mismos términos que tenía en la Constitución de 1857 adicionada, sin siquiera discutir la propuesta del diputado Pastrana Jaimes de que se dijera que el matrimonio era un contrato “disoluble”. Llama la atención que no se discutiera la propuesta del diputado Pastrana Jaimes, toda vez que el divorcio vincular ya estaba establecido en los decretos citados; quizá simplemente se eludió la cuestión para no generar una discusión cuando el Congreso constituyente ya estaba a punto de concluir sus trabajos.

38 Sánchez Medal, Ramón, *El divorcio opcional*, México, s.e., 1974, p. 28.

39 El texto de los debates puede verse en *Derechos del Pueblo Mexicano*, op. cit., nota 15.

Apenas aprobada la Constitución, Carranza promulgó la Ley sobre Relaciones Familiares. La ley se publicó de manera fraccionada entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917. La ley derogaba los capítulos respectivos del Código Civil de 1884 y, entre otras novedades, establecía el divorcio vincular. En la exposición de motivos se establecía que se trataba de organizar la familia “sobre bases más racionales y justas” que las que hasta entonces habían fundado la familia. Sigue, naturalmente, haciendo una crítica “de las viejas ideas romanas conservadas en el derecho canónico”, dice que el *paterfamilias* romano tenía un poder absoluto sobre sus hijos y sobre la mujer y que “el Cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia, pues el derecho canónico aceptó las relaciones familiares establecidas por el derecho romano” y que antes bien, el Cristianismo reforzó el poder absoluto del marido sobre la mujer “pues al comparar al marido con Cristo y a la mujer con la Iglesia, dio tanto poder a aquél, que los mismos teólogos llegaron a sostener que, al celebrarse el matrimonio, el sacerdote oficiaba como testigo y no como ministro, pues el verdadero ministro era el contrayente”. Es impresionante la ostentación de ignorancia que hacía el “primer jefe” o quien haya redactado la exposición de motivos. Afirmar que el Cristianismo y el derecho canónico simplemente aceptaron el régimen familiar romano, o que el Cristianismo reforzó el poder absoluto del varón sobre la esposa, porque los contrayentes son los ministros del sacramento del matrimonio y no el sacerdote, son muestras de una mentalidad ideologizada que no para en sus afirmaciones con tal de obtener la conclusión preconcebida.

La crítica continúa con la legislación liberal, que no obstante que reconoció al matrimonio “como contrato”, no llegó a sacar las consecuencias que debía, sino que llegó a aceptar “la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo conyugal”. Afirmar que siendo los “objetos esenciales” del matrimonio la procreación y la ayuda mutua, “no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que, en muchos casos, puede ser contraria a los fines de las nupcias”, y que además el matrimonio indisoluble era opuesto al artículo 5o. constitucional, que desconocía que cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida o menoscabo de la libertad, y la mujer al casarse perdía su libertad, pues no podía contratar sin la autorización del marido.

Luego vienen los fundamentos de las nuevas disposiciones. El primero es netamente revolucionario: las reformas políticas y sociales llevadas a cabo por la Revolución “no pueden implantarse debidamente sin las

consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales, y muy especialmente a las familias”. Es decir, la familia tiene que reformarse de acuerdo con el proyecto revolucionario. El otro es que el matrimonio se regula de modo “que se aseguren los intereses de la especie y los de los mismos cónyuges”, sobre todo los de la esposa que suele ser la “víctima” del matrimonio más que un colaborador.

Desde un principio, fue cuestionada la constitucionalidad de la Ley sobre Relaciones Familiares por un abogado de la barra, pues la expidió el titular del Ejecutivo cuando ya existía un Congreso en funciones.<sup>40</sup> También se le criticó el modo precipitado de hacerla, pues se emitió sin ninguna discusión ni consulta pública previas.<sup>41</sup> Eduardo Pallares, quien hizo una edición de esa ley concordada con el Código, comentaba<sup>42</sup> que era una ley “profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar... Sus autores no temieron desafiar a una porción considerable de la opinión pública”; sin embargo, se lamentaba que a pesar de la importancia de esta ley, comparable con la de los artículos 3o. y 123 constitucionales, no provocó mayores discusiones o comentarios sino que “ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente, algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica”.

La ley propuso una nueva definición del matrimonio, en su artículo 13, que dice: “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. Son las mismas palabras que la definición de los códigos civiles, salvo que en vez de decir que el matrimonio es “sociedad legítima” dice que es “contrato civil”, y en lugar de “vínculo indisoluble” dice “vínculo disoluble”. El principio relativista, introducido en la Ley sobre el Matrimonio Civil de 1859, conforme al cual el matrimonio es lo que el legislador determine, se aplicaba con el objeto de establecer que el matrimonio es necesariamente disoluble. Pero seguía pesando también la tradición: se mantiene la idea de la unidad del matrimonio (un solo hombre y una sola mujer) y de que sus fines son la

40 Matus, E., “El divorcio y la nueva ley sobre relaciones familiares”, *El Foro*, México, 1a. época, II, 25, julio de 1919, pp. 7-9.

41 Macedo, Pablo, *Evolución del derecho civil*, México, 1942. Este ensayo también fue publicado como parte integrante del volumen.

42 Pallares, Eduardo, *Ley sobre Relaciones Familiares, comentada y concordada*, 2a. ed., México, 1923, pp. 5-6., citado por Sánchez Meda, Ramón *Los grandes cambios en el derecho de familia de México*, México, 1979, *cit.*, nota 22, p. 24.

perpetuación de la especie y la ayuda mutua; a estos fines incluso los llamará (artículo 16) “fines esenciales del matrimonio”.

Hubo otra novedad importante introducida por esta ley, que fue la necesidad de que el juez declarara a los contrayentes “unidos en nombre de la ley y de la sociedad” (artículo 3o., 2 párrafo) y que dicha declaración constara en el acta de matrimonio (artículo 5-VI). Con esta disposición resulta que el mero consentimiento de los cónyuges no produce el vínculo matrimonial, sino que es necesaria, además, la declaración del juez. Contrasta esta disposición con la legislación orgánica de la reforma vigente hasta 1916 que decía (artículo 23-VIII) que “la voluntad de los contrayentes libremente expresada en la forma que establezca la ley, constituye la esencia del matrimonio civil”. Ahora se requiere el consentimiento de los contrayentes y además la declaración del funcionario, de modo que el matrimonio, no obstante que la misma ley carrancista dice que es un contrato civil, se convierte en un acto mixto que requiere del concurso del poder público.

## VII. LOS COMENTARISTAS ANTERIORES AL CÓDIGO CIVIL DE 1928

Ricardo Couto publicó su *Derecho civil mexicano*<sup>43</sup> dos años después de que entrara en vigor la Ley sobre Relaciones Familiares. Era una obra preparada como comentario al Código Civil de 1884, y que tuvo que actualizar insertando un apéndice al tomo primero, que trata sobre las personas, con la Ley sobre Relaciones Familiares y los comentarios correspondientes.

Al iniciar su comentario al título quinto del código sobre el matrimonio, afirma que el matrimonio es la “institución más importante del derecho civil” y a fin de explicar su naturaleza y fines, transcribe<sup>44</sup> un párrafo de D’Aguanno (*Génesis y evolución del derecho civil*) que dice que los fines del matrimonio son “reforzar al individuo en la lucha por la existencia, complementar cada uno de los sexos con la cooperación del otro, satisfacer las necesidades sexuales de un modo ordenado y legal, proveer a la existencia y al desarrollo de las generaciones futuras”. Añade luego que, según el mismo autor citado, el matrimonio que “la ciencia aconseja” es aquel que sirve para “acompletar las actividades de los cónyuges,

43 Couto, Ricardo, *Derecho civil mexicano*, México, s.e., 1919, 3 tomos.

44 *Ibidem* I., p. 177.

desarrollar los afectos domésticos, que sirven de preparación a los afectos sociales, elevar las ideas, dar impulso al trabajo y hacer que se contraigan hábitos de orden y regularidad”, por lo cual es necesario que el matrimonio se realice con libertad: “que nazca de la libre elección de los cónyuges... de un impulso de pasión mutua, que atrae a los seres cabalmente como la afinidad química atrae las moléculas”. Después de transcribir estas palabras, Ricardo Couto afirma complacido que “ninguna explicación puede darse más completa de la naturaleza y fines del matrimonio”.

Es de notar que el autor cuando quiere hablar sobre la naturaleza del matrimonio transcribe un párrafo doctrinario, y no tiene en cuenta la definición del código. Cuando ya comienza el análisis de los artículos, reproduce el artículo 155 del código que consigna la definición de matrimonio, y luego comenta, en un sentido muy parecido al de Esteban Calva, “aunque esta definición considera al matrimonio como una sociedad, o lo que es lo mismo, como un contrato, a nadie se le ocurrirá pensar, que sea equiparable a los demás contratos”.<sup>45</sup> En otras palabras, entiende que el matrimonio es un contrato civil especial. Prosiguiendo con esta materia, Couto afirma que “las relaciones jurídicas que origina el matrimonio no afectan en nada a los intereses pecuniarios de los esposos, sino a sus intereses morales, y muy principalmente a los intereses de la sociedad”, pero no saca de esta observación la consecuencia de que el matrimonio sea más bien un acto público que un contrato privado.

Al comentar el artículo 158, que dice que la condición “contraria a los fines del matrimonio” se tendrá por no puesta, dice que la regla se explica porque el matrimonio interesa sobre todo a la sociedad; “de aquí que no sean libres los contrayentes para imponer en su matrimonio todas las condiciones que quieran, sino únicamente aquellas que no pugnen con la naturaleza de la institución”.<sup>46</sup> Se advierte aquí, que la regla sobre invalidez de estas cláusulas se entiende como una limitación a la libertad contractual, en principio absoluta, por razón de interés público. Ya no es, como en el derecho canónico, que una condición o pacto de esa naturaleza haga nulo el consentimiento matrimonial, y por lo tanto dé como resultado la nulidad del mismo matrimonio, sino que se entiende que el matrimonio es válido, pero el pacto es nulo, de modo que la ley suple la voluntad de los cónyuges estableciendo que aunque ellos no quieran los

45 *Ibidem*, p. 178.

46 *Ibidem*, p. 179.



fines del matrimonio, al haberse casado, están obligados a ellos por disposición de la propia ley.

Llama la atención que al comentar esta cláusula el autor no precise cuáles son los fines del matrimonio, no obstante que el artículo 155 dice que el matrimonio se contrae para la perpetuación de la especie y la ayuda mutua. Cuando él habla de los fines, lo hace en su párrafo de introducción al tema, cuando cita las palabras de D'Aguanno arriba transcritas, quien se refiere a fines tan vagos como “completar las actividades de los cónyuges, desarrollar los afectos domésticos..., elevar las ideas, dar impulso al trabajo, y hacer que se contraigan hábitos de orden y de regularidad”.

El comentario de Couto fue preparado antes de que entrara en vigor la Ley sobre Relaciones Familiares, que se comentará más adelante, pero posiblemente después de los decretos de Carranza que introdujeron el divorcio (29 de diciembre de 1914 y enero de 1915). Por eso, al comentar este autor el capítulo del código relativo al divorcio no vincular, es decir la separación de cuerpos sin posibilidad de contraer nuevo matrimonio, critica el régimen del código y se muestra partidario del divorcio vincular. Después de hacer una presentación de los argumentos a favor y en contra, él opina que ambas posiciones tienen un mismo punto de partida, que es que “hay casos en que por hacerse imposible la convivencia entre los esposos, se impone la inmediata separación; la cuestión se reduce, pues, a saber qué es preferible: si la separación acompañada de la disolución de un lazo que la naturaleza se ha encargado ya de disolver, o la separación, manteniendo un matrimonio que en realidad no existe más que de nombre”.<sup>47</sup> En estas palabras está implícita la idea de que el matrimonio es simplemente la convivencia, por eso se afirma que al separarse los esposos la “naturaleza” ya disolvió el lazo y que estando separados los esposos el matrimonio es sólo “de nombre”. Esto lo hace explícito más adelante cuando dice “y si la vida en común, que es la base del matrimonio, se ha roto, es absurdo sostener que haya matrimonio; pretender que éste subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción; en efecto, ¿qué queda del matrimonio una vez rota la comunidad de existencia?...”.<sup>48</sup>

En apoyo de su posición favorable al divorcio vincular, no cita ningún autor mexicano, sino sólo tres franceses: Glasson (*Le mariage civil*

47 *Ibidem*, pp. 302-303.

48 *Ibidem*, p. 204.

*et le divorce*), Laurent (*Principes de droit civil français*) y Baudry Lacan-nerie (*Traité theorique et pratique de droit civil*).

Después de argumentar en favor del divorcio vincular, diciendo que es moralmente mejor que la separación porque evita que los cónyuges separados entren en uniones ilegítimas al hacerse “legítima” una nueva unión, que los hijos queden deseducados por ver a sus padres en uniones ilegítimas y sujetos a una madrastra o padrastro, y protege mejor a la mujer, pues la situación de la divorciada es mejor que la de la separada, por lo cual concluye “que el divorcio, sin dejar de tener los mismos inconvenientes que la simple separación de cuerpos, presenta innumerables ventajas que ésta no tiene; desde luego es más conforme con los principios, y encerrado dentro de justos límites, es una institución de moralidad”.<sup>49</sup> Sin embargo reconoce, como todos los autores que conoce, que “el ideal que debe perseguirse en el matrimonio es la perpetuidad del vínculo”,<sup>50</sup> con lo que está afirmando que la indisolubilidad no es una propiedad o característica esencial del matrimonio, no es algo que está en el matrimonio mismo, sino un ideal externo que puede ser alcanzado o no, algo así como la riqueza económica que el matrimonio puede alcanzar o no.

Los argumentos de Couto son muy parecidos a los que presenta la exposición de motivos de la ley, en particular coinciden en la idea de la “moralidad” del divorcio, y en la excepcionalidad de esta medida. Coinciden también acerca de la naturaleza del matrimonio, en el sentido de que es esencialmente la convivencia, sólo que la exposición de motivos de la ley se dice que es la voluntad de permanecer unidos lo que hace el matrimonio, en tanto que Couto se refiere directamente a la convivencia.

Después de su larga exposición a favor del divorcio vincular, Couto explica el artículo 225 del código, que afirma que el divorcio no disuelve el vínculo, diciendo que “el legislador de 1884, fiel a nuestras tradiciones jurídicas, respetuoso de los sentimientos del pueblo mexicano que, con razón o sin ella, repugna con la institución del divorcio, y temeroso de las consecuencias que su implantación podría producir en México, ha declarado la indisolubilidad del matrimonio...”.<sup>51</sup> Con esta afirmación parece sugerir que el divorcio vincular, aunque teóricamente le parece mejor, es dudoso que sea un bien para México porque es contrario a nuestras tradiciones.

49 *Ibidem*, p. 307.

50 *Loc. cit.*

51 *Ibidem*, p. 308.

Al comentar la Ley sobre Relaciones Familiares, Couto manifiesta sus dudas sobre la conveniencia de ella para México, no obstante que alaba, como regla abstracta, el divorcio vincular: “tenemos, sin embargo, el escrúpulo de dudar de si la nueva concepción del matrimonio producirá en nuestro medio los benéficos resultados que de ella se esperan, o si, por el contrario, será un elemento más de corrupción de nuestra sociedad”.<sup>52</sup>

Couto llega a opinar, en puntos específicos, que el régimen del divorcio establecido en la Ley sobre Relaciones Familiares sirve como “el medio de realizar los egoísmos de los esposos”, especialmente cuando analiza la causal de divorcio por enfermedad o incapacidad para procurar los fines del matrimonio; en el Código Civil de 1884, dicha causal tenía efecto cuando la enfermedad o incapacidad existía antes de la celebración del matrimonio y no era conocida por el otro cónyuge; la Ley de Relaciones Familiares acepta esa causal de divorcio cuando la enfermedad sobreviene durante el matrimonio. Al respecto comenta este autor “de ningún modo aprobamos este criterio que pugna abiertamente con la naturaleza del matrimonio, pues si éste tiene por objeto ayudarse a llevar el peso de la vida (artículo 13), es injusto e inmoral que cuando uno de los esposos tenga la desgracia de estar enfermo, se autorice al otro a abandonarlo”.<sup>53</sup>

## VIII. CONCLUSIONES

La noción tradicional del matrimonio, como unión legítima, indisoluble, para la procreación y ayuda mutua, que era la noción común en México, después de la Independencia, comienza a ser desfigurada en las leyes promulgadas por el Estado. El punto de partida es la ley de julio de 1859 que indica que el matrimonio es un contrato civil que será válido cuando se realice conforme a las leyes civiles, con lo cual el legislador asume la función de definir qué es el matrimonio y cómo se contrae válidamente. La tendencia a la intervención legislativa en materia matrimonial se refuerza en la ley de adiciones constitucionales de 1873, que añade que el legislador tiene también la facultad de establecer los efectos o “fuerza” que tenga el matrimonio.

El cambio principal que se introduce por la legislación fue crear la apariencia de que existen dos matrimonios posibles, uno canónico y otro

52 *Ibidem*, p. 392.

53 *Ibidem*, pp. 434-435.

civil: uno que es congruente con la moral cristiana y el derecho canónico, y el otro con la moral laica y las leyes civiles. El matrimonio canónico, como dirían Esteban Calva o Mateos Alarcón, sólo obliga a los católicos en el fuero de su conciencia. El matrimonio civil, en cambio, es obligatorio para todas las personas que se casen en México, católicos o no. De los dos puede decirse que son matrimonios, pero la protección jurídica sólo la tiene el matrimonio civil, de modo que podría concluirse fácilmente que el único matrimonio jurídicamente válido es el matrimonio civil. Esta situación no se remedia de fondo con la legislación matrimonial del Segundo Imperio, pues si bien se reconoce que el matrimonio canónico vale como matrimonio civil, se mantiene la distinción entre dos matrimonios posibles.

Cabe observar que la definición tradicional del matrimonio, que recoge el *Diccionario* de Escriche y los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no define el matrimonio como sacramento, sino como una sociedad o unión que tiene unos fines propios y que ha de hacerse conforme a las leyes civiles y canónicas, si fuera el caso. Es una definición doctrinal, que vale por su propia racionalidad, y no por estar consignada en una ley, y que es aplicable a cualquier matrimonio, sea que el matrimonio, por ser entre fieles bautizados, tenga además carácter sacramental, sea que no lo tenga por ser contraído entre personas no católicas o incluso no creyentes. Es una definición que proporciona una noción general de matrimonio, pero a la vez precisa, pues indica dos fines esenciales del matrimonio: la procreación y la ayuda mutua, y dos características propias de la unión: la unidad (monogamia) y la indisolubilidad.

Cuando el Estado se arroga la facultad de definir la naturaleza y efectos del matrimonio, entonces el legislador tiene la necesidad o incluso el “deber” de definir el matrimonio. De modo que lo que antes del Estado era un asunto de reflexión entre los filósofos, moralistas, teólogos y juristas, se convierte ahora en un asunto político que debe ser resuelto por el Poder Legislativo del Estado. Matrimonio es lo que dice el legislador, no lo que afirman los especialistas ni lo que creen las personas comunes que se casan.

Durante los gobiernos liberales, los legisladores hicieron uso de esa facultad para definir el matrimonio en los términos tradicionales, de modo que la Ley Orgánica de la Reforma de 1874 estableció un régimen matrimonial federal que parte de la noción tradicional del matrimonio recogida en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Como confiesa Cou-

to,<sup>54</sup> el legislador no quiso violentar las creencias comunes del pueblo mexicano, o como irónicamente señalaba Verdugo,<sup>55</sup> el legislador no tuvo otra idea mejor que la noción tradicional.

Sin embargo, en esos años comienza a difundirse la idea, recogida como precepto constitucional en la ley de adiciones constitucionales, de que el matrimonio es un “contrato civil”, en el sentido de un contrato de la misma naturaleza que los que regula el código civil, si bien con ciertas características especiales. Con esto, se va difuminando la noción de que el matrimonio es una sociedad o unión, es decir una relación interpersonal, y va prevaleciendo la de que el matrimonio es un contrato o acuerdo de voluntades, que para surtir efecto, debe cumplir las formalidades prescritas en la ley.

La noción tradicional del matrimonio fue modificada expresamente por la ley por vez primera en el decreto divorcista de Carranza del 29 de diciembre de 1914,<sup>56</sup> que establece que el vínculo matrimonial puede ser disuelto. Con esto se define como matrimonio a una unión que carece de una de las propiedades o notas esenciales del mismo, lo que da lugar a que la noción de matrimonio pierda precisión, y con esa palabra pueda designarse uniones que no corresponden a la esencia matrimonial. La relativización del concepto de matrimonio, que se inicia con la afirmación de que existen dos matrimonios posibles, el civil y el canónico, prosigue con la distinción de otros dos tipos de matrimonio, el matrimonio disoluble (que se identifica con el matrimonio civil) y el matrimonio indisoluble (que se identifica con el matrimonio canónico).

La introducción del divorcio en México se hizo de forma revolucionaria, por medio de un decreto emitido por un grupo armado, sin consulta a la población, y ratificado por una ley, la de relaciones familiares, expedida por el Ejecutivo en uso de facultades legislativas extraordinarias, cuando ya existía un Poder Legislativo constitucional. Es notable que el único civilista mexicano que defiende el divorcio, Couto, lo hace con apoyo en autores extranjeros, franceses, sin citar ningún autor mexicano, y que no obstante la defensa teórica que hace del divorcio, manifiesta sus dudas de que resulte benéfico para la nación mexicana.<sup>57</sup> La misma inse-

54 Couto, Ricardo, *Derecho civil mexicano cit.*, nota 43.

55 Verdugo, Agustín, *Principios de derecho civil mexicano, cit.*, nota 18, p. 27: “dicha ley nada establece contrario á los fines del matrimonio ni á la más sana moral... Rinde, pues, dicha ley... un valiosísimo tributo de respeto á la verdad católica, que no ha sido enmendada ni por sus enemigos...”.

56 Mateos Alarcón, Manuel, *op. cit.*, nota 32, p. 75 y ss.

57 Couto, Ricardo, *Derecho civil mexicano cit.*, nota 43, pp. 307-392.

guridad manifiesta la exposición de motivos de la Ley de Relaciones Familiares, cuando afirma que el divorcio es una medida totalmente excepcional y extrema, y que el ideal, es decir lo mejor posible, es la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

La pérdida que significa el abandono de la indisolubilidad del vínculo matrimonial para la relación matrimonial quedó prácticamente evidenciada en una de las causas de divorcio que previó la Ley sobre Relaciones Familiares, y que se ha conservado en la legislación posterior:<sup>58</sup> es causa de divorcio que uno de los esposos contraiga una enfermedad grave o incurable y contagiosa así como la impotencia sobrevenida; con esto, la ley autoriza que el cónyuge sano abandone al enfermo, lo cual, incluso para un autor defensor del divorcio, como Ricardo Couto, es abiertamente contrario a la naturaleza del matrimonio.<sup>59</sup> La aceptación del divorcio vincular, como lo indica la presencia de esta causal de divorcio, implica una relajación profunda de las obligaciones que derivan del matrimonio.

La Ley sobre Relaciones Familiares también modificó el concepto tradicional del matrimonio al establecer, de acuerdo con los textos constitucionales, que el matrimonio es un “contrato civil” y no una “sociedad” como decían los códigos anteriores. Esta idea incluso fue usada para justificar la introducción del divorcio vincular, pues como los contratos se perfeccionan por el libre consentimiento, también se deshacen por el libre consentimiento, y siendo el matrimonio un contrato que se perfecciona por el consentimiento, por la misma razón puede deshacerse por el consentimiento contrario de los esposos.

Sin embargo, la ley mantuvo el señalamiento de los fines esenciales del matrimonio: la procreación y la ayuda mutua, así como la idea de que tales fines son necesarios para la existencia del matrimonio, por lo que dispone que cualquier condición contraria a los fines del matrimonio se tienen por no puesta (artículo 16) y que si uno de los cónyuges queda impedido para cumplir los fines esenciales del matrimonio (artículo 76, fracción IV), éste puede disolverse. Cabe notar que estas dos reglas se daban en el régimen tradicional del matrimonio, pero con un alcance distinto: las condiciones contrarias a los fines del matrimonio tenían el efecto de hacer nulo el matrimonio, porque se entendía que al poner una condición de este tipo los cónyuges no querían en realidad casarse, y la incapacidad para cumplir los fines del matrimonio era un impedimento para contraerlo,

58 *Código Civil para el Distrito Federal*, artículo 267-VI.

59 Couto, Ricardo, *op. cit.*, nota 43, pp. 434-435.

pero si la incapacidad sobrevénia después de celebrado el matrimonio, no tenía ningún efecto.

La introducción del divorcio vincular también tuvo el efecto de debilitar la noción del matrimonio como relación jurídica, que genera obligaciones y derechos entre las partes, y empezar a considerarlo como mera unión de hecho. Así se manifiesta en los argumentos divorcistas consistentes en la afirmación de que el matrimonio termina de hecho cuando los cónyuges no conviven, o no interactúan entre sí, aun cuando vivan bajo el mismo techo. En ese argumento está implícita la idea de que el matrimonio es la convivencia efectiva entre los cónyuges, y no la relación jurídica o vínculo que hay entre ellos. Se perfila aquí la noción del matrimonio de hecho o por comportamiento que se hará explícita en los años siguientes.

La Ley sobre Relaciones Familiares introdujo también la idea de que los contrayentes quedan unidos, ya no por su propio consentimiento, sino que quedan “unidos en nombre de la ley y de la sociedad” por la declaración que hace el juez del registro civil (artículo 3o., 2 párrafo), con lo cual el matrimonio aparece ya, no como un acto privado que requiere publicidad, sino como un acto que precisa del concurso del poder público para quedar debidamente formado. Esto también facilita la disolución del vínculo, pues si éste se contrae por decisión del poder público, puede también deshacerse por decisión del mismo poder, aunque no haya consentimiento de los cónyuges. De aquí partirá la noción del matrimonio como un acto administrativo, que se manifestará en los años siguientes.

En síntesis puede concluirse que de una situación en la que se tenía una noción común del matrimonio, se pasa a una situación en la que ya se contemplan varios “tipos” de matrimonio: civil o canónico, disoluble o indisoluble, y se perfilan otras concepciones del matrimonio: matrimonio de hecho o por comportamiento, matrimonio como acto administrativo. De la concepción tradicional del matrimonio queda la indicación de sus dos fines esenciales y de que se trata de una unión entre un varón y una mujer.

## GOBERNAR EL PLURALISMO. INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS Y TERCERA VÍA EN MÉXICO

Alejandro ANAYA  
Miguel CARBONELL

SUMARIO: *Introducción. I. La nueva posición del Estado. II. La irrupción de la tercera vía. III. Críticas a la tercera vía. IV. Ciudadanía y sociedad civil. V. A modo de conclusión.*

### INTRODUCCIÓN

El objeto del presente ensayo es ofrecer un panorama de dos fenómenos que pueden encajar bien en los procesos de cambio democrático que está viviendo México. Por un lado, se trata de subrayar la importancia de las instituciones en la construcción de un sistema político democrático; por otro, se busca exponer los elementos fundamentales de uno de los enfoques analíticos que mayor impacto han tenido en el pensamiento político de los últimos años: la llamada “tercera vía”. El doble objeto del trabajo quizá merezca alguna explicación previa.

Luego de algunos años de predominio del llamado “pensamiento único” que preconizaba las virtudes del mercado a la vez que subrayaba las deficiencias del Estado y de todo lo público, en la actualidad puede percibirse un cambio notable de rumbo. Hoy se acepta que sin tener instituciones fuertes, es decir, instituciones que sean capaces de sustentar y promover una gobernabilidad democrática, ningún Estado puede aspirar a un desarrollo económico y social sostenido.<sup>1</sup> A partir de este reconocimiento se asume también una nueva posición del Estado, de la que trata la primera parte de este ensayo.

1 De hecho, uno de los conceptos más recientes e importantes de democracia es el de “democracia sustentable”, en el que se engarzan los términos de la consolidación democrática con el desarrollo económico; ver Przeworski, Adam, *et. al.*, *Democracia sustentable*, Buenos Aires, Paidós, 1998.



La necesidad de examinar, así sea superficialmente, el tema de la tercera vía se ha considerado oportuna por un doble orden de ideas. En primer término, debido a que ofrece lineamientos suficientes para generar alicientes tanto a posiciones de izquierda como de derecha. Esto es importante porque quizá nunca como en los tiempos presentes ha sido necesario en México subrayar los consensos, construir puntos de acuerdo entre las diversas posturas, buscar plataformas comunes. La necesidad de llegar a acuerdos siempre es un valor a perseguir en la democracia, pero cuando no existen mayorías claras o se pueden llegar a producir gobiernos divididos esta necesidad se multiplica.

Por otro lado, el impacto del paradigma de quehacer público que sugiere la tercera vía, a la luz de la consideración anterior, puede empezar a centrar el debate público nacional en cuestiones de contenido y no solamente de forma. Hasta hace muy poco tiempo la literatura especializada se ha dedicado más a definir la forma y la tipología del régimen que los contenidos que podría tener el mismo una vez que se hubiera culminado la etapa de transición y estuviéramos en la antepuerta de la consolidación. Hoy sabemos bastante de las características del llamado “antiguo régimen”, conocemos bien su historia y su desarrollo, los apoyos que lo mantuvieron vigente durante varias décadas, pero sabemos mucho menos de hacia dónde vamos, de cuáles son las tareas pendientes o las rutas por las que debemos transitar.<sup>2</sup> Algunas de las respuestas para esos dilemas quizá se encuentren dentro de las coordenadas teóricas y analíticas de la tercera vía. Ahora bien, como ningún paradigma debe ser tomado de forma acrítica, hemos decidido dedicar un breve apartado para recoger algunas de las opiniones que se han producido sobre la tercera vía, para luego analizar las posibilidades de una tercera vía para México.

## I. LA NUEVA POSICIÓN DEL ESTADO

Cada vez que se acerca un periodo electoral en el que se lleva a cabo la renovación del Ejecutivo federal, el debate político nacional se centra en la selección de los candidatos de los diversos partidos, tal como ha sucedido en México a todo lo largo de 1999 y en buena parte del 2000. De hecho, llegan a predominar de forma notable los análisis que ponen a las personas por encima de las ideas.

2 Algunos puntos de vista interesantes sobre este problema se encuentran en Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta, 1999.

Tal parece que se trata de encontrar al “candidato” (y luego de reconocer al “ganador”), con independencia del programa de gobierno que pueda proponer y posteriormente aplicar, en caso de que gane las elecciones. Esto no es casual ya que la red de poder mexicana, tejida en el ocaso de la Revolución de 1910, propició el surgimiento y esplendor de un sistema en el cual el presidente es (o era) el actor político más poderoso, en virtud de sus atributos constitucionales y metaconstitucionales.<sup>3</sup> La circunstancia de contar con un sistema presidencialista que se renueva sexenalmente, y que durante la mayor parte del siglo XX ha sido manejado por un sólo partido político, ha hecho que el evento más significativo para el sistema político sea, precisamente, la sucesión presidencial.<sup>4</sup>

El sistema político mexicano adquirió una estructura piramidal en cuya cúspide se encontraba el caudillo, el presidente, y esto implicó que, formalmente, los miembros de la red de poder serían leales al presidente y jugarían según los tiempos y ritmos que éste impusiera; así, las reglas del juego eran entendidas por todos. Esta es tal vez —afirma Samuel Schmidt— la razón por la cual el llamado “dedazo” era aceptado y hasta buscado.

A la vista de un espectador imparcial, todo esto indicaría que todavía no hemos superado los tiempos del “tapadismo”, en los que el ingenio fundamental de los analistas políticos se demuestra por su acierto en las apuestas sobre los posibles candidatos, construyendo un escenario en el que los ciudadanos más que elegir a sus gobernantes los adivinan. Sin embargo, el contexto institucional actual tiene notables diferencias (radicales, se podría decir) con el que, en el pasado, propició una forma de gobernabilidad (no democrática, por cierto)<sup>5</sup> en nuestro país.

3 Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 14a. ed., México, Siglo XXI, 1997.

4 Sobre la configuración de redes de poder, Schmidt, Samuel, “La red de poder mexicana. Estabilidad política y gobernabilidad”, *Instituciones y desarrollo*, España, núm. 3, abril de 1999.

5 Podemos entender por gobernabilidad el conjunto de condiciones “técnicas” del sistema político que media entre la sociedad y el Estado: un Poder Ejecutivo con un proyecto (bueno o malo) para el presente y futuro y con capacidad de articular canales para tomar decisiones, un aparato burocrático que sabe traducirlas mediante el empleo de las reglas de la *racionalidad formal* que lo caracterizan, una fuerza pública que: a) protege el territorio para asegurar la seguridad externa y b) ejerce el monopolio del uso de la violencia para garantizar la seguridad interna. Como señala Heinz R. Sonntag, “la gobernabilidad no está condicionada a que el sistema político sea una democracia. La gobernabilidad *democrática* implica, además de las condiciones técnicas, control del Poder Ejecutivo por el Poder Legislativo y de este último por los ciudadanos, la posibilidad de la alternancia de los que conforman los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por ende, necesariamente la realización periódica de elecciones y eventualmente la existencia de otras formas de participación, como referendos y plebiscitos, la plena vigencia de los derechos políticos y sociales, la conciencia colectiva en torno a la ne-

Los esfuerzos finiseculares en aras de la consolidación de la gobernabilidad democrática deben estar orientados, cuando menos, por cinco grandes coordenadas:

- El compromiso con la democracia y su profundización, lo que implica transformaciones profundas tanto en los actores y sus capacidades como en el régimen y la cultura cívica que encuadra y subyace a su comportamiento.
- La necesidad de sustituir los capitalismo mercantilistas por verdaderas economías de mercado productivas y eficientes, lo que requiere no sólo la sostenibilidad del ajuste macroeconómico sino también el desarrollo de las capacidades y de la institucionalidad de las economías de mercado modernas.
- La lucha contra la pobreza y el compromiso por la reducción de las desigualdades, con la finalidad de superar la dualización social y el populismo, para construir una sociedad civil de ciudadanía plena, donde la libertad de los individuos y de los grupos esté efectivamente garantizada por el imperio de la ley.
- La inserción económica en el orden global mediante la apertura comercial, la capacidad de manejo de las políticas de competitividad, y la creación y desarrollo de espacios de integración económica regional que potencien a los países integrados en el orden económico global.
- La reforma del Estado populista, tradicional, grande y arbitrario, pero débil frente a las coaliciones de intereses particulares, para ir creando un Estado desprendido de sus funciones productivas, pero fuerte, al servicio de la economía productiva nacional y de su competitividad, capaz de compensar los fallos del mercado y de garantizar los derechos sociales, económicos y culturales de la población.<sup>6</sup>

cesidad de la existencia simultánea de reglas formales y condiciones sustantivas, esto es, las condiciones materiales de igualdad y equidad, la adecuación entre medios y fines en el ejercicio de la violencia física por parte del Estado, etcétera”. Sonntag, Heinz, “Gobernabilidad democrática, globalización y pobreza en América Latina hacia el siglo XXI”, *Reforma y democracia*, Caracas, núm. 12, octubre de 1998. Una caracterización interesante de la gobernabilidad y su relación con el papel de la sociedad civil puede verse en Arbós, Xavier y Giner, Salvador, *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, 2a. ed., Barcelona, Siglo XXI, 1996. También sobre el tema pueden verse las importantes reflexiones de Vallespín, Fernando, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000.

<sup>6</sup> Prats Català, Joan, *Gobernabilidad democrática en América Latina finisecular (instituciones, gobiernos y liderazgos)*, Instituto Internacional de Gobernabilidad-PNUD: Red de Gobernabilidad y Desarrollo, Barcelona, núm. 2, 1997, p. 5.

A la luz de lo anterior, es necesario llamar la atención sobre la importancia de contar con instituciones sólidas,<sup>7</sup> que sean capaces de llevar a cabo los cometidos para los que fueron creadas, más aún en estos momentos de la transición democrática nacional, en la cual los diversos partidos empiezan a generar ideas para la integración de sus respectivas agendas de gobierno.

En torno a las instituciones, el Banco Mundial elaboró en 1998 un importante documento, cuyo título parece decirlo todo: *Beyond the Washington Consensus: Institutional Matter* (traducido al castellano como *Más allá del consenso de Washington*:<sup>8</sup> *La hora de la reforma institucional*).<sup>9</sup> Dicho ensayo colectivo señala la importancia que para el desarrollo económico y para la elevación de los niveles de bienestar social tienen las instituciones. Sus autores apuntan que “las instituciones son importantes para el desarrollo, porque determinan la eficiencia y existencia tanto de mercados como de organizaciones, públicas y privadas”.<sup>10</sup>

7 Probablemente, Douglas C. North, Premio Nobel de Economía en 1993, ha sido uno de quienes más han insistido en la importancia de las instituciones para condicionar el desempeño económico de los países a largo plazo. En torno al concepto existen abundantes referencias que conciben a las instituciones como las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, las limitaciones ideadas por el hombre, que dan forma a la interacción humana y que, por consiguiente, estructuran los incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. La “nueva economía institucional” distingue a las instituciones (normas formales e informales, y los mecanismos para asegurar su cumplimiento, que configuran el comportamiento de individuos y organizaciones dentro de una sociedad) de las organizaciones (conjunto de personas que actúa colectivamente en la prosecución de objetivos comunes).

8 Burki, Shahid Javed, *et. al.*, *Más allá del Consenso de Washington. La hora de la reforma institucional*, Banco Mundial, Washington, 1998, 177 p.

9 Gérard Moatti, periodista y economista francés, en su artículo “La crise bouscule les experts”, publicado en *Le Monde*, del 3 de noviembre de 1998, resumía de forma crítica este cuerpo de doctrina en los siguientes términos: “abran ustedes sus fronteras al libre comercio, insértense en la economía mundial, desarrollando sus exportaciones, desregulen, privaticen, tengan unas finanzas públicas equilibradas y unas monedas estables, y de este modo atraerán flujos de inversiones y se unirán al valiente batallón de los países emergentes”.

10 De hecho, el texto dedica sus primeros capítulos a intentar establecer la relación entre instituciones y desarrollo; propone la utilización de conceptos de la economía política para analizar el proceso de reforma institucional; finalmente, se centra en cuatro áreas de reforma institucional (finanzas, educación, justicia y administración pública) que considera prioritarias para lograr los objetivos de desarrollo. Ahora bien —comenta Ana Sofía Cardenal—, “si uno de los principales atractivos del libro reside en algunos de los objetivos que se propone —entre ellos, establecer la relación entre instituciones y desarrollo y examinar cómo los conceptos del nuevo institucionalismo económico y de la economía política, respectivamente, son útiles para el análisis y el diseño de las instituciones así como para desarrollar estrategias de reforma institucional—, muy pronto las expectativas que levanta desde ese punto de vista se ven frustradas. De hecho, la principal debilidad del libro radica en los aspectos teóricos y metodológicos, que afectan tanto a la relación —teórica y empírica— que establece entre las instituciones y el desarrollo como a la desigual utilización —en la segunda parte— de los

Tan sólo un año antes, en 1997, el *Informe sobre el Desarrollo Mundial*, que año con año elabora el propio Banco Mundial, trató monográficamente el tema del “papel del Estado en un mundo en transformación”.<sup>11</sup> Luego de dedicar largo tiempo a criticar, como nadie, a las instituciones del Estado y propugnar una feroz reducción de los alcances y posibilidades de las instituciones públicas, resulta por lo menos curioso que el Banco Mundial “descubra”<sup>12</sup> de pronto que el Estado no solamente sigue siendo necesario, sino que puede incluso resultar un eficaz promotor del desarrollo social.<sup>13</sup>

paradigmas que propone para su análisis. Por el contrario, su principal fortaleza reside en que nos traslada buena parte de la experiencia del banco en las distintas áreas de reforma institucional” (Cardenal, Ana Sofía, “Beyond the Washington Consensus: Institutional Matter”, *Instituciones y Desarrollo*, Barcelona, Instituto Internacional de Gobernabilidad, núm. 1, octubre de 1998).

11 *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo en transformación*, Washington, Banco Mundial, 1997, 292 p. En él se hacen una serie de recomendaciones sobre la ruta que deberían adoptar los países de América Latina y el Caribe para reformar sus respectivos Estados: reconsiderar el papel del Estado, lo que “produce” y “cómo lo produce”; cuando sea posible, el Estado debería ser un facilitador del mercado; hacer coincidir el papel del Estado con su capacidad y usar los recursos del mercado y de la sociedad civil; los Estados débiles deberían concentrarse en lo esencial (derechos de propiedad, estabilidad macroeconómica, control de enfermedades, agua potable, caminos y protección de los más necesitados); construir un sector público mejor, mediante la promoción de una capacidad central para la formulación y coordinación de políticas, la promoción de sistemas eficientes y efectivos de provisión de servicios a través de una variedad de medios (medidas orientadas hacia el desempeño, meritocracias mejoradas, mejor información, fortalecimiento de los sistemas de “voz” adaptados a las circunstancias de la actividad y del país), la lucha contra la corrupción a través de un ataque múltiple, incluyendo menor regulación, mayor transparencia y uso de mercados, y mejor supervisión, la promoción del personal motivado y capacitado mediante la utilización de políticas de compensación adecuadas y la formulación de un espíritu de equipo. Finalmente, se debe pensar en la secuencia de las reformas: asegurar que las reglas anunciadas, especialmente las de control macroeconómico sean las reales. Ejercer cautela en la introducción de nuevas técnicas de administración pública; por ejemplo, la plena contratación dentro del sector público podría ser precedida por la medición del desempeño. Una mayor flexibilidad sólo será posible cuando exista un control efectivo de los insumos, mientras se está implementando un servicio público profesionalizado, mejorar la formulación de políticas y la coordinación; cuando sea posible, utilizar mecanismos de mercado, tales como la externalización y los mecanismos de “voz”, etcétera.

12 Un interesante análisis crítico sobre el Informe del Banco Mundial de 1997 se encuentra en: Cornia, Giovanni Andrea, “Convergencia sobre asuntos de gobernabilidad, disensiones sobre políticas económicas. Analizando el Informe del Banco Mundial de 1997”, *Instituciones y Desarrollo*, Barcelona, Instituto Internacional de Gobernabilidad, núm. 2, 1998.

13 Para Anthony Giddens, suponer que el Estado y el gobierno se han vuelto irrelevantes no tiene sentido. El gobierno existe —señala— para: “suministrar medios para la representación de intereses diversos; ofrecer un foro para conciliar las demandas rivales de estos intereses; crear y proteger una esfera pública abierta, en la que pueda llevarse a cabo un debate libre sobre cuestiones políticas; suministrar una variedad de bienes públicos, incluyendo formas de seguridad y bienestar colectivos; regular los mercados siguiendo el interés público y fomentar la competencia mercantil donde haya amenaza de monopolio; fomentar la paz social mediante el control de los instrumentos de violencia y mediante el mantenimiento del orden; promover el desarrollo activo de capital humano a través de su

La nueva posición del Banco no debe pasar desapercibida en México, porque, entre otras cuestiones, su cambio de estrategia se debió a la crisis mexicana de finales de 1994 y a las secuelas de inestabilidad financiera que derivaron de la misma.

De este modo, de la búsqueda del Estado “mínimo” se ha pasado a la búsqueda del Estado “eficiente”, es decir, del Estado que sea capaz de llevar adelante con calidad y eficiencia sus compromisos irrenunciables como lo son la atención sanitaria universal —o sea, para todos sus habitantes, sin distinción alguna—, la educación en todos sus niveles, la promoción del empleo, la dotación de vivienda digna para quienes no puedan proveerse de ella, una procuración y administración de justicia que esté a la altura de los requerimientos de un verdadero Estado de derecho, etcétera.<sup>14</sup>

## II. LA IRRUPCIÓN DE LA TERCERA VÍA

Desde coordenadas ideológicas muy alejadas a las de los economistas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, en el Reino Unido se ha llegado a conclusiones muy semejantes a las ya apuntadas sobre el nuevo papel que debe desarrollar el Estado en las sociedades

papel esencial en el sistema educativo; mantener un sistema judicial eficaz; tener un papel directamente económico, como empleador principal, en intervención macro y microeconómica, además de la provisión de infraestructuras; fomentar alianzas regionales y transnacionales y perseguir objetivos globales”; Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 61-62.

14 Consideramos que los roles sociales mínimos (e irrenunciables) del Estado para la realización de la justicia son claros: asegurar la vida, la integridad física y la propiedad de las personas; asegurar las infraestructuras y los servicios mínimos para la dignidad de la existencia: agua potable y saneamiento; electricidad, caminos y carreteras; asegurar una educación básica y profesional de calidad para toda la población; asegurar la nutrición suficiente y la salud básica de toda la población; garantizar un sistema de asistencia y de seguridad social básica; garantizar la sustentabilidad medioambiental para las futuras generaciones; crear y fomentar la creación de oportunidades para la libre participación especialmente de los más necesitados en las actividades productivas, tanto mediante el empleo como mediante la creación de pequeñas y medianas empresas; impedir cualquier discriminación contra las minorías étnicas y proteger todas las culturas integrantes de la identidad nacional. Estas exigencias de justicia son un mínimo, por debajo del cual ningún orden social tendrá legitimidad; puede pedirse mucho más, pero nadie podría conformarse con menos. Asimismo, la obligación estatal de suministrar el entramado institucional necesario para ejercer los derechos políticos básicos (votar, ser votado, formar agrupaciones políticas, entre otros), son un prerrequisito para poder considerar que en un Estado determinado hay ciudadanos y no súbditos. Sobre las condiciones que favorecen las instituciones democráticas, es recomendable Dahl, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 167-186.

para el siglo XXI.<sup>15</sup> Uno de sus principales impulsores ha sido Anthony Giddens, quien ya desde 1994 en su libro *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*,<sup>16</sup> había encontrado que ciertos ámbitos del quehacer social no se dejaban encuadrar bajo las etiquetas clásicas de “izquierda y derecha” y, en consecuencia, no debían dejarse ni a los mecanismos tradicionales de operación del sector público ni a la lógica absolutista del mercado; se trata de lo que el autor llama “la política de la vida” y que comprende cuestiones ecológicas, así como asuntos que tienen que ver con la naturaleza cambiante de la familia, el trabajo y la identidad personal y cultural.

Las ideas de Giddens han concluido en la propuesta llamada “tercera vía”<sup>17</sup> de cuyos postulados rápidamente se han apoderado William Clinton en Estados Unidos y Anthony Blair en Gran Bretaña. El último libro de Giddens (quien, en alguna ocasión, había dicho que usaba la expresión “tercera vía”, “*faute de mieux*”, “a falta de algo mejor”) lleva por título justamente *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*,<sup>18</sup> y es prácticamente la explicación didáctica del nuevo laboralismo británico.

Para Giddens, “La meta general de la política de la tercera vía debería ser ayudar a los ciudadanos a guiarse en las grandes revoluciones de nuestro tiempo: la globalización, las transformaciones de la vida personal y nuestra relación con la naturaleza”.

La “tercera vía”, en palabras de Giddens:

1. No es un compromiso entre el neoliberalismo y la socialdemocracia. Es un intento de ir más allá de ambos. No es un renacimiento, una reedición, de los

15 Ver *supra*, nota 10.

16 Giddens, Anthony, *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*, Madrid, Cátedra, 1998, 262 pp.

17 Que el término “tercera vía” no es nuevo es lo menos que se puede decir. A finales del siglo pasado la Iglesia católica ya lo usó, en alguna encíclica, para designar un eventual tercer camino entre capitalismo y socialismo. También —como recordó Felipe González en septiembre de 1998— fue cosa propia del fascismo europeo en los años treinta. Luego, volvió a aparecer en muy distintas ocasiones y contextos: el renacimiento socialdemócrata a principios de los cincuenta, la “primavera de Praga” del 1968, etcétera. El último en usarlo, hasta antes del “renacimiento” que ha tenido en la década de los 90, había sido Enrico Berlinguer, a principios de los setenta, para designar una propuesta internacional que, sobre la base del eurocomunismo, pretendía un tercer camino entre el bloque soviético y la socialdemocracia europea (Obiols, Raimon, *Patria humana. Globalización y socialismo del siglo XXI*, España, Flor del Viento Ediciones, 1999, pp. 226-227).

18 Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, *op. cit.*, nota 13 (Tal vez no sea irrelevante señalar que Giddens cambió el subtítulo de su libro, que inicialmente era “*La política modernizadora del centro-izquierda*”).

valores socialdemócratas. Es un intento de preservar algunos de estos valores, pero también una propuesta para abandonar o transformar otros.

2. Tiene como uno de sus objetivos clave desarrollar una economía dinámica, que sea competitiva en el mercado mundial, que tenga calidades empresariales, que, contrariamente a la antigua izquierda, reconozca la centralidad de la creación de riqueza, y que reconozca que la creación de riqueza no puede ser llevada a cabo únicamente por el Estado y que, por tanto, la empresa tiene un papel fundamental en nuestro futuro social.

3. Intenta reconstruir el Estado de bienestar, pero no como los neoliberales sugieren, sobre la base de producir un sistema de seguridad mínimo. La política de la tercera vía rechaza en este punto el conservadurismo de la socialdemocracia. El Estado de bienestar no se puede dejar intacto porque corresponde a un mundo muy diferente del que vivimos actualmente.<sup>19</sup>

Así, los rasgos definitorios de la “tercera vía” serían:

Justicia social; protección de los vulnerables; libertad entendida como autonomía; no hay derechos sin responsabilidades; no hay autoridad sin democracia; pluralismo cosmopolita; conservadurismo filosófico.

Su programa sería, dicho de forma casi telegráfica, el siguiente:

Nuevo Estado democrático (el Estado sin enemigos); descentralización del poder, hacia arriba y hacia abajo; *devolution*; doble democratización; renovación de la esfera pública y transparencia; eficiencia administrativa, mecanismos de democracia directa; Estado como gestor de riesgos; cosmopolitismo a escala transnacional; sociedad civil activa; alianza gobierno-sociedad civil; renovación comunitaria mediante la iniciativa local; implicación del tercer sector (no lucrativo); protección de la esfera pública local; prevención del crimen basada en la comunidad; familia democrática; nueva economía mixta; equilibrio entre regulación y desregulación; equilibrio entre lo económico y lo no económico; modernización ecológica; sociedad inclusiva; igualdad como inclusión; meritocracia limitada; renovación del espacio público; más allá de la sociedad del trabajo; Estado de bienestar positivo; Estado inversor en lo social; nación cosmopolita; democracia cosmopolita.

Planteamientos coincidentes, en lo general, con lo anterior son postulados por Anthony Blair en Gran Bretaña, Gerhard Schröder en Alemania y Lionel Jospin en Francia. Los mismos desafíos de la nueva socialde-

19 Giddens, Anthony, “Más allá de la derecha y la izquierda. Una nueva política para el nuevo milenio”, *Instituciones y Desarrollo*, Barcelona, Instituto Internacional de Gobernabilidad, 1998.



mocracia, con fórmulas políticas similares, han sido asumidos en Alemania por el llamado nuevo centro (*neue mitte*), y en Francia por la izquierda plural (*gauche plurielle*). De ese modo, en Europa se plantean al menos tres proyectos similares, aunque con los matices necesarios para cada realidad específica.<sup>20</sup> En suma, estamos en presencia de tres líneas de la actuación socialdemócrata en un mundo en el que el pleno empleo se torna discutible y en el que el marco de la acción política ha dejado de ser nacional.

A la luz de lo anterior, la postura fundamental que se observa en los últimos tiempos es la necesidad de trascender las visiones que sostienen que “el gobierno es el enemigo” —desde la derecha— o bien que “el gobierno es la solución” —desde la izquierda—. En un entorno geopolítico sometido a las enormes tensiones que desencadena la globalización, resulta de la mayor importancia contar con un Estado dotado de los elementos necesarios para responder estructuralmente a los retos contemporáneos.<sup>21</sup>

20 Con respecto a la protección social, en Francia, con la Ley contra la exclusión y la cobertura universal de enfermedad, el gobierno ha respetado sus promesas de beneficiar a los más desfavorecidos. En Alemania, dichas reformas van algo más retrasadas que en Francia; la del seguro de enfermedad se ha suspendido y la de las jubilaciones ha sido pospuesta hasta después de 2000. En Gran Bretaña, encontramos la supresión del subsidio para las madres solteras y mayor dificultad de acceso a los subsidios de invalidez; a cambio, se tiene la intención de reformar el sistema y hacerlo más igualitario. En relación con la política de empleo, en Francia, desde junio de 1997 se han creado más de 620,000 puestos de trabajo, y el índice de desempleo pasó del 12.8% al 11.4%; el gobierno confía en que la jornada de 35 horas ayude a reducir el desempleo aún más. En Alemania, la tasa de desempleo ha pasado de 10.6% al 10.2%, gobierno y sindicatos trabajan en la actualidad en un pacto sobre el empleo y en la agenda se incluyen medidas para facilitar las jubilaciones progresivas a cambio de la contratación de jóvenes sin empleo. En Gran Bretaña, el índice está en torno al 6%, aunque, para algunos, esta cifra es muy complaciente. Se han puesto en marcha planes de empleo juvenil que permiten que los jóvenes entre 18 y 24 años encuentren formación o trabajo en el sector privado, asociaciones y en el sector medioambiental. Finalmente, en cuanto a la fiscalidad de las empresas, en Francia, y con el propósito de disminuir el déficit presupuestario, teniendo en cuenta las necesidades del euro, el impuesto de sociedades aumentó en 1997 del 15% al 41.6% para un periodo de dos años; en el 2000 esta subida quedará anulada. En Alemania, el impuesto sobre sociedades es superior al de Francia, aunque ha descendido del 45% al 40% de los beneficios, sin embargo, esta disminución queda neutralizada por la supresión de ciertas ventajas fiscales y la creación del impuesto ecológico. En Gran Bretaña, el tipo fiscal para las sociedades es muy inferior a los de Francia y Alemania, con un 30%, y las cotizaciones sociales a cargo del empresario también son menores; representan el 10% de los salarios brutos (Fuente: *El País*, 27 de junio de 1999).

21 Una de las metas a corto plazo de ese “Estado reformado” debe ser elevar de forma considerable la eficiencia administrativa de los poderes públicos y las agencias gubernamentales.

### III. CRÍTICAS A LA TERCERA VÍA

Sin lugar a dudas, es digno de tomarse en consideración el abanico de críticas que ha levantado esta corriente de pensamiento, como la de E. J. Dionne Jr. quien parte de que “su cuidadoso equilibrio es demasiado bueno para ser cierto. Los partidos de centro izquierda que tratan de calibrar la eficiencia del mercado en relación con las políticas de bienestar social no están trabajando en algún laboratorio esterilizado”.<sup>22</sup>

Por su parte, David Marquand, uno de los principales animadores de este debate, afirma que

deberíamos comenzar señalando que muchos de nosotros dudamos de la utilidad del término “tercera vía”. Es más “*top-down*” que “*bottom-up*” (se mueve más de arriba hacia abajo que de abajo hacia arriba); excluye más que incluye. Tiene un tono de estrategia de “triangulación” clintoniana<sup>23</sup> (una horrible advertencia, más que un modelo a imitar por nuestro gobierno) ...es la retórica de un asesor en *management*, aconsejando a una empresa sobre cómo rediseñar su gama de productos, no la de un líder político movilizándolo a sus seguidores hacia una cita con el destino.<sup>24</sup>

Sin lugar a dudas, una de las aportaciones más interesantes a esta discusión la ha realizado Ralf Dahrendorf, quien en un ensayo a propósito de la “tercera vía”, sugiere planteamientos como los siguientes:

- En seis de los quince países de la Unión (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia y Holanda), los partidos socialdemócratas obtuvieron el 20% o menos de los votos. En dos (Francia, Luxemburgo) el 22-23%. En otros cinco países (Alemania, Grecia, Reino Unido, Austria y Suecia) el voto a los partidos socialdemócratas se situó entre el 26 y el 33%. En España, el 35% de los votos fueron para los socialistas demócratas, y en Portugal, el 43%. Sólo en cuatro de estos países fueron los socialdemócratas el partido más votado. Los socialdemócratas son claramente partidos minoritarios en la mayoría de los países euro-

22 Dionne Jr., E. J., “Europa sigue en busca de la tercera vía”, *Examen*, México, mayo de 1999.

23 Clinton había planteado, en alguna ocasión, su teoría de la “triangulación” para explicar el sentido que daba al concepto de “tercera vía”; no se trataría del punto intermedio entre la derecha y la izquierda, sino un tercer vértice situado por encima de aquellos dos; y como bien señala Obiols, cualquiera que haya tenido la suerte o la desgracia de haber dirigido una campaña electoral sabe perfectamente que la “triangulación” es un método muy característico y habitual para definir públicos y fijar mensajes en las campañas (Obiols, Raimon, *op. cit.*, nota 17, p. 232).

24 Marquand, David; *Must Labour Win?*, Londres, Fabian Society, pamphlet 589, diciembre de 1998.

peos, incluso en el Reino Unido, la aparentemente amplia mayoría parlamentaria de Blair se basa en el 43% del voto popular.

- El documento firmado por Blair y Schröder titulado *Europe: the third way - Die neue mitte*, utiliza una expresión engañosa cuando afirma: “Apoyamos una economía de mercado, no una sociedad de mercado”. ¿O acaso es esto algo más que un desliz estilístico? ¿Desean una sociedad de mando? Si es así, deberían dar un paso en la dirección de Singapur (economía de mercado y régimen autoritario) y reducir la importancia sin poner en peligro el tercer elemento de un programa de cuadratura del círculo: el de hacerlo todo “en una sociedad libre”.
- No es probable que la tercera vía inspire un movimiento de masas, incluso aunque a veces sea útil para ganar las elecciones. Hay algo ligeramente artificioso, casi elitista, en el concepto que hace que atraiga una amplia atención sólo si va emparejado con métodos casi evangelistas de comunicación.
- La tercera vía presupone una visión más hegeliana del mundo. Obliga a los que la apoyan a definirse en relación con los demás, en lugar de hacerlo a partir de su peculiar combinación de ideas. En un mundo abierto no hay simplemente tres vías. Hay 101, que es otra forma de decir que hay un número indefinido.
- Casi nunca aparece en sus discursos, panfletos y libros la palabra *libertad*.<sup>25</sup> Esto no es accidental. La tercera vía no trata de sociedades abiertas ni de libertad. Hay de hecho una curiosa veta autoritaria en ella.<sup>26</sup>

¿Puede resultar la “tercera vía” británica un producto de exportación? Para Wolfgang Merkel el concepto del nuevo laboralismo no puede transferirse, por las buenas, a otros sistemas políticos, sociedades y culturas, como sugiere el llamado documento Blair-Schröder.<sup>27</sup> “No funcio-

25 Giddens sugiere que la libertad debería significar para los socialdemócratas autonomía de acción, que a su vez exige la implicación de la comunidad social en sentido amplio (Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, p. 81). Sobre la libertad y los derechos sociales, es recomendable Martínez de Pisón, José, *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 1998; así como Carbonell, Miguel, Cruz, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IJ-UNAM, 2000, entre otros.

26 Dahrendorf, Ralf, “La tercera vía”, *El País*, 11 de julio de 1999.

27 Tengamos en cuenta que los acuerdos institucionales del modelo británico Westminster son únicos y dan más poder discrecional en asuntos internos al primer ministro británico que a ningún otro jefe de gobierno del mundo occidental.

naría en los escenarios institucionales y culturales de Francia, Alemania, Italia o España”.<sup>28</sup>

En consecuencia, ¿es concebible una tercera vía latinoamericana o, más aún, mexicana? ¿Hay alguna o algunas de las ideas de Giddens que puedan ser aprovechadas en México? Obviamente, existen diferencias sustanciales entre el entorno institucional europeo y latinoamericano, por lo tanto no debe extrañar que existan también diferencias sustanciales entre el debate europeo y latinoamericano sobre vías alternas; estas diferencias han sido señaladas por Ricardo Lagos con precisión:

- Mientras en Europa los socialdemócratas buscan estimular un crecimiento que no deje de lado el papel del Estado en el desarrollo, poniendo énfasis en el fomento del empleo productivo, el avance tecnológico para una mayor competitividad, así como en la necesidad de seguir garantizando los derechos ciudadanos al bienestar social, reestructurando el antiguo Estado de bienestar, en América Latina se observa un debate similar, pero con acento en la búsqueda de mayores niveles de equidad e integración social ante la persistente cristalización de desigualdades sociales que originan legítimas movilizaciones y demandas populares.
- La tercera vía no puede entonces tener el mismo acento en una Europa de 30,000 dólares *per capita* que en una América Latina de menos de 5,000 dólares *per capita*. Más aún si tomamos en cuenta que América Latina es la región con la distribución del ingreso más desigual en el mundo.<sup>29</sup>

De ese modo, lo que se tiene que buscar para nuestra región es el predominio de los ciudadanos; en particular, a través de la conjunción de las metas sociales con la globalización y un eficiente manejo macroeconómico, para el mejoramiento del nivel de vida de los que históricamente han quedado excluidos del desarrollo.

¿Qué perfil tendría una “tercera vía” a la mexicana? Nuestras peculiaridades, al parecer, erigen un escollo insalvable para la feliz importación de los postulados y plan de acción de un programa como el propuesto por Giddens. En México, el juego se disputa en el seno de un rico mosaico de

28 Merkel, Wolfgang, “Las terceras vías de la socialdemocracia en el 2000”, *El País*, 20 de julio de 1999.

29 Lagos, Ricardo, “Hacia una ‘tercera vía’ latinoamericana”, *El País*, 19 de julio de 1999 (incluido también en la revista *Nexos*, México, agosto de 1999).

adjetivos: “nacionalistas”; “tecnócratas”; “populistas”; “neoliberales”; “apóstoles de lo contemporáneo” (y al mismo tiempo de lo desconocido), “profetas de lo novedoso”, o bien, entre quienes citan esta teoría, sin conocerla ni entenderla;<sup>30</sup> entre quienes la defienden y desean aplicarla sin que aún exista precedente alguno de su conveniencia, viabilidad o inviabilidad, y entre los que se declaran sus progenitores, pioneros de los triunfos alcanzados en trincheras que en realidad nunca cavaron.

La consolidación democrática empieza a tocar nuestra puerta; durante el proceso electoral federal del año 2000 tal vez se presente el fantasma de la triangulación clintoniana, que busque un destino más atractivo entre “Northhampton y Southhampton”. Aún así —como en la obra de Pirandello—, seguimos en busca (o a la espera) de propuestas con contenidos que redefinan nuestro rumbo para el nuevo siglo, un rumbo que incluya a toda la sociedad civil, enterrando el monstruo de los ciudadanos imaginarios que nos persigue desde el siglo XIX.

Resta decir que la alternativa está en los nuevos pactos, en una forma de gobierno que aliente la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones y en la reconfiguración institucional del nuevo Estado mexicano.

#### IV. CIUDADANÍA Y SOCIEDAD CIVIL

Para tener un Estado “eficiente” es rigurosamente necesario contar también con una sociedad civil articulada y participativa. No se trata solamente de otorgar espacios para que las organizaciones sociales puedan hacer uso de sus libertades constitucionales, sino de idear mecanismos que permitan potenciar las iniciativas locales y generar compromisos de los interesados para lograr mejores resultados en la gestión pública.

Una reforma progresista en la gestión pública debería reunir al menos cinco prerequisites fundamentales:

1. Afirmar la responsabilidad del Estado en relación con los derechos sociales y su papel financiador en el área de los servicios públicos de educación, salud y cultura.

30 Dice el presidente de la Coparmex que “la tercera vía es una utopía, no un modelo económico; simplemente, una posición demagógica para regresar al estatismo... al populismo que tanto mal le hizo al país” (*El Financiero*, 19 de julio de 1999).

2. Presuponer que la función del Estado en el plano del empleo no es simplemente dar empleo, sino crear las condiciones favorables para el mismo.<sup>31</sup>
3. Ampliar el espacio público, con la creación del concepto de lo público no-estatal, y aumentar las formas de participación popular en la evaluación y en el control de los servicios públicos.
4. Suponer que la acción colectiva o la cooperación entre los hombres dotados de espíritu público es posible y efectiva.
5. Afirmar que la oferta de servicios públicos a través de entidades públicas no-estatales, además de ser más segura, puede ser mucho más eficiente que la oferta privada o inclusive estatal.<sup>32</sup>

En México, desde nuestro punto de vista, hay dos arenas fundamentales en las que la sociedad civil se juega su futuro. Una es en el proceso de desmantelamiento que está sufriendo el antiguo corporativismo surgido en el ocaso de la Revolución de 1910, y que se había mantenido a la sombra de una red de poder que estableció paradigmas de gobernabilidad muy efectivos para el mantenimiento de un sistema político que, a su vez, giraba alrededor del concepto de control y disciplina.

En la medida en que el corporativismo tradicional tenga que ser replanteado ante los retos de un mayor pluralismo político y social, los grupos y asociaciones emergentes irán encontrando mayores espacios de expresión, así como mejores vías para la gestión de los intereses de sus miembros.

Otro campo en el que la sociedad civil va a definir sus perfiles para el próximo siglo es el que incumbe a los medios de comunicación. Hoy en día, ninguna sociedad puede aspirar a lograr una democracia consolidada si no cuenta con medios de comunicación que se dediquen con veracidad e imparcialidad a narrar los sucesos cotidianos del acontecer social.<sup>33</sup> La responsabilidad de los medios es muy grande en las sociedades comuni-

31 Para esto, es necesario garantizar la existencia de condiciones macroeconómicas saludables, y sobre todo invertir masivamente en educación, la gran puerta para la empleabilidad y el desarrollo en el siglo XXI.

32 Sobre el soporte teórico de estos postulados, hay un documento del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), aprobado el 14 de octubre de 1998, que se denomina *Una nueva gestión pública para América Latina*. En su elaboración participaron Luiz Carlos Bresser; Leonardo Garnier; Oscar Oszlack; Joan Prats; Adam Przeworski, Enrique Álvarez y Nuria Cunill.

33 *Freedomhouse* es una organización en cuya página de Internet, aparece un "atlas" de la libertad de prensa en el mundo, analizando a cada país y definiendo parámetros para índices cuantitativos y cualitativos.

cacionales de la actualidad,<sup>34</sup> las “sociedades-red”, como las llama Manuel Castells,<sup>35</sup> sus deberes con respecto a los ciudadanos y con el fortalecimiento de la democracia deberían ser semejantes a la influencia que tienen dentro del cuerpo social. La conformación de las diversas identidades sociales, la difusión de los valores, la educación informal, etcétera, son tareas que el Estado ha dejado de ejercer de forma preponderante y que hoy en día debe compartir, para bien o para mal, con los medios de comunicación masiva<sup>36</sup>.

En el contexto actual, México tiene frente a sí importantes retos para lograr la fortaleza de sus instituciones. El debate en torno a la agenda de la “reforma del Estado” sigue plagado de temas de la mayor relevancia: forma de gobierno (en concreto el debate entre presidencialismo y parlamentarismo);<sup>37</sup> fortalecimiento del Poder Legislativo; diseño institucional del Poder Judicial; relaciones de los medios de comunicación con los ciudadanos; procuración de justicia, papel de la policía, etcétera, son todos temas que siguen estando sobre la mesa de la discusión pública nacional.<sup>38</sup>

Coincidimos con el planteamiento de Adam Przeworski en el sentido de que no hay evidencias empíricas que nos puedan guiar en la ruta hacia mejores instituciones; lo que puede haber servido en un país se demuestra completamente inútil en otro.<sup>39</sup> Las únicas variables válidas son aquellas que sirven para solucionar los problemas de cada sociedad en concreto.

En el fondo, de lo que se trata es de encontrar un nuevo modelo de sociedad, o mejor, de lograr las instituciones que puedan servir adecuadamente a una sociedad que ha experimentado profundos cambios en los últimos años. Algunos de esos cambios han tenido que ver con procesos políticos de índole local, pero otros más bien han sido resultado de la in-

34 Al respecto ver Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998 y Carpizo, Jorge, “Los medios de comunicación masiva y el Estado de derecho, la democracia, la política y la ética”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 96, México, septiembre-diciembre de 1999, pp. 743-763, entre otros.

35 *La era de la información I. La sociedad red*, México, Siglo XXI, 1999.

36 Sobre la relación entre medios de comunicación y pluralismo, Carbonell, Miguel, “Construir el pluralismo” en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2000.

37 Véase Valadés, Diego y Serna, José María (coords.), *El gobierno en América Latina ¿presidencialismo o parlamentarismo?*, México, IJ-UNAM, 2000.

38 Algunos de esos temas se han abordado en Carbonell, Miguel, “Reforma del Estado y cambio constitucional en México”, *Documento de trabajo*, número 2, México, IJ-UNAM, 2000.

39 *Democracia y mercado*, Cambridge, CUP, 1995, pp. 59-60.

corporación de México a las variables de la globalización, con todo lo que ello implica.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal vez resulte reconfortante saber que en otros países, en los que la democracia lleva ya varias décadas asentada, también se están discutiendo algunas de las cuestiones que ocupan la agenda política mexicana, y si bien las soluciones no parecen ser fáciles ni se han producido de un día para otro, las más recientes tendencias demuestran que se debe perseverar en el esfuerzo de contar con mejores instituciones, sobre todo a la luz de los nuevos peligros que acechan a los Estados, y que van desde las turbulencias financieras internacionales hasta la penetración de la delincuencia organizada en los cuerpos de seguridad.

Los retos de la gobernabilidad democrática parecen poder resumirse en un juego de equilibrios: uno entre sector público y mercado (con todas las formas intermedias que se quieran), otro entre medios de comunicación y sociedad civil, y un tercero entre orden corporativo e iniciativas individuales. Todo ello presupone una o varias condiciones ineludibles: un sistema electoral confiable, niveles aceptables de cumplimiento de las leyes, capacidad de recaudación fiscal del Estado, transparencia de la gestión pública, bajos niveles de corrupción, etcétera. Del resultado de esos equilibrios dependerá, a su vez, el resultado que los ciudadanos reciban del sistema democrático.

En México el debate político debe empezar a centrarse —con más urgencia que en otros tiempos— en el modelo de gestión pública y social que necesita el país. Debemos dejar atrás las etiquetas para entrar a revisar los contenidos. Pero ello no será posible si no tenemos clara la necesidad de contar con instituciones fuertes y de construir una gobernabilidad para el pluralismo. En esto se juega la democracia mexicana sus posibilidades de futuro, de eso no cabe duda.



## TRABAJADORES Y PATRONOS EN APOYO MUTUO DE INTERESES

Santiago BARAJAS MONTES DE OCA

*Dedico el presente ensayo al señor ministro Manuel Gutiérrez de Velasco, entrañable amigo y compañero de antiguas actividades judiciales y hoy académicas, con motivo del homenaje que le dedica el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.*

La relación de trabajo obrero-patronal que durante cuatro décadas del presente siglo se caracterizó por el desajuste de los intereses de clase, ha entrado en una franca etapa de entendimiento, al encontrarse tanto la industria como el comercio y el transporte mundial en grave situación de crisis económica, lo que ha alterado el trato al que se ven obligados trabajadores y empleadores, por fortuna alejado ya de los antiguos enfrentamientos que tenían lugar, relacionados con las condiciones de trabajo impuestas en las empresas o negociaciones, al igual que en materia de prestaciones cada vez más difíciles de solventar.

Esto de ninguna manera significa que los sindicatos hayan abandonado la lucha gremial o que hayan llevado a cabo transacciones respecto a sus conquistas laborales, menos aún que pretendan modificaciones legales o contractuales que les perjudique o limiten su acción. Todo lo contrario. Continúa vigente la mejoría del empleo, una justa remuneración por el servicio prestado y el otorgamiento de satisfactores sociales que eleven la dignidad del trabajador y su nivel de vida personal y familiar. Se desea ofrecer el resultado de una breve investigación, dirigida al cambio operado en el mundo internacional del trabajo.

Es innegable que la política sustentada actualmente por las fuertes centrales obreras va dejando a un lado la confrontación de intereses gremiales para aceptar de preferencia el diálogo y la discusión de los conflictos, grandes o pequeños, que a diario se presentan en los centros de traba-

jo. Varias circunstancias han contribuido a ello. Por una parte, la modificación sufrida en la oferta de empleo, por otra, el método surgido en el tratamiento de las divergencias obrero-patronales; en un segundo plano, la creación de organismos mixtos de consulta para muchos de los problemas y conflictos surgidos en la interpretación de disposiciones contractuales o reglamentarias, y las diversas formas de solución adoptadas.

La oferta de empleo, por ejemplo, constituye uno de los factores sociales que mayores cambios ha resentido tanto en el campo de los sindicatos como el de los empresarios. Hasta hace pocos años las exigencias de unos y otros eran diametralmente distintas a las que privan en la actualidad; para los primeros, lo fundamental era la protección de los agremiados iniciales o fundadores de las organizaciones, sin importar su preparación o antecedentes culturales, si así puede llamárseles; al trabajador que era empleado con posterioridad no se le relegaba desde luego, pero sus derechos dentro de la empresa no eran de igual valor, en materia de estabilidad o de ascensos.

Al nuevo trabajador se le otorgaba el ingreso más por necesidades del momento que en atención a su capacidad o conocimientos. Frente a la solicitud patronal para cubrir determinados empleos, el sindicato no siempre proponía al obrero adecuado sino al que tenía en una lista de espera y había creado cierta preferencia sindical. Los programas sindicales actuales han debido modificar esta situación con miras más a la subsistencia y avance de la agrupación que a otros intereses; se han percatado de que no resulta conveniente incorporar a personas dispersas o frágiles, que sin duda alguna serán rechazadas en breve tiempo. El número de agremiados ha dejado de ser importante para abrir camino al que merezca la permanencia en el empleo.

Otra cuestión que ha obligado al cambio de posiciones laborales ha sido la presencia de la mujer en las organizaciones y su derecho de igualdad en la preferencia de ocupaciones, sin importar la naturaleza de éstas, siempre que se demuestre la capacidad para su desempeño. La preferencia otorgada a los varones va desapareciendo y si una trabajadora demuestra méritos suficientes para ubicarse en lugar de algún hombre en un determinado empleo o función productiva, se le ha reconocido este derecho, que no constituye un privilegio sino el reconocimiento de su preparación y esfuerzo.

De hecho ha surgido un código de conducta sindical que viene transformando la postura de las centrales obreras. Este código incluye, entre

otras, las siguientes actitudes: atraer a las agrupaciones formadas por los empleados públicos en la búsqueda de soluciones comunes para problemas comunes, sin abandono de sus particulares intereses gremiales; llevar a cabo alianzas sin importar ideologías específicas o métodos de acción; oponerse a la privatización de empresas paraestatales o públicas, porque ello representa disminución de afiliados; ampliar la preparación profesional, y modificar políticas de administración interna.

Idéntico fenómeno se observa en el seno de las organizaciones patronales, opuestas durante largo tiempo a toda situación de cambio en sus operaciones. Separando a los pequeños productores —que se han visto obligados con muchas penalidades a subsistir, sea con independencia o bajo el amparo de las grandes negociaciones—, tanto las medianas como las empresas mayores han modificado sus métodos de acción y relaciones profesionales así como sus políticas de producción y de mercado. Ante todo, evitan hoy que la relación de trabajo se torne conflictiva, que la actuación de los encargados del personal sea lo más comedida posible, que se respeten los derechos adquiridos por los trabajadores en igualdad de condiciones o de trato, sin reparar en soluciones amigables, y sobre todo se procura guardar una cordial relación con las autoridades, en particular las del trabajo, a fin de evitar intervenciones molestas.

El dilema actual del empresario moderno está entre la competitividad y la creación de puestos de trabajo; entre el manejo de las relaciones de trabajo y una mayor resonancia productiva; entre las tensiones que provoca una adecuada inversión del capital operativo y la eficacia de la mano de obra. Toda actuación empresarial en nuestros días se debate entre una mayor o menor autonomía y la necesaria flexibilización requerida para reducir o atemperar los conflictos de cualquier naturaleza. La autonomía empresarial constituyó por largo tiempo el *leit motiv* de la acción del hombre de negocios, no sólo por la individualización de su cometido sino por la pretensión de presentar un mejor producto, más competitivo y de menor valor. La hoy famosa frase “yo sé cómo hacerlo” normaba sus objetivos y en el logro de ellos descuidaba el factor de más importancia: el trabajador.

Esto es lo que va cambiando. Cualquiera que sea la empresa o giro que se trate, sea muy antigua o reciente su presencia en el mercado, se haya manejado o no con plena autonomía, esto ya no podrá ser, se requiere una completa reorganización de los negocios y su readaptación a las exigencias actuales. La exteriorización de la producción no es capricho impuesto por las circunstancias sino reflejo de una tendencia que se im-

pone debido a la interrelación comercial y al mercado; por ello, la necesidad de actuar conforme a un nuevo concepto de la relación de trabajo que hoy se apoya en una doble conducta obrero-patronal, de mutua conveniencia y con fuerte raigambre social: la no confrontación de intereses de clase y la llamada flexibilidad.

No se trata de imposiciones estatales o patronales sino simplemente de la importancia adquirida por los recursos humanos y el abandono de viejas prácticas que sometían al trabajador a una inequitativa dependencia patronal, que sólo la legislación ha podido moderar. Se comprenderá que con ello no ha desaparecido la autonomía que empresarios y modestos empleadores tanto defienden, pues no se trata de obligarlos a concesiones onerosas y menos aún peligrosas para su subsistencia, sino de adecuar derechos y exigencias, remuneraciones y responsabilidades.

### *Cambios en la legislación*

Expresan los autores que los primeros en advertir la necesidad de cambios substanciales en las relaciones laborales, el año de 1977, fueron los propios trabajadores. Así lo dieron a conocer a las autoridades y a los empleadores, mostrándose conscientes de un necesario acercamiento obrero-patronal, fuese o no auspiciado por el Estado, interviniera o no en las negociaciones. Así es que fueron obreros y patronos fundamentalmente quienes obligaron a los órganos legislativos de cada país a reconsiderar los alcances de la legislación vigente en materia de trabajo y a profundizar en la necesidad en la modificación de normas existentes que ya no respondían a los intereses tanto del sector obrero como del sector patronal.

En el momento que vivimos, la mayor parte de los países industrializados y muchos de los que se encuentran en periodo de industrialización han procedido a la revisión de sus códigos o leyes de trabajo. Son del todo interesantes las reformas, modificaciones y adiciones, o la lógica promulgación de una nueva ley que presenta la legislación internacional del trabajo. Desde luego son los convenios de la OIT los que dan la pauta de este movimiento legislativo, y en algunos países, independientemente de la ratificación de dichos convenios, los han incorporado a su propia legislación con las variantes necesarias para una aplicabilidad más efectiva; infortunadamente no todos ellos han sido ratificados y menos aún puestos en ejercicio, pese a su extraordinario valor legal. Por esta razón, únicamente se examinarán las leyes de mayor trascendencia

actual en algunos de estos países. Esta revisión se inicia con los de Europa Occidental.

El objetivo del cambio que se viene implementando ha sido, por una parte, convencer a las empresas y sindicatos sobre la necesidad de establecer, entre ambos, acuerdos operativos en aquellos aspectos de la relación de trabajo donde ya existe plena comunidad de intereses, como son: la igualdad de trato, la protección a la mujer trabajadora, la formación profesional, la distribución de la jornada y el pago de un mejor salario por un producto mejor terminado. Por otra, el establecimiento de nuevos métodos de negociación colectiva que fomente la coincidencia y suprima desavenencias.

Países que han avanzado en este propósito de ayuda mutua por diversos motivos socioeconómicos son: la República Federal de Alemania, debido al hecho de que durante muchos años permaneció dividido su territorio y hubo una fuerte influencia socialista desde el sector oriental, lo cual obligó a modificaciones legislativas substanciales que dieron extraordinario resultado. Más tarde, debido a la reunificación territorial, la incorporación al régimen jurídico occidental ha tenido serios tropiezos de adaptación, que ha obligado, a su vez, a realizar cambios en las leyes del trabajo, algunos de los cuales se mencionarán más adelante. La nación francesa, debido a un notable cambio de régimen político con el presidente Mitterand, de tendencia social moderada, tuvo que adaptarse durante su largo periodo presidencial, en un principio, a los embates de sus contrarios políticos, y más tarde a consecuencia del régimen de cohabitación, al que se vio obligado, pero del cual salió bien librado y con notables éxitos de orden social y jurídico. Y en un tercer nivel, Suecia, a consecuencia de problemas económicos que se suscitaron por razones de política interna, y con los cuales podría decirse con propiedad que se inició en Europa la etapa de relaciones obrero-patronales de ayuda mutua frente a intereses comunes ajenos a los intereses de clase.

Es oportuno, entonces, hacer mención de los avances legislativos con los que, en forma directa o indirecta, se han establecido normas que se acogen al anterior principio de colaboración:

### *República Federal de Alemania*

Hay autores que indican que desde la promulgación del Código de Trabajo, vigente desde 1977, aparte del Código Social de 1980, las nor-

mas reguladoras de la conducta sindical y patronal tienen como propósito principal el entendimiento racional de los factores de la producción, según rezan sus disposiciones. Ello se desprende de los capítulos denominados “Dirección de establecimientos y participación de trabajadores” (artículos 18 a 37 del primero de los códigos mencionados); “Disolución, modificación y terminación de los contratos de trabajo” (artículos 38 a 70); “Formación profesional” (artículos 252 a 266) y “Solución de conflictos por jueces de instrucción y jueces de apelación encargados de la revisión de procesos” (artículos 297 a 302).

En cuanto al Código Social, está compuesto de once libros, que corresponden a medidas para formación profesional (II), medidas de promoción de empleo (III), subsidios familiares y de vivienda (VII), asistencia social para asegurar una vida decorosa al trabajador, crear para todos posibilidades de igual trato en el desarrollo de la personalidad, proveer a la familia de los bienes necesarios para realizarla socialmente, y fomentar toda actividad libre para ganarse la vida (IX y X), y que obligan a una regulación de consenso directo obrero-patronal, pues en ellos sólo se establecen reglas generales, e integran un catálogo de principios de interés mutuo; su aparición constituyó el primer paso para implantar como doctrina social el bienestar de los trabajadores y de su familia.

Otras leyes complementan estas disposiciones, a saber: a) la correspondiente a los trabajos temporales (de fecha 7-IX-77); b) la Carta de igualdad entre hombres y mujeres trabajadoras, aprobada por la Comunidad Económica Europea (13-XI-80); c) la Ley sobre Prestaciones Familiares, en la cual se otorgan cantidades adicionales al salario en proporción al número de hijos (29-I-81); d) la Ley para combatir el Trabajo Clandestino (19-I-83) y la Ley para la Defensa del Patrimonio de los Trabajadores y su Familia (17-X-92); e) el Reglamento de Discusiones y Políticas Conciliatorias, vigente desde el año de 1972, por el Estado, pero en las cuales los únicos actores son los representantes de sindicato y empresa, quienes de conformidad con los principios de ayuda mutua establecidos deben adoptar los acuerdos que a sus intereses convenga; el reglamento ha sufrido diversas revisiones, la última en 1993; f) la Notificación de fecha 2 de julio de 1979, en la cual se incluye el texto de la adición hecha a la Ley de los Tribunales Federales del Trabajo sobre la Adopción de los Acuerdos Bilaterales, y g) la Notificación de fecha 30 de septiembre de 1982, que incluye el texto de la tercera Ley sobre Formación y Protección del Patrimonio de los Trabajadores cuando és-

tos adquieran acciones u obligaciones de las empresas, así como la exención de pagos fiscales.

### *Francia*

Su legislación laboral es tan amplia como la de Alemania, con la característica de que en su totalidad se encuentra contenida en el Código de Trabajo, vigente a partir de la revisión hecha en enero de 1981. Leyes independientes, relacionadas con los aspectos de ayuda mutua de intereses laborales, son la número 443, que creó la Comisión Jurídica de Sindicatos, y la número 82-207, sobre la obligación de incluir en las convenciones colectivas varias cláusulas relacionadas con la libertad sindical de los trabajadores. Además, la ley número 82-915, sobre desarrollo, facultades y reglas sobre facultades otorgadas a los representantes de los trabajadores y empleadores, que formen parte de los Comités de Empresa: órganos obrero-patronales que intervienen en varios aspectos de la administración empresarial.

Han sido, asimismo, materias de discusión en los comités de empresa, el servicio social del empleo, la función social de las asociaciones u organizaciones laborales y algunas cuestiones de procedimiento. Varios de los acuerdos adoptados se han convertido en disposiciones legales; por ejemplo, en la reglamentación del contrato de aprendizaje, el programa nacional para dar ocupación tanto a trabajadores que pierdan el empleo por cualquier circunstancia como a los que se inician en la mano de obra. En otro nivel jurídico, en el libro décimo del Código del Trabajo y en el décimo primero, se introdujeron reformas en los métodos de contratación adoptados por los citados órganos bilaterales, en particular de los extranjeros, al igual que en el trabajo migratorio y el de los trabajadores provenientes de las excolonias francesas. Otro campo de colaboración lo han sido los economatos, organismos creados para la distribución de artículos de primera necesidad y artículos para el hogar.

Y no se pueden dejar de mencionar los recientes acuerdos surgidos de los comités de empresa, en relación con la actual y futura composición del personal industrial o de empresa, que incluye, una serie de normas destinadas, en primer término, a la ubicación de trabajadores desplazados, a quienes de conformidad con los derechos laborales que hubiesen adquirido se les va colocando en las nuevas empresas establecidas, procurando que los salarios a percibir sean lo más próximo a los que ya tenían asigna-

dos antes de su desplazamiento. En segundo lugar, la nueva estructuración del Servicio Social del Trabajo, para incluir aspectos de una situación de crisis unilateral o comunitaria.

En Francia, el sector patronal ha dado en llamar “la buena época de las relaciones laborales” al periodo comprendido entre 1952 y 1973, ya que durante este periodo mantuvieron en su plenitud y beneficio tanto el poder de decisión en cualquier tipo de controversia como el poder disciplinario con base en reglamentos internos estrictos. Pero, a partir de este último año y hasta el de 1982, la situación laboral fue modificándose en las disposiciones del Código del Trabajo, a través de órganos mixtos obrero-patronales, lo que permitió de manera gradual la desaparición de esos poderes. En la actualidad las grandes decisiones de trabajo se adoptan por medio del consenso, sin que la parte obrera intente ninguna imposición de carácter industrial o administrativo, pero, asimismo, sin que los empleadores impongan su criterio en aspectos que puedan dañar las relaciones de trabajo. Al establecimiento de esta correlación ha contribuido la Corte de Apelaciones de Francia, cuyas resoluciones en diversos conflictos han resultado sumamente eficaces y comprensibles.

### *Gran Bretaña*

En el Reino Unido de la Gran Bretaña, durante varios años con posterioridad a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, no hubo movimiento legislativo apreciable, tanto por la naturaleza de su sistema jurídico como por el hecho de preferir dejar en libertad a los factores de la producción, en relación con la forma de dirimir sus controversias. Se pensó que entre menor intervención tuviese el Estado en los conflictos laborales individuales o colectivos, éstos encontrarían su cauce lógico y permitirían que, asimismo, fuesen esas fuerzas sociales las que dieran las soluciones convenientes para cada una de ellas. El Estado sólo intervino a petición de las partes interesadas y jamás impuso sus opiniones, ya que ello hubiera sido contrario a la naturaleza del pueblo inglés.

Fue hasta el momento en que este país decidió formar parte de la Comunidad Europea, y después de haberse comprometido al ajuste de sus leyes en varias materias y opciones, cuando se abrió el camino a nuevos campos de colaboración obrero-patronal. El mérito de estas leyes ha sido que, en principio, son preferentemente las propias partes interesadas quienes por sí solas adoptan las resoluciones en aras de un interés social supe-



rior, y sólo cuando se ve afectada la sociedad en general interviene el gobierno, eso sí, de manera drástica y contundente.

Se mencionan a continuación aquellas leyes que han permitido que trabajadores y patronos ajusten sus diferencias, con logros similares a los que imperan en el resto de la Comunidad.

1. Ley para el encauzamiento de las relaciones de trabajo (de fecha 12 de diciembre de 1975), mediante la cual se estableció que sólo por acuerdo mutuo obrero-patronal podrían fijarse prestaciones en empresas similares, a fin de que no existan diferencias en el costo del producto; esto es, evitar competencias desleales.
2. Ley de 25 de diciembre de 1976, por la cual se reformaron los artículos 6, 7, 8, 13, 29 y 30 de la Ley sobre Reglamentos de Trabajo, en la parte relativa a preferencias en casos de reajuste o desempleo. Estos actos deben llevarse a cabo a través de acuerdos directos de trabajadores y empleadores antes de ejecutarlos.
3. Ley de 29 de marzo de 1982, que establece la integración de juntas obrero-patronales para la formación profesional de los trabajadores. Incluye el método de integración de: a) una comisión permanente de servicio; b) comités de empresa; c) cuadros mixtos de profesiones; d) órganos de asesoramiento; e) cláusulas de obligaciones y derechos de los trabajadores.
4. Ley de fecha 31 de julio de 1987 (vigente hasta 1988), reglamenta casos de insolvencia patronal por motivos económicos no previstos o falta de consulta en situaciones específicas. Esta ley creó un tribunal de apelaciones sobre el empleo, para resolver los problemas de operatividad.
5. Ley de 25 de julio de 1984, sobre el derecho de huelga y medidas de acción laboral para su procedimiento. Califica los paros ilícitos, en casos de afectación a empresas ajenas a aquellas que realicen el movimiento. En todos los demás casos, las partes deberán llegar a acuerdos autónomos para la reanudación de labores.
6. Ley de fecha 7 de agosto de 1991, que reforma y adiciona las funciones del Tribunal Nacional de Relaciones de Trabajo en materia de facultades y reconocimiento de conflictos jurídicos negociados por empresarios y trabajadores.

## *España*

Por real decreto-ley número 5, de fecha 26 de enero de 1979, se creó el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, organismo que desde su formación ha conducido las relaciones laborales bajo bases de estricto entendimiento obrero-patronal. Sus funciones son: a) el depósito de estatutos sindicales y de asociaciones empresariales; b) el depósito de actas relacionadas con órganos de responsabilidad de los mismos; c) el depósito de convenios y acuerdos colectivos; d) la expedición de certificaciones de integración paritaria y e) la instalación de nuevos tribunales del trabajo provinciales o locales donde resulten indispensables. Contiene, asimismo, un sencillo procedimiento de mediación bilateral, en el cual el mediador únicamente sugiere o propone medidas conciliatorias, lo más ajustadas a la naturaleza jurídica y social de las controversias.

En otro nivel, la ley número 19, del 1o. de abril de 1977, faculta a trabajadores y empresarios para la formación de sindicatos para la defensa de sus respectivos intereses, al igual que la organización de cuerpos mixtos obligados a discutir posiciones encontradas sobre interpretación de leyes, antes de intentar medios legales, excepción hecha de cuestiones relacionadas con el personal de confianza. La Ley número 51, por su parte, regula asuntos de empleo y productividad, con el objeto de mantener el equilibrio de la producción al corto, mediano o largo plazos; cualquier disidencia sobre el particular no requiere de un pronunciamiento judicial. Y la ley número 58, que en uno de sus capítulos se refiere a la integración de grupos de comunidad de intereses con representantes obreros y patronales.

Sobre el tema de estudio, el Estatuto de los Trabajadores hace una interesante aportación, relacionada con los comités de empresa que se han impuesto legislativamente en la Europa Comunitaria. En el título II, sobre “Los derechos de representación colectiva y de relación de los trabajadores de las empresas”, se fija el alcance de las facultades de los órganos colegiados de los trabajadores que se constituyan para la defensa de sus intereses. Con base en el postulado de que debe desaparecer el “paternalismo de Estado”, al igual que otras formas de intervención en los aspectos fundamentales de la relación de trabajo, se regula un método de acuerdo entre los factores de la producción, que en la actualidad tiene su mejor expresión en el funcionamiento normativo de los comités de empresa.

Tres son, por ahora, las principales funciones de estos comités: las correspondientes a las obras sociales; la información económica que puede proporcionarse a los sindicatos en el ajuste de sus pretensiones, y la formación profesional. Esta última es la que ha alcanzado los mayores objetivos propuestos, por el simple hecho de que tanto a las empresas como a las organizaciones de trabajadores ha interesado la capacitación para el trabajo, aparte de cubrir todas las exigencias del industrialismo moderno. En este capítulo de la relación laboral, los comités de empresa se han constituido en los órganos de colaboración más eficaces, no sólo al abordar los aspectos técnicos de productividad sino, incluso, los económicos elementales para la buena marcha de los centros de trabajo.

En cuanto a las obras sociales (vivienda, transporte, educación a los hijos de los trabajadores, prestaciones colectivas y todo lo inherente a la seguridad social), se han mejorado las prestaciones colectivas gracias al poder de gestión de los comités. En donde ha habido tropiezos ha sido en las llamadas “encuestas económicas”, esto es, lo que podría considerarse información de esta naturaleza solicitada por los comités. Respecto a este particular, el legislador ha protegido de manera absoluta “la gestión de empresa” y el “poder de autoridad” del empresario, por constituir ambas facultades una responsabilidad industrial más allá de toda disposición socioeconómica.

Sin embargo, se permite a los comités de empresa solicitar consultas de naturaleza económica que no afecten ni la administración ni el poder patronal de decisión. Se comprenderá que, bajo cualquier consideración, mucho se ha logrado en materia de “comunidad de intereses”, como se les denomina en la legislación respectiva, terminología con la cual se califica la “reivindicación” de facultades tanto de los delegados obreros como de los delegados patronales en el seno de los comités de empresa; calificación que los especialistas europeos consideran “una reforma económica y social” importante, derivada de la fecunda unión de los elementos de la producción, la que ha permitido a las naciones “restituir” su prosperidad y grandeza.

### *Suecia*

De los países escandinavos, Dinamarca, Noruega, Finlandia y Suecia, es este último el que más se ha distinguido en los aspectos económicos de la relación laboral comunitaria de intereses. Desde 1974 fue promulgada

una ley (la número 372) que creó los institutos distritales del trabajo, los cuales en primera instancia deben dedicarse al conocimiento de aquellos conflictos obrero-patronales que puedan afectar la economía regional o nacional. El procedimiento a seguir es sencillo, aunque obligatorio para sindicatos y patronos, y previo a cualquier acción legal. La función de estas instituciones es únicamente mediadora, y de ahí la obligación para las partes de concurrir a ellas con el fin de cambiar impresiones y ofrecer alegatos no judiciales. Por esta razón sus resoluciones sólo constituyen opiniones que no pueden ser materia de otra instancia.

Esta ley fue ampliada en 1977 (9 de junio de ese año) para otorgar a estos institutos facultades judiciales en algunas materias: compensaciones económicas complementarias, asuntos de seguridad e higiene, atención médica y maternidad, que evitaran juicios prolongados e innecesarios; facultándose a las partes para acudir a la segunda instancia procesal caso de inconformidad con las resoluciones adoptadas. Se crearon algunas ordenanzas en cuestiones que, se estimó, no requerían el imperio de una ley sino más bien soluciones administrativas, tales como el servicio social de empleo, prestaciones subvencionadas a trabajadores minusválidos, pensiones parciales a trabajadores con menos de sesenta años de edad, y fueron creados también los consejos de empresa cuya función ha sido la promoción de resoluciones de común acuerdo en estas cuestiones.

Otros aspectos del empleo han quedado, asimismo, sujetos a acuerdos previos: el cambio de algunas actividades a trabajo particular o trabajo a domicilio, a solicitud de los trabajadores (ley de 24 de junio de 1982); cambio de empleo debido al establecimiento de nuevas condiciones de trabajo (ley de la misma fecha); convenios colectivos de la función pública (ley de fecha 6-XI-80), y Ley sobre Coparticipación de los Trabajadores en la Empresa (de fecha 21 de abril de 1977, y revisada en la Ley número 368 el año de 1990), en la cual se encuentran regidas dos materias específicas, la de formación profesional y la de consulta. En estas dos materias, los sindicatos tienen derecho a participar en todas las cuestiones relacionadas con la educación obrera y, con mayor profundidad, en los casos en los que la capacitación se proporciona en el propio centro de trabajo. En cuanto a los aspectos de consulta, es el empleador quien tiene la obligación de dar respuesta a solicitudes sindicales concernientes a la relación de trabajo existente.

## *Japón*

La relación de trabajo en Japón ha adolecido de algunas dificultades, no tanto por el reconocimiento de los sindicatos y la aceptación de la negociación colectiva, sino debido a las limitaciones que impone su legislación a todo tipo de actitudes que pueda entorpecer la producción. La libertad sindical se encuentra plenamente garantizada, los líderes de las organizaciones profesionales son llamados con frecuencia a dialogar y cambiar impresiones respecto al mejor manejo productivo y los beneficios remuneratorios; a ellos se les ofrece información dentro de los parámetros de la productividad para revisar la conducta de los trabajadores, con el propósito de que sea el propio sindicato quien llame la atención a éstos y les establezca sus obligaciones.

Desde la promulgación de la ley número 64, de fecha 18 de julio de 1969, esta práctica ha resultado eficaz y puede decirse que no son numerosos los juicios laborales que año con año tramitan los tribunales. Más aún, un aspecto muy edificante observado en este país es la atención que les merecen los obreros minusválidos, a quienes no sólo se les proporciona ocupación sino readaptación completa. Otra ley, la número 173, de 16 de junio de 1972, reformada y adicionada el año de 1990, debe ser considerada como producto de diversos acuerdos obrero-patronales; contiene las reglas de bienestar social en favor de los trabajadores y los nuevos compromisos hechos por los patronos en lo tocante a jornadas y descansos.

Capítulos de ayuda obtenida después de largas deliberaciones son: a) el correspondiente a la vivienda, al haberse aumentado en forma considerable la aportación patronal para obtenerla o construirla; b) mejor trato a los trabajadores de mayor edad, mediante cambios de actividad acorde a su capacidad física; c) compensaciones especiales para estos mismos trabajadores, cuando en la nueva ocupación que se les asigne el salario sea muy bajo; d) extensión de la seguridad social a familiares que dependan económicamente del trabajador; e) pago de jubilaciones en cantidad no inferior al último salario percibido, con límite al 60% del mismo.

Al igual que en los países occidentales, se ha impulsado el trabajo a domicilio debido a las facilidades de las computadoras y de la comunicación, dicen los líderes sindicales que esta novedad laboral no se debe tanto a los acuerdos obtenidos de índole obrero-patronal sino a la dificultad de extender las instalaciones de algunas empresas por lo reducido de los espacios territoriales disponibles, pues además, se ahorran algunas presta-

ciones individuales, ya que en los convenios establecidos el trabajador acepta condiciones de trabajo particulares debido a la conveniencia del trabajo en locales propios, la libertad de horario y las horas de descanso.

### *Estados Unidos de América*

Al final de la Segunda Guerra Mundial y con el objeto de evitar la repetición de hechos producidos al finalizar la primera guerra, en que quedaron licenciados gran número de trabajadores que formaron parte del ejército de este país, el presidente Truman solicitó al Congreso de la Federación fuese estudiada una legislación que permitiera la formación de comisiones mixtas de obreros y empleadores encargados de la contratación y distribución de empleos, sujeta a la capacidad de cada empresa. El Congreso sólo revisó la ley promulgada el año de 1938, anterior al ingreso de Estados Unidos de América en la conflagración aludida, sobre reglas equitativas de conducta en materia de empleo, la cual fue modificada a su vez por la ley del 23 de septiembre de 1966, denominada del bienestar laboral, que de hecho fue la que creó las comisiones aludidas.

No todos los estados de la Unión las aceptaron, pero en general se establecieron órganos similares, y puede decirse que el presidente Eisenhower fue un decidido impulsor de un sistema de mutua ayuda obrero-patronal, en aquellos casos y situaciones en que esto fuese posible. Tres leyes federales han surgido al respecto. En primer término la ley federal número 97-300 (número 2036 por su orden legislativo), que es casi un Código Federal del Trabajo y en donde algunos de sus capítulos están destinados a la organización y funciones desde un consejo de administración de servicios; otra, dedicada a la formación y atribuciones de comisiones mixtas de trabajo encargadas de la oferta de empleos a jóvenes que ingresan a la mano de obra profesional y ex-combatientes de diversas guerras, y una tercera encargada de situaciones de sobrevivencia de trabajadores desempleados (artículos 429 a 437; 501 a 507 y 451 a 455).

Otras dos leyes, la *Public Law* número 97-470 y la llamada Ley Wagner-Preysser, incluyen en su texto obligaciones estatales para la integración local y funcionamiento de la Comisión Nacional de la Política del Empleo, así como atribuciones de los estados en la integración de comisiones mixtas, en materia de formación profesional y asistencia técnica a los sindicatos para una mejor comprensión de las disposiciones laborales. La Comisión Nacional de la Política del Empleo está integrada con quin-

ce miembros de cada sector laboral, seleccionados entre agrupaciones de obreros, de agricultores, y excombatientes; forma parte de ellas también un representante del Consejo Nacional de Formación Profesional.

Funciones de esta comisión son: a) delinear objetivos en materia de empleo en coordinación con los programas de acción social; b) establecer políticas de asistencia pública y políticas fiscales vinculadas al empleo; c) formular recomendaciones de carácter estatal para satisfacer necesidades locales o federales de empleo; d) formular programa de empleo y formación profesional con asistencia federal; e) asesorar al secretario del Trabajo en la elaboración de normas de ejecución nacional en materia de ocupación; f) evaluar los efectos sobre la clase trabajadora de las políticas fiscales a fin de ampliar las oportunidades de empleo, y g) evaluar programas federales para la preparación de la legislación sobre mano de obra.

En cuanto a la Ley Wagner-Preysser sus funciones son: a) asesorar a los gobiernos de los estados en materia de información y asistencia técnica; b) ejecutar programas especiales de formación profesional a través de un modelo federal que pueda adaptarse a exigencias locales; c) suministrar programas de servicios conexos para el trabajo de presos; d) asistir en materia financiera a los agricultores, a efecto de satisfacer necesidades de empleo en zonas rurales; e) orientar a sindicatos y empleadores en cuestiones de conservación de las condiciones de energía, y f) proporcionar información respecto a las condiciones económicas de cada zona industrial y métodos de impulso al desarrollo.

### *Canadá*

La estructura política de este país, que permite a las provincias que lo constituyen plena autonomía legislativa, ha dificultado no sólo el desenvolvimiento sindical sino la interrelación de las organizaciones obreras con los organismos empresariales y la formación de comisiones de colaboración laboral. De hecho, cada provincia tiene una legislación del trabajo propia, adaptada a sus necesidades locales y fortalecida con esquemas legales de negociación colectiva, también particular, que les ha ofrecido confianza, seguridad y entendimiento a trabajadores y patronos.

Sin embargo, algunas provincias como Ontario, Quebec, Alberta y la Columbia Británica han adoptado el Código del Trabajo nacional, promulgado por el Parlamento de la Commonwealth y reformado por la ley

de fecha 30 de junio de 1971, y la orden DORS 72 del Consejo Político Canadiense, de fecha 13 de enero de 1972, mediante la cual se obliga a la celebración de acuerdos obrero-patronales en materia de horarios, terminación de contratos individuales y colectivos temporales e indemnizaciones a solventar, a fin de evitar juicios que impidan o dificulten la subsistencia de los trabajadores y sus familias.

Otro capítulo obligatorio es la observancia de las normas de seguridad e higiene, y el de los servicios de información relacionados con la salud de los trabajadores (ley de fecha 21-XI-79). Además, en la Ley sobre Equidad en Materia de Empleo, de carácter nacional, promulgada el 27 de junio de 1986 y destinada a la provincia del Yukon y los territorios del Noroeste, se obliga a los sindicatos a la aceptación de, por lo menos, un 20% de trabajadores nativos (esquimales), de la planta total de una empresa bajo ajustes particulares que se hagan con los representantes de dichas empresas. Esta obligación debe quedar inserta en los reglamentos respectivos acordados por los factores de la producción.

En el orden legislativo provincial, Ontario y Alberta en particular, las decisiones concernientes a la seguridad social deberán adoptarse por acuerdo obrero-patronal, y se darán a conocer a las autoridades correspondientes las decisiones con el único objeto de verificar que se encuentren ajustadas a la legislación respectiva. Por su parte, la provincia de Quebec ha seguido en muchas de sus leyes sobre el trabajo al Código francés, por considerarlo de mejor aplicación, dada su idiosincrasia política, lingüística y social. Hasta hace pocos años los conflictos obreros casi no se presentaban en todas las provincias, pues el problema esencial en todas ellas era la falta de mano de obra. En la actualidad, debido a la inmigración de trabajadores de otros países, los trabajadores canadienses se han visto obligados a establecer una especie de concordatos laborales, a efecto de que en aquellos lugares donde exista mano de obra, calificada o no, que carezca de empleo, y lo solicite, sean contratados de preferencia los trabajadores nacionales, y sólo aquellas plazas que no puedan cubrirse en esta forma les serán dejadas a los inmigrantes. En la provincia de Nueva Columbia (Vancouver), debido a la enorme inmigración asiática (chinos, coreanos y laosianos) las autoridades se han visto en la necesidad de restringirla.



## *Argentina*

La legislación laboral argentina ha recibido fecunda inspiración de los países europeos, desde la llamada Ley de los Pobres inglesa hasta el reciente Código del Trabajo de Francia. Varias de sus leyes contienen elementos de alto valor aplicativo en la materia desde hace más de un siglo, y puede afirmarse su importancia, de lo que dan fe las innumerables obras escritas por sus especialistas, pues de gran utilidad y ejemplo nos han servido a los demás pueblos de América Latina, no sólo por la valía de sus conceptos sino por su método de exposición y lo articulado de sus propósitos académicos. Algún crítico mexicano ha dicho que peca de individualista y es contraria a muchos de los avances socialistas que imperan en las leyes de trabajo, pero se estima que su apreciación no es correcta, porque lo que en realidad ocurre es la defensa tenaz de su independencia aplicativa conforme a su particular idiosincrasia.

Es posible que por el rigor jurídico con el cual define las facultades sindicales y algunos aspectos de la negociación colectiva dé la impresión de limitar la acción obrera, y que tal conducta conduzca más bien a un choque de intereses que a la necesaria coordinación y colaboración que debe existir en la relación de trabajo. Sin embargo, conviene recordar que si bien es cierto que al promulgarse la ley número 14,250 se creyó haber purgado todas las fallas de la anterior legislación laboral, pronto se apreció ese rigorismo legislativo, que fue corregido de inmediato formulando leyes en las que, escuchando la voz de los sindicatos, ha sido posible un positivo avance social. Conviene recordar también la situación política por la cual atravesó Argentina durante algunos años.

A la fecha, varias leyes anteriores han sido revisadas y modificadas, como la ley número 18,337 (4-IX-69); la número 29,337 (2-V-63), sobre cooperativas; número 20,615 (29-XI-73), sobre asociaciones profesionales; el Código del Trabajo (ley de la nación); la ley número 29,744 (17-IX-74); y la resolución número 192 (31-XII-80), que modificó totalmente todo lo relativo a pensiones y jubilaciones. A partir de la década de los ochenta fue reconocido el derecho de la clase trabajadora de participar en ciertas decisiones patronales concernientes exclusivamente al trabajo, a fin de ser ampliamente discutidas antes de ponerlas en ejecución. A esto obedece la creación de las comisiones paritarias, que han sido y son ejemplo de métodos de solución de conflictos obrero-patronales, no sólo para América Latina sino para el resto de los países en vías de industrialización.

Estas comisiones no siguen, desde luego, el régimen de coparticipación obrero-patronal, puesto en ejercicio en otros países, sino que responden a un interés propio de la industria argentina y a las necesidades particulares de su desenvolvimiento económico. Se deja libertad de criterio y autonomía para llegar a los acuerdos que a las partes convengan, pero una vez obtenidos éstos deberán ser presentados a las autoridades laborales, a efecto de ser revisados en su contenido y determinar, para su validez, que el texto aprobado no contiene disposiciones contrarias a la legislación vigente o a los contratos colectivos registrados, por tener sus cláusulas un carácter obligatorio.

### *Brasil*

En cuanto a la legislación de Brasil se refiere, quizás por ahora la más avanzada en América Latina, no se han dado reglas para la colaboración obrero-patronal, por estimarlas inoperantes para su sistema legislativo laboral. Y es que en América del Sur se considera que aun cuando las leyes de este país en la materia son realmente avanzadas no dejan de tener un carácter intervencionista y exageradamente nacionalista; lo primero debido al rigor con el cual el Estado ha tratado al sindicalismo, y lo segundo por la particular protección que recibe el trabajador nacional respecto del trabajador extranjero, ambas posturas son justificadas por el Ministerio del Trabajo. El argumento toral de esta posición es que en la actualidad la economía y el trabajo deben marchar unidos en los proyectos de desarrollo, porque de lo contrario las crisis sufridas por este país se verían más agravadas y peligrosas para su política social. Se agrega que la excesiva pobreza de su pueblo impide acceder a cualquier tipo de condiciones de trabajo si éstas interfieren en dicho binomio.

Lo anterior explica el motivo por el cual los sindicatos no han logrado acuerdos directos con la clase empresarial, tanto por la protección otorgada a ésta, como por la estructura de su tradición política. Esto ha impedido en gran parte una negociación bipartita directa, pues la conducta sindical se encuentra oficialmente vigilada en cuanto a su acción, proyectos y posiciones gremialistas, elementos básicos para el desenvolvimiento libre y autónomo de las organizaciones profesionales, tal como lo ha sostenido la Organización Internacional del Trabajo en sus numerosos convenios, muchos de ellos ratificados por Brasil. Conviene aclarar, sin embargo, que debido a la estructura constitucional del país, varios de los

estados de la República federal han adoptado orientaciones propias, en tratándose de algunos aspectos laborales que han estimado necesario adaptar a la situación comunitaria que se vive en muchas de sus regiones territoriales.

Por un lado se ha abandonado el excesivo centralismo y en particular la intervención estatal en el planteamiento, discusión y celebración de los contratos colectivos, con respeto absoluto de sus cláusulas, y se ha permitido una especie de entendimiento privado obrero-patronal, cuyos acuerdos no son siempre aceptados, pero sí proclives a una buena administración contractual autónoma. La realidad deriva del enorme temor a las crisis económicas y el deseo de que la industrialización, el apoyo extranjero y las fuentes de trabajo no desaparezcan, por ser vitales para la economía. He aquí otra forma de negociación colectiva no ajustada a la legislación imperante en el mundo del trabajo, pero más efectiva en el campo del orden público laboral.

### *México*

Nuestro país, al igual que el Brasil, no ha aceptado la existencia de organismos de colaboración obrero-patronal directa, ya que se ha preferido que a través de pactos trilaterales se logren acuerdos entre los factores de la producción, con la anuencia y el apoyo gubernamental, puesto que el Estado, se dice, sólo participa como testigo de tales acuerdos. Hasta qué punto estos pactos sociales pueden tomarse como actuaciones de colaboración entre trabajadores y patronos, es lo que doctrinalmente se ha discutido entre autores y líderes de opinión. Los obreros piensan que se trata de imposiciones a las condiciones de trabajo existentes, los patronos creen que han contribuido a la paz social. La realidad es que, según lo aceptan otros pensadores, simplemente se trata de una nueva forma de negociación colectiva que va más allá del bipartismo o tripartismo. Ni toda la libertad a trabajadores y empresarios para obtener soluciones válidas a sus controversias, ni tampoco un intervencionismo inusual del Estado en el arreglo de los conflictos laborales ligados a la economía nacional.

Los organismos de participación o colaboración, según se prefiera denominarlos, ostentan una naturaleza jurídica diferente a la de otras naciones, y están destinados a resolver otras cuestiones de interés gremial. En efecto, fuera de toda concepción procesal estricta, porque su carácter tiene más de administración pública que de derecho del trabajo, han sido

consideradas como autoridades laborales: a) La Dirección Nacional del Empleo, Capacitación y Adiestramiento; b) la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos así como las comisiones regionales; c) la Comisión Nacional para el Reparto de Utilidades de las Empresas. En todas ellas intervienen trabajadores y patronos; en la primera, a través de Comités Nacionales y Consejos Mixtos, y en las otras dos, por medio de representantes de los trabajadores y de los patronos.

En materia de capacitación y adiestramiento, son las comisiones mixtas, integradas por miembros elegidos por los trabajadores y representantes de los empleadores, las encargadas en cada centro de trabajo de la participación y vigilancia de la educación obrera en general, independientemente de que sindicatos o empresas establezcan centros educativos para la preparación profesional en las actividades industriales en operación o próximas a instalarse. Estas comisiones dependen de una unidad coordinadora, que es asesorada por las propias organizaciones obreras y por los empresarios, que constituyen consejos consultivos de una o varias ramas de la propia industria. Las funciones respectivas, por lo mismo, corresponden a dicha unidad, reduciéndose el papel de las comisiones mixtas a una simple actuación administrativa encargada del cumplimiento de las disposiciones legales establecidas en los artículos 537 a 539 de la Ley Federal del Trabajo.

Las Comisiones Nacionales del Reparto de Utilidades y las encargadas de fijar los salarios mínimos en la República tienen mayor actividad funcional, pues en la primera participa en forma directa un consejo de representantes, en el cual trabajadores y patronos tienen destacada intervención (artículos 579 a 581 de la LFT), en tanto que en la segunda, los representantes obrero-patronales no sólo deben reunir determinados requisitos para ser elegidos sino que se les asignan deberes y atribuciones más amplias, ya que deben realizar estudios, investigaciones socioeconómicas y laborales antes de proceder a la toma de decisiones (artículos 551-563, LFT).

¿Cuáles son estas funciones? Para el reparto de utilidades: escuchar las opiniones que viertan las asociaciones sindicales en relación con el porcentaje económico a distribuir entre los trabajadores que hayan prestado servicios a las empresas o negociaciones el año anterior a su distribución, y formular las reclamaciones pertinentes de orden fiscal, administrativo o de integración del monto del capital distribuible. Pueden designarse subcomisiones encargadas de operaciones accesorias y de con-

sulta, a efecto de que sean correctas y justas las cuotas que a cada trabajador correspondan conforme al tiempo de servicios prestados y el monto de los salarios percibidos.

Son funciones de los representantes en la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos: a) formular un plan de acción en la primera reunión que celebren; b) aprobar el plan de trabajo que presente la dirección técnica y asesorar en las cuestiones de análisis y estudio; c) resolver respecto de las zonas económicas en las que se haya dividido el territorio de la República; d) analizar las resoluciones dictadas por las comisiones regionales para aprobarlas, modificarlas o bien ordenar la práctica de nuevas investigaciones locales; e) designar técnicos asesores para cualquier investigación que deba practicarse en particular; f) realizar estudios o investigaciones complementarias, y g) fijar los salarios mínimos generales y especiales de cada región.

Por disposición legal, otro tipo de comisiones mixtas pueden formarse en cada centro de trabajo, tres de ellas obligatorias y las demás quedan a juicio de los trabajadores y empleadores, al discutir y aprobar las convenciones colectivas. El artículo 392 de la ley mexicana del trabajo señala, como principio general, al respecto que: “en los contratos colectivos podrá establecerse la organización de comisiones mixtas para el conocimiento de determinadas funciones sociales y económicas. Sus resoluciones serán ejecutadas por las Juntas de Conciliación y Arbitraje en los casos en los que las partes las declaren obligatorias”.

Las comisiones mixtas que por disposición de la ley deben organizarse son las siguientes: a) la comisión de seguridad e higiene, compuesta por igual número de representantes de los trabajadores y del patrono para investigar las causas de los accidentes y de las enfermedades profesionales, y proponer medidas para evitarlos en el futuro y vigilar su cumplimiento (artículo 509); b) la comisión encargada de la formación del reglamento interior de trabajo, para proceder a su registro ante las autoridades competentes y de corregir cualquier comisión que surja en el desarrollo de las reglas aprobadas (artículo 424), y c) la comisión de escafón y antigüedad, encargada de la formación de los cuadros correspondientes a profesiones, categorías, clasificación de oficios y fecha de ingreso al trabajo, a los cuales debe dárseles la publicación debida, a efecto de que los trabajadores los revisen y si encuentran algún dato incorrecto se proceda a corregirlo (artículo 158 de la LFT).

Por regla general, en los contratos colectivos se organizan otras comisiones mixtas, que de ninguna manera tienen similitud o aproximación de objetivos o intereses a los llamados comités de empresa, comunes ya desde hace varios años en todas las legislaciones de la Unión Europea, como ya se ha visto, cuyo trabajo ha rendido excelentes resultados y ha evitado numerosos conflictos. Se pueden citar como ejemplos la comisión de admisión al trabajo, las comisiones disciplinarias o las comisiones actuales de consulta, información y vigilancia del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), que patronos y trabajadores han formado ante la complejidad de los datos aritméticos que se precisan actualizar y conciliar, y con la finalidad de que los trabajadores tengan conocimiento exacto de las cantidades que existan a su favor en las empresas administradoras del SAR, conforme a los depósitos legales que deben realizar los patronos.

En conclusión, con gran beneplácito avanza un movimiento paritario de comprensión en el manejo de la relación de trabajo, a través de acuerdos obrero-patronales, que no sólo ha mejorado las condiciones de trabajo sino ampliado el entendimiento que debe existir en toda empresa o negociación para la conservación de las fuentes de ocupación, base del progreso colectivo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Manuel, *La legitimación para formalizar conflictos colectivos y sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1953, 466 pp.
- ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del trabajo*, 7a. ed., Madrid, Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1982, 825 pp.
- BAYLOS GRAU, Antonio, *Instituciones de derecho procesal laboral*, Valladolid, Editorial Troits, 1991, 626 pp.
- BUEN, Néstor de, *Derecho procesal del trabajo*, México, Editorial Porrúa, 1986, 632 pp.
- BUENO MAGANO, Octavio, “Nacionalismo obsoleto”, *Cuestiones laborales*, México, UNAM, 1988, 525 pp.
- CABANELLAS, Guillermo, *Derecho de los conflictos laborales*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica OMEBA, 1966, 578 pp.
- CAMERLINCK, G. H. y LION-CAEN, Gerard, *Derecho del trabajo*, trad. Juan Ramírez Martínez, Madrid, Aguilar, s.f.e.
- DÁVALOS, José, *Derecho del trabajo*, México, UNAM, 1979, 575 pp.

- DEVEALIZ, Mario L., *Lineamientos del derecho del trabajo*, 4a. ed., Buenos Aires, Editorial Tipográfica OMEBA, 1986, 661 pp.
- ERNER, Sergwberger, “Intensificación de la competencia reestructuración industrial y relaciones de trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1992.
- GARZA, Enrique de la, *Panorama normativo laboral; modernización y sindicatos*, México, s.e., 1993, 119 pp.
- GALMATINO, Luisa, *Diritto sindacale*, Torino, Italia, s.e., 1992, 1978 pp.
- GONZÁLEZ VIEDAMA, Eduardo, “Derechos humanos y seguros de mantenimiento y seguridad en la empresa”, *Civitas*, Madrid, España, 1992.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, México, UNAM, 1978, 283 pp.
- JAVILLIER, Jean Claude, *Pour un Debat Doctrinal a partir du Droit Comparé du Travail*, París, Dalloz, 1991, 127 pp.
- KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1952, 397 pp.
- LASTRA y LASTRA, José Manuel, *Derecho sindical*, México, Editorial Porrúa, 1991, 353 pp.
- LION CAEN, Gerard, *Les Transformations du Droit du Travail*, París, Dalloz, 1984.
- MENÉNDEZ PIDAL, Juan, *Derecho social*, 3a. ed., Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1952, 577 pp.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO; *Serie legislativa (suplemento anual), 1972 a 1988. Disposiciones legislativas en materia de trabajo coordinación: estándares laborales* (Matlex, fichas de 180 países).
- , *La OIT y los derechos humanos*, Ginebra, Suiza, 1968.
- , *Memoria del director*, Ginebra, Suiza, 1997.
- , *La OIT y el mundo del trabajo, 1997-1998*, Ginebra, Suiza.
- , *Introducción al estudio del derecho del trabajo*, 1987.
- , *La OIT y los derechos humanos en América Latina*, 1968.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio, *Reclamos jurídicos de los pueblos indios*, México, IJ-UNAM, 1993, 180 pp.
- REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Derecho del trabajo e integración económica*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1992, 286 pp.
- RIBAS, Jean Jaques, y JONESY, Marie José, *Derecho social europeo*, trad. de José Luis Domínguez Garrido, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio del Trabajo; 1970, 555 pp.

REVISTA VASCA DE DERECHO PROCESAL Y ARBITRAJE, San Sebastián, tomo VI, enero 1994, Instituto Vasco de Derecho Procesal.

RUPRECHT, Alfredo S., *Higiene y seguridad*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Bibliográfica OMEBA, 1971, 129 pp.

SANTOS AZUELA, Héctor, *Estudios de derecho sindical del trabajo*, México, IIJ-UNAM, 1987, 238 pp.

WAGNER, Giglio, *La solución de los conflictos laborales en Brasil*, México, Ediciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1985, 311 pp.

VALTICOS, Nicolás, *Los derechos del hombre y la OIT*, Atenas, Editorial Melanges Dteopulus, 1968, 207 pp.



## MÉXICO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Manuel BECERRA RAMÍREZ

Si se consolida la justicia interna, la necesidad de acudir a una instancia supranacional se dará en menor medida.

Hernán SALGADO PESANTE\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. III. *La creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IV. *Estados parte de la Corte Interamericana*. V. *El derecho a aplicar por la Corte*. VI. *Medidas precautorias*. VII. *Opiniones Consultivas*. VIII. *Las sentencias de la Corte*. IX. *Composición de la Corte*. X. *Funcionamiento*. XI. *Reformas de la Corte*. XII. *México y la Corte Interamericana*. XIII. *El papel del Senado en la aceptación de la competencia de la Corte*. XIV. *Las reservas de México en la aceptación de competencia de la Corte*. XV. *La reserva al artículo 33 de la Constitución*. XVI. *La reserva sobre la irretroactividad*. XVII. *La aplicación de las resoluciones de la Corte*. XVIII. *El carácter especial de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su reflejo en el derecho interno*. XIX. *Impacto a nivel interno de la aceptación de la competencia de la Corte*. XX. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Es un gran honor participar en este libro en homenaje al maestro y compañero de este Instituto, don Manuel Gutiérrez de Velasco, a quien dedico este estudio sobre un tema que ha sido motivo de su ocupación profesio-

\* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

nal y académica, me refiero a los tribunales, en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con base en la voluntad de los Estados a través de los tratados internacionales y resoluciones de organismos internacionales, se ha creado una red amplia de normas jurídicas internacionales que protegen los derechos humanos. El Estado no es libre para tratar a su población como lo desee. El principio de soberanía interna ahora tiene sus limitaciones, que corresponden a los derechos del hombre protegidos a nivel internacional. La situación actual de los derechos humanos es el resultado de un desarrollo que empieza desde el siglo pasado, ya que la preocupación por la protección de los derechos humanos data desde el siglo XIX, cuando la historia registra una serie de cláusulas sobre minorías religiosas en tratados internacionales.

En este siglo, después de la Primera Guerra Mundial, se establece un régimen sobre las minorías y es acontecimiento fundamental la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo, es después de la Segunda Guerra Mundial cuando aparece un movimiento más importante de carácter mundial de protección de los derechos humanos. Ese movimiento se extiende hasta América Latina, en donde, a partir de 1948, se gestan una serie de instituciones protectoras de los derechos humanos, que poco a poco se van perfeccionando hasta crear un sistema que combina las reglas sustantivas con las adjetivas. Nuestro país, reticente a aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha dado un paso muy importante en la tutela de los derechos humanos de sus nacionales, ya que la medida de alguna manera lo obligará a establecer un sistema interno mejor conformado.

Aparte de todo ese desarrollo, que repetimos es encomiable, no hay que soslayar que el problema de la violación de los derechos humanos es un problema esencialmente nacional, no internacional, tanto desde la perspectiva “de la jurisdicción legal internacional como en lo tocante a tomar medidas eficaces para establecer un gobierno respetuoso de los derechos. Por lo general, la acción internacional puede ser a lo sumo un incentivo y un apoyo para poner en práctica acciones nacionales en favor de los derechos humanos”, como lo puntualiza acertadamente Jack Donnelly.<sup>1</sup>

1 Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales, en teoría y en la práctica*, 2a. ed, México, Gernika, 1998, p. 313.

## II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es durante el siglo XX cuando hemos sido testigos de un importante proceso de evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que, aunque no haya sido expreso, ha tomado como modelo su par europeo. El origen del actual sistema que toma como eje fundamental la Convención Americana de Derechos Humanos se gesta en la década de los años treinta. En efecto son perceptibles los primeros antecedentes de la Declaración Americana de Derechos Humanos en algunas de las resoluciones adoptadas por la VIII Conferencia Internacional Americana celebrada la capital de Perú, Lima, en el año de 1938. Más tarde, cuando los países latinoamericanos preparaban su postura ante el tratado que iba a dar vida a la Organización de Naciones Unidas, en el año de 1945 se celebró en la ciudad de México la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, también denominada Conferencia de Chapultepec, la cual adoptó entre otras resoluciones, dos de capital importancia para el tema: la resolución sobre “Libertad de información”, y la resolución sobre “Protección internacional de los derechos esenciales del hombre”, que indudablemente influyeron sobre el desarrollo del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, ya que son los antecedentes más claros sobre la intención de los Estados latinoamericanos de crear un sistema protector de los derechos humanos.

Más tarde, en el año de 1948, fue adoptada la Declaración Americana, de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración Americana), que comprende un preámbulo y 38 artículos, en los que se definen los derechos protegidos y los derechos enunciados, estableciendo, en una de sus cláusulas introductorias: “que en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.<sup>2</sup>

Con ello se subraya la importancia que tiene la tutela de los derechos humanos a nivel regional, sin importar las fronteras estatales. Sin embargo, es necesario hacer notar que al igual que su homóloga, la Declaración Universal, por la forma en que se expresó, como una mera “declaración”, no era considerada jurídicamente obligatoria, pero era indudable su gran

2 Rodríguez y Rodríguez Jesús, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, t. III, México, 1998, p. 1041.

valor como instrumento jurídico internacional que guiaba la política de derechos humanos de los Estados de la región. De esta manera podemos decir que los derechos contenidos en la Declaración Americana no contaban con garantías internacionales efectivas de protección en caso de ser violados. En tal virtud, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959, se adoptaron en la OEA importantes resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del sistema, que se conoce como la Declaración de Santiago. En esa ocasión se aprobó una resolución mediante la cual se decidió crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo se mencionará como Comisión Interamericana o Comisión ) compuesta de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargado de promover el respeto de tales derechos, la cual sería organizada por el mismo Consejo y tendría las atribuciones específicas que éste le señalare.

De acuerdo con esto, el 25 de mayo de 1960 el Consejo de la OEA aprobó el estatuto de la Comisión Interamericana y eligió a los primeros miembros de la misma el 29 de junio de ese año. Ello hizo posible que el 3 de octubre de 1960 se instalara formalmente la Comisión Interamericana en su sede permanente, la ciudad de Washington, dando así inicio a sus actividades, y designó como su primer presidente al insigne literato don Rómulo Gallegos. El Estatuto de 1960 rigió a la Comisión hasta 1965, cuando la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, acordó modificarlo para ampliar las funciones y facultades de la Comisión, como ella misma lo había venido planteando. De esa manera, mediante la reforma a la Carta de la Organización, conforme al Protocolo de Buenos Aires de 1967, el cual entró en vigencia en 1970, la Comisión se convirtió en uno de los órganos principales de la OEA.

Mediante el dicho Protocolo de Buenos Aires se asignó a la Comisión Interamericana, como función principal, la tarea de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. La nueva versión de la Carta de la OEA le otorgó a la Comisión la función expresa de “velar por la observancia de tales derechos humanos, entendidos como tales los consagrados en la Declaración Americana”. Con esto se avanzaba en la conformación de un instrumento jurídico de carácter obligatorio, mientras no

entrara en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), y además, no sólo la Comisión sino incluso la propia Declaración Americana obtuvieron una base jurídica sólida en la Carta de la OEA.

### III. LA CREACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el año de 1969 se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, a la cual se le denomina “Pacto de San José”, que entró en vigencia nueve años después, el 18 de julio de 1978. Ya con este instrumento jurídico internacional de carácter obligatorio se dio un paso importante en la creación de un Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y más con la introducción, en el mismo tratado, de un sistema jurisdiccional. En efecto, con dicho tratado se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con jurisdicción contenciosa para los casos individuales y con jurisdicción consultiva para la interpretación de la propia Convención Americana, además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la compatibilidad de las leyes de los Estados.<sup>3</sup>

Los primeros jueces de la Corte Interamericana fueron electos por los Estados partes de la Convención en mayo de 1979, durante el séptimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, lo cual permitió que dicha Corte se instalara oficialmente en San José de Costa Rica, donde tiene su sede, el día tres de septiembre de 1979. La Corte Interamericana, a diferencia de la Comisión, no es un órgano principal de la Carta de la OEA, sino convencional, y sólo puede ejercer su jurisdicción contenciosa sobre los Estados que expresamente han aceptado su jurisdicción.

Hasta octubre de 1998, de los 35 Estados miembros de la OEA, 25 de ellos han ratificado la Convención, y 18 lo han hecho en relación a la jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte Interamericana.

3 Ayala Corao, Carlos, “El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, en Fix-Zamudio, Héctor (coord.), *México y las Declaraciones de los Derechos Humanos*, México, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, pp. 100-105.

Si bien todos los Estados latinoamericanos han ratificado la Convención, sin embargo, en contraste, Estados Unidos de América, Canadá y la mayoría de los países del Caribe aún no lo han hecho.

#### IV. ESTADOS PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA

A la fecha no todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos han suscrito o ratificado la Convención Americana, los casos más significativos son los de Canadá y Estados Unidos; otros Estados ha suscrito la Convención, pero no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, como sucede con República Dominicana y varios Estados de la región caribeña. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana, lo que significa que no acepta la competencia de la Corte, aunque se mantiene en la Comisión Interamericana. La situación no es del todo optimista, pues si bien los Estados latinoamericanos más desarrollados, México y Brasil, recién acaban de aceptar la competencia de la Corte, el hecho de que Estados Unidos y Canadá se mantengan fuera debilita un tanto al sistema. Pero eso sí, hay que resaltarlo, le quitan autoridad moral a los Estados que en varias ocasiones se convierten en paladines defensores de los derechos humanos en el mundo.

#### V. EL DERECHO A APLICAR POR LA CORTE

Actualmente, los instrumentos fundamentales del sistema de protección que sirven de sustento tanto a la Comisión como a la Corte son fundamentalmente los siguientes:

- La Declaración Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José), instrumento jurídico que sirve como columna vertebral;
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);
- El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante Resolución número 447, de la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo ordinario de sesiones, La Paz-Bolivia, octubre de 1979;

- El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente desde el 3 de mayo de 1996;
- El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por ésta en su XXXIV periodo ordinario de sesiones celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996 y que entró en vigor el 1 de enero de 1997;
- La Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987);
- El Protocolo a la Convención Americana Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990);
- La Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas (1996);
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1995).<sup>4</sup>

Por supuesto no hay que soslayar las sentencias de la Corte, que de acuerdo con el derecho internacional son fuentes importantes de este derecho.<sup>5</sup> Hasta octubre de 1998 la Corte ha dictado 42 sentencias contenciosas, que se clasifican de la siguiente manera: diecisiete sobre el fondo, quince sobre excepciones preliminares, siete sobre reparaciones, dos sobre interpretación de sentencias y una sobre otros asuntos. Además, ha emitido quince opiniones consultivas formuladas por los Estados. La jurisprudencia de la Corte constituye importante fuente en el estudio del derecho internacional de los derechos humanos, pues contiene las más avanzadas doctrinas sobre su interpretación y aplicación.

## VI. MEDIDAS PRECAUTORIAS

La Convención Americana puede dictar medidas precautorias (artículo 63-2), en dos hipótesis:

- Durante el procedimiento, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las per-

<sup>4</sup> Véase: Abreu Burelli, Alirio, “El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *México y las Declaraciones de los Derechos Humanos*, cit., nota 3, pp. 121-122).

<sup>5</sup> Véase Becerra Ramírez, Manuel, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de los derechos humanos”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, pp. 431-446.

sonas, en este caso la Corte puede actuar por iniciativa propia o a solicitud de una de las partes;

- Cuando se trate de asuntos que no estén sometidos a la jurisdicción de la Corte, también ésta puede dictar medidas precautorias siempre previa solicitud de la Comisión.<sup>6</sup>

## VII. OPINIONES CONSULTIVAS

Por otra parte, como lo mencionamos anteriormente, la Corte también puede emitir Opiniones Consultivas; de acuerdo con el artículo 64 de la Convención Americana, quienes están autorizados para solicitar esas Opiniones Consultivas son:

- Los Estados miembros de la Organización, aquí se entiende que son los Estados miembros de la OEA;
- En lo que les compete, también los órganos de la OEA pueden solicitar esas Opiniones Consultivas: la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados.

Ahora bien, la Convención Americana, en el citado artículo 64, limita el objeto de la consulta, ya que sólo puede versar sobre:

- La interpretación de la Convención Americana y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. La expresión “otros tratados concernientes a la protección” es oportuna por su amplitud, ya que crea todo un sistema protector de derechos humanos con diferentes tratados, no sólo entre naciones americanas, sino en cualquier tratado relativo a derechos humanos;<sup>7</sup>
- Además, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, la Corte puede ofrecer a dicho Estado opiniones relativas a la “compatibilidad entre cualquiera de sus leyes nacionales con los mencionados instrumentos internacionales”.<sup>8</sup>

6 Véase el caso Bustios Rojas.

7 Véase Opinión Consultiva OC, I-A., HR., serie A: Juicios y opiniones, núm. 4, 1984.

8 Artículo 64-2 de la Convención Americana.



Por lo que toca a los alcances de las Opiniones Consultivas, a diferencia de las sentencias, son meros pronunciamientos sin fuerza jurídica obligatoria; sin embargo, tiene una gran fuerza moral y son elementos que se pueden utilizar por la opinión pública internacional para dirigir las actuaciones de los gobiernos.

### VIII. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE

El fallo que dicte la Corte deberá ser motivado y será inapelable, aunque la Convención Americana acepta el recurso sobre interpretación. Este recurso puede ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de 90 días a partir de la fecha de la notificación del fallo. El hecho de que el fallo sea obligatorio e inapelable, con excepción del recurso de interpretación, implica que “los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.<sup>9</sup> Además, cuando el fallo disponga una indemnización compensatoria, dice la Convención Americana, se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Las sentencias que dicte la Corte pueden ser de diferentes tipos, según lo que resuelva. La sentencia puede resolver un incidente de excepciones preliminares, decidir el fondo, ordenar las reparaciones, o recaer sobre una demanda de interpretación. En todo caso deberá cumplir ciertos requisitos formales exigidos por el artículo 55 del Reglamento. El cual, en su fracción 2a. establece que:

“Todo juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto disidente o razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por el presidente, de modo que puedan ser conocidos por los jueces de la notificación de la sentencia. Dicho voto sólo podrá referirse a lo tratado en las sentencias”.

Por otra parte, el Estado tiene la obligación de cumplir de buena fe con la sentencia dictada por la Corte; en caso de que no lo haga, se podrá ejecutar de acuerdo con el procedimiento interno vigente del respectivo país.<sup>10</sup>

9 Artículo 68-1 de la Convención Americana.

10 Artículo 68 de la Convención Americana.

## IX. COMPOSICIÓN DE LA CORTE

La Convención Americana dedica el capítulo VII a la estructura, composición y funcionamiento de la Corte. En principio, la Corte se compone de siete jueces, que son nacionales de los Estados miembros de la OEA. Los jueces se eligen a título personal entre los juristas de las más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. El hecho de que los jueces sean elegidos a título personal es muy relevante, pues eso significa que, una vez elegidos, no son representantes, como erróneamente se podría interpretar, del país de origen. Esta es la interpretación, aunque la Convención Americana prevé la falta de representación nacional, cuando los jueces están a título personal, repito, no en representación de Estado alguno. En efecto, el juez que sea nacional de alguno de los Estados parte, dice la Convención Americana, en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.<sup>11</sup> La Convención Americana, hasta aquí es congruente con la disposición de que los jueces “son elegidos a título personal”; sin embargo, dice a continuación, “si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados parte, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*”.<sup>12</sup> Además, si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados parte, cada uno de estos podrá designar un juez *ad hoc*.<sup>13</sup> El juez *ad hoc* debe de reunir las cualidades señaladas para los jueces normales. Con esta disposición se rompe el criterio de que los jueces “son elegidos a título personal”, es evidente de que la Convención Americana se inclinó por no arriesgar todo a un principio subjetivo de que los jueces no pudieran ser influidos por su lugar de procedencia, y en busca de mayor equilibrio se pronunció por la creación de jueces *ad hoc*.

Por otra parte, los jueces se eligen, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados parte en la Convención Americana, en la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por

11 Artículo 55-1 de la Convención Americana.

12 Artículo 55-2 de la Convención Americana.

13 Artículo 55-3 de la Convención Americana.

esos mismos Estados. Cada uno de los Estados parte puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la OEA. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.<sup>14</sup>

Ahora bien, los jueces se eligen por un periodo de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General de la OEA los nombres de estos tres jueces. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el periodo de éste. Es normal que los jueces permanezcan en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces. La sede de la Corte Interamericana, como lo señalamos anteriormente está en San José de Costa Rica, sin embargo, podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la OEA, en que lo considere conveniente por la mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados parte en la convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios en sus votos, cambiar la sede de la Corte.

Aparte de los jueces, la Corte elige a su secretario, quien residirá en la sede de la Corte y deberá asistir las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

La Corte está facultada para preparar su estatuto y someterlo a la aprobación de la Asamblea General; además dicta su reglamento.

## X. FUNCIONAMIENTO

La Corte se instaló en San José de Costa Rica en el año de 1979, fecha en la cual fue aprobado su estatuto por la Asamblea General de la OEA. En el año de 1980 la Corte aprobó su primer reglamento, pero no es sino hasta 1982 cuando la Corte empezó a resolver las primeras opi-

14 Artículo 53-2 de la Convención Americana.

niones consultivas, y en 1986 cuando la Comisión Interamericana sometió los primeros casos contenciosos.<sup>15</sup>

## XI. REFORMAS DE LA CORTE

La importancia que ha adquirido la Corte dentro del Sistema Interamericano ha hecho que varios especialistas se planteen una posible reforma a la misma, para adecuarla a las necesidades actuales. En principio, la primera propuesta de reforma tiene que ver con el modo de funcionamiento. La Secretaría de la Corte es permanente, los jueces no lo son, éstos se reúnen en periodos de sesiones ordinarias (generalmente de dos semanas) o extraordinarias y, aunque se ha logrado que se realicen cuatro periodos de sesiones por año, no es suficiente dado que el cúmulo de asuntos a tratar, por lo cual una primera reforma iría en el sentido de convertir a la Corte en permanente y que cuente con personal suficiente. La segunda propuesta de cambio, sería que en lugar de siete jueces sean once jueces y así podría funcionar en salas no sólo en pleno como hasta ahora. La tercera propuesta tiene que ver con la posibilidad de que los individuos acudan directamente a la Corte, sin que medie la Comisión Interamericana.

## XII. MÉXICO Y LA CORTE INTERAMERICANA

Hasta el año pasado, cuando se aceptó la competencia de la Corte, el papel de México en este tribunal internacional ya había sido muy significativo, no tanto por su posición institucional, ya que durante varios años mantuvo una sistemática negativa a aceptar la competencia de la Corte; su significación estriba en la participación de dos destacados juristas mexicanos como jueces. Nos referimos a los doctores Héctor Fix Zamudio y Sergio García Ramírez. El profesor Fix Zamudio fue designado juez de la Corte en diciembre de 1985, por un término de seis años y reelecto para un nuevo periodo en 1991, además de la que fue su presidente a partir del primero de marzo de 1997.

15 Ventura Robles, "Contribución del juez Héctor Fix Zamudio a la evolución institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante los años 1987-1997", *Liber Amicorum...*, cit., nota 5, pp. LXI-LVIII.

La aceptación de la competencia de la Corte, aparte de terminar con una omisión que mantenía al país a la zaga en el cumplimiento de los derechos humanos, tiene gran impacto en el Sistema de Protección de los Derechos Humanos en nuestro país.<sup>16</sup> Es una situación de gran trascendencia jurídica, ya que toca indudablemente a la democratización del país. Pero también hay que colocar esta decisión en su exacta dimensión. En principio, hay que mencionar que la aceptación de la competencia no significa que los individuos que se piensen violentados en sus derechos humanos pueden ocurrir directamente a la Corte. El Sistema Interamericano a diferencia del europeo, establece que la Comisión Interamericana, como órgano de instrucción, es el único que puede ejercitar la acción del individuo ante la Corte. Es decir, la Comisión Interamericana actúa como lo puede hacer una procuraduría a nivel interno.

También hay que tener en cuenta que para que el individuo pueda acceder a la jurisdicción internacional, es decir ante la Comisión, primero tiene que agotar todos los recursos internos. La Convención Americana tiene reglas específicas sobre el principio de derecho internacional, el agotamiento de los recursos internos, que además ha sido interpretado y desarrollado por la misma Corte.

### XIII. EL PAPEL DEL SENADO EN LA ACEPTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

La primera cuestión jurídica que se planteó fue, no siendo un tratado internacional el acto de reconocimiento de la competencia ¿es procedente que el Senado conozca de la aprobación? Al respecto, se entendió que la aceptación de la competencia de la Corte significaba “un cambio fundamental a los términos en que la convención fue sometida al Senado de la República y aprobado por éste”,<sup>17</sup> en consecuencia se sometió a la aprobación del Senado conforme lo señala el artículo 133 de la Constitución. Ello fue una medida adecuada, ya que tiene un espíritu democrático y sobre todo crea un precedente para otros actos internacionales de la misma naturaleza. Es decir, el criterio de “un cambio fundamental” puede ser un parámetro para decidir sobre infinidad de actos internacionales de orga-

16 La literatura sobre la postura de México es variada, ver por ejemplo: Ruiz y Ávila, Eleazar Benjamín, “La política exterior de México en materia de derechos humanos”, en Fix-Zamudio, Héctor, *México y las declaraciones de derechos humanos*, cit., nota 3, pp. 77-96.

17 Memorándum de antecedentes. *Ibidem*, p. 339.

nismos internacionales y que complemente la diferencia que se puede hacer con los “convenios interinstitucionales” que reconoce la Ley de Tratados y a la que nos referiremos más adelante.

#### XIV. LAS RESERVAS DE MÉXICO EN LA ACEPTACIÓN DE COMPETENCIA DE LA CORTE

En tres puntos, el decreto por el que se aprueba la Declaración de Competencia para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>18</sup> se señalan dos reservas que, como veremos, tienen un gran significado jurídico; por ello es necesario analizarlos detenidamente. El texto del decreto en su parte substancial es el siguiente:

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos
3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifique que la han denunciado.

#### XV. LA RESERVA AL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN

En lo que se refiere a la reserva en relación con el artículo 33 de la Constitución, hay que decir que esta situación plantea serios cuestionamientos, ya que al parecer se cometió un error por parte de México en la técnica jurídica internacional, a lo que nos referiremos a continuación.

El sistema de reservas de la Convención Americana, podemos decir, es bastante escueto o esquivo, pues remite al derecho general de los trata-

18 *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, 8 de diciembre de 1998.

dos que se encuentra materializado en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969: “Esta convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969”.<sup>19</sup> Es decir, la Convención Americana nos remite a la de Viena de 1969, cuyo artículo 19 establece:

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

En otras palabras, podemos decir que la Convención Americana permite las reservas, y éstas deben ser compatibles con el objeto y fin de la misma. Esto coloca a los tratados en materia de derechos humanos en una situación especial

ya que el objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones: no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>20</sup>

De acuerdo con lo antes dicho, por supuesto que una reserva como la que hace México respecto del artículo 33 de la Constitución que hace negativa la protección del derecho fundamental del extranjero, como es su derecho a “juicio previo”, va en contra del objeto y fin de la Convención Americana, y en consecuencia no puede permitirse. El carácter ahistórico y contrario a los derechos humanos, del artículo 33 de la Constitución es algo que tarde o temprano se debe enmendar.

19 Artículo 75 de la Convención Americana.

20 Párrafo 29 de la Opinión Consultiva OC 2/82 del 24 de septiembre de 1982 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Travieso, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 48-49.

Pero, la irregularidad de las reservas no se limita a su objeto y fin, sino a su oportunidad. Para el análisis de este punto, en principio hay que recordar que la Convención Americana fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, y entró en vigor para los Estados ya ratificantes el 18 de julio de 1978; México depositó su instrumento de adhesión el 24 de marzo de 1981, y entró en vigor para nuestro país a partir de esta última fecha, aunque fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo del propio año de 1981.

Recordemos también que la Convención, ya obligatoria para nuestro país, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución, consagra las garantías judiciales (“ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...”, artículo 8o. de la Convención Americana), disposición que evidentemente contradice con lo dispuesto por el artículo 33 de la Constitución que concede al Ejecutivo “ la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”.

A pesar de esta contradicción entre lo que dispone el tratado internacional, la Convención Americana y la Constitución, México no hizo reserva de la aplicación del artículo 8o. de la Convención Americana. En efecto, al igual que lo hizo respecto de los dos pactos internacionales sobre derechos humanos, al adherirse a la Convención Americana el gobierno mexicano interpuso varias reservas, a saber al artículo 4o., párrafo 1; al artículo 12, párrafo 3; al artículo 23, párrafo 1; al artículo 12, párrafo 3, y al artículo 32, párrafo 2;<sup>21</sup> pero, como vemos, no hizo ninguna reserva al artículo 8o., como parece ser la norma del gobierno mexicano.

Ahora bien, la pregunta que surge es si México tendría derecho a hacer esa reserva posteriormente al 24 de marzo de 1981, fecha en que nuestro país depositó su instrumento de adhesión.

En defensa de la postura de México, en el Memorándum de Antecedentes se menciona que “ Argentina y Chile formularon ya sea reservas o declaraciones, que impiden a la Corte pronunciarse sobre los aspectos de fondo de los casos de expropiación (causas de utilidad pública, determinación de si la indemnización es ‘justa’)”. Al respecto hay que evaluar en su real dimensión estos actos concretos de los dos países sud-

21 Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, México, 1996, p. 73.



americanos, como por ejemplo cuál ha sido su fundamento jurídico y sus consecuencias para después determinar si son fundamento de la posición mexicana.

Recordemos que el artículo 19 de la Convención de Viena de la 1969 establece que “un Estado podrá formular una reserva *en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo*” (las cursivas son nuestras). Esta disposición es clara, hay una oportunidad para interponer las reservas.

Este criterio va de acuerdo con la práctica internacional, por ejemplo, es el mismo del sistema de reservas en la Corte Europea. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, contiene en su artículo 64 la misma disposición en cuanto a que “todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular...”. Es notable que haya una exigencia de carácter temporal, si no nos encontraríamos en el terreno de la inseguridad jurídica.

Al referirse a esta exigencia temporal, a la oportunidad para hacer las reservas, Hernán Salgado Pesantes afirma que “las reservas hechas con posterioridad y que tuvieran un carácter normativo carecerían de validez, así por ejemplo, si se formulara una reserva sobre una disposición al momento de reconocer a la Comisión Europea, sería una reserva encubierta”.<sup>22</sup> Esta es una situación que encaja exactamente con la acción mexicana de interponer reservas en el momento de aceptar la competencia de la Corte Interamericana es decir, la reserva en el caso del artículo 33 de la Constitución mexicana es una reserva encubierta.

Al ser una “reserva encubierta”, la reserva hecha por nuestro país en caso del artículo 33 de la Constitución no es válida, está afectada de una nulidad absoluta, por lo que México no podría invocarla ante la Corte, o bien podrá invocarla pero será rechazada por la Corte en el momento en que sea esgrimida. De esta manera, es posible que este tribunal internacional pueda dictar una sentencia condenatoria, y en caso de que nuestro país alegue la reserva, será desestimada e incurrirá en responsabilidad internacional. Este sería el panorama internacional, otro sería el que se refiere al derecho interno.

22 Salgado Pesantes, Hernán, “Las reservas en los tratados de derechos humanos”, *Liber Amicorum, Hectór Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, p. 6.

A nivel interno, hay que reconocer que la existencia del artículo 33 constitucional frente a la Convención Americana es fuente de potencial conflicto, que se resuelve con la fórmula que considera que la Constitución prima sobre cualquier otro ordenamiento, incluyendo los tratados internacionales. Esa fue la opinión del Senado: “el Senado de la República no puede desobedecer lo preceptuado por el Constituyente en esta norma, sin violentar la esencia misma de nuestro Estado de derecho”.<sup>23</sup>

Esta postura es racional para efectos del sistema jurídico interno; aunque, como lo vimos, no lo es para efectos del derecho internacional, ni inclusive para la esencia de los derechos humanos, ya que hemos visto que lesiona el objeto y fin de la Convención Americana. Aquí, lo más recomendable es reformar el artículo 33 de la Constitución incluyendo la garantía de previo juicio para los extranjeros.

## XVI. LA RESERVA SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD

La otra reserva, relativa a la no aplicación retroactiva de la competencia, tiene su razón de ser en el derecho internacional, pues es un principio de derecho internacional; además, la misma Convención Americana lo contempla en su artículo 9o. (Principio de legalidad y retroactividad), aunque hay que reconocerlo, tiene sus bemoles, como lo mencionamos anteriormente, porque podría dejar fuera a una serie de violaciones graves de los derechos humanos en nuestro país que se mantienen en la impunidad (Acteal y Aguas Blancas, por ejemplo). Decimos que “podría”, ya que depende de la interpretación de la naturaleza de estas graves violaciones, pues se podrían considerar también como crímenes, que si bien se cometieron con anticipación a la aceptación de la competencia, el agotamiento de los recursos locales, *requisito sine qua non* para que pueda proceder la jurisdicción internacional, se puede dar durante la vigencia plena de la competencia de la Corte. Este es un punto que se debe analizar con relación al caso concreto.

Por otra parte, es adecuada la aceptación de la competencia de la Corte por tiempo indefinido, ya que al mismo tiempo la cláusula propuesta<sup>24</sup>

23 Dictamen presentado al Pleno del Senado de la República por las Comisiones de Relaciones Exteriores, Quinta; de Derechos Humanos, y de Estudios Legislativos, Primera, en Fix Zamudio (coord.), *México y las declaraciones...*, cit., nota 3, p. 356.

24 “La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifique que la han denunciado”.

contempla la posibilidad de retirar el reconocimiento, en consonancia con los principios del derecho internacional, además de que hay precedentes en este mismo sentido de otros Estados parte (por ejemplo, Colombia). Asimismo, el periodo de un año, aparte de dar certidumbre jurídica, está reconocido en la práctica internacional y la misma Convención Americana lo prevé en materia de denuncias de la misma.<sup>25</sup>

## XVII. LA APLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE

En efecto, la Ley de Tratados<sup>26</sup> contiene varios artículos que son aplicables a las decisiones que dicte la CIDH: los artículos 8o., 9o., 10, 11. De acuerdo con ellos, los mecanismos de solución de controversias, de la CIDH deben otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato, conforme al principio de reciprocidad internacional, asegurar a las partes la misma garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas, y garantizar que la competencia de los órganos de decisión su imparcialidad, lo cual no es difícil para la Corte ya que son parte de sus objetivos.

México no reconocerá cualquier resolución, “cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la nación”.<sup>27</sup> Al ser bastante vagos los conceptos de “seguridad del Estado”, “orden público” o “interés esencial de la nación”, colocó a las sentencias y demás resoluciones de la Corte en un terreno bastante incierto.

También las sentencias de la Corte “tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentran en la misma situación, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los Tratados Aplicables”.<sup>28</sup> Lo cual es bastante trascendente, pues significa que las partes pueden invocar ante los tribunales mexicanos la jurisprudencia de la Corte, independientemente de que se reconoce la eficacia plena de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana.

25 En efecto, el artículo 78 dice: “Los Estados parte podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al secretario general de la Organización, quien debe de informar a las otras partes” (las cursivas son nuestras).

26 *DOF* del 2 de enero de 1992.

27 Artículo 9 de la Ley de Tratados.

28 Artículo 11 de la Ley de Tratados.

## XVIII. EL CARÁCTER ESPECIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y SU REFLEJO EN EL DERECHO INTERNO

La idea expresada tanto por la doctrina como por la Corte Interamericana, en el sentido de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen un carácter especial que se aparta de los tratados multilaterales comunes, ya que no se refieren al intercambio de derecho y obligaciones entre los Estados sino que su fin es todavía más trascendente, pues buscan proteger los derechos fundamentales de los seres humanos son un complemento del derecho interno, de tal manera que es coadyuvante de las garantías individuales de nuestra Constitución.

Esta idea está en armonía con la postura actual de la Suprema Corte de Justicia (SCJ). En efecto, con motivo de un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo (amparo 1475/98), la SCJ estableció que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (que dice: “En cada dependencia sólo habrá un sindicato...”) va en contra del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, relativo al derecho de sindicalización.<sup>29</sup>

Pero, lo que aquí nos interesa es la postura de la SCJ frente a los derechos humanos. En dicho asunto, cuando se refiere al requisito de fondo que tiene la Constitución en su artículo 133 de que “estén de acuerdo con la misma...”, la Corte rechaza una interpretación gramatical ya que:

la interpretación gramatical puede llevarse al extremo de considerar que sólo lo que se encuentre dentro de los límites expresos de la Constitución podrán ser aceptadas como normas del Derecho internacional vigentes en México. Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que *si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos huma-*

29 Una excelente opinión de esta sentencia de la SCJ se puede encontrar en Cossío D., José Ramón, “La nueva jerarquía de los tratados internacionales”, *Este País*, México, febrero de 2000, pp. 34-36.

*nos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales.* Situación diversa de la que, por lo contrario merme la esfera de protección que la Constitución da *per se* a los gobernados (lo cursivo es nuestro).

Esta postura de la SCJ es sumamente trascendente, ya que significa que a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos es posible ampliar la esfera de derechos de los gobernados. Es comprensible que, en esta hipótesis, la incorporación de tales normas a la Constitución sea automática, sin que medie una disposición legislativa. Si hablamos de una jerarquía, podríamos afirmar que los tratados en materia de derechos humanos no serían superiores a la Constitución, pero sí estarían al mismo nivel, ya que se podría colmar las lagunas que ésta pudiera tener en materia de derechos humanos, sin que hubiera necesidad de reformarla.<sup>30</sup> Esta postura de la Corte viene a completar la disposición del artículo 15 constitucional (“...no se autoriza la celebración de tratados que alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”).

Este criterio se complementa con el contenido en la ley de tratados de 1992 que establece un mecanismo de inserción de las sentencias internacionales que ya analizamos anteriormente.

## XIX. IMPACTO A NIVEL INTERNO DE LA ACEPTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte trae efectos que se verán a largo plazo en nuestro país. Entre ellos están la internacionalización de la justicia en materia de derechos humanos, esto significa que los tribunales nacionales, así como los abogados deberán tener en cuenta las resoluciones de la Corte e inclusive podrán citarlas en sus decisiones y alegatos; la Ley de Tratados, como lo veremos en otro lugar, así lo permite.

Las sentencias condenatorias que dicta la Corte, aparte de su impacto publicitario, generalmente traen como resultado el pago de una compen-

30 El profesor Fix Zamudio ya preveía esta situación cuando afirmó que “...los derechos establecidos por dicha Convención Americana que no contradigan y, por contrario, complementen los establecidos por nuestra carta fundamental, pueden ser protegidos por medio del juicio de Amparo, mas todavía no existe conciencia de esta posibilidad...” Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1998, p. 19.

sación económica por parte del Estado violador de los derechos humanos; esto, por supuesto, será un elemento más de presión, no solamente moral sino material, para que se cumplan efectivamente los derechos humanos en nuestro país. En consecuencia, podría presionar hacia reformas carcelarias, un mayor control de las actividades de las policías y del mismo ejército, porque si no, la reputación del Estado y sus recursos económicos estarán en juego.

Otro efecto del reconocimiento de la competencia de la Corte es que nuestro país puede ser demandado por la Comisión Interamericana o por otro país (aunque es un tanto remoto, no se debe de soslayar) que también se hubiese sometido a la competencia, tal como lo observa el profesor Fix-Zamudio.<sup>31</sup>

También, la aprobación del Senado puso en la mesa de discusiones la concordancia del artículo 33 de la Constitución con las nuevas tendencias de los derechos humanos, que desde mi punto de vista, es un artículo ahistórico ya que no permite el derecho de defensa y audiencia para los extranjeros sujetos a una expulsión del Ejecutivo, situación que rompe, definitivamente, con la misma Convención Americana. El Senado, con la oposición de un buen número de diputados, interpuso la reserva a la competencia de la Corte en casos del artículo 33 de la Constitución.

La competencia de la Corte no se hará retroactiva a los casos vergonzosos para el país: Acteal, Aguas Blancas y el juicio al general Gallardo; sin embargo, hay que anotar que esto puede consistir en violaciones de derechos humanos de “tracto sucesivo”, motivo por el cual pueden dar competencia a la Corte. De ahí que los militares no estén de plácemes por la “intromisión” de la Corte en el sistema jurídico nacional.

Por supuesto que quienes se opusieron durante años a que nuestro país aceptara la competencia de la Corte, no entienden la ecuación básica: los derechos humanos, como parte del Estado de derecho son fundamentos de la democracia.

Ahora bien, ¿cuáles son los compromisos adquiridos por nuestro país al aprobar la competencia de la Corte? Ya desde el sometimiento al Senado para que se decidiera sobre la aprobación de la competencia de la Corte se tenía una idea clara sobre las consecuencias jurídicas de dicho acto; es decir, de los compromisos que nuestro país adquiere al estar sometido a la jurisdicción internacional. En efecto, en el Memorándum de Antecedentes

31 *Ibidem*, p. 21.

tes<sup>32</sup> elaborado por el Poder Ejecutivo se enumeran las consecuencias jurídicas concretas, es decir los compromisos que adquiere México con la Declaración de Reconocimiento de la Jurisdicción Obligatoria de la Corte:

- Cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que el Estado interesado sea parte (artículo 68.1 de la Convención Americana).
- Si la Corte decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana, garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y pagar una justa indemnización a la parte lesionada, según lo disponga la Corte.<sup>33</sup>
- En caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, cumplir las medidas provisionales que la Corte considere pertinentes, si así lo solicitare al Estado interesado.<sup>34</sup>
- Cooperar con la Corte en la práctica de notificaciones u otras diligencias que ésta ordene y que deban llevarse a cabo en territorio nacional.<sup>35</sup>

## XX. CONCLUSIONES

La evolución de la Corte Internacional de Justicia se ha realizado al parejo de la evolución de las relaciones internacionales, en donde la protección de los derechos humanos es un factor central, ya que se refiere a la protección de los individuos en sus derechos esenciales. Esto se manifiesta en la formación de una jurisprudencia y doctrina a partir de la actuación de este tribunal internacional. Desafortunadamente, la postura de México no ha sido del todo congruente, ya que, por una parte, decide tardíamente aceptar la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por otra, la hace con una reserva que esta sumamente cues-

32 Fix-Zamudio, Héctor, “Memorándum de Antecedentes”, *México y las declaraciones de derechos humanos*, cit., nota 3, pp. 338-346.

33 Artículo 63.1 de la Convención Americana.

34 Artículo 63.2 de la Convención Americana.

35 Artículo 24 del Reglamento de la Corte.

tionada; es más, podríamos decir que es inválida desde la perspectiva del derecho internacional, ya que no tiene sustento jurídico internacional.

Nuestro país debería de actuar de acuerdo con tal evolución y no negarse a los cambios en su sistema interno, como hasta la fecha lo hace la Suprema Corte de Justicia, y debería de decidirse a modificar su artículo 33 constitucional y buscar nuevas formas, más modernas y congruentes con el derecho internacional de los derechos humanos.

Por otra parte, no hay que soslayar la importancia de la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana, que traerá consecuencias muy trascendentes, como la de la internacionalización de la justicia en materia de derechos humanos, en donde es previsible una influencia, no sólo de las normas convencionales y consuetudinarias sino también de la jurisprudencia internacional. Esto traerá consecuencias en cascada, como la necesidad de que tanto los jueces como los abogados se actualicen en el conocimiento de la normatividad internacional en materia de derechos humanos.



## SOBRE “LOS HECHOS FUNDANTES BÁSICOS” Y EL CONCEPTO DE *GRUNDNORM* (ENSAYO PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE UNA NOCIÓN)

Enrique CÁCERES NIETO

*SUMARIO: Introducción. I. Análisis crítico de la tesis elegida como objeto de estudio. II. La relación de poder desde una perspectiva científica. III. El sistema proposicional jurídico como esquema de interpretación presupuesto a la identificación de la relación de poder jurídico político. IV. Sobre la crítica a la teoría pura del derecho. V. Sobre “Los hechos fundantes básicos” (ensamblando las piezas). VI. Sobre la utilidad del modelo propuesto para explicar la eficacia normativa y los procesos de cambio constitucionales. VII. Más allá de la simplificación (apéndice).*

### INTRODUCCIÓN

Vivimos una época de cambios fundamentales, sin parangón en la historia.

A diferencia del Renacimiento, no tenemos estructuras de conocimiento que arrojen renovadas luces sobre antiguas sombras. Todo está abierto a la invención.

Muchos de los síntomas del cambio, cuya correspondencia universal podría hacer suponer que está siendo instrumentado por una mano invisible, son preocupantes para los actores que tienen que bailar la partitura que otros escriben: disolución de la soberanía y del Estado en perjuicio de las clases menos favorecidas; neoliberalismo descarnado; creciente debilitamiento de los mecanismos de justicia distributiva para la mayoría de los habitantes de la “gran aldea global”; organización de bloques económicos transnacionales; internacionalización e interdependencia de la economía; alianzas y fusiones entre actores anteriormente antagónicos; guerras derivadas de la reconfiguración de muchos de los nuevos Estados nacionales; crimen organizado a nivel mundial, capaz de desafiar a Estados completos, etcétera.

Esta desaparición de fronteras no únicamente ha impactado en los ámbitos político y económico, sino también en lo que anteriormente eran bien delimitadas esferas de pensamiento. La inter y la multidisciplinariedad están más presentes que nunca y propician nebulosas de pensamiento, cuya cristalización suele ofrecer esquemas explicativos anteriormente insospechados. Ante la nueva problemática, las formas de pensamiento tradicionales parecen estar agotadas y todo hace suponer que es el pensamiento emergente donde se deben inventar las nuevas respuestas.

El presente ensayo constituye un intento de mostrar la fructífera interacción que pueden tener esquemas explicativos inviables desde el paradigma predominante del normativismo jurídico. Se trata de mostrar la posibilidad de enfrentar problemas políticos y jurídicos a partir de herramientas conceptuales obtenidas de la teoría general del derecho, la filosofía jurídica, la psicología conductista y la lógica formal.

La reflexión gira en torno a la relación entre poder, fundamentación y eficacia del derecho y es efectuada siguiendo el original enfoque metodológico inaugurado por Ulises Schmill.

He elegido como punto de partida algunas de las tesis de Gregorio Peces Barba sobre la relación entre derecho y poder, recordando algunas de nuestras, aunque lejanas, fructíferas discusiones sobre el tema.

Con la intención de contrarrestar la arraigada creencia de que la teoría del derecho está necesariamente desvinculada de la realidad, he querido concluir el ensayo refiriéndolo a un problema que, aunque atemporal, en este momento es una piedra de toque en las discusiones políticas de nuestro país: el cambio de orden normativo por vía de un cambio de constitución, las condiciones de viabilidad de su legitimación y la eficacia del nuevo sistema jurídico.

## I. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TESIS ELEGIDA COMO OBJETO DE ESTUDIO

### 1. *Crítica a un silogismo que implica al derecho y al poder*

Para Gregorio Peces Barba:

“El derecho es un conjunto de normas —ordenamiento jurídico— cuyo último fundamento de validez es el poder soberano”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cfr. Peces Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1983, p. 29.

“Si el Derecho es un mandato que ordena imperativamente la vida humana... la experiencia y la observación de la realidad nos llevan inmediatamente a conectar la realidad jurídica con la realidad del Poder”.<sup>2</sup>

En este razonamiento, Peces Barba parte del supuesto de que existe una conexión necesaria entre el derecho y poder, en la que el segundo es el fundamento del primero.

Dado que más adelante me ocuparé del significado del término ‘poder’, iniciaré este epígrafe con el análisis del segundo enunciado, en el cual Peces Barba establece una supuesta conexión necesaria entre derecho y poder.

Como puede verse, la forma lógica del enunciado es la de un silogismo, en el que la premisa mayor corresponde a una proposición atómica condicional de la forma a b (si a, entonces b), y la regla de inferencia que se pretende aplicar es el *modus ponens*: de una proposición condicional (a) podemos inferir el consecuente (b), si y sólo si tenemos como premisa menor el antecedente.

La formación completa de esta regla de inferencia queda representada así:

$$\begin{array}{r} a \rightarrow b \\ a \\ \hline b \end{array}$$

O, si se prefiere en palabras: si a, entonces b; es el caso que a; luego entonces, es el caso que b.

Descomponiendo el silogismo en sus variables lógicas y haciendo la asignación de valores respectiva tendríamos que:

- a = “El derecho es un mandato que ordena imperativamente la vida humana”.
- b = “La experiencia y la observación de la realidad nos llevan inmediatamente a conectar la realidad jurídica con la realidad del poder”.

Algunos de los problemas que encuentro en cada una de las proposiciones expuestas por Peces Barba, son los siguientes:

- a. “El derecho es un mandato que ordena imperativamente la vida humana”.

2 *Idem.*

a) Encuentro una dificultad en el uso del artículo definido “un”. La razón es muy sencilla y me atrevería a decir, trivial. Si identificamos “al” derecho con “un” mandato, corremos el riesgo de obscurecer la noción de derecho como una pluralidad de mandatos.

Las consecuencia de esta concepción del derecho no son tan irrelevantes ni inocentes como pudiera parecer de primera intención. Ella evita al lector asociar la imagen del derecho como pluralidad de mandatos, lo que traería aparejados problemas adicionales para sostener que el fundamento del derecho es el poder. Ver en los ordenamientos jurídicos sistemas de mandatos, exigiría una explicación de cómo es que el poder pueda fundamentar todos esos mandatos. Algunas de las preguntas a responder serían: ¿todos los mandatos son de la misma clase?, ¿todos son fundamentos con la misma fuerza?, ¿podemos hablar de mandatos más fuertemente apoyados por el poder que otros?, ¿puede haber una mayor legitimidad para resistirse a obedecer ciertos mandatos con respecto a otros?, etcétera.

b) Una segunda dificultad la encuentro en la concepción misma del derecho como “mandato”. Concebir al derecho como “mandato” o “sistema de mandatos” equivale a decir que todo orden jurídico está integrado sólo de proposiciones directivas que establecen deberes. Esta concepción, que podemos encontrar en Austin y en Kelsen de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, ha sido blanco de múltiples objeciones. Entre las más contundentes podemos citar la hecha por Hart en *El concepto del derecho*, donde destaca la insuficiencia de ese modelo para dar cuenta de las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, características de todo sistema jurídico moderno.

Afirmar que el derecho es un mandato o conjunto de mandatos, equivale a ignorar muchas aportaciones de la teoría de las reglas jurídicas.

Conforme a lo que hemos visto:

El Derecho *no* es un mandato que ordena imperativamente la vida humana, *i.e.*, no es el caso que *a*.

Luego entonces:

*No* puedo inferir que: “la experiencia y la observación de la realidad nos lleve inmediatamente a conectar la realidad jurídica con la realidad del poder”, como pretende Peces Barba.

## 2. Análisis del término “poder”

“El derecho es un conjunto de normas —ordenamiento jurídico— cuyo último fundamento de validez es el poder soberano”.<sup>3</sup>

En este enunciado se condensa la tesis que ha sido seleccionada como eje de este ensayo. Como puede comprobarse, un término básico de la misma es ‘poder’ el cual, en ningún momento define Peces Barba. Ante esta ausencia, procederé a buscar el significado del término en otra parte. Los lugares posibles serían: 1) los usos coloquiales de la expresión; 2) en fuentes teóricas autorizadas. Sin que implique afirmar que ambas alternativas nos conducirían a conceptos diferentes, he preferido la segunda. Procedo, pues, a exponer algunas fórmulas con las que ha pretendido definirse el significado de ‘poder’:

- 1) Para Marx Weber el poder es “la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena”.<sup>4</sup>
- 2) Para Alf Ross: “El poder es un hecho social, es dominio sobre hombres, consiste en la capacidad para motivarlos a actuar de acuerdo con la voluntad de aquel que ejerce el poder”.<sup>5</sup>
- 3) Para Joseph Raz: “Tener poder es tener influencia, poder influir en la acción y el destino de los hombres”.<sup>6</sup>

Sin ánimo de problematizar sobre las diferencias de estos enunciados y con una finalidad unificadora, creo que podemos obtener de ellas algunos elementos teóricos comunes.

Decimos que alguien “x” tiene poder, cuando se da un estado de cosas tal que:

- 1) Hay un hombre o grupo de hombres “x”
- 2) Hay otro hombre o grupo de hombres “y”
- 3) “x” tiene una situación con respecto a “y”
- 4) “y” tiene una situación con respecto a “x”

3 Cfr. Peces Barba, Gregorio, *op. cit.*, nota 1, p. 46.

4 Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., trad. José Medina Echavarría, *et. al.*, México, Fondo de Cultura Económica, t. II, p. 696.

5 Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Argentina, EUDEBA, 1963, p. 57.

6 Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982, p. 22.

- 5) La situación de “x” con respecto a “y” es tal que “x” tiene la posibilidad real<sup>7</sup> de hacer que “y” haga algo, aun en contra de su voluntad.
- 6) La situación de “y” con respecto a “x” es tal que si “x” decide que “y” haga algo, “y” lo hará, aun en contra de su voluntad.

De esta formulación se desprenden algunas consecuencias que vale la pena explicar. Lo primero que hay que observar es que con ella se desvanece la función nominalizadora del término ‘poder’; es decir, se deja de considerar a ‘poder’ como un sustantivo que denota a una entidad. En segundo lugar, debe destacarse que, en congruencia con lo anterior, concibo al término ‘poder’<sup>8</sup> como una expresión vacía de significado. En tercer lugar y como corolario de lo expuesto, considero que en vez de hablar de “el poder”, a lo más que podemos aspirar es a hablar de ciertos estados de cosas que podemos denominar “relación de poder”. Su descripción es dada por las seis proposiciones expuestas.

La conclusión que obtengo de esta argumentación, en relación con la tesis que nos ocupa, puede expresarse así: interpretada literalmente, la tesis que afirma que el fundamento último de la validez del derecho es el poder es un sinsentido.

Sin embargo, creo que reformulándola podemos obtener un enunciado explicativo sobre la manera en que la relación de poder es imprescindible para entender la eficacia del derecho. Si a esta reformulación se le quiere denotar diciendo que el fundamento último de la eficacia de un orden jurídico son ciertas relaciones de poder no encuentro problema en ello.

7 He usado la formulada ‘posibilidad real’ para indicar una situación que si “x” lo decide hará que “y” efectúe algo. De esta manera pretendo distinguir el sentido que creo hay que atribuir a los términos ‘posibilidad’, ‘capacidad’, ‘tener influencia’ de las definiciones analizadas, de un significado no deseado de la expresión ‘posibilidad’; a saber, en qué consistiría la posibilidad en un estado de cosas tal que un “x” tiene la “posibilidad” de optar entre distintas alternativas, pero no tiene la “posibilidad” de llevarlas a cabo. ‘Posibilidad real’ correspondería a ‘posibilidad’ en sentido 2, *i.e.*, llevar a cabo lo deseado.

8 Considero que la expresión ‘poder’ está vacía de significado cuando es usada como sustantivo, pero no cuando es conjugada en su forma verbal.

## II. LA RELACIÓN DE PODER DESDE UNA PERSPECTIVA CIENTÍFICA

### 1. *La fuente de inspiración*

El término ‘relación de poder’ no es sino el nombre propio con que he decidido denotar a un cierto estado de cosas. En este epígrafe me ocuparé de analizar algunos aspectos de ese estado de cosas. Siendo éste algo tangible ha de poderse estudiar objetivamente, *i.e.*, científicamente. Para ello, seguiré la línea de investigación inaugurada por Ulises Schmill en sus obras *La conducta del jabalí*<sup>9</sup> y *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*,<sup>10</sup> basada en la utilización de la psicología conductista de Skinner para explicar fenómenos tanto políticos como jurídicos.

### 2. *Simbología*

#### A. *La formalización lógica (notación polaca)*

Como Schmill, emplearé la notación polaca inversa de J. Lukasiewicz y la formalización expuesta por Skinner en su obra *Conducta verbal*.<sup>11</sup>

A pesar de su impacto visual, entender esta formalización es muy fácil, ya que presenta la ventaja sobre otros sistemas lógicos de evitar el uso de paréntesis, recorriendo la anotación de los símbolos correspondientes a los conectores lógicos antes de las proposiciones a unir.

En el siguiente cuadro se presenta una comparación entre el lenguaje coloquial, la lógica proposicional y la notación polaca, con fines de simplificación:

lenguaje coloquial:	lógica proposicional:	notación polaca:
y	$\wedge$	K
O	$\vee$	A
no	$\sim$	N
Si..entonces	$\rightarrow$	C

9 Schmill, Ulises, *La conducta del jabalí, dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983.

10 Schmill, Ulises, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, México, Themis, 1997.

11 Skinner, *Conducta verbal*, trad. Rubén Ardilla, México, Trillas, 1981.

Por ejemplo:

lenguaje coloquial:	lógica proposicional:	notación polaca:
vivir y morir	$p \wedge q$	K P Q
vivir o morir	$p \vee q$	A P Q
no vivir	$\sim p$	N P
Si vivo, entonces muero	$p \rightarrow q$	C P Q

Como podrá observarse: vivir = p, P; morir = q, Q, dependiendo de si se trata de lógica proposicional o notación polaca. Esto se debe a que, mientras en la primera se formaliza empleando letras minúsculas, en la segunda se usan mayúsculas.

### B. La formalización psicológica

Partiendo de la simbolización empleada por Skinner en su libro *Conducta verbal*, y siguiendo a Schmill, se propone la siguiente:

- S = Estímulo
- S<sup>+</sup> = Estímulo positivo (reforzador positivo)
- S<sup>AV</sup> = Estímulo aversivo (reforzador negativo)
- R = Conducta (respuesta)
- D = Discriminativo
- S<sup>D</sup> = Estímulo discriminativo
- O = Especie de organismo
- O<sub>1</sub>...n = Organismos de una especie
- O<sub>1</sub><sup>C</sup>...O<sub>n</sub><sup>C</sup> = Organismo condicionado
- T<sub>1</sub>... T<sub>n</sub> = Estados de cosas temporales...

## 3. Sobre la creación de una relación de poder político

### A. Los condicionamientos operantes

De todo cuanto existe en el mundo, algunos miembros reaccionan de cierta manera ante ciertos estímulos. Algunas de estas reacciones son determinadas biológicamente, pero otras pueden ser “aprendidas”.

Entre los organismos capaces de aprender a reaccionar de cierta manera se encuentra el hombre.



Un organismo ha sido condicionado de manera operante ( $OC_1$ ), cuando por medio de la manipulación de estímulos, otro organismo u organismos lo han “programado” para que efectúe cierta conducta (R). Tal es el caso de la famosa *box* de Skinner, donde se aloja a un ratón hambriento que recibirá alimento hasta que haya accionado una palanca. Una vez que el ratón asocia la manipulación de la misma con la obtención de alimento se ha condicionado de manera operante.

Aunque en el caso de una investigación como la realizada por Skinner difícilmente diríamos que la intención del experimentador ha sido someter bajo su poder al animal (su deseo, presumiblemente, es ver qué reacción tiene el ratón y no obligarlo a que mueva la palanca), el mismo estado de cosas podría dar lugar a una relación de poder si en vez de un investigador se trata de un cirquero que desea imponer al ratón su voluntad para que mueva la palanca, pues, al hacerlo, junto con la comida (invisible para los espectadores), el animal accionaría un mecanismo por el que aparecería fuera de la caja un número con el que supuestamente respondería acertadamente a una adición.

Un condicionamiento operante no sólo se puede obtener mediante el empleo de un reforzador positivo ( $S^+$ ) (en el caso del ratón, el alimento) sino también mediante un estímulo aversivo ( $S^{AV}$ ). Si el ratón del ejemplo anterior, al accionar la palanca dos veces seguidas obtiene dos porciones de queso, pero a la tercera manipulación recibe una descarga eléctrica antes de recibir la tercer ración, en futuros experimentos evitará la tercera manipulación.

La misma técnica del condicionamiento operante tiene efectos similares en el hombre. Por ejemplo, gracias al uso del estímulo (alimento) o castigo (reprimenda) ha sido posible enseñar a comunicarse a niños autistas.<sup>12</sup>

Lo expuesto hasta aquí podemos resumirlo de la siguiente manera:

- 1) Al menos algunas especies biológicas tienen la capacidad de ser conscientes de que producen cambios en el estado de cosas del mundo, memorizan cómo producir esos cambios y asocian el cambio producido con otro, a la manera de una relación causal.
- 2) El hombre tiene las propiedades expuestas en 1).

12 Lovaas, Ivar, *El niño autista*, trad. Jorge L. Peña, Madrid, Debate, 1981.

- 3) Al menos algunas especies biológicas que tienen las propiedades expuestas en 1), son susceptibles de ser condicionadas de manera operante.
- 4) El hombre presenta la propiedad expuesta en 3).

Conclusión provisional:

Al menos algunos miembros de la especie hombre (la mayoría) presentan las propiedades:

- 1) Pueden producir al menos un cambio en un estado de cosas.
- 2) Pueden ser conscientes de que han producido un cambio en algún estado de cosas.
- 3) Pueden memorizar cómo produjeron dicho cambio.
- 4) Pueden asociar otro cambio en el estado de cosas por ellos producido en una relación causal.
- 5) Pueden ser condicionados de manera operante.

Con estos elementos podemos determinar cuándo estamos ante una relación de poder humano.

- 1) Existe un hombre o grupo de hombres “x”
- 2) Existe un hombre o grupo de hombres “y”
- 3) “y” presenta las propiedades:
  - A) Ha producido un cambio en estado de cosas
  - B) Es consciente de ello
  - C) Memorizó cómo realizó ese cambio
  - D) Asoció ese cambio en una relación causal con otro cambio (S).
- 4) “x” tiene los estímulos positivos o aversivos que han sido asociados por “y” a un cambio en un primer estado de cosas como relación causal y que han producido el segundo cambio en el estado de cosas realizadas por “x”.
- 5) “y” ha aprendido que si en ciertas circunstancias ( $S^D$ ) quiere obtener un estímulo positivo ( $S^+$  = o evitar un estímulo aversivo ( $S^{AV}$ ), tiene que realizar o abstenerse de realizar cierta conducta (R). Es decir, ha sido condicionado de manera operante.

La representación del contexto de condicionamiento sería la siguiente:

$$T_1 : CKKS^D O_1 RS$$

En palabras: si en un tiempo 1, ante un estímulo discriminatorio determinado ( $S^D$ ), un miembro de una especie ( $O_1$ ), realiza una conducta ( $R$ ), entonces, obtiene un estímulo ( $S$ ).

Dependiendo de si el estímulo es positivo o aversivo, se tendrían las formalizaciones siguientes:

$$1) T_1 : CKKS^D O_1 RS^+$$

$$2) T_1 : CKKS^D O_1 RS^{AV}$$

Una vez que se ha realizado la asociación entre el estímulo discriminatorio, la conducta y el estímulo obtenido, se ha producido un condicionamiento operante, cuya formulación sería:

$$T_2 : CKK O^C_1 S^D SR$$

O, si un organismo condicionado ( $O^C_1$ ) se encuentra ante un estímulo discriminatorio de la misma clase que el ocurrido en  $T_1$  ( $S^D$ ), y desea obtener o evitar el estímulo  $S$ , entonces efectuará la conducta ( $R$ ).

Dependiendo de si el estímulo es positivo o aversivo, la representación será la siguiente:

$$1) CKK O^C_1 S^D S^+ R$$

$$2) CCK O^C_1 S^D S^{AV} R$$

### B. Reforzadores primarios y secundarios

Para cada individuo existe una clase de reforzadores cuyo poder es consecuencia puramente biológica de la pertenencia del individuo como miembro de determinada especie. Estos reforzadores son, pues, tan propios de la especie como las manchas en la piel del leopardo, el pelambre del gato o la cola del perro.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Milenson J.R., *Principles of Behavioral Analysis*, N. Y., The Macmillan Company, 1970, p. 237.

Se suele señalar como reforzadores primarios humanos a la comida, el agua, el afecto, el abrigo, el escape a condiciones de peligro, etcétera.

Al lado de los reforzadores (o estímulos) primarios, y con base en ellos, se pueden condicionar conductas con otros estímulos llamados reforzadores secundarios. Quizá el ejemplo más popular de este tipo de condicionamiento sea el del perro de Pavlov: cada vez que se presentan una serie de rituales previos a la comida de un perro (los pasos de los investigadores que le llevan el alimento, etcétera), el animal presenta salivación. A partir de estas observaciones, Pavlov, de manera uniformemente recurrente, antes de dar de comer a un perro, durante cierto tiempo, hizo sonar una diapason. Pasado algún tiempo, Pavlov pudo comprobar cómo se presentaba el aumento de salivación en el animal ante ese estímulo auditivo, aun cuando no hubiere alimento alguno. Se había producido un condicionamiento secundario, el animal reaccionaba no a un estímulo primario, sino a uno asociado con él. Desde luego, el condicionamiento también puede ser producido mediante la asociación de un estímulo secundario a un primario de carácter aversivo. De igual manera que sucedió con el perro de Pavlov, el hombre puede ser condicionado mediante un reforzador secundario. Tal es el caso de una persona que ha sido ferozmente mordida por un perro en alguna etapa de su vida y posteriormente la simple presencia de un animal de esa especie le provoca temor. A este condicionamiento lo llamamos trauma. Huelga decir que el condicionamiento mediante reforzadores secundarios también puede ser impuesto por el hombre. El carácter punitivo del derecho penal, es el mejor ejemplo.

Los reforzadores primarios constituyen la base de los reforzadores condicionados o adquiridos. La cualidad que éstos tienen de ser reforzadores para un organismo, deriva no de una relación directa con el bienestar biológico del mismo, sino de una asociación histórica con reforzadores primarios: Dinero, atención, automóviles, aviones, sumisión, lápices, etcétera, no son estímulos reforzadores desde el nacimiento. Son adquiridos en el “estruendo (*hurly-burly*) de la vida”.<sup>14</sup>

Entre los reforzadores secundarios con que suelen realizarse condicionamientos operantes en los hombres se encuentran ciertos actos del habla. Por ejemplo: la promesa (reforzador positivo) y la amenaza (reforzador aversivo).

14 Véase Schmill, Ulises, *La conducta...*, cit., nota 9, p. 136.

### *C. Construcción de un modelo de primera aproximación a una relación de poder político*

Con los elementos expuestos intentaré construir un primer modelo aproximativo a una relación de poder político. Hasta aquí emplearé las herramientas puramente conductistas tomadas de Skinner por Schmill. Como espero poner de relieve, aunque la validez de todo lo dicho en el epígrafe B) sirve como base para la explicación de poder político, el esquema es, a mi juicio, insuficiente. De ampliarlo me ocuparé posteriormente.

Supongamos que en un barco viajan cuatro psicólogos y varios hombres más; la nave naufraga y el 90% de los pasajeros logra llegar hasta una isla desierta. Los cuatro psicólogos, por alguna razón (por ejemplo, tener armas de fuego), han puesto bajo su custodia los alimentos salvados del barco, únicos con que se puede contar en la isla. Como ninguno de los otros supervivientes sabe a qué atenerse con los psicólogos, comienzan a experimentar conductas para obtener comida. Algunos reclaman violentamente su derecho a los alimentos y son heridos. Otros suplican y reciben algo de comida a cambio. Otros ofrecen sus favores a los poderosos y obtienen alimentos suficientes. En este estado de cosas, podemos decir que cada uno de los sobrevivientes ha establecido una relación de poder político con los psicólogos de manera conductista. Todos han pasado por un proceso de aprendizaje de lo que hay que hacer o evitar para recibir un reforzador positivo primario o evitar un reforzador aversivo primario. En esta microsociedad, desde luego, se pueden presentar todo tipo de alianzas con los poderosos y de opiniones acerca de ellos. Cada quien los juzgará conforme a su propia experiencia.

Ahora, supongamos que han pasado cinco años desde la llegada de los sobrevivientes del naufragio. Nadie los ha rescatado. Sin embargo, las cosas han cambiado. Los psicólogos han dejado de dar los alimentos de manera tan directa y han logrado instituir un rudimentario sistema monetario. Han condicionado a los demás habitantes de la isla a comportarse en cierta forma para obtener un reforzador secundario: el dinero, representado por cierto tipo de piedras que funcionalmente cumplen el papel de las monedas.

#### 4. *Programas de reforzamiento, extinción y conservación del condicionamiento*

Si cada conducta deseada se estimula, y de repente se suprime el estímulo, la respuesta desaparece con mucha facilidad, el condicionamiento se extingue rápidamente. Sin embargo, si el reforzamiento de las conductas deseadas es realizado de manera intermitente (algunas veces se estimula positiva o negativamente y a veces no, dentro de cierta media de número de estímulos por cierto número de respuestas) la conducta condicionada será persistente y el condicionamiento podrá conservarse con más facilidad. A esta estrategia de reforzamiento se le llama programa intermitente de reforzamiento.

Con la noción de programa intermitente de reforzamiento podríamos explicar cómo se conservaría la relación de poder político en los modelos empleados hasta aquí.

#### 5. *Construcción de un segundo modelo de aproximación a una relación de poder político*

Una de las notas características del primer modelo de aproximación consiste en una situación tal que todos los sujetos condicionados han pasado por una secuencia de condicionamientos completa, *i.e.*, todos habían experimentado en lo personal el estímulo reforzante con el que se les condicionó.

La formulación del aprendizaje obtenido por la experiencia directa quedaría:

$$CAKKO C_1 S^{DS} + S^{AV} R^{(E)}$$

O, lo que es lo mismo: si un organismo condicionado ( $OC_1$ ), que se encuentra en una situación determinada ( $S^D$ ), quiere obtener un estímulo positivo ( $S^+$ ) o evitar uno aversivo ( $S^{AV}$ ), entonces realizará una conducta condicionada ( $R$ ), con base en su experiencia directa <sup>(E)</sup>.

Sin embargo, este esquema no es suficiente para explicar cómo funciona la relación de poder político en el caso de sociedades complejas. En la vida real (y en un Estado real) no estamos sometidos a las estrictas medidas de control requeridas para que se den condicionamientos conductistas como los expuestos en el modelo anterior. Sin embargo, tampoco me parece que podamos negar que en buena medida nos comportamos social-

mente debido a condicionamientos psicológicos. Consecuentemente en este apartado me concretaré a introducir algunos elementos con los que creo, podré construir un segundo modelo que nos pueda ofrecer alguna explicación sobre el funcionamiento de la relación de poder político en un Estado real.

### *A. Diversidad de reforzadores secundarios*

A pesar de que la gran mayoría de los hombres podemos ser condicionados de manera muy similar, *i.e.*, con reforzadores primarios en las mismas circunstancias, no sucede lo mismo respecto a los reforzadores secundarios. Así, por ejemplo, encontramos a quienes se puede condicionar prometiéndoles una entrada para un concierto de ópera y hay quien lo sería con una para un encuentro de box. Lo que para alguien es una necesidad, para otro puede no serlo.

### *B. El condicionamiento por medio de reforzamiento indirecto*

Contrariamente a la situación expuesta en el modelo 1, los sujetos de condicionamiento en una relación de poder político en una sociedad real no necesitan haber vivido la experiencia de un estímulo reforzador determinado para estar condicionados. Aunque alguien nunca haya sido encarcelado, la simple autoproyección de llegarlo a estar es suficiente para que evite ciertas conductas. Como puede verse, las simples expectativas de evitar un estímulo aversivo u obtener uno positivo, más el conocimiento de la conducta que hay que realizar, puede servir como estímulo secundario (indirecto).

### *C. La homogeneidad de reforzadores secundarios y el condicionamiento por reforzamiento indirecto en las relaciones de poder político*

Aunque en las sociedades complejas existe una gran variedad de reforzadores secundarios (cuya satisfacción puede ser exigida por distintos grupos de presión), también existen algunos a los que respondemos la mayoría de los miembros de una sociedad. Éstos pueden ser tanto positivos (las expectativas de bienestar prometidas por el Estado social de derecho) como negativas (la represión). Si a esta situación le sumamos el funcionamiento del condicionamiento mediante el reforzamiento indirecto

to, se entiende la manera en que se puede generar un ambiente de control social por parte de quien supuestamente tiene el monopolio de los estímulos. En este punto, debe destacarse algo de suma importancia: he dicho “quien supuestamente tiene el monopolio de los estímulos”, ya que, gracias a la técnica del condicionamiento por reforzamiento secundario indirecto, es posible someter a una situación de poder haciendo creer a los sujetos de condicionamiento que efectivamente se tiene el monopolio de dichos estímulos, aun cuando realmente no se tenga. Combinando una buena estrategia de engaño con un buen programa de reforzamiento intermitente y suficiente publicidad de resultados, se puede obtener el más alto índice de probabilidad de control social. La formalización del condicionamiento por autoproyección sería muy similar al obtenido por experiencia:

$$CAKKOC_1S^{DS}+S^{AVR} (A)$$

No es mi intención extenderme innecesariamente sobre esto. Por ello, simplemente esbozaré algunos puntos relacionados con lo dicho: 1) la técnica para construir una relación de poder político puede ser empleada para realizar condicionamientos sectoriales sobre distintos grupos de presión mediante diferentes tipos de reforzadores secundarios, y 2) la pérdida de poder reforzante de los estímulos (o el descubrimiento de la técnica del engaño) por parte de los sujetos condicionados llevará a la ruptura de la relación de poder político. En ocasiones, más que pérdida, podría hablarse de eclipse de esos estímulos por estímulos contrarios más potentes (la aparición de un nuevo líder con un programa que crea expectativas sociales más atractivas). En otras, la extinción del condicionamiento se puede dar por exceso en el uso de estímulos aversivos. Tal es el caso de las rebeliones contra regímenes de gobiernos tiránicos.

## 6. *El modelo acabado de última aproximación*

Hay una relación de poder político en una sociedad compleja, cuando se tiene un estado de cosas tal que:

- 1) Existe un hombre o grupo de hombres “x”
- 2) Existe un grupo de hombres “y”
- 3) Los miembros de “y” presentan las propiedades



- A) Producen cambios en estados de cosas.
  - B) Son conscientes de ello.
  - C) Pueden memorizar cómo realizar esos cambios.
  - D) Pueden asociar de manera directa (por experiencia propia) o indirecta (por autoproyección) una relación causal entre una conducta susceptible de ser realizada por ellos y cierto estímulo.
- 4) “x” tiene o hace creer a la mayoría de los miembros de “y” que tiene el monopolio de los estímulos que motivan sus conductas.
  - 5) La mayoría de los miembros de “y” son motivados por algunos reforzadores secundarios comunes, ya sea en forma directa o indirecta.
  - 6) La mayoría de los miembros de “y” ha aprendido ( $O^C_1$ ) que si en ciertas circunstancias ( $S^D$ ) quieren obtener un estímulo positivo ( $S^+$ ) o evitar un estímulo aversivo ( $S^{AV}$ ) tienen que realizar o abstenerse de realizar ciertas conductas (R).

Con esto cierro mi aproximación explicativa al estado de cosas que he dado a llamar relación de poder político en una sociedad compleja. En el próximo apartado me ocuparé de analizar su relación con el derecho.

### III. EL SISTEMA PROPOSICIONAL JURÍDICO COMO ESQUEMA DE INTERPRETACIÓN PRESUPUESTO A LA IDENTIFICACIÓN DE LA RELACIÓN DE PODER JURÍDICO POLÍTICO

#### 1. *La diversidad de las relaciones de poder*

En el numeral anterior, he desarrollado un esquema conceptual conforme al cual puede entenderse el funcionamiento de toda relación de poder en una sociedad real, *i.e.*, en una sociedad que no está sometida a los controles experimentales exigidos por el condicionamiento operante de laboratorio. Con ese mismo esquema, me parece, podemos explicar toda la gama de relaciones de poder imaginables: la establecida entre el patriarca de una tribu salvaje y el resto de los aborígenes que la integran, la que se da entre un *capo* del crimen organizado y los mafiosos a él subordinados, el que se da entre el líder de una banda de delincuentes juveniles y el resto de sus secuaces, o el que se presenta entre los funcionarios jurídicos (jueces, legisladores, gobernantes, policías, etcétera...) y el resto de los sujetos de derecho de un orden jurídico determinado.

Conforme a las ideas expuestas, pues, cabe hablar de una diversidad en los tipos de relaciones de poder, entre los cuales la relación de poder jurídico no es sino una más. La pregunta que, consecuentemente, viene a la mente, en relación con la tesis que afirma que el fundamento último de la validez de todo derecho es el poder, o, en su versión corregida, el fundamento último de la validez de todo derecho son ciertas relaciones de poder, es la siguiente: si hay muchos tipos de relaciones de poder no jurídicos, entonces, no todo tipo de relación de poder puede funcionar como fundamento último de la validez del derecho, de lo cual se desprende una nueva pregunta: ¿conforme a qué se distingue una relación de poder jurídico de una que no lo es? La respuesta es muy sencilla: por satisfacer ciertos requisitos de identificación como son aquellos que se ajustan a las acciones estipuladas por un sistema proposicional determinado: el derecho positivo, que a su vez han sido generadas por determinadas instituciones sociales, originadas con base en ese mismo sistema (poderes legislativo o judicial). A los trabajos que se han ocupado del estudio de estas proposiciones presupuestas, pero independientes del funcionamiento fáctico de las relaciones de poder en ellas subsumibles, se les suele rotular con el término genérico de “formalismo jurídico”.

La conclusión (reforzante de lo dicho en otras partes del trabajo) es que: el fundamento último de la validez de todo orden jurídico no está en una serie de relaciones de poder fácticas, sino en el orden jurídico entendido como sistema proposicional que establece las condiciones de pensabilidad y posibilidad de que ciertas relaciones de poder puedan calificarse de jurídicas: el fundamento conforme al cual ciertas relaciones de poder pueden calificarse como jurídicas.

#### IV. SOBRE LA CRÍTICA A LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

##### 1. *Normativismo y sistema proposicional*

Kelsen considera al derecho como un sistema proposicional que es presupuesto como esquema de interpretación para todo suceso jurídico. A ello se refiere precisamente cuando alude a las normas jurídicas como “sustratos de sentido”.

## 2. Sobre la crítica a la Grundnorm

Según Peces Barba:

“Kelsen buscará el último fundamento”, no en el poder, sino en la norma hipotética fundamental, la norma fundante básica... En realidad lo que Kelsen denomina norma fundante básica es el poder, es decir un hecho de fuerza exterior al derecho y que lo fundamenta...”<sup>15</sup>

Contrastando con lo sostenido por Peces Barba, Kelsen dice:

“Puesto que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta”.<sup>16</sup>

Más adelante añade: “La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica, uno debe comportarse conforme a lo que la Constitución prescribe”.<sup>17</sup> Mucho se ha escrito en torno a los problemas teóricos de la *Grundnorm*. Para algunos, Kelsen es inconsistente con sus pretensiones positivistas al cerrar la unidad del sistema jurídico no con una norma puesta, sino supuesta. Para otros, traiciona su postulado de la pureza metódica, pues considera que la *Grundnorm*, al no ser creada conforme al procedimiento establecido por el orden jurídico positivo, ni poder ser sancionada conforme a él, no puede ser otra cosa sino una norma moral. Para otros, el célebre profesor vienés es contradictorio al afirmar que una norma jurídica sólo es tal si es norma independiente y al mismo tiempo pretende fundar la pirámide en una norma dependiente, etcétera. No es mi intención analizar aquí la rica problemática que ha planteado la *Grundnorm* per se, sino sólo en relación con la crítica de Peces Barba.

Independientemente de las muchas razones ofrecidas a lo largo de este ensayo con el fin de mostrar la inconsistencia de la tesis que ha sido elegida como objeto de disertación, quiero resaltar algo que llama poderosamente mi atención: no encuentro ningún mecanismo de razonamiento conforme al cual Peces Barba pueda justificar su afirmación de que “en realidad lo que Kelsen denomina norma fundante básica es el poder...”; no me explico cómo siendo la *Grundnorm* una construcción teórica de un pensador, puede Peces Barba, otro teórico, decir qué es lo que en realidad

15 Cfr. Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 9, p. 41.

16 Cfr. Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vemengo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982, p. 208.

17 *Ibidem*, p. 210.

construyó otro teórico (Kelsen), y sostener que dicha construcción es algo distinto a lo que aquél creó y expresamente estipuló.

Sin pretender afirmarlo y sólo como hipótesis de trabajo, asumo que la identificación que hace Peces Barba de la *Grundnorm* con el poder, radica en su interpretación de la relación entre cambio constitucional por vía revolucionaria y modificación de la norma fundante básica. Dice Peces Barba:

El propio sistema de Kelsen cruje ante su separación de la realidad, de la relación entre derecho y poder. Quizás el tema se vea con claridad, cuando en la dinámica jurídica Kelsen plantea la relación legitimidad-efectividad..., cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales sino que es reemplazada revolucionariamente... Aquí estamos ante un puro hecho de fuerza, de poder, con ruptura de la legitimidad. Este hecho, tiene que reconocer Kelsen, modifica la vieja Constitución y la sustituye por una nueva, y este hecho modifica la norma fundante básica, cambia en todo o en parte el ordenamiento.<sup>18</sup>

Lo primero que deseo destacar es que Kelsen no “tendría que reconocer” ninguna de las observaciones hechas ya que el mismo las expone:

El significado de la norma fundante básica se hace especialmente claro cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales, sino que es reemplazada revolucionariamente por otra... con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica.<sup>19</sup>

Sin embargo, encuentro en Kelsen un matiz sutil, pero de consecuencias muy importantes: para él “la nueva norma fundante básica” no se identifica con “un puro hecho de fuerza, de poder”. La norma fundante puede ser modificada por un cambio de condiciones entre las cuales figuran actos de fuerza, pero *no sólo* los actos de fuerza en sí. Además de dichos actos, el cambio de *Grundnorm* presupone un cambio de Constitución y la eficacia de esa nueva Constitución.

18 Cfr. Peces Barba, Gregorio, *op. cit.*, nota 1, pp. 42 y 43.

19 Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 16, p. 217.

### 3. *Sobre el sentido de la Grundnorm*

A pesar de las contrargumentaciones expuestas a Peces Barba, consideró que su planteamiento teórico sobre las relaciones entre “poder” y norma fundamental tiene el mérito de llamar la atención sobre la importancia de analizar la influencia de la relación de poder jurídico en la norma hipotética fundamental. Pero antes de realizar este análisis (con el cual cerraré este ensayo), creo conveniente decir algo acerca del contexto teórico en que se puede interpretar la *Grundnorm* provechosamente para poder construir el siguiente apartado.

No obstante ser generalizado pensar que el elemento fundamental sin el cual, según Kelsen, no podría haber sistema jurídico es la *Grundnorm*, creo que ésta no es sino el corolario de un sistema jurídico acabado. La lógica de la pirámide en vez de arrancar en la cúspide y descender deductivamente, funciona al revés, *i.e.*, arranca desde la base y ascienden inductivamente. Esto se pone de manifiesto si analizamos la secuencia de preguntas que se hace Kelsen cuando explica el lugar de la *Grundnorm* en la pirámide: ¿por qué son válidas las normas individualizadas?, porque son aplicación de normas más abstractas. Por ejemplo, una ley reglamentaria: ¿por qué es válida una ley reglamentaria?, porque es un cuerpo normativo que es aplicación (ampliación) de una ley superior; ¿por qué es válida una ley reglamentada?, porque desarrolla una parte de la Constitución y, al igual que las demás, es hecha conforme a los procedimientos de producción normativa del sistema. Al llegar a este punto se plantea la cuestión de la norma fundamental. Si al parecer la razón por la que todas las normas del sistema son válidas estriba en la existencia de deberes de producción derivados de normas jerárquicamente superiores y anteriores y todas las normas debían tener las mismas características, entonces, también debía haber una razón (deber) en la que fundar la Constitución. Esta última razón es la *Grundnorm* con la que, más que fundamentar la validez de la Constitución, se explica cómo se ha llegado a producir un sistema jurídico completo. En conclusión, creo que la *Grundnorm* no está al principio sino al final de la pirámide normativa, pues es construida por Kelsen después de haber concebido un sistema jurídico acabado. Con esta interpretación arribo a la conclusión de que la norma fundamental también presupone un mínimo de eficacia, el suficiente como para que, obediendo lo establecido por la Constitución se hayan producido nuevas

normas cada vez más concretas. Sin esta eficacia mínima, simplemente no podrían haberse creado normas válidas conforme a otras normas.

## V. SOBRE “LOS HECHOS FUNDANTES BÁSICOS” (ENSAMBLANDO LAS PIEZAS)

Hasta aquí hemos expuesto al menos tres diferentes piezas teóricas que trataré de ensamblar en una visión integral: 1) la descripción de toda relación de poder político; 2) el concepto de sistema proposicional jurídico; 3) la noción de *Grundnorm*. Como cada una de estas piezas ya ha sido desarrollada, aquí sólo me ocuparé de su articulación.

Como dije anteriormente, el elemento imprescindible para que podamos identificar cualquier suceso del mundo fáctico como jurídico es un esquema proposicional jurídico que sirva como esquema de interpretación. Sólo si se cuenta con un esquema de este tipo, podrá hablarse de una relación de poder político. La manera en que ésta es determinada por dicho esquema opera de dos formas: 1) estableciendo, mediante formulaciones lingüísticas precisas, los lineamientos conforme a los cuales habrán de realizarse los condicionamientos y respectivos estímulos con los que se establecerá la relación de poder jurídico, y 2) sirviendo como esquema de interpretación que permita convertir en jurídicas las relaciones de poder externas al sistema de reglas en cuestión. Me parece de suma importancia destacar que, a diferencia de otras relaciones de poder alternativas, los detentadores de los estímulos y reforzadores en sí, las características del condicionamiento y las características de los sujetos a condicionar son determinadas por el propio sistema normativo.

Sólo si se cuenta con el sistema de reglas determinante de la relación de poder jurídica correspondiente, entonces puede iniciarse la labor de condicionamiento fáctico con el cual construir la relación de poder jurídico en cuestión. Al conjunto de actos realizados de hecho con el fin de realizar el condicionamiento social (suministro de estímulos, campaña publicitaria sobre el monopolio de estímulos secundarios generalizados, programas intermitentes de reforzamiento, etcétera), hasta antes de que haya consolidado la relación de poder jurídico, *i.e.*, se asuma el postulado descrito por la *Grundnorm*, es a lo que denominaré “hechos fundantes básicos”.

La relación de poder jurídico se habrá consolidado cuando los sujetos de esta relación hayan sido condicionados para pensar que se debe obedecer lo establecido por la constitución del sistema.

## VI. SOBRE LA UTILIDAD DEL MODELO PROPUESTO PARA EXPLICAR LA EFICACIA NORMATIVA Y LOS PROCESOS DE CAMBIO CONSTITUCIONALES

Una de las críticas esgrimidas más frecuentemente en contra de la teoría pura del derecho radica en su incapacidad para explicar los procesos de cambio constitucionales, particularmente cuando se han dado por la vía de una revolución.

No es de mi interés determinante a analizar esta objeción. Sin embargo, trataré de mostrar cómo, desde la integración teórica realizada, es posible encontrar una explicación satisfactoria a este problema.

Una vez consolidada una relación de poder jurídico-político, pasa a formar parte del subconsciente colectivo de la comunidad en cuestión, *i.e.*, se institucionaliza y trasmite de generación en generación por vía de la interacción comunicativa e intercambio característicos de todo proceso de socialización.

Dentro de dicho proceso, juegan un papel fundamental los titulares del poder público y sus operadores, pues el conjunto de sus conductas constituye el programa de reforzamiento de la relación de poder jurídico. Así, por ejemplo, una sentencia dictada conforme a derecho o el auxilio de la policía en caso de emergencia constituirán estímulos positivos, mientras que las corruptelas o actos de arbitrariedad, estímulos aversivos.

Una vez implantado, la estabilidad y duración del sistema dependerá de su capacidad para mantener un programa intermitente de reforzamiento que, en términos generales, provea los estímulos positivos requeridos por la sociedad.

Si por alguna razón el programa intermitente se debilita, *i.e.*, los estímulos positivos son insuficientes, se puede producir una desaparición del condicionamiento y, por tanto, de la relación de poder. En esta situación, los miembros de la sociedad tendrán a buscar nuevas vías para obtener dichos estímulos e incluso es posible que se inicie una pérdida de control por los originales detentadores del poder y surjan otros sujetos que luchen por convertirse en los nuevos administradores de los estímulos, con la intención de construir una nueva relación de poder. Si además de la insufi-

ciencia de estímulos positivos hay un incremento desproporcionado de los estímulos aversivos, si entre los positivos que han dejado de proveerse se encuentran estímulos primarios, y los aversivos que podrían haber inhibido procesos de desestabilización del sistema tienen un costo inferior a los beneficios que podría reportar el riesgo de ser reprimido por la promoción de un cambio, la estabilidad del sistema entra en peligro y puede desembocar en una revolución que, de triunfar, promoverá una nueva constitución con el objetivo de implantar un nuevo sistema jurídico-político.

Es precisamente en este supuesto que tiene lugar la crítica a la obra kelseniana, afirmando su falta de consistencia entre el compromiso metodológico de construir una teoría donde el único elemento configurante sean normas positivas integradas en un sistema autogenerativo, y la imposibilidad de explicar el paso a un sistema normativo totalmente distinto, que el sistema precedente no permite obtener.

Es importante hacer destacar que la crítica se haya enfocado únicamente al cambio por vía revolucionaria, sin considerar muchas otras causas de cambio no autorizadas por el sistema normativo original.

A este respecto, cabe citar a Jorge Carpizo, quien hace una enumeración de diversas causas de cambio constitucional ocurridas en la realidad histórica, de las cuales el revolucionario constituye únicamente un caso. Éstas son:

- 1) Surgimiento de nuevos países que logran su independencia (no necesariamente por vía violenta).
- 2) Desintegración de países que dan paso al surgimiento de diversos Estados (Unión Soviética, Yugoslavia y Checoslovaquia).
- 3) Unificación de países (Vietnam).
- 4) Profunda reorganización de las estructuras de poder político, como en el caso del paso de una monarquía a una república o viceversa.
- 5) El tránsito de un gobierno *de facto* a uno jurídico, como en el caso de los gobiernos militares o dictaduras civiles.
- 6) La destrucción de las bases constitucionales de un Estado, como en el caso de la participación en una guerra, y más si ésta se pierde.
- 7) La profunda ruptura entre una antigua organización político-social y económica y una nueva organización, como en el caso de los países de Europa del Este, después de la caída de la Unión Soviética.



- 8) La ruptura o restablecimiento del orden jurídico a través de una revolución, movimiento armado, golpe de Estado, pacto o referendo.
- 9) La existencia del peligro de caer en la ingobernabilidad, ya sea porque la ingeniería constitucional se encuentra tan deteriorada y las instituciones tan desgastadas que la propia marcha normal de los procesos políticos se realiza con enorme dificultad o porque las fuerzas políticas no logran ponerse de acuerdo y ninguna de ellas por sí sola tiene la capacidad real de gobernar.<sup>20</sup>

Como puede verse, en todos estos supuestos se pone de manifiesto la relación entre *Grundnorm*, hechos fundantes básicos, sistema de condicionamiento derivado de esos hechos, eficacia del sistema normativo y cambio de constitución. En todos ellos, e independientemente de la causa específica del cambio, ha tenido lugar una extinción del programa intermitente de reforzamientos que sustentaba el presupuesto de que hay que actuar conforme a lo establecido por la constitución histórica y que formaba parte del sistema de creencias de la comunidad en cuestión.

Desde luego, los hechos procedimentales consistentes en convocar a un congreso constituyente y la elaboración de un nuevo texto constitucional, son insuficientes para sostener la existencia del nuevo sistema jurídico-político. Para que ello tenga lugar, es imprescindible el establecimiento de nuevos hechos fundantes básicos que establezcan el programa de condicionamientos sociales e intermitente de reforzamientos que lleve a condicionar el supuesto de que se debe actuar conforme a lo establecido por el nuevo orden jurídico.<sup>21</sup>

En síntesis, el paso de una constitución a otra, ya sea por vía de consenso o por vía violenta, no garantiza una reconfiguración de los mecanismos de distribución de estímulos que harán posible la existencia de un sistema jurídico que incida en los procesos de construcción de la realidad social. El cambio de texto puede ser una parte muy importante, pero su eficacia dependerá de las condiciones reales para que efectivamente pue-

20 Ponencia presentada por el doctor Jorge Carpizo el día 2 de marzo en el evento titulado "Hacia una nueva constitucionalidad", que tuvo lugar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de los días 2 al 4 del mismo mes. En prensa.

21 Desafortunadamente, la evidencia histórica abunda en ejemplos en los que la eficacia de un sistema jurídico ha sido el resultado de programas de socialización cuidadosamente elaborados sobre la base de una sistemática aplicación de estímulos aversivos. Un ejemplo claro lo tenemos en el régimen de Stalin.

da ser respaldado con un cambio en el sistema de distribución de estímulos por los detentadores del poder.

## VII. MÁS ALLÁ DE LA SIMPLIFICACIÓN (APÉNDICE)

Antes de poner el punto final a este trabajo quisiera señalar que en ningún momento he aspirado a ofrecer en el “una visión acabada” de lo que pudieran ser los hechos fundantes básicos o una relación de poder jurídico, ni hacer suponer que los órganos de poder son algo así como los operadores de un macrolaboratorio que condicionan al resto de la población. Desde luego que los fenómenos sociales son mucho más complejos. Mi intención, bastante más modesta, he querido reducirla a una aproximación a esa problemática y, sobre todo, a probar herramientas metodológicas susceptibles de emplearse en la profundización de éste u otros temas semejantes.

Entre otros desarrollos susceptibles de ser abordados desde esta misma óptica, se encuentra una concepción bi-direccional del poder. Creo que algunas de las propiedades subyacentes a los términos “poderoso” y “dominado” son las mismas y de esa manera se justificaría, en algún sentido, decir que son sinónimos. En una relación de poder, tan poderoso es el “poderoso” como el dominado, pues la situación del primero sólo tiene sentido en función de la del segundo. El poder del dominado respecto al poderoso está, precisamente, en su sumisión. Después de todo, el estado de sumisión es tan estímulo positivo, con el cual se puede condicionar al poderoso, como la rebeldía es un estímulo aversivo. En este ensayo, no he analizado ese otro lado de la moneda. El estudio de la forma en que “el poderoso” puede ser condicionado por parte de los dominados, y las distintas coaliciones y conflicto de estímulos entre “el poderoso” y los grupos de presión puede arrojar luces sobre temas tales como el de la legitimación del poder jurídico, la construcción de una democracia que no sea meramente procedimental, la desobediencia civil, los procesos de democratización, etcétera.

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1999 A LOS ORGANISMOS PROTECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Jorge CARPIZO\*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Principales aspectos de la reforma*. III. *Artículos transitorios*. IV. *Propuestas que no fueron aceptadas*. V. *Conclusiones*.

### I. ANTECEDENTES

a) El 13 de septiembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que reformó el apartado B del artículo 102 constitucional, el cual contiene las disposiciones principales sobre los organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano —los *ombudsman*—, el de carácter nacional: la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), el del Distrito Federal y los de las entidades federativas.

La figura del *ombudsman* es de creación reciente en México. El 5 de junio de 1990 se fundó la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a través de un decreto presidencial, con la finalidad de promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos.

A la CNDH se le otorgaron las facultades que corresponden a un *ombudsman*.

Ciertamente que existen antecedentes a la creación de la CNDH. El más importante fue el de las Procuradurías de los Pobres que en 1847 fundó don Ponciano Arriaga en San Luis Potosí.

En este siglo se pueden mencionar, entre otros, la Procuraduría Federal del Consumidor en 1975, la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos de Nuevo León en 1979, la Procuraduría de Vecinos de la

\* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ciudad de Colima en 1983, la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México en 1985, la Procuraduría de Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes en 1988 y la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal en 1989.

b) La causa principal de la creación de la CNDH fue el aumento alarmante de las violaciones de los derechos humanos cometidas principalmente por los ministerios públicos y policías federales que tenían a su cargo la lucha contra el narcotráfico. Acontecieron casos que alarmaron e indignaron a la sociedad mexicana y que le dieron la vuelta al mundo. El asesinato de la licenciada Norma Corona, distinguida luchadora de los derechos humanos del Estado de Sinaloa, decidió al gobierno mexicano a tomar medidas de fondo con la finalidad de parar dichas violaciones.

La creación de la CNDH se dio en un clima de escepticismo social. Su marco jurídico no era el más apropiado porque fue constituida como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. Ese marco jurídico siempre se contempló como provisional y que sería afinado con las experiencias que la CNDH fuera obteniendo.

c) Poco a poco se fueron viendo los resultados. En el primer semestre de su funcionamiento se concluyeron 397 quejas y se expidieron 33 recomendaciones, entre estas últimas las más importantes fueron dirigidas a la Procuraduría General de la República respecto a casos que eran un verdadero escándalo y preocupación nacionales, como los de la familia Quijano Santoyo, Rubén Oropeza Hurtado y el de la población de Aguililla.<sup>1</sup> Se crearon diversos programas especiales de investigación, tales como el de agravios a periodistas, presuntos desaparecidos, contra la tortura y sobre el sistema penitenciario en el país.

Durante el segundo semestre se concluyeron 670 quejas y se expidieron 51 recomendaciones: otra más sobre el asunto de la familia Quijano Santoyo, y entre algunas de las que marcaron un sendero para la Comisión se pueden mencionar las de Ricardo López Juárez, cuatro sobre diversos grupos de indígenas y seis sobre homicidios de periodistas.<sup>2</sup>

En ese semestre se creó el programa especial de asuntos indígenas y, entre otros, destacaron los programas sobre el sistema penitenciario del país, el interinstitucional de beneficios anticipados, de defensa de la ni-

1 *Primer informe semestral, junio-diciembre de 1990*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1990, pp. 17-23.

2 *Segundo informe semestral, diciembre 1990-junio 1991*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 28-40.

ñez, de los trabajadores migratorios, sobre el libro de texto gratuito y el de capacitación.

Puede afirmarse que al año la CNDH ya se había ganado la confianza social y la sociedad la había hecho suya.

Comenzaba para la CNDH un período esplendoroso en el ejercicio de sus facultades. En el tercer semestre, el número de quejas concluidas fue de 1,892 y las recomendaciones aumentaron a 75; la importancia de muchas de aquéllas fue evidente para todos.<sup>3</sup>

Un aspecto trascendente fue que las investigaciones se realizaban con profundidad y seriedad, y las recomendaciones iban estructuradas y fundamentadas en estricto derecho; se cuidaba incluso su redacción.

d) Una preocupación mayor de la CNDH consistió en el fomento a la cultura de los derechos humanos. Con ese objetivo se estableció un ambicioso programa de publicaciones, muchas de ellas consistían en cartillas simples donde se enumeraban los derechos de grupos o los referentes a la calidad de la persona. Se organizaron en toda la República congresos, simposios, foros y conferencias. Se intervino en múltiples programas de radio y televisión. Se editaron videos sobre este tema y especialmente sobre la capacitación para los funcionarios de los organismos protectores de los derechos humanos y para los funcionarios públicos más vinculados con el respeto a los mismos.<sup>4</sup>

e) Sin ninguna exageración puede afirmarse que al año de su creación la CNDH ya había echado raíces profundas en la sociedad; mayormente se aceptaba su existencia y sus efectos benéficos.

Se consideró, entonces, que había llegado el momento de revisar su marco jurídico, el cual siempre se estimó que era de carácter provisional.

El Consejo de la CNDH instruyó al presidente del organismo para que se preparara un proyecto de ley orgánica, documento que el propio Consejo discutió ampliamente, enriqueció y aprobó por unanimidad.

Ese proyecto se le presentó al presidente de la República, quien públicamente lo aceptó y adicionalmente manifestó que consideraba que había llegado el momento para que se discutiera la idea de incluir la figura del *ombudsman* a nivel constitucional, propuesta que fue aceptada por el Consejo y el presidente de la CNDH.

3 *Tercer informe semestral, junio-diciembre de 1991*, México Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 16-20.

4 *Tercer informe semestral, op. cit.*, nota 3, pp. 123-129 y *Cuarto informe semestral, diciembre de 1991-junio de 1992*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 191-198.

El presidente de la República envió el proyecto de reforma para “constitucionalizar” a la Comisión Nacional el 18 de noviembre de 1991. Después de la discusión legislativa —que fue amplia y profunda—, el proyecto fue aprobado en el Senado por unanimidad y en la Cámara de Diputados por 229 votos a favor, 55 aprobatorios pero con reservas y 3 en contra.

Las legislaturas de las entidades federativas aprobaron el proyecto y el 28 de enero de 1992 el respectivo decreto se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*.

En esta forma concluía —magníficamente— el primer capítulo de la historia de la CNDH.<sup>5</sup>

f) Sin embargo, no puede ocultarse que aún quedaban inquietudes en grupos y en personas —los 55 votos aprobatorios pero con reserva de los diputados son una muestra clara de ello—, quienes no entendían con claridad la naturaleza del *ombudsman* y proponían fundamentalmente que su competencia se ampliara a cuestiones jurisdiccionales, electorales y laborales. En otras palabras, su postura era que el *ombudsman* debía ser un “sanatodo”,<sup>6</sup> aunque ello implicara su ineficacia, si no es que su destrucción.

Asimismo, se manifestó la preocupación por la intervención del presidente de la República en la designación del presidente de la CNDH; se consideraba que aquélla nunca obtendría su plena autonomía mientras tal intervención subsistiera.

Dichas inquietudes se fueron canalizando en que había que reformar el apartado B del artículo 102 constitucional. No hubo oposición alguna a la idea de la reforma, siempre y cuando fuera para perfeccionar el sistema de protección no-jurisdiccional de los derechos humanos, para dar pasos hacia delante y ninguno atrás.

A partir de 1997 se presentaron cuatro diversos proyectos de reformas al citado artículo constitucional. En otra ocasión he examinado el contenido de dos de ellos.<sup>7</sup>

5 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, UNAM-Porrúa, 1998, pp. 83-84.

6 Maiorano, Jorge L., *El ombudsman, defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, p. 4. Véanse los importantes ensayos comparativos sobre el *ombudsman* en Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos, estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

7 Carpizo, Jorge, “Propuestas de reformas al artículo 102, apartado B, constitucional (organismos de protección de los derechos humanos)”, *Anuario Jurídico 1997*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 43-57.

Como es natural, entonces, el problema que tuvieron los legisladores fue: ¿qué reformar?, ¿por qué?, ¿cómo reformar y con qué amplitud?, ¿qué ideas no eran de aceptarse porque implicaban retrocesos?, ¿cómo fortalecer la autonomía de esos organismos?

Al respecto se realizó un muy amplio debate al cual el Congreso de la Unión invitó a participar a organizaciones no-gubernamentales, asociaciones y personalidades relacionadas con la defensa de los derechos humanos.

## II. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA REFORMA

El 13 de septiembre de 1999, como ya asenté, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que reforma el apartado B del artículo 102 constitucional, para realizar primordialmente una serie de modificaciones a la CNDH y asegurar la autonomía de los organismos protectores de los derechos humanos.

Considero que dicha reforma es positiva en términos generales porque puede auxiliar —y ojalá así sea en la realidad— al fortalecimiento y a la autonomía de dicha Comisión y de los organismos homólogos, y porque no aceptó ninguna de las propuestas peligrosas contenidas en los proyectos a los cuales ya he aludido.

Hay que decirlo con claridad: Bien, muy bien por el poder revisor de la Constitución respecto a esta reforma.

Los principales aspectos de la citada reforma son los siguientes:

a) El primer párrafo del nuevo artículo 102, apartado B, se refiere a los organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano. Con anterioridad el verbo empleado era “otorgar”.

La nueva redacción es la correcta y no implica un simple cambio gramatical, sino dos diversas concepciones sobre la naturaleza de los derechos humanos.

Una concepción es que el Estado “otorga” esos derechos; es decir que esos derechos existen y se protegen por decisión estatal. Es la teoría positivista.

La otra concepción corresponde al derecho natural —desvinculada de cualquier pensamiento religioso— y afirma que el hombre, por el sólo hecho de existir es poseedor de una serie de derechos para asegurar el respeto a su dignidad.

En otras palabras, en la primera concepción el orden jurídico crea a la persona jurídica; en la segunda, el hombre es persona jurídica independientemente de lo que establezca el orden jurídico.

El constitucionalismo mexicano —incluida la Constitución actual— casi siempre ha aceptado la concepción de los derechos humanos derivada del derecho natural<sup>8</sup> lo que es congruente con el pensamiento humanista que ha impregnado toda nuestra evolución constitucional.<sup>9</sup>

En consecuencia, el cambio del verbo en ese primer párrafo es un acierto y es concordante con la tesis contenida en el artículo primero de la Constitución de 1917.

b) La reforma constitucional expresamente designa al organismo federal de protección de los derechos humanos como Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Considero adecuada esta decisión de nuestro poder revisor de la Constitución.

Con anterioridad, la denominación del organismo se dejaba a la competencia del Congreso Federal, el cual se inclinó por el nombre con el cual fue creada y conocida durante sus primeros años.

Con ese nombre la Comisión se ganó la confianza de la sociedad y un cambio al respecto se hubiera prestado a confusiones respecto a si su labor y protección serían diferentes a las que venía desarrollando.

Ciertamente en los dos primeros años, existieron diversas propuestas para modificar el nombre de la Comisión, ninguna prosperó y hoy en día no es materia de debate. En esta forma, la decisión del poder revisor se ve con naturalidad y no ha despertado crítica alguna.

c) El precepto constitucional que se comenta nunca definió a esos organismos con el carácter de descentralizados; esta expresión se encuentra en la Ley de la CNDH de junio de 1992. La reforma al artículo en cuestión precisa que la CNDH contará con autonomía de gestión.

Con anterioridad, ese precepto se refería a “recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas”.

8 Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa y UNAM, 1998, pp. 140-142; *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, 1960, t. I, pp. 1048-1058; Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Porrúa, 1972, pp. 124-125.

9 Véase Cueva, Mario de la, “La Constitución de 5 de febrero de 1857”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, t. II, pp. 1227-1254, y Carpizo, Jorge, “La Constitución de 1917”, *La formación del Estado mexicano*, México, Porrúa, 1984, pp. 271-280.



El carácter autónomo se atribuía a las recomendaciones, ya que éstas constituyen el aspecto más sobresaliente de la actividad de un *ombudsman*, sin menospreciar ninguna de sus otras y muy importantes funciones.

La reforma atribuye actualmente el carácter autónomo al organismo, lo cual es un acierto al cubrir, sin ninguna ambigüedad, todo el universo de facultades que aquél posee.

Los redactores del proyecto del original artículo 102, apartado B, se inclinaron también por una autonomía total y completa a la CNDH, comparable a la que gozan las universidades públicas. Como es bien sabido todo proyecto legislativo, más el constitucional, está sujeto a negociación entre diversas instancias y fuerzas políticas, y en aquella ocasión se perdió este asunto, aunque, entonces los redactores del proyecto lograron que ese carácter autónomo se atribuyera a las recomendaciones. Algo era algo, y en este caso realmente era mucho.

Reconozco que el actual texto es mejor que el que pensaron los redactores originales, porque actualmente se configura una autonomía más fuerte que aquélla de la cual gozan las universidades públicas en su carácter de organismos descentralizados.

El actual artículo constitucional configura a la CNDH con una autonomía que hace imposible encuadrarla dentro de ninguno de los tres poderes tradicionales, ya que es independiente de cualquiera de ellos.

Así, la CNDH viene a sumarse a organismos como el Banco de México y el Instituto Federal Electoral, cuya autonomía hace necesario replantear en nuestro país toda la teoría de la división de poderes. Hoy en día el Poder de la Federación se divide para su ejercicio en diversas ramas: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y organismos constitucionales autónomos, lo que no significa que entre ellos no deba existir coordinación, auxilio y colaboración. Lo que no hay es subordinación de uno hacia el otro sino una plena autonomía de gestión, es decir, técnica; sus órganos actúan con la más amplia libertad dentro de los marcos indicados por la Constitución y la ley.<sup>10</sup>

Este es el sentido de tres párrafos importantes del dictamen de las tres Comisiones del Senado que tuvieron la responsabilidad de esta reforma:

10 Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana...*, cit., nota 8, pp. 189-195. Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Aguilar, pp. 165-185; Montesquieu, Charles de Secondat, barón de, "L'Esprit des Lois", *Oeuvres Complètes*, París, Gallimard, 1949, pp. 396-397, Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1927, p. 165; Mirkiné Guetzévitch, Boris, "De l'Esprit des lois à la démocratie moderne", *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, París, 1948, p. 14.

Es significativo este cambio constitucional del estatuto de este organismo, pues al otorgarle la naturaleza de un organismo autónomo constitucional, se reconoce que la función de protección y defensa no jurisdiccional de los derechos humanos es necesaria para cualquier Estado democrático, reafirmando a dicho organismo y a sus homólogos de los estados como organismos técnicos auxiliares para el control constitucional.

Debe insistirse que para su funcionamiento ideal no sólo deben ser independientes de los poderes tradicionales sino también de los partidos políticos o de otros grupos o factores reales de poder.

El tipo de independencia que le confiere la autonomía debe complementarse con la calidad apartidista del presidente del organismo, de los miembros del Consejo y de sus principales funcionarios, en la transparencia de sus actuaciones, haciendo públicas sus resoluciones en sus informes anuales, y sobre todo el titular, se reitera, debe gozar de total independencia en el ejercicio de sus funciones sin estar sujeto a mandatos imperativos ni recibir instrucciones de ninguna autoridad ni poder estatal, estando sólo sometido al imperio de la Constitución y de la Ley Orgánica del organismo.

No cabe duda alguna de que este aspecto de la autonomía de gestión para esos organismos es muy positivo.

Sin embargo, dicha autonomía debió de haberse extendido sin duda alguna a todos los organismos protectores de derechos humanos. La Constitución sólo se refiere en este aspecto a la CNDH. Empero, ello se debe a un error de redacción porque la intención fue otra, lo que se prueba con los tres párrafos citados del respectivo dictamen y en los cuales es clarísimo que esa autonomía se les está garantizado a todos los *ombudsman* protectores de los derechos humanos en México.

d) La reforma, en congruencia con la característica de la autonomía de gestión, le otorga a la CNDH personalidad jurídica y patrimonio propios y autonomía presupuestaria.

Personalidad jurídica y patrimonio propios, la CNDH los tenía desde la citada Ley de 1992, pero está bien que se establezca a nivel constitucional. Esta es una tendencia del constitucionalismo mexicano: incluir todo en la ley fundamental; aspectos que generalmente en otros órdenes jurídicos se establecen en la ley ordinaria; en México, que existe desconfianza y desprecio al valor de la ley, se elevan a nivel constitucional como una manera de asegurar su efectividad.

La autonomía en la gestión presupuestaria es muy importante. Por esta disposición, será la propia CNDH la que elabore su proyecto de pre-

supuesto, lo envíe al Poder Ejecutivo para que lo incluya en el proyecto de presupuesto federal; pero aquél no puede modificar el proyecto de la CNDH. En este último aspecto se difiere positivamente del artículo 76 de la ley de 1992.

Únicamente la Cámara de Diputados podrá modificar el proyecto de la CNDH, y esa Cámara deberá escuchar a las autoridades de la Comisión y sus argumentos antes de aprobar cualquier modificación a aquél.

En el ejercicio de su presupuesto aprobado, la CNDH no necesita ninguna autorización del Poder Ejecutivo, aunque, claro está, responde del buen manejo de esos recursos, pero únicamente ante el Poder Legislativo.

Decía que este último aspecto es muy importante, porque en el pasado, cuando menos en una ocasión que a mí me consta, se intentó asfixiar a la CNDH negándole los recursos económicos indispensables para su funcionamiento. El problema se resolvió con el apoyo pleno del presidente de la República. Lo anterior es muy delicado porque la CNDH, para desarrollar plenamente sus funciones, necesita los recursos indispensables para ello, lo cual no puede estar sujeto a la buena voluntad del presidente del momento.

Respecto a estos principios considero que también son válidas las consideraciones realizadas en el último párrafo del anterior inciso c). Es decir, éstos también se extienden a todos los organismos protectores de los derechos humanos.

e) De toda la reforma constitucional, el aspecto más trascendente es el relativo a la designación del presidente de la CNDH. Dicha designación no se encontraba consignada en la Constitución sino en la Ley de la CNDH. El procedimiento era el siguiente: propuesta del presidente de la República y ratificación por parte del Senado, o, en los recesos de éste, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. Al no establecerse un quórum especial de votación, éste era de la mitad más uno de los senadores presentes.

Dicho sistema fue criticado en virtud de que se consideró que le restaba autonomía a la CNDH debido a la intervención del presidente de la República. Tiempos son éstos en los cuales se contempla con desconfianza —y muchas veces con razón— cualquier participación del titular del Poder Ejecutivo. Además, se presentaba el problema de que los dos primeros presidentes de la CNDH fueron designados procuradores generales de la República, sin haber terminado su período en aquélla, lo cual indudablemente se hubiera podido prestar a una politización de la Comi-

sión, pero hay que tener presente que los dos primeros presidentes de la CNDH fueron personas apartidistas, quienes fueron ratificados por el Senado con el consenso de los partidos políticos representados en ese órgano legislativo y, más allá de las palabras, demostraron en los hechos una plena autonomía que se reflejó en las recomendaciones expedidas en esos periodos.

Sin embargo, los críticos de la CNDH se basaban en esos hechos para atacarla, y muchas personas de buena fe también deseaban un sistema de nombramiento sin intervención alguna por parte del presidente de la República.

Existieron cuatro proyectos, como ya se dijo, de reforma al apartado B del artículo 102 constitucional, y éste era el aspecto nodal de los mismos. Resalto dos de ellos:

El proyecto de la CNDH propuso que la Cámara de Diputados, a través de su Comisión de Derechos Humanos, realizara una consulta a organizaciones civiles e integrara una terna que enviaría a la Cámara de Senadores para la designación correspondiente.

El Taller Ciudadano de Propuesta Legislativa planteó que:

El nombramiento del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos será el resultado de una auscultación por parte del Consejo, particularmente entre las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos para proponer tres nombres a la Cámara de Diputados, la cual elegirá al presidente de la Comisión Nacional con al menos el voto favorable de las dos terceras partes de los diputados.<sup>11</sup>

El dictamen, presentado por esas tres Comisiones de Puntos Constitucionales, de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos y tercera, del Senado de la República, afirma que el titular de la CNDH debe gozar de independencia total de cualquier poder o grupo político al ejercer sus atribuciones constitucionales y legales.

El nuevo sistema de nombramiento que señala la Constitución es el siguiente: aquél es responsabilidad exclusiva de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para dicha designación será necesario el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de esos órganos legislativos, y es la ley la que fijará los procedimientos que se deben seguir para la presentación de las respectivas propuestas.

11 Carpizo, Jorge, *Propuestas de reformas...*, cit., nota 7, p. 56.

El número de votos que exige la ley fundamental para esta designación es acertado porque probablemente ningún partido político cuente con ese número, lo que traerá consigo mayor ponderación y prudencia en la mencionada designación, al tiempo que se apartan del mismo consideraciones partidistas.

Este aspecto se ha querido ver como el *quid* para la autonomía real de la CNDH. Sin lugar a duda alguna es muy importante, pero es insuficiente.

He afirmado que en todo el mundo la autonomía del *ombudsman* se garantiza por su calidad moral, su preparación, su valentía y la confianza social de que goce; que si se designa a una persona de bajo perfil para no incomodar al gobierno, con todo y reforma el futuro de la CNDH no será promisorio.<sup>12</sup>

Estoy de acuerdo en que la mencionada designación la realice el Senado, porque los nombramientos en los cuales deben ponderarse méritos profesionales y calidades morales generalmente es este órgano legislativo el que interviene, como en los casos de ministros de la Suprema Corte de Justicia, embajadores, jefes superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea nacionales.

Parece ser que la integración del Senado —número menor de legisladores y mayor edad que sus colegas de la Cámara de Diputados— puede asegurar mayor ponderación para esos nombramientos.

El mencionado dictamen otorga otro argumento: la naturaleza de la CNDH es de carácter federal; luego, corresponden tales nombramientos al órgano que representa a las entidades federativas. Para el Senado de la República el carácter federal de la Comisión es claro, ya que puede revisar los acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de las entidades federativas.

f) La propia Constitución, en esta reforma de 1999, señala las garantías, ya contenidas en la Ley de 1992, de que goza el presidente de la CNDH:

1. La de nombramiento para no quedar subordinado a ningún poder o grupo;
2. la de estabilidad, al especificarse un período de cinco años y que podría ser reelecto por una sola vez;
3. la de remuneración, aunque al respecto nada se dice;

12 Carpizo, Jorge, “El deterioro de las instituciones”, *Nexos*, México, octubre de 1999, p. 42.

4. la de responsabilidad, ya que únicamente puede ser removido de sus funciones en los términos del título cuarto de la Constitución, o sea, a través de los mecanismos de responsabilidad de los servidores públicos.

g) Los miembros del Consejo Consultivo serán electos a través de igual procedimiento que aquél que se sigue para la designación del presidente de la Comisión. Dos de éstos, los de mayor antigüedad en el cargo, serán sustituidos anualmente, a menos que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

Los diez miembros del Consejo Consultivo desempeñan un papel muy importante en el desarrollo de las funciones de la CNDH, y acertado es que su nombramiento también sea realizado por el Senado, después de una amplia auscultación y deliberación y con un *quorum* calificado de votación.

h) El penúltimo párrafo del apartado B del artículo 102 constitucional actualmente dispone que: “El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley”.

Estoy de acuerdo y es mejor que la norma secundaria actual —artículo 15 fracción V de su Ley—, que señala que enviará un informe anual al Congreso de la Unión y al titular del Poder Ejecutivo, porque, como bien dice el mencionado dictamen, a los tres poderes les incumbe conocer cómo la Comisión ha cumplido con sus atribuciones por tratarse de violaciones de los derechos humanos, los cuales sólo pueden ocurrir actualmente dentro del sector público.

### III. ARTÍCULOS TRANSITORIOS

El decreto de reforma constitucional contiene cinco artículos transitorios, tres de ellos son muy comunes en reformas constitucionales y legales. Me ocupo de los dos que presentan peculiaridades.

a) El artículo segundo indica que los integrantes del Consejo Consultivo de la CNDH continuarán en ese cargo hasta concluir el periodo para el cual fueron designados, pudiendo ser propuestos y elegidos para un segundo periodo.

El dictamen indica que se desea conservar a esos funcionarios probos que han cumplido bien con sus obligaciones y alejar cualquier sospecha de que se pretendiera vulnerar o conculcar el principio de la no retroactividad de las leyes.

Estoy de acuerdo con este artículo transitorio, aunque el segundo argumento del dictamen no es técnicamente correcto. Al respecto es oportuno hacer una consideración.

En 1990, cuando se fundó la CNDH, existía una atmósfera de escepticismo a que realmente pudiera cumplir con las funciones y finalidades para las cuales estaba siendo creada. Por tal razón se pensó que junto al *ombudsman* se configurara un Consejo integrado por diez personalidades con prestigio y confianza sociales sin actividad partidista reciente. Se era consciente de que en el mundo no existía ninguna figura semejante dentro de la estructura de un *ombudsman*, que dicho Consejo sería una novedad mundial y nada ortodoxa en la teoría y la práctica de esa institución.

Sin embargo, el Consejo jugó un papel sobresaliente en la CNDH; su presidente se reunía periódicamente con ese órgano colegiado el cual expidió las normas, reglamentos y acuerdos de carácter general y apoyó decididamente al primer presidente de la Comisión en los enfrentamientos que tuvo con diversas autoridades con motivo de la expedición de varias recomendaciones.

Muy loable fue que diez personalidades de México aceptaron el reto y otorgaron el aval de su prestigio a la nueva institución, lo que mucho ayudó a la aceptación social de la CNDH. Especialmente destaca esa actitud ante la de otras que se han negado a colaborar en momentos difíciles para México y en los cuales la presencia de grandes figuras sociales fue necesaria. Prefirieron su torre de marfil y no “despeinarse”, a dedicarle un poco de su tiempo a México y a sus mejores causas.

El cargo de miembro del Consejo es completamente honorario.

Además, el Consejo ha ayudado a la estabilidad de la CNDH y constituye una parte muy valiosa de la experiencia que la institución ha acumulado.

Por las razones expuestas, reitero, considero pertinente ese artículo segundo transitorio.

b) El artículo tercero transitorio es realmente peculiar, porque lo lógico hubiera sido que su contenido hubiera seguido la misma tónica que el artículo anterior: que el presidente de la CNDH continuara en el cargo hasta concluir su periodo.

Sin embargo, no es así y dicho artículo dispone que la Cámara de Senadores o, en su caso, la Comisión Permanente elegirá al presidente de la CNDH de acuerdo con el nuevo procedimiento que establece la reforma constitucional y para tal efecto habrán de observarse dos reglas:

1. La Comisión correspondiente del Senado realizará una amplia auscultación al respecto.
2. Con base en esa auscultación, aquella propondrá la ratificación de la actual titular de la CNDH o, en su caso, integrará una terna de candidatos.

Es obvia la razón de este artículo transitorio: algunos sectores sociales y organizaciones no-gubernamentales han venido expresando su inconformidad con la labor de la actual titular de la CNDH; el poder revisor de la Constitución recogió esas inconformidades.

Técnicamente, el poder revisor de la Constitución está facultado para expedir un precepto transitorio de tal naturaleza, porque las normas constitucionales no son retroactivas.

Contrastan los términos del dictamen en lo referente a estos dos artículos transitorios: para los miembros del Consejo merecidos elogios, para la titular de la CNDH la máxima parquedad. Además, en este último caso, los redactores del dictamen se olvidaron de su argumento de no-retroactividad que sí adujeron —aunque mal aducido— respecto al caso de los miembros del Consejo y evadieron más razonamientos arguyendo que participan de los argumentos del dictamen de la Cámara de Diputados.

Lo curioso de la situación es que la presidenta de la CNDH promovió la reforma constitucional con el argumento de fortalecer la autonomía de la Comisión, cuando la propia CNDH ya se encontraba prestigiada y con apoyo social, y cuando la cuestión de la autonomía plena era únicamente un asunto de ejercicio de la misma. Probablemente no se percató de que hay un gran apoyo social a la CNDH, pero muchas inconformidades respecto a su actuación.

En estos días, la titular de la CNDH está alegando que si no es ratificada se va a deteriorar la autonomía de la Comisión, pero al respecto, y a pesar de que habían transcurrido varios meses, desde la aprobación de ese artículo por parte del Congreso de la Unión, ella no había expresado ninguna crítica a ese artículo transitorio sino hasta el momento en que se dio cuenta de que su ratificación no sería en forma automática.



Dicho artículo transitorio no me parece afortunado, pero no me preocupa mayormente, porque una reforma constitucional a la CNDH no se puede estar haciendo todos los días, ni resulta probable que se pongan de acuerdo otra vez los principales partidos políticos en un artículo transitorio de tal naturaleza sobre la propia CNDH. No considero que ese precepto vulnere la autonomía de la CNDH ni que establezca un mal precedente.

La gran cuestión se encuentra en si hubiera sido preferible ratificar automáticamente a la presidenta de la CNDH para que termine su periodo—en poco más de un año— o la realización de la mencionada auscultación, en la cual no está saliendo bien librada, y otorgar el nombramiento de un nuevo presidente cuanto antes para que el gran deterioro de la CNDH no continúe.

Lo que no es admisible es que el nombramiento del presidente de la CNDH se politice y se convierta en una campaña de carácter político en los medios de comunicación masiva, como ya está aconteciendo, misma que está propiciada por la propia titular de la Comisión. Queda la duda fundada de si está defendiendo sus convicciones respecto a la CNDH o su chamba.

Muy grave sería lo segundo porque la campaña que ha emprendido en los medios de comunicación masiva en nada beneficia a la CNDH ni a ella, aunque sea ratificada por el Senado, porque la controversia sobre su personalidad y su desempeño en ese cargo la van a deteriorar en su imagen pública y en su autoridad moral. El *ombudsman* debe estar lo más lejos posible de controversias políticas y más si ellas se refieren a su personalidad y a su estatura y capacidad profesionales y morales.

#### IV. PROPUESTAS QUE NO FUERON ACEPTADAS

El dictamen de las tres Comisiones mencionadas del Senado realizó una amplia referencia a diversos aspectos que se propusieron en una, varias, o en las cuatro iniciativas que se presentaron al Congreso de la Unión para modificar el apartado B del artículo 102 constitucional. En ese documento se exponen las razones por las cuales esas Comisiones no hicieron suyas dichas propuestas.

a) Con la finalidad de fortalecer a las Comisiones de Derechos Humanos se propuso que sus recomendaciones fueran de carácter obligatorio o vinculatorio.

El principal argumento de las Comisiones legislativas para desechar esa idea es que resulta altamente inconveniente que se “invadan coercitivamente los ámbitos de competencia de las autoridades y servidores públicos, ámbitos que se encuentran perfectamente delimitados en la legislación aplicable,...”. Entiendo que aquéllas se están refiriendo al peligro de que se usurpen funciones de los juzgados y tribunales, y en este sentido su argumento es correcto.

Desde que la CNDH se creó en 1990 se ha explicado hasta la saciedad que si las recomendaciones fueran obligatorias para la autoridad, se convertirían en sentencias; es decir, en decisiones jurisdiccionales, y en esta forma el *ombudsman*, en este caso la CNDH y las comisiones de las entidades federativas dejarían de ser tales para transformarse en tribunales “con todas las formalidades procesales que ello implica”.<sup>13</sup>

Entonces el *ombudsman* sería un tribunal más, con todas las ventajas e inconvenientes que ello tiene; pero precisamente es lo que *no* se persigue, sino un *ombudsman* que actúe con un procedimiento flexible y anti-burocrático, con un mínimo de formalidades y cuya resolución pueda ser rápida y sin costo económico para el quejoso o el agraviado. El *ombudsman* se convierte en auxiliar de los órganos jurisdiccionales, pero, desde luego, sin sustituirlos, porque si no saldría más cara la medicina que la enfermedad al desquiciarse todo el sistema de impartición de justicia.<sup>14</sup>

La autoridad se siente inclinada a aceptar la recomendación, entre otras razones, por el costo político que le tendría rechazarla, ya que como a la misma se le da amplia publicidad, la opinión pública está bien informada del contenido de la recomendación.

b) La proposición para que la CNDH —reformando el artículo 105 constitucional— posea la facultad de ejercitar la acción de inconstitucionalidad fue rechazada principalmente con dos argumentos:

1. los derechos humanos ya están ampliamente protegidos en la Constitución a través de diversas defensas e incluso por medio de dicha acción cuyo ejercicio corresponde a varias autoridades, y
2. la acción de inconstitucionalidad existe en nuestro país sólo desde 1994; es decir, es un proceso de defensa constitucional reciente en

13 Fix-Zamudio, Héctor, “Constitucionalización del *ombudsman* en el ordenamiento mexicano”, *La modernización del derecho constitucional mexicano. Reformas constitucionales 1990-1993*, México, UNAM, 1994, p. 175.

14 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y...*, *cit.*, nota 5, p. 90.

México y en 1996 se amplió el número de titulares de la misma en materia electoral; en consecuencia, es conveniente que esa acción se desarrolle y fortalezca en el sistema jurídico mexicano antes de que se siga ampliando el número de sus titulares.

El primer argumento es endeble, pero el segundo me convence, especialmente porque no cierra la puerta a que la CNDH pueda en el futuro ser facultada a ejercitar la acción de inconstitucionalidad, facultad que esto sí debe poseer.

Dicha atribución la detenta el Defensor del Pueblo español y la ha ejercido con responsabilidad y madurez. Entonces, en México, conforme a las propias expresiones de las Comisiones del Senado, es sólo una cuestión de tiempo.

c) La proposición para que la CNDH pudiera ejercer acción penal en los casos de delitos de tortura también fue desestimada, con el argumento de que no es prudente convertirla en una autoridad ejecutiva cuando su naturaleza implica funciones de vigilancia y recomendación, de acuerdo con la teoría y la práctica del derecho comparado y de nuestro orden jurídico.

Entiendo bien la desesperación que existe en nuestro país respecto al delito de tortura, que fue una de las primeras violaciones de derechos humanos que la CNDH atacó prioritariamente y donde alcanzó resultados valiosos.<sup>15</sup> Varios de esos logros se han venido deteriorando.

Empero, la CNDH y sus homólogas en las entidades federativas no deben convertirse en ministerios públicos. Hay que tener siempre presente la naturaleza del *ombudsman*, y conforme a la misma lo que debe y lo que no debe hacer. Desvirtuar esa naturaleza no ayuda a una mejor defensa y protección de los derechos humanos, sino al contrario, la debilita al destruir o vulnerar la existencia del *ombudsman* con todos sus efectos benéficos.

Al respecto se puede recordar, aunque se refería a otro tema, la siguiente expresión de Miguel Concha:

15 Barreda, Luis de la, *La lid contra la tortura*, México, Cal y arena, 1995, pp. 115-137. *Tercer Informe...*, cit., nota 3, p. 76: "En los dos primeros semestres del total de quejas recibidas el primer lugar, dentro de los hechos presuntamente violatorios de derechos humanos, fue la tortura con 180 casos (13.4%) en el primer semestre; en el segundo semestre con 266 casos (13.9%). "Ahora la tortura ocupa el tercer sitio con 156 casos (6.2%)". *Cuarto Informe...*, cit., nota 4, p. 133: "Ahora la tortura ocupa el séptimo sitio con 134 casos (2.9%)".

Sin embargo, esta posibilidad de atender todo tipo de quejas de todas partes puede paralizar al organismo nacional. No es posible que una sola institución se encargue de atender las quejas por todas las violaciones de derechos humanos en un país que justamente se caracteriza por no haber accedido todavía a una cultura de cabal respeto a esas garantías.<sup>16</sup>

d) Asimismo, esas Comisiones legislativas no aceptaron ampliar la competencia de la CNDH a los “ámbitos electoral, laboral y del Poder Judicial”.

Respecto a la materia electoral, los argumentos que manifestaron fue que en 1996 se crearon dos medios de defensa constitucional en esa materia: la acción de inconstitucionalidad y el juicio de revisión constitucional electoral. Además, que en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Material Electoral se había creado el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

No se expresa nada más, se deja la conclusión al lector: cualquier otra protección electoral sería superflua, porque con las que existían y las de reciente creación, el proceso electoral está bien garantizado.

Algunos grupos y personas desde el comienzo de la CNDH han solicitado e insistido que esté facultada para conocer de asuntos electorales. Una y otra vez se han dado los argumentos de por qué a un *ombudsman* no le corresponde el examen de estas cuestiones. No repetiré en este artículo los argumentos que ya he expuesto en diversas ocasiones;<sup>17</sup> únicamente resalto que es indispensable que un *ombudsman* tenga carácter apolítico y apartidista, que su intervención en la contienda política lo puede envolver en tal forma que lo debilitaría para cumplir las funciones por las cuales fue establecido: proteger y defender la vida de las personas, su integridad, libertad, dignidad y seguridad jurídicas.

Respecto a la materia laboral, las Comisiones mencionadas exponen un sólo argumento al respecto: el medio de defensa constitucional por excelencia en nuestro sistema jurídico —el juicio de amparo— siempre está al alcance de los trabajadores.

El anterior argumento no es suficiente porque se podría emplear para casi todas las controversias jurídicas que se presentan en México. También he manifestado, entre otros juristas, los argumentos de por qué los

16 Concha Malo, Miguel, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos”, *La Jornada*, México, 3 de octubre de 1992, p. V.

17 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y...*, cit., nota 5, pp. 23-24, 92, 141-142.

asuntos laborales no deben ser competencia de la CNDH,<sup>18</sup> principalmente porque al final de cuentas las controversias laborales se convierten en asuntos jurisdiccionales, y todo el orden jurídico se desquiciaría si un organismo interviniera en la competencia y funciones jurisdiccionales que corresponden al Poder Judicial.

A nueve años de la creación de la CNDH aún se siguen discutiendo en México estas dos cuestiones. Me doy cuenta de que se ha desarrollado un diálogo de sordos. Los argumentos no cuentan, las experiencias de otros países tampoco, el conocimiento del derecho comparado resulta superfluo, lo único importante sería lograr que la CNDH sirviera a los particulares fines políticos de los defensores de estos interesados y erróneos planteamientos o, concediendo que hay algunas personas de buena fe, en aras de una institución ideal, la destrucción del *ombudsman* real.

Estoy de acuerdo, por las razones expuestas, en que la reforma constitucional que se estudia no haya aceptado las proposiciones que perseguían ampliar la competencia de la CNDH a las materias electoral y laboral.

La exclusión referente al Poder Judicial de la Federación es de naturaleza muy diferente a las dos anteriormente mencionadas y el único argumento de las Comisiones es que aquél siempre ha sido el garante de la protección jurídica de los derechos fundamentales del gobernado. Argumento cierto, pero completamente insuficiente en este caso.

Cualquier tribunal realiza actos materialmente jurisdiccionales, pero también actos materialmente administrativos.

Un *ombudsman* no puede —y en ninguna parte del mundo acontece— interferir en la función jurisdiccional porque no es un tribunal, porque hay que respetar la independencia de los jueces, porque la labor jurisdiccional se desarrolla por etapas señaladas en la ley, y es el juez quien mejor conoce el expediente que es la base de la sentencia.

Cuando se creó la CNDH sí hubo voces que solicitaban competencia para aquélla en asuntos jurisdiccionales; sin embargo, cada día esas voces son menos y sin mayor peso jurídico o social.

Los actos administrativos de los tribunales sí constituyen en diversos países materia competencial del *ombudsman*. Es lo que ha recibido el nombre de *ombudsman* judicial,<sup>19</sup> y no puede negarse que es uno de los

18 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y...*, cit., nota 5, pp. 92-93, 142-144.

19 Rowat, Donald C., “¿Por qué un *Ombudsman* para supervisar los tribunales?”, *Informe del Primer Congreso de Ombudsmanship de San Juan. El Ombudsman Judicial*, San Juan de Puerto Rico, Oficina del Procurador del Ciudadano, 1991, pp. 29-30; Gellhorn, Walter, *Ombudsman and*

aspectos más debatidos, tanto en la teoría como en la práctica, respecto a estos organismos defensores de los derechos humanos.

En México —y quedó muy claro en 1992— sí tienen esos organismos competencia para conocer quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de los tribunales, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.

La reforma constitucional de 1999 optó por no modificar este aspecto y dejar esta situación tal y como se encuentra, aunque es difícil y complicado explicar por qué esos organismos tienen competencia respecto a actos administrativos de unos tribunales, pero no respecto a los de otros.

En ocasión diversa he escrito la razón de esa diferencia:

Esta exclusión se debió a que el Poder Judicial Federal (en 1991) así se lo solicitó expresamente al presidente de la República, y sus argumentos fueron principalmente que: a) en México, el Poder Judicial Federal tiene una doble vertiente: como Poder de la Federación y como Poder del Estado Federal, al poseer la facultad de interpretar la Constitución en última instancia, y por ello se encuentra jerárquicamente encima de los tres poderes de la Federación; que, en consecuencia, ningún órgano le puede indicar cómo actuar, aunque sólo se trate de recomendaciones, y b) que el Poder Judicial Federal tiene sus propios órganos de control.

El presidente de la República ponderó las razones del Poder Judicial Federal y decidió aceptarlas para evitar un enfrentamiento entre los poderes y para borrar cualquier suspicacia de que a través del *ombudsman judicial* se intentara la más mínima interferencia a la independencia de ese poder, lo cual jamás pasó por su mente ni por la de los redactores del proyecto.<sup>20</sup>

Soy un defensor del *ombudsman* judicial y un convencido de las bondades que tiene para la sociedad, los gobernados y para el propio Poder Judicial. Estoy convencido de que algún día esa excepción desaparecerá de la Constitución, y desaparecerá cuando sea oportuno. Me queda claro que los legisladores consideraron que éste no lo es. Respeto su decisión, porque es probable que su apreciación sea la correcta, tanto por la situa-

*Others*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, p. 238. Véase la obra *El ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, la cual contiene varios ensayos escritos por distinguidos juristas, quienes examinan la experiencia de diversos países.

<sup>20</sup> Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y...*, *cit.*, nota 5, pp. 144-145.

ción por la que actualmente atraviesa la CNDH como que el Poder Judicial Federal se encuentra en un período de transición difícil, y hubiera podido considerar la supresión de esa excepción como una agresión y un intento de lesionar su independencia.

e) En los ya mencionados cuatro proyectos para reformar el apartado B del artículo 102 constitucional también se proponían otros aspectos, tales como: el fomento a la cultura de respeto a los derechos humanos; la facultad de atracción por parte de la CNDH de quejas presentadas a sus homólogos en las entidades federativas, cuando la queja sea de interés nacional, incida en la opinión pública nacional y su naturaleza resulte de especial gravedad, y la facultad para interponer el juicio de amparo respecto a los asuntos que se sometan al conocimiento de esos organismos.

Respecto a dichas proposiciones nada se menciona en el dictamen de las Comisiones del Senado. La razón puede ser que se consideró que esas propuestas deben contenerse en la ley como acontece hoy en día y no en la Constitución y que, probablemente, la tercera enunciada en el párrafo anterior, no merecía la pena de que se realizara un comentario especial.

## V. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones de este artículo sobre la reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos —*ombudsman*— son las siguientes:

a) En 1990, al crearse la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se le estructuró como un *ombudsman* y se le atribuyeron las principales características de tal institución.

A muchos juristas, y con mayor razón a los no juristas, les costó trabajo comprender la naturaleza de un *ombudsman*. Los malos entendidos abundaron. La confusión continúa desgraciadamente hasta nuestros días, lo cual se demuestra con proposiciones tales como que las recomendaciones tengan carácter vinculatorio y que se amplíe su esfera competencial a cuestiones jurisdiccionales y electorales.

b) El marco jurídico de la CNDH en 1990 era de carácter provisional y así siempre se manifestó; se trataba de una institución nueva en el orden jurídico mexicano que necesitaba ser comprendida y mostrar su eficacia para conseguir el apoyo social. Además, urgente era parar las violaciones de derechos humanos que estaban ocurriendo.

c) Al año de su creación, la CNDH ya había ganado la confianza social especialmente por las muy importantes recomendaciones que había expedido.

d) En ese momento, en la CNDH se comenzó a elaborar y discutir un anteproyecto de Ley Orgánica para la Comisión, proceso que culminó con la “constitucionalización” del *ombudsman* en México el 28 de enero de 1992.

e) Se continuaron expresando inquietudes respecto al nuevo marco jurídico de la CNDH, principalmente sobre el nombramiento de su presidente, el carácter no obligatorio de las recomendaciones y su incompetencia en asuntos jurisdiccionales, electorales y laborales.

f) A partir de 1997 se presentaron diversos proyectos de reforma constitucional, tuvo lugar un debate interesante que al final de cuentas dio como resultado reformas al apartado B del artículo 102 constitucional, cuyo decreto se publicó el 13 de septiembre de 1999.

g) La reforma de 1999 es una buena reforma en términos generales, no sólo por lo que incluyó sino también por lo que excluyó y que hubiera destruido al *ombudsman* criollo.

Diversos aspectos de la reforma ya se encontraban en la Ley de la CNDH, pero se decidió elevarlos a nivel constitucional.

h) Es un acierto el cambio gramatical, que realmente es conceptual, para ordenar la creación de organismos de protección de los derechos humanos que ampara —y no “otorga”— el orden jurídico mexicano.

i) Es un acierto la configuración de la CNDH con el carácter de organismo autónomo constitucional para asegurarle su independencia de cualquiera de los poderes públicos, pero también de partidos políticos o de otros grupos o factores de poder.

j) Es un acierto dotar a la CNDH de autonomía presupuestaria, lo cual implica que el proyecto de presupuesto que presente sólo puede ser modificado por la Cámara de Diputados, y en su ejercicio goza de total independencia respecto al Poder Ejecutivo Federal.

k) El aspecto toral de la reforma es el nuevo sistema de nombramiento del presidente de la CNDH.

Al suprimirse del mismo cualquier participación del presidente de la República se persigue fortalecer la autonomía de la CNDH. El nuevo sistema tiene posibilidad de ser exitoso si no se politiza.

En todo el mundo la autonomía del *ombudsman* se garantiza por su calidad moral, su preparación, su valentía y la confianza social de que



goce; si se designa a una persona de bajo perfil para no incomodar al gobierno, con todo y reforma el futuro de la CNDH no será promisorio.

l) A la misma conclusión que la expuesta en los dos párrafos anteriores se puede llegar respecto a la designación de los miembros del Consejo Consultivo.

ll) Es un acierto el artículo 2o. transitorio al haber ratificado a los Consejeros hasta el término de su periodo, en virtud del importante y valioso trabajo que ese Consejo ha desarrollado.

m) El artículo 3o. transitorio es muy peculiar. Sin embargo, estoy de acuerdo con él, porque: las normas constitucionales no son retroactivas, se aplica de inmediato el nuevo sistema de nombramiento, recoge las inconformidades respecto a la actual titular de la CNDH, no establece ningún mal precedente en virtud de que es resultado de una reforma constitucional, y éstas cada día son y serán más difíciles de realizar en el contexto político mexicano y la actitud misma que ha asumido la titular de la CNDH ante la posibilidad de no ser ratificada, le otorga la razón a ese artículo transitorio.

n) Es un acierto no haber aceptado diversas disposiciones que hubieran destruido a la CNDH y a sus homólogas en las entidades federativas.

ñ) Es un acierto que las recomendaciones continúen sin tener carácter vinculatorio, porque la CNDH no es un tribunal ni se siguen las formalidades procesales propias de una sentencia.

o) Es un acierto no haber facultado a la CNDH a ejercitar acción penal respecto al delito de tortura, en virtud de que no es ministerio público.

p) Es un acierto no haber ampliado las facultades de esos organismos a las materias jurisdiccionales, electorales y laborales, porque no le son propias en razón de todos los argumentos que reiteradamente se han expuesto.

q) En el futuro, la CNDH sí debe poder ejercitar la acción de inconstitucionalidad respecto a la defensa de los derechos humanos, porque es otra vía para la protección de aquéllos y en donde la decisión última corresponde a la Suprema Corte de Justicia.

r) No se aceptó el *ombudsman judicial* respecto a los actos administrativos del Poder Judicial Federal.

El *ombudsman judicial* es uno de los aspectos más controvertidos en relación con esta institución. Sin embargo, en México sí se ha aceptado en lo concerniente a jueces y tribunales de las entidades federativas. En consecuencia, no existe ninguna razón técnica ni jurídica para realizar di-

cha diferencia. Tal vez, es sólo una cuestión de tiempo la superación de esa arbitraria excepción.

Se entiende bien por qué la reforma de 1999 dejó a un lado este delicado asunto.

## NOTAS PARA UNA HISTORIA DEL DERECHO MILITAR MEXICANO

Óscar CRUZ BARNEY

SUMARIO: I. *El ejército en la Nueva España*. II. *Las Ordenanzas de Carlos III de 1768 y las milicias en el México independiente*. III. *Comentario final*. IV. *Fuentes y bibliografía*.

### I. EL EJÉRCITO EN LA NUEVA ESPAÑA

No se puede hablar de la existencia de un ejército regular en los siglos XV y XVI en el sentido que actualmente tiene. Aunque no existía un ejército institucional (lo que no quiere decir que sea imposible hablar de un carácter permanente en las fuerzas armadas existentes), sí había una organización militar. Los cuadros de expertos militares son los que tienden a la permanencia. Según Maravall, cabría decir que en cierto momento se vislumbra la idea de un verdadero servicio militar de carácter obligatorio, mismo que correspondió necesariamente con una cierta permanencia en la organización militar.<sup>1</sup> Se vive un proceso de estatización de la guerra. Se reconoce que “no es admisible otra guerra que aquella que atañe a la República, porque el ejercicio de las armas afecta a la comunidad”.<sup>2</sup> Como ejemplo podemos citar el caso de Nápoles en el siglo XVI, en donde el virrey contaba con un “...ejército permanente, formado en su mayoría por españoles”.<sup>3</sup>

1 Maravall, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, *Revista de Estudios Políticos*, núms. 117-118, mayo-agosto, Madrid, 1961, p. 8.

2 *Ibidem*, nota 17, p. 12. “Hay otros aspectos de este proceso de estatalización... [que] se refieren al mismo monopolio de la guerra por el poder del Estado. Ciertamente que, desde muy pronto, la doctrina escolástica de la guerra justa había exigido como un requisito formal necesario que fuese declarada por autoridades legítimas, y se llegó a la conclusión de que sólo era autoridad con tal carácter, esos fines, la del príncipe ...Pero, además, el problema toma un aspecto político y se proclama el monopolio de la guerra y de las armas por parte de la comunidad, mirando hacia el orden interior de cada república y con abstracción de razones de justicia”.

3 Ranke, Leopold Von, *La monarquía española de los siglos XVI y XVII*, trad. de Manuel Pedrosó, México, Leyenda, 1946, pp. 138 y ss.

Los ejércitos modernos (siglos XVI a XVIII) suelen ser profesionales, integrados por soldados mercenarios. En España es común encontrar tropas italianas, irlandesas o alemanas que forman regimientos específicos. El carácter profesional se hace manifiesto en el combate que obedece a reglas específicas. Durante el siglo XVIII esta situación cambia, al pasar de ejércitos profesionales a ejércitos nacionales, con un peso creciente de la milicia.

El ejército está formado fundamentalmente por la infantería, la unidad fundamental es el regimiento.<sup>4</sup>

Son cuatro las instituciones que en Indias, sin incluir a la Armada, conforman el aparato defensivo, estas son la Hueste, la Encomienda, las Milicias y el Ejército Permanente.<sup>5</sup>

Durante la etapa inicial de la conquista, la hueste juega un papel fundamental. Recordemos que la conquista se hizo básicamente a través de capitulaciones con particulares, en donde el capitán de la expedición recluta soldados a cambio de una parte del botín, oficios, tierras y repartimientos de indios. El soldado por su parte se compromete con su vida y su servicio militar para el buen fin de la empresa, si ésta fracasa, no tiene derecho alguno.

En cuanto a los encomenderos, éstos tenían la obligación de prestar un servicio militar para defenderse de ataques del exterior o de los levantamientos indígenas. Hernán Cortes estableció dicho servicio en 1524, tomando elementos de la encomienda antillana. Esta obligación militar por parte de los encomenderos se extiende al resto de los territorios indianos y con ello la prestación militar que se extingue con la supresión de las encomiendas.

Por lo que se refiere a las milicias, todos los vecinos que tenían casa poblada en una ciudad estaban obligados a tener armas y acudir a los alarides, así como de empuñarlas en las situaciones de peligro para la ciudad. Por alarde, según el *Diccionario de Autoridades*,<sup>6</sup> se entiende la muestra o reseña que se hace de los soldados, a fin de reconocer si está completo el número que cada compañía debe tener y si tienen las armas limpias y bien acondicionadas. El 7 de octubre de 1540, el emperador Carlos V ordenó a los virreyes, presidentes y gobernadores en Indias que proveyeran

4 Merino, José Patricio, "Organización del ejército y la armada en España e Indias", en *Carlos III y la Ilustración*, Ministerio de Cultura, España, Lunewerg Editores, 1988, pp. 123-124.

5 Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, México, Oxford, 1999, p. 368.

6 Real Academia Española, *Diccionario de Autoridades*, ed. facsimilar de la de 1726, Madrid, Gredos, t. I, *sub voce* "Alarde".

lo necesario para que los vecinos de los puertos tuvieran en sus casas las armas necesarias para el caso de que llegaren los corsarios a infestarlos, y que los que pudieren tengan caballos, de manera tal que estuvieran en todo tiempo prevenidos para lo que se ofreciere. Para ello debían hacer alarde en cada puerto tres veces al año de cuatro en cuatro meses para conocer el número de personas y caballos disponibles, así como las armas con que cuentan. De cada alarde se debía enviar al Consejo de Indias testimonio signado de escribano público.<sup>7</sup> Esta disposición fue confirmada por Felipe II en 1570.

Felipe III en 1599 expidió una *cédula real* ordenando que ninguna persona se podía eximir de salir a los alardes, salvo que estuviera exento por ley o por privilegio del rey.<sup>8</sup>

En el siglo XVII se integran numerosas compañías de milicias que gozaban del fuero militar y desempeñaban diversas funciones de naturaleza castrense como escoltar prisioneros, combatir a delincuentes, aprehender desertores, etcétera.<sup>9</sup> En el siglo XVIII se van a organizar las milicias con base en el reglamento para las milicias expedido para Cuba en 1764 que se extiende a todas las Indias. De todos los vecinos aptos para el servicio de las armas se tomaba por sorteo el número necesario para las milicias, que debían ser entrenadas, armadas, uniformadas y pagadas. Para la Nueva España se designa a Juan de Villalba y Angulo, quien desembarca el primero de noviembre de 1764 en Veracruz, acompañado del Regimiento de Infantería de América y un Regimiento de dragones en cuadro. Las instrucciones de fecha primero de agosto de ese año, recibidas por Villalba, destacan por ser el primer proyecto de organización militar de Nueva España. La organización de las milicias quedaba en manos de Villalba y el virrey, marqués de Cruillas.<sup>10</sup>

7 “Que en los puertos de mar se hagan alardes y reseñas tres veces al año. El Emperador don Carlos y el Cardenal, gobernando, en Madrid a 7 de octubre de 1540. Don Felipe II en Sevilla a 7 de mayo de 1570, lib. IV, tít. V, ley. 20”, *Recopilación de las Indias*, por Antonio de León Pinelo, edición y estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella, México, Escuela Libre de Derecho, Gobierno del Estado de Chiapas, Gobierno del Estado de Morelos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad Cristóbal Colón, Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Miguel Angel Porrúa, 1992.

8 “Que ninguno se exima de salir a los alardes y reseñas no estando impedido. Don Felipe III en el Pardo a 30 de noviembre de 1599, lib. IV, tít. V, ley. 21”, *Recopilación de las Indias...*, *cit.*, nota 7.

9 Velázquez, María del Carmen, *El estado de guerra en Nueva España, 1760-1808*, 2a. ed. México, El Colegio de México, 1997, p. 87.

10 Villalpando César, José Manuel, “La evolución histórico-jurídica de la Guardia Nacional en México”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1986)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988, t. II, pp. 1118-1129.

El virrey, Carlos Francisco de Croix, señalaría sobre las milicias que “...al erario nada le gastan las milicias, y si se ofrece una guerra, siempre tiene el rey número de tropa, que entretejida con la veterana ayudarán bastante a la defensa, y siempre sirven para auxiliar las justicias, a fin de contener tumultos, lo que así me ha manifestado la experiencia.”<sup>11</sup>

Alejandro O'Reilly en 1770 fue nombrado inspector general del ejército en América, constituyéndose regimientos, batallones, escuadras y compañías de infantería, caballería y dragones. Al mando de los cuerpos están los sargentos y ayudantes veteranos. Las milicias eran movilizadas sólo en caso necesario, manteniendo de manera permanente los cuadros de mando y organización.<sup>12</sup>

Para el ejército permanente en 1760 se crea la Inspección General de los Reales Ejércitos, y mediante real orden de 20 de septiembre de 1769<sup>13</sup> se publican en Indias las *Ordenanzas de S.M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación, y Servicio de sus Ejercitos* (subdividido en cuatro tratados. De Orden de S.M. En la Oficina de Antonio Marin, Impresor de la Secretaría del despacho Universal de Guerra, 1768) conocidas como *Ordenanzas de Carlos III de 1768*.

En la Nueva España el nacimiento del ejército permanente corresponde a la década de 1760-1770, cuando el virrey marqués de Croix puso en práctica las reformas propuestas por el teniente general don Juan de Villalba y Angulo, cimentando a la institución militar.

Posteriormente, en 1785, José de Ezpeleta realizó unos planes de reforma del ejército novohispano que intentaron resolver los problemas de la última guerra con Inglaterra. Se buscó una amplia reestructuración del ejército, con base en unos planes preparados por el coronel Francisco Antonio Crespo en 1784. Sin embargo, las reformas serían finalmente ejecutadas por el virrey, segundo conde de Revillagigedo.<sup>14</sup> Para 1790, el ejército estaba integrado con 11,418 hombres de infantería, 1,997 de caballería y 375 de artillería.<sup>15</sup> Anteriormente, el ejército virreinal estaba constituido

11 Véase Torre Villar, Ernesto de la, “Memoria que el virrey Carlos Francisco de Croix dejó a don Fray Antonio María de Bucareli y Ursúa, 1-IX-1771”, *Instrucciones y memorias de los virreyes novohispanos*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa 101-102, 1991, t. 2, p. 996.

12 Sánchez Bella, Ismael, “Ejército y Armada”, en Ismael Sánchez Bella, *et. al.*, *Historia del derecho indiano*, Madrid, MAPFRE, 1992, pp. 231-236.

13 Véase Tanzi, Héctor José, “El fuero militar en el derecho indiano”, *Boletín histórico de la fundación John Boulton*, núm. 42, Caracas, septiembre, 1976, p. 401.

14 Borja Medina, Francisco de, “La reforma del ejército en Nueva España”, *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, CSIC, núm. XLI, 1984, p. 3.

15 “El ejército de Nueva España a fines del siglo XVIII”, *Boletín del Archivo General de la*

únicamente por alrededor de tres mil efectivos regulares y una amplia gama de compañías de milicias urbanas.<sup>16</sup>

Los instrumentos jurídicos que contribuyeron a estructurar al ejército descansaron en el fortalecimiento del poder real. Estado y ejército se desarrollaron paralelamente.<sup>17</sup>

Para las Indias se dictaron ordenanzas por Hernán Cortes el 22 de diciembre de 1520, por Felipe II en 1560, 1562 y 1573 que fueron las *Ordenanzas de Descubrimiento, Nueva Población y Pacificación de las Indias*. El mismo monarca expidió el 9 de mayo de 1587 una *Ordenanza sobre la Autoridad de los Auditores Generales*, seguida por la *Real Ordenanza sobre Disciplina Militar, Mandos, Sueldos, Ventajas y Provisiones de Empleo y otras cosas* de 28 de junio de 1632 de Felipe IV,<sup>18</sup> que tuvo una amplia vigencia, dividida en ochenta artículos, fundamental para rehabilitar el valor e importancia de la milicia.<sup>19</sup>

Con Felipe V, Felipe VI y Carlos III se dictaron un gran número de disposiciones que impulsaron una reforma político-institucional del ejército. Se procura un nuevo modo de sistematización del derecho militar, sustituyendo las particularidades altomedievales por un sistema jurídico homogéneo.<sup>20</sup> Se emitieron disposiciones en 18 de diciembre de 1701 (Primera Ordenanza de Flandes), 1702 (Segunda Ordenanza de Flandes), 1704, 1705, 22 de febrero de 1706 para Guardias de Corps, 28 de febrero de 1707, 1708, 2 de mayo de 1710 para el arma de artillería, orden de 1711 para organización de ingenieros, 1712, 1716, 1718, 2 de mayo de 1719

*Nación*, México, Secretaría de Gobernación, Dirección General de Información, t. IX, núm. 2, abril-mayo-junio, 1938, p. 236.

16 Salas, Gustavo A., "Organización del ejército de Nueva España", en *Boletín del Archivo General de la Nación*. Secretaría de Gobernación, Dirección General de Información, tomo XI, núm. 4, octubre-noviembre-diciembre, México, 1940, p. 622. En 1792 se expidió el *Real Reglamento para las Milicias Provinciales de Nueva Vizcaya*. En la Imprenta de Don Pedro Marin, 1782. Puede consultarse la ed. facsimilar publicada en *Perspectivas históricas / Historical perspectives / Perspectives historiques*, México, Centro de Estudios Históricos Internacionales, año 2, núm. 3, julio-diciembre de 1998.

17 Bolaños Mejías, Ma. del Carmen, "Las Ordenanzas de Carlos III de 1768: el derecho militar en una sociedad estamental", *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, coord. Javier Alvarado Planas, Madrid, Polifemo, 1996, pp. 163-164. También Maravall, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social*, 2a ed., Madrid, Alianza Editorial, 1986, t. 2, pp. 511-513.

18 Colón de Larriátegui, Félix, *Juzgados Militares de España y sus Indias*, 3a. ed., Madrid, Imprenta Real, 1817, t. 3, p. 2.

19 González Díez, Emiliano, "Una ordenación jurídica del ejército real: las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III", *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 50-51.

20 Bolaños Mejías, Ma. del Carmen, "Las Ordenanzas de Carlos III...", *cit.*, nota 17, p. 165.

para artilleros y 12 de julio de 1728 de Felipe V, que derogaban el derecho militar anterior<sup>21</sup> y fue la última vigente hasta las ordenanzas promulgadas en 1768 por Carlos III.<sup>22</sup> Sin olvidar el *Estatuto de la Plana Mayor del Ejército* de 18 de febrero de 1739.

Fernando VI se propuso llevar a cabo una profunda reforma de las ordenanzas de 1728, creando mediante real orden de 30 de agosto de 1749 una junta redactora de generales al mando del capitán general Lucas de Spínola, sustituido en 1750 por Sebastián de Eslava y Lazaga, al lado de individuos tales como el conde de Revillagigedo, Jaime Masones de Lima, el marqués de Castremañes y el marqués de Mina.

El proyecto se tuvo por concluido en noviembre de 1751, sin embargo por desacuerdos respecto de su contenido lo sumieron en el olvido hasta el fallecimiento del monarca y arribo al trono de Carlos III, quien retomó el proyecto de reformas.

En 1760, se crea una nueva junta del generalato para la revisión del texto, presidida por el capitán general y conde de Revillagigedo Juan Güemes y Horcasitas, suspendida por la guerra con Portugal.

Finalmente, el monarca otorga el visto bueno, para su publicación y observancia, al proyecto por orden de 27 de abril de 1763. Vieron la luz únicamente los primeros tres tomos de los seis que originalmente tenía, “lo que nos puede dar idea de la provisionalidad y escasa convicción política del resultado”, revocándose a los pocos meses la orden y suspendiéndose su impresión.

Así, las anteriores ordenanzas de 1728 recuperaron su fuerza y vigor. Esto llevó a nuevos esfuerzos de revisión en torno al proyecto de reformas, respetando unos artículos y modificando otros. La junta fue rehabilitada bajo la presidencia del conde de Revillagigedo y se iniciaron los trabajos de la comisión examinadora y redactora de las ordenanzas, misma que siguió trabajando hasta su disolución en agosto de 1767. Se constituyó una nueva bajo la dirección de Pedro Abarca Bolea, conde de Aranda.<sup>23</sup> Esta

21 González Díez, Emiliano, “Una ordenación jurídica...”, *cit.*, nota 19, p. 53.

22 Salas López, Fernando de, *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Madrid, MAPFRE, 1992, p. 18.

23 Considerado como “la personalidad más representativa del sentido que tuvo la vida militar en su élite durante el reinado de Carlos III”. Véase Alonso Baquer, Miguel, “La relación fuerzas armadas y sociedad en la España de Carlos III”, *Carlos III y la Ilustración*, Madrid, Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País, Cátedra Campomanes, Colección Torre de los Lujanes, 1988, p. 189. Véase también Álvarez de Morales, Antonio, “Los proyectos de reforma del ejército del conde de Aranda”, *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, coord. Javier Alvarado Planas, Madrid, Polifemo, 1996, pp. 158-159.



nueva junta se dedicó a la corrección de ambigüedades y suplir las omisiones.

El resultado final se produjo con la sanción real en San Lorenzo, el Real el 22 de octubre de 1768, de las *Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos*, que derogó a las anteriores de 1728.<sup>24</sup>

Cuando Carlos III llega a Madrid, la infantería tiene cuarenta regimientos. Veintiocho de españoles, cuatro regimientos valones, dos italianos, tres irlandeses y tres suizos. El regimiento cuenta con dos batallones y cada batallón un número variable de compañías. A la infantería se le añade la artillería, la caballería y los cuerpos de ingenieros, para conformar un ejército profesional compuesto por cerca de 35,000 hombres hacia 1785.

Frente al ejército profesional se desarrolla cada vez más la milicia o milicias provinciales que incluyen a varios miles de civiles en un contexto militar. Esta milicia recibe su reglamento en 1767 para quedar estructurada en 42 regimientos con cerca de 30,000 hombres.<sup>25</sup>

En 1786 se publica la *Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España*, que en materia de guerra establece reglas sobre subsistencia de tropa, sueldos, prestaciones, movimientos de tropas entre las provincias, bastimentos, alojamiento de tropa, revistas mensuales, facultades del intendente del ejército, almacenes, armeros, contralores, fortificaciones, consejos de guerra, etcétera. Esta ordenanza fue derogada por la *Ordenanza General para el Gobierno e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia*, de 1803, que fue retirada en 1804 suspendiendo sus efectos y restableciendo la anterior.<sup>26</sup>

## II. LAS ORDENANZAS DE CARLOS III DE 1768 Y LAS MILICIAS EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE

Las Ordenanzas<sup>27</sup> se dividen en dos tomos: el primero contiene los tratados primero al cuarto, y el segundo, los tratados quinto al octavo,

24 González Díez, Emiliano, "Una ordenación jurídica ...", *cit.*, nota 19, pp. 54-56.

25 Merino, José Patricio, "Organización del ejército...", *cit.*, nota 4, pp. 124-127.

26 Rees Jones, Ricardo, "Introducción", *Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España, 1786*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, 1984, p. LXVI.

27 *Ordenanzas de S.M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación, y Servicio de sus Ejércitos*. Madrid, Oficina de Antonio Marin, 1768, 2 tomos, Ed. facsimilar, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1999. De aquí en adelante *Ordenanzas de 1768*.

más una pragmática sobre duelos y desafíos, se dividen a su vez en 124 títulos y 2328 artículos<sup>28</sup> de la siguiente forma:

### *Tomo primero*

Tratado primero: Está dividido en nueve títulos y trata de la fuerza, pie y lugar de los regimientos de infantería, compuesta por españoles, irlandeses, italianos, valones y suizos;<sup>29</sup> elección de granaderos; pie y formación de los cuerpos de caballería y dragones; fondos de recluta, remonta y armamento; reglas para la administración y ajuste de ellos; descuentos de oficiales y tropa en viajes de mar por mesa y ración de armada; funciones del habilitado para el manejo de intereses.

Tratado segundo: Dividido en treinta y un títulos, trata de las obligaciones de cada clase: soldado, cabo de caballería y dragones, sargento, sargento de caballería y dragones, subtenientes, alférez de caballería y dragones, tenientes, tenientes de caballería o dragones, capitanes, capitanes de caballería y dragones, sargento mayor de infantería, sargento mayor de caballería y dragones, coronel de regimiento, ordenes generales para oficiales, admisión de cadetes, abanderados, ayudantes, cirujanos, capellanes, empleos vacantes, juntas de capitanes, visita de hospital, guardia de prevención, licencias temporales y orden y sucesión al mando de los cuerpos.

Tratado tercero: Trata de los honores militares. Dividido en diez títulos sobre honores por cuerpos enteros, formados en las plazas al entrar y salir de ellas personas reales y capitanes generales de los ejércitos y de provincia; guardias y honores con que deben ser distinguidas algunas personas por sus dignidades; honores fúnebres a personas reales, oficiales generales y particulares y demás individuos que murieron en servicio; distinción de uniformes para conocimiento de los grados; funciones de los inspectores generales de infantería, caballería y dragones; revistas de comisario, y bendición de banderas y estandartes.

28 Sobre la estructura interna y contenido de las ordenanzas véase, Alonso Molinero, Antonio, "La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III", en *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 15 y ss. También González Díez, Emiliano, "Una ordenación jurídica ...", pp. 57-62. Igualmente Tanzi, Héctor José, "El fuero militar en el derecho indiano", *Boletín histórico de la fundación John Boulton*, núm. 42, septiembre, Caracas, 1976.

29 Cada regimiento se compondría de dos o tres batallones y cada batallón de nueve compañías, Véase *Ordenanzas de 1768*, cit., nota 32, artículos 1-3.

Tratado cuarto: Está dividido en dieciocho títulos que tratan de la formación y manejo de arma y evoluciones de infantería; toques de los tambores y pifanos; formación del batallón y su división; formalidades para la recepción y trato de las banderas; formaciones, marchas, manejo del arma; fuegos; ejercicio de granaderos, saludo de los oficiales a las banderas; toque de caja y señales de mando con la espada.

*Tomo segundo:*

Tratado quinto: Trata de los ejercicios de caballería y dragones. Se divide en once títulos sobre los toques que han de utilizar las trompetas y timbales de la caballería en guarnición, cuartel y campaña; los toques de los cuerpos de dragones, la formación y división de las compañías; la subdivisión de un escuadrón; conducción, retiro y custodia de los estandartes en cuartel y campaña; orden y sucesión de las voces del ejército; formaciones, etcétera.

Tratado sexto: Dividido en catorce títulos y referido al servicio de guarnición. Trata de la autoridad de los capitanes generales de provincia; funciones del gobernador de plaza y sucesión al mando accidental de ella; funciones del teniente del rey, sargentos mayores de las plazas y jefes de los cuerpos de servicio de ellas; formalidades para cerrar y abrir las puertas de las plazas, dar el santo y orden, hacer y recibir las rondas y servicio de patrullas; destacamentos; salvas de artillería; persecución y detención de desertores; marcha de las tropas y alojamiento de las mismas.

Tratado séptimo: Trata del servicio de campaña y se divide en veinte títulos. Se refiere a la asamblea del ejército prevenido, clases de que se compone el estado mayor del ejército, sucesión accidental al mando; pie fuerza y servicio de la tropa de a pie y montada; funciones del cuartel maestro y junta de campamento; funciones del mayor general de infantería, del mayor general de caballería y dragones, del aposentador, del conductor general de equipages; modo de acampar; servicio de campaña por brigadas; destacamentos, alojamiento en cuarteles o cantones; funciones del intendente y sus dependientes; reglamento de mesa para los oficiales generales y otros grados en campaña; raciones de pan y cebada para oficiales generales y particulares en el ejército de campaña.

Tratado octavo: Dividido en once títulos trata de las materias de justicia: fuero militar, personas que gozan de él, casos y delitos en que no vale el fuero militar, casos y delitos en que la jurisdicción militar conoce de

reos independientes de ella, causas cuyo conocimiento corresponde a los capitanes generales de provincia, consejo de guerra ordinario, consejo de guerra de oficiales generales y delitos de su conocimiento; del auditor general de un ejército en campaña y de los de provincia; degradación de oficiales delincuentes, crímenes militares y comunes y sus penas; testamentos.

*Pragmática sobre Duelos y Desafíos.* Sus ocho tratados abarcan tres grandes temas: la organización del ejército, un compendio ético y moral y una compilación normativa.<sup>30</sup>

Las *Ordenanzas* resultan un elemento legitimador de la nueva función de la nobleza, a la que quedaron reservados los empleos de oficiales<sup>31</sup>. La nueva organización trataba de mantener en lo posible las estructuras sociales y políticas del antiguo régimen.

Se busca además restablecer el prestigio y la eficacia militar, convirtiendo a los oficiales en modelo de comportamiento para los soldados. Se busca una absoluta subordinación al superior jerárquico para poder alcanzar respeto, prestigio y estimación entre sus compañeros, especialmente entre los oficiales. “Los Oficiales tendrán siempre presente que el unico medio para hacerse acreedores al concepto, y estimacion de sus Gefes, y de merecer nuestra gracia, es el cumplir exactamente con las obligaciones de su grado...”<sup>32</sup>

Las *Ordenanzas* fueron el resultado de un largo proceso de innovaciones legislativas tomadas desde la llegada de la Casa de Borbón a la Corona española. Señala Ma. del Carmen Bolaños Mejías que: “Realmente, no se aprovechó el momento histórico de la formación de los Estados modernos para forjar una institución coherente, uniforme y continua. Se mantuvo la idea de la dispersión. Por un lado la necesidad de tropa y por otro, la potestad de mando en una elite dispuesta a mantener sus privilegios sociales bajo un uniforme”.<sup>33</sup>

30 González Díez, Emiliano, “Una ordenación jurídica ...”, *cit.*, nota 19, p. 58.

31 *Ordenanzas de 1768*, trat. II, tit. XVIII, artículo 1. “El que se recibiere por Cadete, ha de ser Hijodalgo notorio, conforme à las Leyes de mis Reynos, teniendo asistencia proporcionada (que nunca baxe de cuatro reales de vellon diarios) para mantenerse decentemente; y de los que fueren hijos de Oficiales, en quienes no concurra esta precisa circunstancia, solo han de ser admitidos aquellos cuyos padres sean, ó hayan sido Capitanes”. Bolaños Mejías, Ma. del Carmen, “Las Ordenanzas de Carlos III...”, *op. cit.*, p. 168.

32 *Ordenanzas de 1768*, Trat, II, Tit. XVII, artículo 3.

33 Bolaños Mejías, Ma. del Carmen, “Las Ordenanzas de Carlos III...”, *cit.*, nota 17, p. 185.

En septiembre de 1816, Juan Ruiz de Apodaca sustituye a Calleja en la Nueva España e inicia una nueva campaña militar contra los restos de la insurgencia que estaba al mando de Osorno y Guadalupe Victoria, en Veracruz, y en el sur, Vicente Guerrero a la cabeza de las guerrillas.

En 1820 se inició en España la rebelión liberal que llevaría a Fernando VII a jurar la Constitución de Cádiz con las consecuencias propias del nuevo régimen liberal. Apodaca y la Real Audiencia se vieron obligados a su vez a jurar la Constitución. El clero no se encontraba en una buena posición por el anticlericalismo reinante en las cortes. Funcionarios europeos por temor a un movimiento del clero se reúnen en La Profesa para desconocer la Constitución y buscar que sean las leyes anteriores las que sigan aplicándose; el plan fracasa, pues una parte del grupo jura la Constitución apoyado por las tropas expedicionarias.

España había logrado restablecer su poder en la Nueva España, debido a que las fórmulas de independencia propuestas por los jefes y los movimientos en la primera fase de la guerra eran inaceptables para la clase política en México. Estos primeros levantamientos de 1810 fracasaron por su corte radical.<sup>34</sup>

En el mes de noviembre, don Agustín de Iturbide es nombrado jefe del ejército que debía de atacar a Vicente Guerrero. Sin embargo, después de atraerse el apoyo de los principales jefes del ejército, promulga el Plan de Iguala el 24 de febrero de 1821, jurado en el pueblo de Iguala el 2 de marzo de ese año, proclama la independencia y mantiene la monarquía. Será este el primer plan aceptable políticamente.

El *Plan de Iguala* fijó las bases fundamentales para la constitución del Estado mexicano, aportando los principios de organización política que habría de tener. Señala Jaime del Arenal que la clave para lograr la independencia fue la unión propuesta por Agustín de Iturbide en un plan que garantizaba al español que no sería expulsado, perseguido, objeto de expoliaciones, venganzas o crímenes, es decir, Iturbide garantizó en el Plan el fin de la guerra a muerte, total.<sup>35</sup>

Dentro de los 23 puntos que componen el *Plan de Iguala* (o 24 dependiendo de la versión)<sup>36</sup> se estableció en relación al ejército que:

34 Anna, Timothy E., *La caída del gobierno español en la ciudad de México*, trad. Carlos Valdés, México, Secretaría de la Defensa Nacional, 1995, p. 201.

35 Arenal Fenochio, Jaime del, "Una nueva lectura del Plan de Iguala", *Revista de investigaciones jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 18, núm. 18, 1994, p. 48.

36 *Ibidem*, pp. 68-73.

16. Se formará un ejército protector que se denominará: de las Tres Garantías, y que se sacrificará del primero al último de sus individuos, antes que sufrir la mas ligera infraccion de ellas.

17. Este Ejército *observará á la letra la Ordenanza*; y sus gefes y oficialidad continúan en el pié en que están, con la expectativa no obstante á los empleos vacantes, y á los que se estimen de necesidad ó conveniencia.

18. Las tropas de que se componga, se considerarán como de línea; y lo mismo las que abracen luego este plan: las que lo difieran y los paisanos que quieran alistarse, se mirarán como milicia nacional, y el arreglo y forma de todas, lo dictarán las cortes.

El *Plan de Iguala* fue apoyado por sectores liberales, oficiales del ejército, comerciantes, clero y nobleza tanto criolla como peninsular, por lo que, como afirma Jaime del Arenal: “hoy ya no puede sostenerse la afirmación de que el proyecto de Iguala y la consumación de la independencia obedecieron a un movimiento contrarrevolucionario o reaccionario”.<sup>37</sup>

Por lo pronto una *Junta de Regencia* ocupa el poder. Los criollos son unificados bajo el Plan de Iguala. En poco tiempo, el ejército de Iturbide ocupa las principales ciudades. Mientras tanto, las tropas expedicionarias destituyen a Apodaca y queda en su lugar Francisco Novella.

Tiempo después, el 3 de agosto desembarca en Veracruz Juan O'Donjú, nuevo jefe político superior de la Nueva España, quien al ver el estado de la revolución, entra en tratos con Iturbide en Córdoba. Firman el 24 de agosto de 1821 los *Tratados de Córdoba* en donde se llega a los siguientes acuerdos:

1. Se reconoce la independencia de México, llamado en lo sucesivo Imperio Mexicano.
2. El gobierno del Imperio será monárquico, constitucional moderado.
3. Será llamado a reinar en el Imperio en primer lugar el rey de España Fernando VII; por su renuncia o no admisión, su hermano el infante don Carlos; por su renuncia o no admisión, el infante don Francisco de Paula; por su renuncia o no admisión, el infante Carlos Luis; por su renuncia o no admisión, el que el las Cortes del Imperio estimen conveniente.
4. La capital del Imperio será la Ciudad de México.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 53.

5. Se integrará una Junta Provisional Gubernativa compuesta por los primeros hombres del Imperio que deberá manifestar públicamente su instalación, nombrar una regencia compuesta de tres personas en quien residirá el Poder Ejecutivo en nombre del monarca hasta que éste sea emperador.
6. La regencia convocará a cortes en donde reside el Poder Legislativo.
7. La Junta Provisional Gubernativa gobernará interinamente conforme a las leyes vigentes en todo lo que no se opongan al Plan de Iguala y mientras las cortes formen la Constitución del Estado Mexicano.<sup>38</sup>

Poco después se establece un armisticio con Novella, y las tropas expedicionarias después de rendirse inician su retorno a España. La independencia se verá consumada el 27 de septiembre con la entrada del Ejército de las Tres Garantías en la capital, al mando de Iturbide.

De acuerdo a lo establecido por el Plan de Iguala, se instaló la Junta Provisional Gubernativa el 28 de septiembre, eligiendo como su presidente a Agustín de Iturbide, fecha en que levantó el *Acta de la Independencia Mexicana*, de 28 de septiembre de 1821, y designó a los cinco integrantes de la Regencia, que a su vez eligieron a Iturbide su presidente, lo que obligó a la Junta a elegir a uno nuevo para evitar incompatibilidades.

Tenemos entonces que las *Ordenanzas Militares de Carlos III* serán el único cuerpo normativo que, además de la Constitución de Cádiz, mantengan su plena vigencia de manera expresa. Si bien, como señalan los Tratados de Córdoba, el resto del sistema normativo se mantiene en vigor en todo lo que no se oponga al Plan de Iguala.

Lo anterior demuestra la importancia y peso dados a la creación y organización del primer ejército mexicano.

Una vez consumada la independencia se inicia una larga serie de disposiciones legislativas y de modificaciones a la ordenanza, encaminadas a organizar a ese nuevo ejército conforme a las nuevas condiciones políticas y sociales del país.

El emperador Agustín de Iturbide, una vez disuelto en Congreso, convocó a una Junta Nacional Instituyente, que quedó instalada el 2 de no-

38 El texto del *Plan de Iguala* y de los *Tratados de Córdoba* se pueden consultar en *Colección de las leyes fundamentales que han regido en la República Mexicana, y de los planes que han tenido el mismo carácter, desde el año de 1821, hasta el de 1856*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1856, pp. 6-13.

viembre de 1822, y trabajó hasta el 6 de marzo de 1823. Su objetivo era elaborar un proyecto de Constitución para el Imperio Mexicano.

Durante sus sesiones empiezan a surgir voces que señalan la necesidad de organizar militarmente al Imperio. En la sesión del 4 de enero de 1823, el Ministerio de Guerra y Marina envió cinco oficios a la Junta sobre los puntos siguientes:

- necesidad de establecer el tribunal especial de guerra;
- conveniencia de crear el consejo del almirantazgo;
- organización y arreglo del ejército por medio de los capitanes generales de las provincias;
- organización del ejército en todas sus partes;
- necesidad de una escuela militar en el Imperio.

Dichos oficios se pasaron a las comisiones unidas de guerra y hacienda. Después no encontramos referencia alguna a dichos documentos, seguramente el poco tiempo que le quedaba de vida a la junta no permitió hacer un mayor examen de las propuestas.<sup>39</sup>

Las Ordenanzas de 1768 van a continuar aplicándose en tres ordenes<sup>40</sup>: a) como ordenanza general del ejército permanente, b) como ordenamiento supletorio de las disposiciones especiales sobre milicias activa y nacional local y c) como marco general en materia de juicios militares.

Trataremos aquí brevemente de su aplicación como ordenamiento supletorio de las disposiciones especiales sobre milicias activa y nacional local.

El 22 de enero de 1822 la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio nombró diversas comisiones para la elaboración de los códigos civil, de comercio y otros, entre los que se contaba el militar “que debe comprender el de Marina,…”<sup>41</sup>

39 Véase *Actas constitucionales mexicanas...*, op. cit., t. VII, correspondiente al facsimilar del tomo I del *Diario de la Junta Nacional Instituyente del Imperio Mexicano*, México, en la oficina de Alejandro Valdés, Impresor de Cámara del Imperio, 1822, pp. 163, 168 y 244.

40 El tema de la supervivencia de las Ordenanzas de Carlos III en el México independiente lo tratamos en nuestra ponencia titulada “Las Ordenanzas de S.M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos de 1768 en el México Independiente”, presentada durante el XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

41 “Decreto XXXI de 22 de enero de 1822 Participando á la Regencia el nombramiento de varias comiciones que preparen algunos trabajos, que auxilien en lo posible los gravísimos que deben ocupar al próximo Congreso”, en *Colección de los decretos y órdenes que ha expedido la soberana junta provisional gubernativa del Imperio Mexicano, desde su instalación en 28 de septiembre de 1821, hasta 24 de febrero de 1822*, México, Alejandro Valdés, Impresor de Cámara del Imperio, 1822, pp. 186-189.



Al día siguiente, el 23 de enero de 1822, la Soberana Junta Provisional Gubernativa crea el Tribunal Supremo Supletorio de Guerra, al añadir a la primera sala de la Audiencia dos militares de graduación, nombrados por la Regencia. Este tribunal ejercería de manera provisional hasta la reunión del Congreso las funciones que le correspondían antes al Supremo de España.<sup>42</sup> El 23 de octubre de 1823 se estableció que estaría sujeto a las facultades que el decreto de 1.º de junio de 1812 de las cortes de España le otorgaban al Tribunal especial de guerra y marina y no con el de consejo<sup>43</sup>, y el 12 de enero de 1824 el Congreso Constituyente expidió el Decreto sobre atribuciones del tribunal supremo de la guerra.<sup>44</sup> El 20 de noviembre de 1829 se derogó el recurso al supremo consejo de la guerra, mismo que se había establecido por el artículo 5.º de la real orden de 29 de enero de 1804.<sup>45</sup>

Las autoridades civiles y militares así como todos los tribunales y justicias fueron confirmadas mediante decreto del 26 de febrero de 1822 “para que continuen administrando justicia conforme a las leyes vigentes”, debiendo hacer el reconocimiento y juramento de obediencia corres-

42 “Decreto XXXII de 23 de enero de 1822 que trata de la formación del Supremo Tribunal supletorio de Guerra, y términos en que se ha de verificar”, en *Colección de los decretos y órdenes que ha expedido la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano, desde su instalación en 28 de septiembre de 1821, hasta 24 de febrero de 1822*, México, Alejandro Valdés, Impresor de Cámara del Imperio, 1822.

43 “Decreto de 23 de octubre de 1823. Declaración respectiva al Tribunal Supremo Supletorio de la Guerra, y al artículo 11 de la ley de 28 de agosto último”, en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó*. Se imprime de orden de su Soberanía, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825, artículo 1, p. 217. Véase “Decreto CLXVII de 1.º de junio de 1812. Establecimiento del Tribunal Especial de Guerra y Marina”, en *Colección de los decretos y ordenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias, desde 24 de mayo de 1812, hasta 24 de febrero de 1813, mandada publicar de orden de las mismas*, México, Cuarta Parte del Semanario Judicial, tomo II, Imprenta de J.M. Lara, 1852.

44 “Decreto de 12 de enero de 1824. Atribuciones del Tribunal Supremo de la Guerra. Sus fiscales despachen sin derechos ni gratificaciones”, en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825, p. 17.

45 “Suprema orden de 20 de noviembre de 1829, que derogó el recurso al supremo consejo, según lo establece el artículo 5.º de la cédula de 29 de Enero de 1804”, en que se concedía la remisión de los autos, cuando no se conformaba con el parecer del auditor el comandante general, en *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra. Se publica por disposición del Supremo Gobierno*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. III, núm. 10.

pondiente ante el Congreso.<sup>46</sup> En 1828 se llevaron a cabo elecciones presidenciales en las que resultó triunfante Manuel Gómez Pedraza sobre su oponente Vicente Guerrero. Los partidarios de este último, inconformes con el resultado de la elección iniciaron una revuelta que obligó a Gómez Pedraza a renunciar a la presidencia. El Congreso tuvo que declarar ilegítima la elección y reconocer el triunfo de Guerrero.<sup>47</sup>

El gobierno de Guerrero fue de corta duración (10.-IV-1829 a 19-XII-1829) y para finales de 1829 se encontraba ya bastante debilitado. El vicepresidente Anastasio Bustamante conspiraba para derrocarlo e inició una revuelta en su contra que, aunado a las protestas pacíficas organizadas por Alamán, le obligó a renunciar.<sup>48</sup>

Guerrero se retiró hacia el sur y el Congreso declaró a Anastasio Bustamante jefe supremo de la nación por el periodo que fue del 10. de enero de 1830 al 14 de agosto de 1832. En el nuevo gobierno predominaron las ideas de Lucas Alamán, quien volvió a ocupar el Ministerio de Relaciones Exteriores. En enero de 1832, Santa Anna encabezó un movimiento de apoyo a Gómez Pedraza. Tras la contienda, Bustamante renunció y en diciembre de ese año el Congreso discutió los arreglos con los levantados y Gómez Pedraza llegó al poder por unos meses (24-XII-1832 a 10.-IV-1833), durante los cuales se prepararon las nuevas elecciones de las que salió triunfante Santa Anna como presidente (10.-IV-1833 a 16-V-1833) y Valentín Gómez Farías como vicepresidente. Santa Anna decidió retirarse a su hacienda de Manga de Clavo y Gómez Farías, encargado del gobierno del 2 de junio de 1833 al 24 de abril de 1834, en ausencia del primero, dio inicio a una serie de reformas de corte liberal que no tardaron en provocar descontento y un nuevo levantamiento en 1833. Esto motivó el regreso de Santa Anna el 24 de abril de 1834, quien suspendió las reformas y despidió a Gómez Farías. El 15 de enero de 1835, el Congreso estableció el centralismo mediante las *Bases para la Nueva Constitución*, que puso fin al sistema federal.

46 “Decreto de 26 de febrero de 1822. Confirmacion interina de todos los tribunales, justicias y autoridades civiles y militares: reconocimiento y juramento de obediencia al Congreso: tratamiento de éste, y del Poder Ejecutivo: formula para la publicacion de los decretos y leyes”, en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825, pp. 2-4.

47 Véase Quirarte, Martín, *Visión panorámica de la historia de México*, México, Ed. Cultura, 1966, pp. 68-70.

48 Vázquez, Josefina Zoraida, “Los primeros tropiezos”, *Historia general de México*, 3a. ed. México, El Colegio de México, 1981, t. 2, pp. 757-759.

El viraje al centralismo produjo los levantamientos de Texas, Yucatán y Zacatecas. Para el 6 de diciembre, el Congreso terminó la nueva constitución o *Siete Leyes Constitucionales*, entregando el texto al gobierno el 30 del mismo mes.<sup>49</sup> Esta primera república central tuvo una vida de seis años, nuevamente bajo el gobierno del general Anastasio Bustamante (1837-1841).<sup>50</sup>

Santa Anna partió el 28 de enero de 1835 con seis mil hombres rumbo a Texas, quedando en su lugar Miguel Barragán (28-I-1835 a 27-II-1836), y en marzo de 1836 tomó El Alamo, mismo mes en que los texanos proclamaron su independencia de México, constituyéndose en una república. En San Jacinto, Santa Anna fue derrotado por Samuel Houston por una serie de errores que costaron varios cientos de vidas. Santa Anna, prisionero, le ordenó al general Vicente Filisola<sup>51</sup> que se retirase, y firmó dos tratados con los texanos, accediendo a no volver a tomar las armas contra ellos. En 1837 regresó a México y se retiró nuevamente a su hacienda de Manga de Clavo.<sup>52</sup> Zacatecas fue pacificado, y Yucatán se separó del país entre los años de 1837 a 1843.

Lo anterior explica la gran cantidad de disposiciones en materia de arreglo del ejército que se expidieron durante los años de 1828 a 1836.

El 17 de noviembre de 1833 se expidió un bando mediante el cual el gobierno ordenaba la disolución de los cuerpos permanentes y activos del ejército que en su totalidad se hubieran sublevado contra la Constitución federal. Se estableció además que se conservarían los cuerpos fieles de infantería y de caballería hasta el arreglo definitivo del ejército.<sup>53</sup>

En 1838 Francia le declaró la guerra a México, y en marzo de ese año empezaron a aparecer buques franceses en las aguas de Antón Lizardo y Fondeaderos. Manuel Rincón fue el encargado de la defensa de Veracruz.

49 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 24a., ed., México, Porrúa, 1990, pp. 199-202.

50 Vázquez, Josefina Zoraida, *op. cit.*, nota 48, pp. 762-764.

51 El gral. Filisola escribió las *Memorias para la historia de la guerra de Tejas*, México, Tipografía de R. Rafael, 1849. Existe ed. facsimilar de Editora Nacional, México, 1973, 2 tomos.

52 Una narración de estos acontecimientos se puede ver en López de Santa-Anna, Antonio, "Mi historia militar y política 1810-1874. Memorias inéditas", en García, Genaro y Pereyra, Carlos, *Documentos inéditos o muy raros para la historia de México*, México, Librería de la viuda de Ch. Boret, 1905, pp. 32-41.

53 Bando de 17 de noviembre de 1833 que contiene la circular de la Secretaría de Guerra del día 15, que inserta la ley de igual fecha. Que se disuelvan los cuerpos del ejército que en su totalidad o mayor parte se hayan sublevado contra las instituciones federales, en Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, o *colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, t. 2, pp. 599-600, núm. 1288.

San Juan de Ulúa fue atacado y, tras una breve resistencia, capituló ante los agresores. Sin embargo, el gobierno desconoció el hecho y envió a Santa Anna a combatir a los franceses aunque sin mayores éxitos, teniendo finalmente que ceder a las pretensiones de Francia.

Mediante circular de 2 de julio de 1839 se mandó observar la táctica del ejército de 1812,<sup>54</sup> suprimiéndose los títulos I al XVI y XVIII, quedando vigente sólo el XVII del tratado IV de las Ordenanzas del Ejército, que se refiere a los toques de caja con que ha de señalarse el mando de las evoluciones de infantería,<sup>55</sup> y suprimiéndose también los once títulos del tratado V.<sup>56</sup> Esta importante modificación a la *Ordenanza* se vería reflejada en las posteriores ediciones mexicanas de la misma que ya no contendrían los tratados IV y V mencionados.

La táctica de 1812 fue sustituida por el secretario de Guerra y Marina don Gabriel Valencia, con la *Instrucción para la Infantería Ligera del Ejército Mexicano* (México, J.M. Lara, 1841), elaborada por don Manuel Rodríguez de Cela, si bien ya se habían publicado en 1826 unas Instrucciones para Infantería Ligera en Campaña del General de División don Vicente Filisola y otras publicadas en el número tres del periódico científico militar *La Aurora* por el general de brigada don Lino José Alcorta, que se reproduce al final de la nueva táctica, a sugerencia de la comisión revisora de la misma integrada por los ayudantes generales don José Mariano Salas, don Manuel Michiltorena y del teniente coronel don Juan Aristi.<sup>57</sup>

En 1841 nuevamente se desataron levantamientos, y Bustamante fue derrocado por Santa Anna, quien después de una presidencia interina de Nicolás Bravo, se quedó encargado del ejecutivo a partir del 10 de octubre de 1841. Bravo, en diciembre de 1843, designó a los ochenta notables que habrían de elaborar las bases constitucionales integrados en una Junta Nacional Legislativa, de acuerdo a lo propuesto por el movimiento triunfante. Las *Bases de Organización Política de la República Mexicana* fueron sancionadas por Santa Anna el 12 de junio de 1843 y las publicó el día 14. Desde la apertura del Congreso, se inició la oposición a Santa

54 *Tratado de táctica para la infantería ligera*, publicado por orden de la regencia de España.

55 Que son: la marcha, el calacuerda, la retreta, el redoble corto, el redoble de prevención y después la tropa, la tropa, redoble corto, seguido de la asamblea, el alto, y el redoble largo. Véase el tít. XVII de las *Ordenanzas*.

56 Mercado, Florentino, *Libro de los códigos, ó prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857, p. 570.

57 Véase el "Dictamen de la Comisión", *Instrucción para la Infantería Ligera del Ejército Mexicano*, México, Impreso por J. M. Lara, 1841.

Anna. A finales de ese año, Canalizo, quien era el presidente interino, disolvió en Congreso, pero a los pocos días el general José Joaquín Herrera desconoció a Canalizo y reinstaló el Congreso, cuyo primer acto fue destituir a Santa Anna, quien había ido a sofocar el pronunciamiento del general Paredes. Herrera era un moderado que gobernó desde diciembre de 1844 hasta diciembre de 1845. Intentó conciliar a los diversos partidos y evitar la guerra con Estados Unidos mediante el reconocimiento de la independencia de Texas, cosa que no hizo sino enardecer aún más los ánimos de sus opositores que buscaban la recuperación de dicho estado. En septiembre de 1845 el general Paredes Arrillaga se levantó con el *Plan de San Luis* que obligó a Herrera a renunciar. Una vez en el poder (de enero de 1846 al 27 de julio del mismo año), Paredes expidió la convocatoria para un Congreso Nacional Extraordinario con funciones de constituyente. Dicho Congreso se reunió el 9 de junio y tuvo una vida efímera.<sup>58</sup>

Poco tiempo transcurrió antes de que nuevamente estallara una revuelta en que se pedía el restablecimiento del federalismo y el retorno de Santa Anna. Paredes fue derrocado y ocupó provisionalmente el poder el general Mariano Salas, quien convocó a un nuevo Congreso, y se designó a Santa Anna para ocupar la presidencia, quedando como vicepresidente Gómez Farías.<sup>59</sup> Nuevamente entró en vigor la Constitución federal de 1824, y Mariano Salas, declaró la nulidad de los actos del gobierno del general Paredes.

Además de los problemas que representaba el avance del ejército estadounidense dentro de territorio nacional, las sublevaciones internas continuaron presentándose. El presidente James Polk de Estados Unidos no sólo pretendía la anexión de Texas, sino también los territorios de Nuevo México y las Californias. En un inicio ofreció comprar los territorios señalados con la consiguiente negativa de parte del gobierno mexicano. El siguiente paso era la guerra, y Zacarías Taylor fue el encargado de dirigir al ejército invasor en su incursión en territorio nacional. Por el lado mexicano el general Mariano Arista atravesó el Río Bravo y un grupo de sus hombres se enfrentaron con los de Taylor el 25 de abril de 1846, suceso que sirvió de pretexto a Polk para solicitar al Congreso la declaración de guerra. México no la declaró sino hasta después de la ocupación de Matamoros (18 de mayo de 1846) y de que Taylor continuó su

58 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 49, p. 403-405.

59 El texto del *Plan* del general Salas puede consultarse en Dublán, Manuel y Lozano, José María, *Legislación mexicana...*, *cit.*, t. 5, pp. 143-146.

avance al interior del país. Así, la guerra fue declarada por nuestro país el 7 de julio de 1846, aunque ya desde el día 2 se había autorizado al gobierno para repeler la agresión.<sup>60</sup> Aparentemente Polk deseaba una guerra suficiente para asegurar los territorios señalados y que obligara a México a reconocer las conquistas, sin embargo el desenvolvimiento de las hostilidades la extendió hasta la ocupación de la capital de la República.

En el océano Pacífico cayeron los puertos de Mazatlán y La Paz, desde donde las fuerzas estadounidenses se dirigieron a la Alta California, misma que fue ocupada el 13 de enero de 1847. Santa Fe cayó el 18 de agosto del 46 y San Diego el 12 de diciembre. Taylor tomó Monterrey el 23 de septiembre, y Saltillo el 16 de noviembre.

En Veracruz se abrió otro frente, con Winfield Scott a la cabeza de las tropas estadounidenses. El puerto estaba a cargo del general Juan Morales y fue bombardeado del 22 al 29 de marzo, fecha en que capituló tras una heroica defensa y haber transferido el mando al general José Juan Landero.<sup>61</sup>

Santa Anna regresó al poder el 21 de marzo y decidió salir a combatir al invasor, quedando como presidente provisional el general Pedro María Anaya. En abril, Santa Anna fue derrotado en la batalla de Cerro Gordo y un mes después Scott entró en Puebla sin mayores tropiezos. Nicolas Tirst era el enviado del gobierno de Estados Unidos para negociar la paz con México. Pese a sus diferencias con Scott, pronto contactó a las autoridades mexicanas para iniciar negociaciones, aunque sin mayor éxito.<sup>62</sup>

En agosto, Scott marcha hacia la ciudad de México y los combates se inician primero con el general Valencia, quien es derrotado. El mismo día de la derrota de Padierna, cae Churubusco, después de una de las batallas más difíciles para Scott. Posteriormente, en los primeros días de septiembre, Molino del Rey, al mando del general Antonio de León, cae bajo las fuerzas estadounidenses. De ahí, el ejército invasor se dirigió al Castillo

60 Véase Dublán, Manuel y Lozano, José María, *Legislación mexicana...*, cit., t. 5, p. 136.

61 Consúltese Bauer, Jack, *The Mexican War 1846-1848*, New York, Macmillan Publishing Co, 1974, pp. 248-253. Véase también la excelente obra de Cárdenas de la Peña, José, *Semblanza marítima del México independiente y revolucionario*, México, Secretaría de Marina, 1970, vol. I, pp. 117-152. Sobre la guerra contra Estados Unidos existe gran cantidad de bibliografía, entre ella puede verse a Paz, Eduardo, *La invasión norteamericana en 1846*, México, Imprenta Moderna, 1889; Alcaraz, Ramón y otros, *Apuntes para la historia de la guerra entre México y los Estados Unidos*. Prólogo de Josefina Zoraida Vázquez, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1991 (reimpresión de la edición de 1848).

62 Sobre Nicolas Tirst puede verse la obra de Sobarzo, Alejandro, *Deber y conciencia Nicolas Tirst, negociador norteamericano en la guerra del 47*, México, Ed. Diana, 1990.

de Chapultepec, defendido por Nicolás Bravo y alrededor de 800 defensores entre los que se encontraban un grupo de cadetes de la escuela militar. Chapultepec cae, y días después la ciudad, pese a que los mismos capitalinos contribuyeron a su defensa. Para el 16 de septiembre ondeaba ya la bandera estadounidense en Palacio Nacional. Santa Anna renunció a la presidencia y le sucede Manuel de la Peña y Peña, quien asume el cargo el día 23 y traslada el gobierno a la ciudad de Querétaro.<sup>63</sup>

Tirst inició las negociaciones con el gobierno mexicano en enero de 1848. Se cedieron California y Nuevo México, salvando Sonora, Chihuahua y Baja California. México perdió más de la mitad de su territorio a cambio de una indemnización de 15 millones de pesos. El tratado se firmó en Guadalupe Hidalgo el 2 de febrero de 1848, recibido por Polk el 19 del mismo mes y aprobado por el senado estadounidense el 10 de marzo.<sup>64</sup>

Durante la guerra, se expidió por el presidente Mariano Paredes y Arrillaga el Decreto del Congreso Extraordinario del 25 de julio de 1846 por el que se autoriza al gobierno para que pueda variar la organización del ejército.<sup>65</sup>

Una vez lograda la paz, el Congreso eligió como presidente a José Joaquín Herrera (ya su tercer periodo) para el período de 1848 a 1852, mismo que estuvo plagado de problemas y levantamientos. Mariano Arista fue electo presidente en 1851 y, en enero de 1852, Herrera le entregó el gobierno de manera pacífica. El país continuaba en graves problemas, sobre Tehuantepec se cernía la amenaza estadounidense, Chihuahua estaba azolada por tribus indígenas, lo mismo que Durango y Sonora era invadida por aventureros franceses y estadounidenses.

A mediados de 1852 estalló una revuelta en Guadalajara contra su gobernador y se pedía la Constitución de 1824. Los levantados desconocen al presidente Arista y lo obligan a renunciar en 1853. En su lugar asume el poder quien fuera presidente de la Suprema Corte, Juan Bautista Ceballos.<sup>66</sup> Éste disolvió el Congreso y rechazó el Plan de Arroyo Zarco

63 Quirarte, Martín, *op. cit.*, nota 47, p. 104.

64 Sobre este tratado y su texto véase Soberanes Fernández, José Luis y Vega Gómez, Juan Manuel, *El Tratado Guadalupe Hidalgo en su sesquicentenario*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998.

65 “Decreto del congreso extraordinario del 25 de julio de 1846 por el que se autoriza al gobierno para que pueda variar la organizacion del ejército”, en Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, *cit.*, t. 5, p. 143, núm. 2885.

66 Díaz, Lilia, “El liberalismo militante”, *Historia general de México*. 3a. ed. México, El Colegio de México, 1981, t. 2, pp. 821-824.

presentado por los militares Manuel López Pezuela, ministro de guerra de Arista y el rebelde José López Uruga, que planteaba la permanencia de Bautista en el poder hasta la celebración de nuevas elecciones, con las que se buscaba el retorno de Santa Anna. Ceballos termina renunciando y regresó a la Suprema Corte de Justicia. Manuel María Lombardini quedó en su lugar hasta la celebración de las elecciones, en virtud de las cuales regresa Santa Anna al poder y nombra a Lucas Alamán jefe de su gabinete y ministro de Relaciones Exteriores hasta que fallece, el 2 de junio de 1853, sucediéndole en el cargo Manuel Díaz Bonilla.

En ese año surgió un nuevo conflicto con Estados Unidos por la ocupación de La Mesilla por el gobernador de Nuevo México, quien declaró que les pertenecía. Después de negociar con Washington, el territorio en cuestión pasó a ser de los Estados Unidos a cambio de 10 millones de pesos.

Cabe destacar que en 1852 se publicó en dos tomos la que es considerada como la mejor edición mexicana de las *Ordenanzas de Carlos III* y que hacen patente su observancia como ley fundamental del ejército mexicano es la *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno* (Imprenta de Vicente G. Torres, México, 1852).

Existían ya dos ediciones mexicanas publicadas en 1833 y 1842, sin embargo se considera que la de 1852 es más conveniente para el despacho en los tribunales de guerra. Esta edición de la Ordenanza “solamente consta de dos tomos, del primero y del tercero...”<sup>67</sup> Ésta será la última edición de las *Ordenanzas de Carlos III*, previa a la expedición de la *Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana*, que formó el general Manuel González (Imprenta de Ignacio Cumplido, 4 tomos, 1882).

El primer tomo contiene los tratados I al III, seguido de un amplio apéndice donde se contienen 25 disposiciones relativas al ejército dictadas entre 1823 y 1852.<sup>68</sup> El tomo tercero contiene los tratados VI, VII y VIII más un apéndice que contiene 22 disposiciones sobre la materia, de

67 Mercado, Florentino, *Libro de los códigos...*, cit., nota 56, pp. 568-573.

68 *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. I, pp. 209-657.



las cuales siete fueron dictadas entre 1784 y 1820 y el resto entre 1823 y 1826.<sup>69</sup>

Se omiten los tratados IV y V, mismos que fueron suprimidos en 1839 como señalamos anteriormente, a excepción del XVII del tomo IV, que no se incluye en la edición de 1852, pero sí en la anterior de 1842. El 4 de mayo de ese año se ordenó a los oficiales tomar un ejemplar de la *Ordenanza*<sup>70</sup>

Durante el último periodo de gobierno de Antonio López de Santa Anna (1853-1855) se produce una importante reorganización del ejército sobre la base de las Ordenanzas de Carlos III. El 26 de febrero de 1853,<sup>71</sup> durante el corto periodo de gobierno de Manuel María Lombardini, ordenó que el jefe de la plana mayor del ejército, junto con los directores de las armas especiales formasen un proyecto de ley con los reglamentos respectivos para organizar las diversas armas del ejército, que debería entrar en vigor a los dos meses de publicada la orden.

Posteriormente, el 25 de abril de ese año, ya con Santa Anna en el poder, se decretó la restitución en toda su fuerza y vigor de las leyes y decretos dictados para el arreglo del ejército que se hallaban vigentes al día 16 de septiembre de 1847, derogando todas las disposiciones que se hubiesen expedido desde aquella fecha hasta el 6 de febrero de 1853, reiterando además la orden de preparar el proyecto de arreglo definitivo del ejército.<sup>72</sup>

Finalmente el proyecto estuvo listo, y el 20 de mayo de 1853 se expidió el decreto para el arreglo del ejército, del cual destaca lo siguiente:

1. Todo ciudadano mexicano está obligado a servir a su patria con las armas en la mano en defensa de su independencia y sus derechos.
2. Las obligaciones del soldado mexicano son la fidelidad a su patria, el respeto a las leyes, la obediencia más estricta al gobierno, el valor,

69 *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. III, pp. 183-302.

70 Señalada en José Brito, *Índice alfabético razonado... de las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y circulares que se han expedido desde el año 1821 al de 1869*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, a cargo de José María Sandoval, 1872, p. 779.

71 "Decreto del Gobierno de 26 de febrero de 1853. Contiene varias disposiciones sobre el Ejército", Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 6, pp. 318-319, núm. 3758.

72 "Decreto del Gobierno de 25 de abril de 1853 sobre arreglo del ejército", Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 6, p. 376, núm. 3815.

- la constancia, la subordinación a sus superiores y el buen trato a los prisioneros de guerra.
3. La administración de justicia militar se arregla a la Ordenanza general del ejército y a las leyes, decretos y disposiciones vigentes hasta el 16 de septiembre de 1847.
  4. El ejército nacional se divide en dos clases de todas armas: 1o. la permanente y 2o. la activa.
  5. La Guardia Nacional de los estados se embeberá en la milicia activa, que es la verdadera Guardia Nacional.
  6. Se declara vigente la declaración de milicias de 1767.<sup>73</sup>
  7. Se organiza el cuerpo de ingenieros el que se regirá por la Ordenanza de ingenieros, reglamentos y ley orgánica del colegio militar.
  8. Se organizan los cuerpos de artillería y médico-militar.
  9. Se separó al estado mayor del ejército del Ministerio de la Guerra.<sup>74</sup>

Así, la tan buscada reorganización del ejército permanente se había finalmente obtenido, al menos hasta la nueva organización de 1856-1857.

El primero de marzo de 1854, un grupo de opositores a Santa Anna comandados por Ignacio Comonfort y Florencio Villarreal proclamaron el Plan de Ayutla, que pedía su destitución, el nombramiento de un presidente provisional y un nuevo Congreso Constituyente. El 9 de agosto, Santa Anna salió de la ciudad de México y días después en Perote redactó su renuncia a la presidencia. Finalmente, Juan Álvarez quedó como presidente interino el 4 de octubre de 1855, y el gobierno residió en la ciudad de Cuernavaca, donde formó su gabinete y designó a Comonfort ministro de Guerra, a Ponciano Arriaga en Fomento, Melchor Ocampo en Relaciones y Benito Juárez en Justicia y Asuntos Eclesiásticos.

73 “Decreto del Gobierno de 20 de mayo de 1853. Arreglo del ejército”, en Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 6, pp. 407-416, núm. 3859. Vigente desde 1823, véase la *Declaración sobre puntos esenciales de la ordenanza de milicias provinciales de España, Que interin se regla la formal que corresponde á estos Cuerpos, se debe observar como tal en todas sus partes. De Orden de S.M.I.* México, reimpressa en la oficina de Don Mariano Ontiveros, año de 1823.

74 Derogando la *Ley de 22 de abril de 1851 que señala los haberes, planta, fuerza, número y orden en que deben quedar las compañías, batallones, cuerpos de caballería, artillería, plana mayor, estado mayor general del ejército, división y brigada y colegio militar: con la dotación de acémilas y criados para el servicio, en Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército. Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. I, núm. 24.

Álvarez decidió renunciar por problemas de salud y Comonfort pasó a ocupar su lugar el 11 de diciembre de 1855. Al año siguiente su gobierno empezó a expedir una serie de leyes reformistas entre las que destaca la Ley Lerdo de desmortización de bienes del clero y supresión de la propiedad comunal así como diversas disposiciones sobre arreglo del ejército permanente.

Durante su presidencia, primero como sustituto y luego como presidente electo (1855-1858) se modificó nuevamente el arreglo del ejército permanente, primero en 1856<sup>75</sup>, dividiéndolo en ocho batallones de infantería (los dos primeros de rifles y seis de línea), uno de zapadores, la artillería, cuatro cuerpos de caballería y las compañías de presidios para la persecución de los bárbaros. Se dejaba para una reglamentación posterior la manera de reemplazar al ejército y se volvía a sujetar al estado mayor general del ejército al Ministerio de la Guerra tal como estaba por la Ley de 22 de abril de 1851. En noviembre de 1856, Comonfort decretaba que en tanto no se reformaran debidamente los códigos militares, se observaría en lo relativo a la administración de justicia militar la *Ordenanza General del Ejército* y leyes vigentes. Las causas se formarían conforme al tratado 8o., títulos 5o. y 6o. de las mismas.<sup>76</sup>

El 8 de septiembre de 1857 expidió la ley que organiza el ejército permanente, considerando que la reforma de 1856 no había sido suficiente.<sup>77</sup>

Durante el gobierno de Comonfort se vivieron constantes luchas internas como en Puebla y San Luis Potosí bajo el grito de “religión y fueros”. Al proclamarse la Constitución de 1857 las protestas serían aún mayores.

En 1857 el gobierno enfrentó un problema internacional con España en virtud de unos créditos contraídos durante el gobierno de Santa Anna, afortunadamente se pudo resolver por la vía diplomática.

En ese año la elección presidencial favoreció a Comonfort y quedó Benito Juárez en la vicepresidencia.

El 17 de diciembre apareció el Plan de Tacubaya, que abolía la Constitución de 1857 pero dejaba a Comonfort en el poder. Juárez y algunos diputados fueron encarcelados y Comonfort terminó uniéndose al plan, así como algunos estados de la República. El 11 de enero de 1858 nuevos

75 “Decreto del Gobierno de 29 de abril de 1856. Sobre arreglo provisional del ejército y marina de la República”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 8, pp. 156-161, núm. 4691.

76 “Decreto del Gobierno de 27 de noviembre de 1856. Sobre delitos militares”, en Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 8, pp. 305-306, núm. 4839.

77 “Ley que organiza el Ejército Permanente de 8 de septiembre de 1857”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 8, pp. 571-614, núm. 4980.

levantamientos nombraron como jefe a Zuloaga y desconocieron a Comonfort, quien ante los acontecimientos regresó al lado liberal y dejó en libertad a Juárez. Después de unos días de lucha, Comonfort entregó el mando y se embarcó a Estados Unidos.

Por su parte, Juárez se dirigió a Guanajuato y el 19 de enero de 1858 declaró establecido ahí su gobierno y organizó su gabinete. Publicó un manifiesto por el que restableció el gobierno constitucional y dio inicio a la Guerra de Reforma. Mientras tanto en la capital una comisión de representantes de los departamentos designó a Zuloaga como presidente y éste tomó posesión de su cargo el 23 de enero. A partir de entonces podemos hablar de dos gobiernos: el liberal de Juárez y el conservador de Zuloaga.

En febrero, Juárez llevó su gobierno a Guadalajara y le encomendó el mando del ejército al general Anastasio Parrodi, quien habría de combatir al ejército conservador al mando de Luis G. Osollo. Después de una serie de derrotas, los liberales tuvieron que abandonar Guadalajara para dirigirse a Colima y de ahí a Veracruz desde donde empezaron a despachar en mayo de 1858.<sup>78</sup>

En diciembre de ese año, el general conservador Miguel María Echeagaray se pronunció por el Plan de Navidad, distinto al de Juárez y Zuloaga, por el que ascendió el general Miramón a la presidencia en febrero de 1859.<sup>79</sup> Éste se dirigió a Veracruz para sitiarle, pero tuvo que levantar el sitio debido a que Santos Degollado se dirigía a la capital. Degollado fue derrotado por Leonardo Márquez antes de la llegada de Miramón, pero el objetivo de levantar el sitio de Veracruz se había logrado.

El primero de abril de 1859 llegó el representante del gobierno de Estados Unidos, Robert McLane quien después de reconocer al gobierno juarista entró en negociaciones con Melchor Ocampo, tendientes a reajustar los límites fronterizos incluyendo Baja California del lado estadounidense y el derecho de vía perpetuo por el istmo de Tehuantepec, entre otras cosas. El tratado se firmó el primero de diciembre de ese año y fue ratificado por Juárez. En febrero se sometió al senado estadounidense pero, pese a la insistencia del presidente Buchanan, no mereció su aprobación por el desequilibrio que acarrearía a Estados Unidos.

78 Los estados que apoyaban a Juárez eran los de Jalisco, Guanajuato, Querétaro, Michoacán, Nuevo León, Coahuila, Tamaulipas, Colima y Veracruz, en oposición a los de México, Puebla, San Luis Potosí, Chihuahua, Durango, Tabasco, Tlaxcala, Chiapas, Sonora, Sinaloa, Oaxaca y Yucatán. Véase Díaz, Lilia, *op. cit.*, nota 66, pp. 842-843.

79 Sobre él consúltese a Fuentes Mares, José, *Miramón, el hombre*, México, Ed. Joaquín Mortiz, 1974.

Los conservadores reanudaron relaciones con España en septiembre de ese año mediante el tratado Mon-Almonte, por el que se obligaron a indemnizar a los españoles afectados por una serie de delitos cometidos en Durango contra ellos. El gobierno de Juárez no aceptó el tratado ni la representación de Juan N. Almonte, este desconocimiento habría de tener graves consecuencias para Juárez en la guerra de intervención.

Juárez publicó en Veracruz las *Leyes de Reforma* que, entre otros puntos, establecían la separación entre la iglesia y el Estado.<sup>80</sup>

El gobierno conservador por su parte contrató con la Casa Suiza Jecker un empréstito por 750 000 pesos a cambio de bonos del Estado por 15 millones de pesos, otro argumento más para la intervención francesa. En 1860, Miramón decidió intentar nuevamente la toma de Veracruz, para lo que adquirió dos buques de vapor en la Habana, uno llamado “Marqués de la Habana” y el otro “General Miramón”, al mando del almirante Tomás Marín. Juárez, al enterarse de los planes de Miramón, acordó con Turner, comandante de una escuadrilla estadounidense fondeada en Veracruz que apresara los vapores por considerarlos piratas.<sup>81</sup> El apresamiento se llevó a cabo en las aguas de Antón Lizardo y Marín fue encarcelado en Nueva Orleans como pirata. La acción se calificó por Miramón como traición a la patria por haber intervenido fuerzas extranjeras en la acción. A partir de ese momento las fuerzas liberales empezaron a ganar terreno sobre las conservadoras que perdieron Guanajuato y todo el Bajío.

En noviembre, tras la caída de Guadalajara, Miramón declaró a la capital en estado de sitio. El general Jesús González Ortega, al mando de las tropas liberales se enfrentó con Miramón en San Miguel Calpulalpan y lo venció. El 25 de diciembre en la mañana entraron a la capital las tropas de González Ortega, precediendo la entrada triunfal de los liberales el día primero de enero de 1861.

Juárez arribó el día 11 de enero, e inmediatamente expuso la dirección de su gobierno y la decisión de extender las leyes expedidas en Veracruz como desarrolladoras de los principios constitucionales.

Al poco tiempo, Zuloaga se autoproclamó presidente y fue apoyado por los generales y jefes del partido conservador, con lo que se reinicia-

80 Sobre éstas y la Constitución de 1857, véase García Granados, Ricardo, *La Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma en México*, México, Tipografía económica, 1906.

81 Para tal efecto, se emitió la “Circular del Ministerio de la Guerra de 25 de febrero de 1860 por el que se declara que los buques de la escuadrilla de D. Tomás Marín deben ser considerados como piratas”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 8, p. 740, núm. 5094.

ron los combates. En la capital, las conspiraciones no se hicieron esperar y las acusaciones contra Juárez por traición a la patria al haber firmado el tratado McLane-Ocampo se hicieron presentes. El Congreso autorizó al gobierno a tomar las medidas necesarias contra los reaccionarios y se suspendieron las garantías constitucionales. En julio se declaró presidente constitucional a Juárez y el día 15 prestó juramento. González Ortega fue nombrado presidente de la Suprema Corte de Justicia.

La falta de recursos para sostener la guerra obligó al gobierno a decretar la suspensión de pagos, lo que provocó la ruptura de relaciones diplomáticas con Francia e Inglaterra el 25 de julio.

Al finalizar 1861 los conservadores estaban ya casi sofocados. En diciembre de ese año y enero del siguiente desembarcaron en Veracruz fuerzas de España, Inglaterra y Francia unidas por la Convención de Londres, lo que llevó a Juárez a hacer preparativos para una posible guerra contra los invasores, confiándole el mando del ejército de oriente al general Ignacio Zaragoza.<sup>82</sup>

José María Gutiérrez de Estrada, expatriado después de haber manifestado la conveniencia de una monarquía en México al general Anastasio Bustamante en 1840, junto con José Manuel Hidalgo y Juan Almonte solicitaron insistentemente en Europa el establecimiento de una monarquía en el país. Gutiérrez pensó en Fernando Maximiliano de la Casa de Habsburgo y en 1861, Hidalgo convenció a la emperatriz Eugenia para que les brindase su apoyo, y ésta a su vez a Napoleón III.

En enero de 1862, los representantes de España, Inglaterra y Francia se reunieron en Veracruz para discutir sobre las reclamaciones a México. Francia exigió una suma fuera de toda realidad, misma que no fue apoyada por los otros dos representantes.

El gobierno de Juárez designó como su representante a Manuel Doblado, quien en La Soledad se entrevistó con Prim, Sir Charles Wyke y Dubois de Saligny. La entrevista resultó un triunfo para México, pues se reconoció que el país no necesitaba de potencia exterior alguna para consolidar la forma de su gobierno. Se autorizó a las tropas extranjeras a ocupar ciudades hacia el interior, siempre y cuando en las que ocuparen ondeara el pabellón nacional. En esos momentos arribó Juan N. Almonte

82 Sobre este periodo véase a Fuentes Mares, José, *Juárez y el Imperio*, México, Ed. Jus, 1963. Consúltese también el tomo primero de Lefèvre, E., *Documentos oficiales recogidos en la secretaría privada de Maximiliano. Historia de la intervención francesa en Méjico*, Bruselas y Londres, s/e, 1869.

para hacer proselitismo en favor del imperio, asegurando traer poderes de las tres potencias presentes en el territorio mexicano. Sus proyectos chocaron con la oposición de Prim y Wyke.

Zaragoza, mientras tanto, vigilaba los movimientos de las tropas extranjeras que se habían movilizado de acuerdo con el tratado de La Soledad, y Juárez expidió el 25 de enero una ley<sup>83</sup> que fijaba la pena de muerte a quienes conspiraren en contra de la independencia de México, previniendo lo que pudiera suceder. Sin embargo, Saligny protegía a los conspiradores y su actitud terminó por acarrear el retiro de las tropas de Wyke y Prim por considerar que su conducta era contraria a lo pactado en Londres.<sup>84</sup>

Con la partida de las tropas de España e Inglaterra, los franceses se retiraron a Paso Ancho, de acuerdo con lo pactado en La Soledad. El gobierno, el 12 de abril, expidió un decreto<sup>85</sup> explicando la situación y llamando a las armas a los mexicanos

En Orizaba se estableció un gobierno conservador presidido por Almonte. Por su parte, Lorencez, en vez de retroceder a Paso Ancho avanzó con el ejército francés hacia Orizaba, con lo que se inició el conflicto armado con Francia. El primer enfrentamiento se dio en el Fortín. En Córdoba los invasores se preparaban para avanzar sobre la capital y Zaragoza se situó en las cumbres de Acultzingo para detenerles, aunque sin éxito, por lo que las tropas francesas llegaron hasta San Agustín del Palmar. Zaragoza se concentró en Puebla y el 5 de mayo de 1862 venció a las tropas francesas. Sin embargo, la victoria favoreció a los invasores en las batallas que se siguieron, lo que decidió a Zaragoza a no avanzar sobre Orizaba sino retirarse al otro lado de las cumbres para reorganizarse y en septiembre de ese año murió enfermo.

González Ortega quedó al mando de la defensa de Puebla, que fue sitiada por el ejército comandado por Federico Elías Forey y fue tomada el 19 de mayo de 1863. Al enterarse de la noticia, Juárez abandonó la capital y llevó el gobierno a San Luis Potosí.

El 3 de octubre de ese año, José María Gutiérrez de Estrada se presentó en Miramar para ofrecerle la corona del imperio mexicano a Maximiliano de Habsburgo, quien contestó que necesitaba el voto unánime de

83 Es la ley para castigar los delitos contra la nación, el orden, la paz pública y las garantías individuales, Manuel Dublán y José María Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 9, pp. 367-371.

84 Quirarte, Martín, *op. cit.*, nota 47, pp. 142-143.

85 Puede consultarse en Manuel Dublán y José María Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 9, pp. 423-430.

los mexicanos para aceptar. Los conservadores procedieron a levantar una serie de actas de adhesión en las zonas ocupadas y las enviaron a Maximiliano, quien a su vez se entrevistó con Napoleón III. Maximiliano renunció a sus derechos sobre la corona de Austria y el 10 de abril de 1864 aceptó la corona del imperio mexicano, estampando su firma en los Tratados de Miramar.

En junio de 1863, Forey creó en México una Junta Superior de Gobierno que se habría de integrar con 35 personas con facultades para designar al Poder Ejecutivo, y convocar una asamblea de notables que adoptara la forma de gobierno que el país deseara. Se optó por la monarquía y se ofreció el trono a Maximiliano. Forey le reportó a Napoleón III que la situación en México era complicada, pues había una fuerte tendencia a un gobierno reaccionario, contrario a los intereses de Francia. En ese momento se le ordenó entregar el mando a Francisco A. Bazaine y que se regresara a Europa; Saligny también fue mandado llamar. Bazaine se enfrentó con el arzobispo Pelagio Antonio Labastida quien ocupó un lugar en la Regencia y se rebeló por la determinación del primero de no tolerar ningún régimen conservador, sin que sus protestas tuvieran mayor éxito.

El 28 de mayo de 1864 arribaron a Veracruz Maximiliano y Carlota, entrando en la ciudad de México el 12 de junio. En los primeros momentos del segundo imperio se tuvieron un gran número de adeptos, además de que Juárez y los liberales estaban siendo empujados cada vez más hacia el norte.

Maximiliano deseaba conciliar a los diversos partidos para que trabajaran con él. Al año de su gobierno publicó el Estatuto Provisional del Imperio, creando nuevos departamentos ministeriales.

En materia militar estuvo vigente en las zonas ocupadas el Código de Justicia Militar del Ejército Francés.<sup>86</sup> En marzo de ese año, el emperador envió una carta al ministro de Guerra manifestando sus ideas sobre la organización del ejército imperial mexicano, llamando la atención sobre la necesidad de reforzar los cuerpos del mismo con sargentos y soldados y no con estado mayor. Urge además, entre otras cosas, a crear en cada una de las cabeceras de las Divisiones territoriales, una escuela para los sargentos, bajo la dirección inmediata del jefe del estado mayor de la divi-

<sup>86</sup> *Código de Justicia Militar del Ejército Francés traducido al castellano de orden de S:M: el Emperador Maximiliano I, por el general graduado coronel D. Manuel Zabala, coronel retirado D. José Ignacio Serrano y teniente coronel D. Luis de la Piedra, Que compusieron la comisión nombrada al efecto*, México, Imprenta de A. Boix, a cargo de Miguel Zornoza, 1864.



sión, en donde se les instruiría en tiro, servicio de guarnición, maniobras y contabilidad. Ordena además que haya solo una clase de infantería: la ligera, siguiendo el consejo que da Napoleón I en sus Memorias.<sup>87</sup> Emitió disposiciones sobre recompensas y ascensos militares, reemplazos del ejército, organización del servicio de sanidad militar, entre otros.

A principios de 1866 Maximiliano recibió la noticia del inminente retiro de las tropas francesas que le apoyaban, por lo que inició gestiones tendientes a renovar el apoyo recibido. Almonte se entrevistó con Napoleón III, quien se negó a revocar la orden de repatriación de las tropas. Al ver el emperador que no podía sostenerse por más tiempo abdicó, pero la emperatriz le convenció de lo contrario y se ofreció a ir a Europa a solicitar el apoyo necesario. Sin embargo, a finales de septiembre de ese año, Maximiliano recibió la noticia del fracaso de las conversaciones de Carlota con Napoleón III, el cual poco tiempo después le envió una carta solicitándole que abdicara. Maximiliano se dirigió a Orizaba para recibir mayores noticias de la emperatriz.

Al regresó a México, el emperador hizo los arreglos para recibir la legión austriaca que estaría a su servicio y las fuerzas belgas que servirían de guardia personal de la emperatriz, guardia que llegó al país en diciembre de 1866; además, contaba con batallones negros de La Martinica, Sudán y Abisinia, que sirvieron en la región del trópico. Las tropas imperiales empujaron a Juárez a Chihuahua en donde estableció su gobierno, con lo que se consideró prácticamente un hecho la derrota de los liberales. Sin embargo, ante la noticia del inminente retiro de las fuerzas extranjeras, las tropas liberales empezaron a obtener una serie de triunfos sobre ellas.

Miramón y Márquez arribaron a Veracruz en noviembre y se entrevistaron con Maximiliano, aconsejándole que no abdicara y ofreciéndole su apoyo. En enero de 1867, Miramón organizó un cuerpo del ejército y se apoderó de Zacatecas, que abandonó al saber que sería atacado por los republicanos. Días después se enfrentó con el general Escobedo en San Jacinto y fue derrotado.

Estados Unidos siempre se negó a reconocer al Imperio pese a los intentos de Maximiliano por conseguirlo. Además, los Estados Unidos manifestaron su oposición al envío de tropas austriacas en substitución de las francesas. Esta actitud terminó por conseguir la suspensión del envío

87 Véase “Carta del Emperador sobre la Organización del Ejército”, *Boletín de las Leyes*, México, Ministerio de Justicia, Imperio Mexicano, 1866, p. 34, núm. 201.

de los voluntarios autriacos a México. Napoleón III decidió retirar el cuerpo expedicionario francés en conjunto, para evitar los riesgos a que se verían sujetos los cuerpos restantes si la evacuación se hiciera por grupos. Así, del 13 de febrero al 12 de marzo de 1867, las tropas francesas abandonaron territorio nacional y dejaron al emperador a su suerte. En esos momentos, el Imperio controlaba las ciudades de México, Puebla, Veracruz, Querétaro y Morelia.<sup>88</sup>

Maximiliano se puso al frente de las tropas imperiales que irían a combatir a las republicananas en el interior del país. Las tropas de Maximiliano se reunieron en Querétaro para hacer frente a las fuerzas de Mariano Escobedo y Ramón Corona. El sitio de Querétaro se inició el 6 de marzo, con considerables pérdidas para los republicanos. Mientras tanto, la ciudad de México era rodeada por las fuerzas de Porfirio Díaz que impedían el auxilio a Querétaro, que cayó el día 15 de mayo. Maximiliano y sus oficiales fueron juzgados de acuerdo a la ley de 25 de enero de 1862. Su ejecución tuvo lugar el 19 de junio de 1867 en el Cerro de las Campanas. Por su parte, Porfirio Díaz entró en la ciudad de México el 21 de junio y Juárez un mes después.

El primero de octubre de 1869 se presentó un nuevo plan revolucionario en Morelia desconociendo a Juárez. Otros pronunciamientos se hicieron en Toluca y en Tehuiztzingo. Para diciembre nuevos levantamientos se presentaron en San Luis Potosí y Zacatecas. En enero de 1870, Juárez suspendió una serie de garantías constitucionales para combatir los levantamientos con cierto éxito.

En 1871 se habrían de realizar nuevas elecciones presidenciales y Juárez decidió presentar su candidatura a la reelección. En vísperas de las elecciones estalló en el norte una rebelión que se extendió peligrosamente y en plena campaña militar se eligió nuevamente a Juárez que triunfó sobre sus contrincantes Porfirio Díaz y Lerdo de Tejada para el nuevo periodo constitucional que duraría hasta 1875. Las acusaciones de violencia electoral no se hicieron esperar y la oposición tachó las elecciones de ser una farsa.<sup>89</sup>

Porfirio Díaz se sublevó el 13 de noviembre con el Plan de la Noria bajo la bandera de la no reelección y el respeto a la Constitución. En respuesta, el Congreso le autorizó al Ejecutivo hacerse de recursos hacenda-

<sup>88</sup> Díaz, Lilia, *op. cit.*, nota 66, pp. 884-892.

<sup>89</sup> Roeder, Ralph, *Juárez y su México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 1050-1052.

rios para restablecer la paz. La campaña de Díaz no fue lo exitosa que se esperaba y sufrieron constantes derrotas por parte de las fuerzas gubernamentales. Finalmente Díaz se embarcó en el navío inglés “Corsica” y por dos meses estuvo fuera de la escena política del país.<sup>90</sup>

El 13 de abril de 1872 presentó Díaz el Plan de Ameca en donde proponía a Sebastián Lerdo de Tejada, presidente de la Corte, para que ocupara el Ejecutivo de manera interina y convocara a nuevas elecciones. El nuevo plan no tuvo ningún eco en el país.

Juárez por su parte continuaba pugnando en el Poder Legislativo para crear la Cámara de Senadores. Mientras tanto, en Chihuahua el gobernador Luis Terrazas se enfrentaba con las fuerzas revolucionarias de Donato Guerra, quien venció a las fuerzas del gobernador y se apoderó de la capital del estado.

El día 18 de julio de 1872 falleció el presidente Benito Juárez. Al día siguiente Lerdo de Tejada ocupó provisionalmente el poder, mismo que conservó pues resultó electo para el siguiente periodo constitucional de 1872 a 1877, triunfando sobre Porfirio Díaz.

En 1873, Manuel Lozada se levantó en armas contra Lerdo, pero fue derrotado por las fuerzas del general Ramón Corona. Después de caer Lozada, aún quedaban en pie una serie de caciques contrarios a Lerdo y el bandolerismo seguía azotando al país.

Lerdo creó el Senado e incorporó las Leyes de Reforma a la Constitución. Al llegar el año de 1875 empezó a hablarse de las próximas elecciones en las que Lerdo quería reelegirse. Sin embargo en enero de 1876 se alzó Porfirio Díaz con el Plan de Tuxtepec, y en marzo exigían que el presidente de la Suprema Corte de Justicia ocupara el Poder Ejecutivo mientras se llevaban a cabo nuevas elecciones. Sin embargo, José María Iglesias, presidente de la Corte no secundó el movimiento. Tiempo después al declarar el Congreso la reelección de Lerdo, Iglesias se sublevó declarando que las elecciones habían sido fraudulentas y que por tal motivo asumía la presidencia de la República. Iglesias se estableció en Guanajuato bajo la protección del gobernador Florencio Antillón. En noviembre de ese año, Porfirio Díaz triunfaba en Texcoac sobre las fuerzas gubernamentales y Lerdo tuvo que abandonar el país. El día 23, Díaz ocupaba ya la presidencia y tiempo después Iglesias fue derrotado y abandonó México en 1877.

90 Fuentes Mares, José, *Juárez ...*, cit., nota 82, p. 150.

En las elecciones de 1877 Díaz es electo y se confirmó a Ignacio L. Vallarta como Ministro de Relaciones Exteriores. La principal misión de Vallarta era obtener el reconocimiento del nuevo gobierno sin conseguirlo. El reconocimiento vendría tiempo después.

Porfirio Díaz estableció, siendo el general Manuel González secretario de Estado y del despacho de Guerra y Marina, el cuerpo especial de estado mayor del ejército, dentro de sus facultades se encontraban la de formar la carta y estadística militar del ejército.<sup>91</sup> Ese mismo año se decretó la composición de la plana mayor del ejército, del cuerpo médico militar, el personal y sueldos del batallón de zapadores, personal y sueldos de las comandancias militares, mayorías de plazas y fortalezas, se estableció una compañía de gendarmes a caballo, y la planta del cuerpo de artillería.<sup>92</sup>

El 12 de diciembre de 1879 el Congreso concedió al Ejecutivo todas las facultades necesarias para llevar a su completo término la organización del Ejército y la Armada nacionales,<sup>93</sup> y el 12 de noviembre de 1880 el Congreso ratificó el decreto anterior.<sup>94</sup> Este decreto será la base para la expedición de las nuevas ordenanzas militares mexicanas.

El 10. de diciembre de 1880, Manuel González recibió la banda presidencial (1880-1884), y después de un periodo en el que acabó con los cacicazgos locales de Puebla, Jalisco y Zacatecas, en 1884 le regresó la banda a Porfirio Díaz.<sup>95</sup>

91 “Decreto del Gobierno de 24 de enero de 1879. Se establece el cuerpo especial de Estado Mayor”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 13, pp. 732-733, núm. 7951.

92 Véase: “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Planta de la Plana Mayor del Ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 13, pp. 733-734, núm. 7953; “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Planta del Cuerpo Médico Militar”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 13, pp. 734-735, núm. 7954; “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Personal y sueldos del batallón de Zapadores”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 13, pp. 736-737, núm. 7956; “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Personal y sueldos de las Comandancias Militares, Mayorías de Plazas y Fortalezas”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 13, pp. 737-738, núm. 7957; “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Se establece una compañía de Gendarmes á caballo”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 13, pp. 738-739, núm. 7958.

93 “Decreto del Congreso de 12 de diciembre de 1879, Se conceden al Ejecutivo de la Unión todas las facultades necesarias para llevar á su completo término la organización del Ejército y Armada nacionales”, *Colección de circulares y decretos de la Secretaría de Guerra y Marina*, México, Biblioteca de la Revista Militar Mexicana, núm. 2, año de 1879, Imprenta del Instituto Monasterio, 1889, p. 339.

94 “Decreto del Congreso de 12 de noviembre de 1880. Autoriza al Ejecutivo para llevar á término la organización del Ejército y la Armada Nacionales”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 14, p. 643, núm. 7958.

95 González, Luis, “El liberalismo triunfante”, *Historia general de México*, 3a. ed., México, El Colegio de México, 1981, t. 2, pp. 934-935.

Será al general Manuel González al que le corresponda la tarea de organizar definitivamente al ejército prerrevolucionario y redactar las nuevas ordenanzas para el mismo. Así, el 28 de junio de 1881 mediante decreto estableció la organización definitiva del mismo, regido por las Ordenanzas de Carlos III a las que adicionó.

El 12 de octubre de 1881 se prorrogaron hasta el 31 de diciembre de 1882 al Ejecutivo las facultades otorgadas por el decreto de 12 de noviembre de 1880.<sup>96</sup> Se obliga al Ejecutivo a dar cuenta del ejercicio de las autorizaciones recibidas, mismo que fue rendido y aprobado el 11 de noviembre de 1881.<sup>97</sup>

Finalmente, el 6 de diciembre de 1882 se decretó:

“Desde el 1o. de Enero de 1883 empezará á regir la siguiente Ordenanza General del Ejército, quedando derogadas la antigua ordenanza reformada en 1852 y todas las leyes y disposiciones militares que se opongan á la que por este decreto se manda poner en vigor”.<sup>98</sup>

Esta es la *Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana*. Imprenta de Ignacio Cumplido, 3 tomos, 1882, dividida en seis tratados y 3771 artículos.<sup>99</sup>

Para su mejor cumplimiento, se organiza la Suprema Corte de Justicia Militar, dividida en dos salas y se crearon cuatro juzgados militares de instrucción en la capital de la República.<sup>100</sup>

Con la expedición de las Ordenanzas de 1882 cesa en México la vigencia de las Ordenanzas de Carlos III de 1768.

Posteriormente se emitirían la *Ordenanza General del ejército* y la *Ordenanza General de la Armada de la República Mexicana* de 15 de junio de 1897 y la Ordenanza General del Ejército promulgada por decre-

96 “Decreto del Congreso de 12 de octubre de 1881, Se prorrogan al Ejecutivo de la Unión hasta el 31 de diciembre de 1882, las facultades que el Congreso le concedió por el artículo 1o. de la ley de 12 de noviembre de 1880”, *Coleccion de circulares y decretos de la Secretaria de Guerra y Marina*, México, Biblioteca de la Revista Militar Mexicana, núm. 2, año de 1880, Imprenta del Instituto Monasterio, 1889, p. 563.

97 “Decreto del Congreso de 11 de noviembre de 1881. Se aprueba el uso que el Ejecutivo de la Unión ha hecho de las autorizaciones que se le concedieron por los decretos de 12 de diciembre de 1879 y 12 de noviembre de 1880”, *Coleccion de circulares y decretos de la Secretaria de Guerra y Marina*, México, Biblioteca de la Revista Militar Mexicana, núm. 2, año de 1880, Imprenta del Instituto Monasterio, 1889, p. 563.

98 “Decreto del Gobierno de 6 de diciembre de 1882, Manda poner en vigor la Ordenanza General del Ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 16, p. 357, núm. 8695.

99 Un cuarto tomo correspondería al Reglamento de la Secretaría de Guerra.

100 “Decreto del Gobierno de 6 de diciembre de 1882, Organización de la Suprema Corte de Justicia Militar”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 16, pp. 357-358, núm. 8696.

to número 224 del 11 de diciembre de 1911, México, Secretaría de Guerra y Marina, Talleres del Departamento de Estado Mayor, 1911. Actualmente la Ordenanza de 1911 es por decreto de 7 de agosto de 1935, el ordenamiento supletorio del *Código de Justicia Militar* de 29 de agosto de 1933.<sup>101</sup>

En el caso específico de las milicias, la Constitución de Cádiz de 1812 habla de “una fuerza militar nacional permanente, de tierra y de mar, para la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior” (artículo 356). Igualmente se dedica un capítulo a las Milicias Nacionales. El artículo 362 establece que “habrá en cada provincia cuerpos de milicias nacionales, compuestos de habitantes de cada una de ellas, con proporción a su población y circunstancias”.

El Plan de Iguala también contempla al ejército permanente y a la milicia nacional en su artículo 18.

Con la independencia, se conservó:

- a) la Milicia Activa antes Provincial;
- b) la Milicia permanente y
- c) la Milicia Cívica o Nacional local, futura Guardia Nacional.<sup>102</sup>

Cabe señalar que “Los cuerpos activos no se diferencian de los permanentes mas que, en acabadas las fatigas para que fueron puestos sobre las armas, entran en receso y se retiran a sus casas, mientras los veteranos continúan su servicio activo”.<sup>103</sup>

El artículo 16, fracciones VI y VII, del Acta Constitutiva de la Federación de 3 de febrero de 1824 autorizaba al Ejecutivo a disponer de la milicia activa para la defensa exterior y seguridad interior de la federación, pudiéndose disponer de la milicia local para los mismos objetos. La fracción XVI del artículo 13 facultaba al Congreso a dar leyes y decretos “para organizar, armar y disciplinar la milicia de los Estados, reservando á cada uno el nombramiento respectivo de oficiales...”, entendiéndose en este caso los de la milicia cívica o nacional local. Los oficiales de la mili-

101 Véase el *Código de Justicia Militar y Ordenanza General del Ejército*, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1998.

102 Sobre su evolución véase el trabajo ya citado de Villalpando César, José Manuel, “La evolución histórico-jurídica de la Guardia Nacional...”

103 Pérez Hernández, José María, *Estadística de la República Mejicana*, Guadalajara, México, Tip. del Gobierno, a cargo de Antonio de P. González, 1862, p. 225.

cia activa serían nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta de de los gobernadores de los estados.<sup>104</sup>

De la Milicia Cívica se expidió el 17 de febrero de 1822 su primer reglamento declarando vigente el español de 14 de octubre de 1820.<sup>105</sup> El 3 de agosto de 1822 su Reglamento,<sup>106</sup> y el 8 de abril de 1823 un nuevo Reglamento Provisional,<sup>107</sup> aclarado por decreto de 9 de julio de 1823<sup>108</sup> y derogado por el Reglamento General de la Milicia Cívica de 29 de diciembre de 1827,<sup>109</sup> cuyo artículo 29 remite a la Ordenanza General del Ejército en materia de honores y consideraciones en los actos de servicio entre las milicias permanente, activa y local.

En octubre de 1832 se crean en el Distrito Federal dos batallones y dos escuadrones de milicia local.<sup>110</sup> El 15 de abril de 1833 se publica el Reglamento Particular de la Milicia Cívica del Distrito<sup>111</sup> y el 21 de marzo de 1834 se publicó la Ley para a Formación de la Milicia Cívica del Distrito Federal y Territorios, en marzo 1835 durante el régimen centralista la milicia cívica fue reducida y debilitada<sup>112</sup> para ser rehabilitada en abril de ese año.<sup>113</sup>

104 “Decreto de 1 de junio de 1824. Declaración sobre el nombramiento de oficiales de las milicias cívica y activa”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

105 Véase Gutiérrez Flores Alatorre, Blas José, *Apuntes sobre los fueros y tribunales militares, federales y demás vigentes en la República*, México, Imprenta de J.M. Aguilar Ortiz, 1876, t. I, p. 175.

106 “Decreto de 3 de agosto de 1822. Reglamento de la Milicia Cívica”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, cit., t. 16, pp. 619-626, núm. 309.

107 “Reglamento de la Milicia Cívica”, *Colección de los decretos y Ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó*, México, se imprime de orden de su Soberanía, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825.

108 “Decreto de 9 de julio de 1823. Adicional al reglamento de milicia cívica”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, cit., t. 16, p. 659, núm. 343.

109 *Reglamento de la Milicia Activa, y general de la Cívica de la Republica Mejicana, con el particular de la segunda en el Distrito Federal*, Méjico, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1833.

110 “Se establecen cuerpos de milicia local. Octubre 4 de 1832”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, cit., t. 2, p. 450, núm. 1084.

111 Su texto en *Reglamento de la Milicia Activa, y General de la Cívica de la Republica Mejicana, con el Particular de la Segunda en el Distrito Federal*, Méjico, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1833.

112 “Ley de 31 de marzo de 1835, Arreglo de la milicia local”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, cit., t. 3, p. 38, núm. 1541.

113 “Ley de 22 de abril de 1835, Se restablecen los cuerpos de milicia local”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, cit., t. 3, p. 41, núm. 1549.

El 5 de mayo de 1823 se creó la Milicia Nacional de Artillería, cuyos individuos tendrían de las mismas calidades que las exigidas al resto de la milicia nacional.<sup>114</sup>

La milicia cívica o nacional local cambió de denominación a guardia nacional en septiembre de 1846 con la expedición de su Reglamento.<sup>115</sup>

El 5 de mayo de 1824 el Congreso General Constituyente decretó que en tanto se formaba la ley orgánica de la milicia activa, antes llamada provincial, se ratificaba la suplicencia de la Ordenanza de milicias provinciales, quedando derogados sus artículos 1, 2, 9, 11, 12, 23, 24, 32, 34 y 37 del título 2o. así como los artículos 33, 34, 35, 60, 68 y 69 del título 3o. En consecuencia se suprimió la clase de soldados distinguidos y se prohibió el uso del adjetivo nobles.<sup>116</sup> Además, sus jefes y oficiales quedaban exentos del sorteo para la formación o reemplazo de la activa.<sup>117</sup>

Posteriormente, el 16 de septiembre de 1826 el Congreso decretó el Plan bajo el que deben formarse los cuerpos provinciales de infantería, con el objeto de servir de reserva y aumentar la fuerza del ejército permanente. Se crearon 16 batallones de 1,212 hombres cada uno. La Ordenanza general y la declaración de milicias de 1767 se observarían en todo lo que no se opusieran al Plan y al sistema constitucional.<sup>118</sup> Para 1828, se facultó al gobierno para poner sobre las armas toda la milicia activa que juzgare necesaria y disponer de la *cívica* en el número que creyera conve-

114 “Decreto de 5 de mayo de 1823. Creación de la milicia nacional de artillería”, en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

115 “Decreto del Gobierno de 11 de septiembre de 1846, Reglamento para organizar la guardia nacional”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 5, pp. 161-169, núm. 2901. Véase Gutiérrez Flores Alatorre, Blas José, *Apuntes sobre los fueros* ..., p. 175.

116 *Colección de decretos, ordenes y circulares expedidas por los gobiernos nacionales de la federación mexicana, desde el año de 1821, hasta el de 1826. Para el arreglo del ejército de los Estados Unidos Mexicanos, y ordenadas por el Teniente Coronel de Caballería J. R. y S.*, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1827, pp. 245-246.

117 “Decreto de 13 de octubre de 1824. Los gefes y oficiales de la milicia local no entren en sorteo para la activa ni para la permanente”, en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

118 Se puede consultar en *Reglamento de la Milicia Activa, y General de la Cívica de la República Mejicana, con el Particular de la Segunda en el Distrito Federal*, Méjico, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1833.



niente pudiendo sacarla fuera de sus respectivos estados, distritos o territorios.<sup>119</sup>

El 17 de noviembre de 1833 se extinguieron los batallones de la milicia activa a excepción de los de los estados de Veracruz, Puebla, México, Jalisco, San Luis Potosí, Oaxaca, Guanajuato, Michoacán, Yucatán y el Distrito Federal. Se extinguieron también los regimientos de caballería de activos, quedando solamente los escuadrones y compañías guarda costas.<sup>120</sup>

La milicia activa fue reorganizada el 12 de junio de 1840, quedando en tres regimientos de infantería activa uno en México, otro en Puebla y el tercero en Guanajuato; y cuatro de caballería en Querétaro, Guanajuato, Jalisco y San Luis Potosí además del ligero de la ciudad de México.<sup>121</sup> Posteriormente y en el marco de la guerra con los Estados Unidos se crearon dos compañías de infantería de milicia activa con los individuos de la denominada “legión extranjera”, y su nombre fue el del reconocido “primera y segunda compañías de infantería activa de San Patricio”.<sup>122</sup>

Bajo la presidencia de Ignacio Comonfort la milicia activa entró en receso el 21 de noviembre de 1855.<sup>123</sup> Sin embargo, la invasión francesa puso en pie de guerra a todas las fuerzas de la milicia de la República y terminada la campaña, por circular de 5 de agosto de 1867 el ministro de Guerra don Ignacio Mejía previno que los guardias nacionales que se hallaban sin colocación quedasen en asamblea y en receso los milicianos activos del ejército. “No existe pues la milicia activa en servicio, sino en *receso*, pronta su oficialidad para cuando la llame el Gobierno...” señalaba D. Blas José Gutiérrez en 1876.<sup>124</sup>

119 “Decreto de 14 de mayo de 1828. Se faculta al gobierno para que pueda poner sobre las armas la milicia activa y cívica que necesite”, en *Reglamento de la Milicia Activa, y General de la Cívica de la Republica Mejicana, con el Particular de la Segunda en el Distrito Federal*, Méjico, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1833, p. 164.

120 “Bando de 17 de noviembre de 1833 que contiene la circular de la Secretaría de Guerra de 16, que inserta el decreto de esa fecha. Reduccion de batallones y regimientos”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 2, pp. 600-601, núm. 1289.

121 “Ley de 12 de junio de 1840, Sobre organizacion de los cuerpos de infanteria y caballeria de milicia activa del ejercito nacional mexicano, con sujeción á lo prevenido en los decretos de 30 de noviembre de 1833, 16 de marzo de 1839, y en uso de la facultad que le concede la ley de 13 de junio de 1838”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 3, pp. 716-719, núm. 2135.

122 “Decreto del gobierno de 1º de julio de 1847. Se establecen dos compañías de infantería de milicia activa”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 5, p. 290, núm. 2996.

123 “Circular del Ministerio de la Guerra de 21 de noviembre de 1855, Queda en receso la milicia activa”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, cit., t. 7, pp. 596, núm. 4567.

124 Véase Gutiérrez Flores Alatorre, Blas José, *Apuntes sobre los fueros ...*, cit., nota 105, pp. 165-166.

### III. COMENTARIO FINAL

Cabe destacar que en materia militar, el orden jurídico español mantuvo una prolongada vigencia en México. Vigencia que se vio reflejada fundamentalmente a través de la aplicación de las Ordenanzas Militares de Carlos III con ediciones en el México independiente en 1833, 1842 y 1852 que fueron reflejando los cambios que exigía la nueva nación.

Su vigencia no sólo se presentó como ordenamiento fundamental del ejército permanente, sino también como ordenamiento supletorio de las milicias activa y cívica o nacional local, es esa otra vertiente clara de aplicación al menos hasta 1867.

La supervivencia de las Ordenanzas Militares de Carlos III se vio acompañada de la supervivencia de la organización militar española en México. Son múltiples las disposiciones que junto con las ordenanzas sobreviven a la independencia y que serán acompañadas de las obras propias de la materia. Queda claro que el estudio de la historia del derecho militar mexicano ofrece, pues, un amplio e interesante campo para estudiosos de nuestro pasado jurídico.

### IV. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

#### A. Fuentes

- “Bando de 17 de noviembre de 1833 que contiene la circular de la Secretaría de Guerra del día 15, que inserta la ley de igual fecha. Que se disuelvan los cuerpos del ejército que en su totalidad o mayor parte se hayan sublevado contra las instituciones federales”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, pp. 599-600, núm. 1288.
- “Bando de 17 de noviembre de 1833 que contiene la circular de la Secretaría de Guerra del día 15, que inserta la ley de igual fecha. Que se disuelvan los cuerpos del ejército que en su totalidad ó mayor parte se hayan sublevado contra las instituciones federales”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, pp. 600-601, núm. 1289.
- “Bando de 17 de noviembre de 1833 que contiene la circular de la Secretaría de Guerra del día 16, que inserta el decreto de la misma fecha. Arreglo del cuerpo de ingenieros”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, p. 601, núm. 1291.

- “Carta del Emperador sobre la Organización del Ejército”, *Boletín de las Leyes*, México núm. 11, Ministerio de Justicia, Imperio Mexicano, 1866, p. 34, núm. 201
- “Circular de la Secretaría de Guerra de 18 de noviembre de 1833. Inserta el decreto de esta fecha. Reglamento para el Colegio Militar, decretado en consecuencia de lo prevenido en el artículo 17 del decreto de 16 del corriente y en uso de facultades extraordinarias”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, pp. 603-631, núm. 1294.
- “Circular de la Secretaría de Guerra de 22 de noviembre de 1833. Nueva denominación de los seis regimientos permanentes”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, pp. 635-636, núm. 1297
- “Circular de la Inspección de la milicia activa. Contiene la de la Secretaría de Guerra del día 19. Nueva denominación dada á los batallones y escuadras permanentes”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, p. 636, núm. 1299.
- “Circular de la Inspección general de Milicia Permanente. Arreglo de los cuerpos del ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, pp. 640-641, núm. 1308.
- “Circular de la Secretaría de Guerra de 18 de agosto de 1834. Reunion á los cuerpos del ejército de todos sus individuos, observancia de las Ordenanzas y ajustamientos por las comisarías”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, pp. 722-723, núm. 1442.
- “Circular del Ministerio de Gobernación de 7 de noviembre de 1855. Queda prohibido el sistema de leva”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 7, p. 595, núm. 4564.
- “Circular del Ministerio de la Guerra de 20 de mayo de 1860. Prevenciones para la moralidad y buen orden del ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 8, pp. 742-743, núm. 5099.
- “Circular del Ministerio de la Guerra de 24 de septiembre de 1860. Dicta varias providencias para el arreglo del ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 8, pp. 748-751, núm. 5108.
- “Circular de la Secretaría de Guerra de 31 de julio de 1861. Motivos de la providencia anterior”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 9, pp. 260-265, núm. 5420.
- Código de Justicia Militar del Ejército Francés traducido al castellano de orden de S:M: el Emperador Maximiliano I, por el general graduado coronel D. Manuel Zabala, coronel retirado D. José Ignacio Serrano y teniente coronel D. Luis de la Piedra, Que compusieron la*

*comisión nombrada al efecto.* México, Imprenta de A. Boix, a cargo de Miguel Zornoza, 1864.

*Código de Justicia Militar y Ordenanza General del Ejército*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998.

“Comunicación del Ministerio de la Guerra de 22 de octubre de 1853. Previsiones para el arreglo y disciplina del ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, tomo 6, p. 721, núm. 4074.

*Colección de decretos, ordenes y circulares expedidas por los gobiernos nacionales de la federación mexicana, desde el año de 1821, hasta el de 1826. Para el arreglo del ejército de los Estados Unidos Mexicanos, y ordenadas por el Teniente Coronel de Caballería J.R. y S,* México, Imprenta a cargo de Martin Rivera, 1827.

*Colección de decretos, reglamentos y circulares, expedidos por la Secretaría de Guerra y Marina, México*, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, t. V, 1882.

*Colección de las leyes fundamentales que han regido en la República Mexicana, y de los planes que han tenido el mismo caracter, desde el año de 1821, hasta el de 1856.* México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1856.

*Colección de los decretos y órdenes que ha expedido la soberana junta provisional gubernativa del Imperio Mexicano, desde su instalación en 28 de septiembre de 1821, hasta 24 de febrero de 1822*, México, Alejandro Valdés, Impresor de Cámara del Imperio, 1822.

*Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

*Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía.* México Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

*Colección de los decretos y ordenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias, desde su instalación, de 24 de setiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811. Mandada publicar de orden de las mismas.* México, Imprenta de J.M. Lara, Cuarta Parte del Semanario Judicial, 1852, t. I.

*Colección de los decretos y ordenes que han espedido las Cortes generales y extraordinarias, desde 24 de mayo de 1812, hasta 24 de febrero de 1813, mandada publicar de orden de las mismas*, México, Imprenta de J. M. Lara, Cuarta Parte del Semanario Judicial, 1852, t. II.

*Colección de los decretos y ordenes que han espedido las Cortes ordinarias, desde 25 de setiembre de 1813, dia de su instalacion, hasta 11 de mayo de 1814, en que fueron disueltas. Mandada publicar de orden de las actuales*, México, Imprenta de J.M. Lara, Cuarta Parte del Semanario Judicial, 1853, t. III.

*Colección de las leyes fundamentales que han regido en la República Mexicana, y de los planes que han tenido el mismo carácter, desde el año de 1821, hasta el de 1856*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1856.

*Colección de leyes, decretos y reglamentos que internamente forman el sistema político, administrativo y judicial del Imperio*, México, Imprenta de Andrade y Escalante, 1865, t. 7.

*Colección de Leyes, decretos y circulares expedidos por el Supremo Gobierno de la República. Comprende desde su salida de la capital el 31 de mayo de 1863 hasta su regreso á la misma en 15 de julio de 1867, 3 ts.* México, Imprenta del Gobierno en Palacio, a cargo de José María Sandoval, 1867.

*Declaración sobre puntos esenciales de la ordenanza de milicias provinciales de España, Que interin se regla la formal que corresponde á estos Cuerpos, se debe observar como tal en todas sus partes. De Orden de S.M.I.* México, reimpresa en la oficina de Don Mariano Ontiveros, 1823.

“Decreto CLXVII de 1o. de junio de 1812. Establecimiento del Tribunal Especial de Guerra y Marina”, en *Coleccion de los decretos y ordenes que han espedido las Cortes generales y extraordinarias, desde 24 de mayo de 1812, hasta 24 de febrero de 1813, mandada publicar de orden de las mismas*. México, Imprenta de J.M. Lara, Cuarta Parte del Semanario Judicial, t II, 1852.

“Decreto de 3 de agosto de 1822. Reglamento de la Milicia Civica”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 16, pp. 619-626, núm. 309.

“Decreto de 26 de febrero de 1822. Confirmacion interina de todos los tribunales, justicias y autoridades civiles y militares: reconocimiento y juramento de obediencia al Congreso: tratamiento de éste, y del poder ejecutivo: formula para la publicacion de los decretos y leyes”,

en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto de 9 de julio de 1823. Adicional al reglamento de Milicia Civica”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 16, p. 659, núm. 343.

“Decreto de 20 de agosto de 1823. Arreglo de las divisiones de infantería y caballería de las costas”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto de 3 de septiembre de 1823. Bases para la formación del estado mayor general”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825.

“Decreto de 12 de septiembre de 1823. Arreglo de los cuerpos de infantería”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825.

“Decreto de 23 de octubre de 1823. Declaración respectiva al tribunal supletorio de la guerra, y al artículo 11 de la ley de 28 de agosto último”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto de 12 de enero de 1824. Atribuciones del tribunal supremo de la guerra. Sus fiscales despachen sin derechos ni gratificaciones”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de*

*su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto de 1 de junio de 1824. Declaración sobre el nombramiento de oficiales de las milicias civil y activa”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto de 1 de septiembre de 1824. Arreglo de la tropa de caballería del ejército”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto de 22 de junio de 1851 creando pagadores, con objeto de administrar los caudales en los cuerpos, quedando abolido el antiguo sistema de contabilidad que se observaba por Ordenanza, y estableciendo el método de partida doble”, *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. I, núm. 25.

“Decreto de 16 de octubre de 1823. Divisas militares”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto de 5 de mayo de 1824. La actual ordenanza de la milicia provincial supla para la milicia activa con las correcciones que se expresan”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

- “Decreto de 8 de marzo de 1824. Las fábricas de pólvora estén á cargo del cuerpo de artillería”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto de 6 de agosto de 1823. Libertad á los sargentos y cabos del ejército para retirarse en los términos que se expresa”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto de 5 de mayo de 1824. Organizacion de los cuerpos de infantería del ejército”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto de 13 de mayo de 1822. Pena del delito de conspiracion contra la independenciam”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto de 14 de octubre de 1823. Penas á los desertores”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto de 12 de setiembre de 1823. Plan para la formacion de los cuerpos provinciales de infanteria”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.



- “Decreto de 11 de marzo de 1822. Prohibición á los que manejan caudales de la nacion de disponer de ellos, sino en los términos que se expresa: se mandan remitir mensualmente al Ministro de hacienda estados de todas las tesorerías, y que las particulares de rentas de la capital entéren mensualmente sus sobrantes en la general. Se suprimen la tesoreria y contaduria de ejército”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825
- “Decreto de 5 de mayo de 1823. Creación de la milicia nacional de artillería”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto de 27 de setiembre de 1823. Que los reos de los delitos que espresa sean juzgados militarmente en los casos que señala. Se prescriben otras reglas para abreviar el despacho de las causas de los mismos reos, cuando sean juzgados por la jurisdiccion ordinaria”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto de 14 de febrero de 1824. Reglamento provisional del cuerpo de artillería”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto de 13 de octubre de 1824. Los gefes y oficiales de la milicia local no entren en sorteo para la activa ni para la permanente”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

- “Decreto de 14 de mayo de 1828. Se faculta al gobierno para que pueda poner sobre las armas la milicia activa y cívica que necesite”, *Reglamento de la Milicia Activa, y general de la Cívica de la República Mejicana, con el particular de la segunda en el Distrito Federal*, México, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1833.
- “Decreto del Congreso Extraordinario del 25 de julio de 1846 por el que se autoriza al gobierno para que pueda variar la organización del ejército”. Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 5, p. 143, núm. 2885.
- “Decreto del Congreso de 12 de diciembre de 1879, se conceden al Ejecutivo de la Unión todas las facultades necesarias para llevar á su completo término la organización del Ejército y Armada nacionales”, *Coleccion de circulares y decretos de la Secretaria de Guerra y Marina*, México, Biblioteca de la Revista Militar Mexicana, núm. 2, año de 1879, Imprenta del Instituto Monasterio, 1889.
- “Decreto del Congreso de 12 de noviembre de 1880. Autoriza al Ejecutivo para llevar á término la organización del Ejército y la Armada Nacionales”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 14, p. 643, núm. 7958.
- “Decreto del Congreso de 12 de octubre de 1881, Se prorrogan al Ejecutivo de la Unión hasta el 31 de diciembre de 1882, las facultades que el Congreso le concedió por el artículo 1o. de la ley de 12 de noviembre de 1880”, *Coleccion de circulares y decretos de la Secretaria de Guerra y Marina*, México, Biblioteca de la Revista Militar Mexicana, núm. 2, año de 1880, Imprenta del Instituto Monasterio, 1889.
- “Decreto del Congreso de 11 de noviembre de 1881. Se aprueba el uso que el Ejecutivo de la Unión ha hecho de las autorizaciones que se le concedieron por los decretos de 12 de diciembre de 1879 y 12 de noviembre de 1880”, *Coleccion de circulares y decretos de la Secretaria de Guerra y Marina*, México, Biblioteca de la Revista Militar Mexicana, núm. 2, año de 1880, Imprenta del Instituto Monasterio, 1889.
- “Decreto del Gobierno de 11 de septiembre de 1846, Reglamento para organizar la guardia nacional”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 5, pp. 161-169, núm. 2901.
- “Decreto del Gobierno de 1o. de julio de 1847, Se establecen dos compañías de infantería de milicia activa”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 5, p. 290, núm. 2996.

- “Decreto del Gobierno de 24 de enero de 1879. Se establece el cuerpo especial de Estado Mayor”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 13, pp. 732-733, núm. 7951.
- “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Planta de la Plana Mayor del Ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 13, pp. 733-734, núm. 7953.
- “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Planta del Cuerpo Médico Militar”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 13, pp. 734-735, núm. 7954.
- “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Personal y sueldos del batallón de Zapadores”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 13, pp. 736-737, núm. 7956.
- “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Personal y sueldos de las Comandancias Militares, Mayorías de Plazas y Fortalezas”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 13, pp. 737-738, núm. 7957.
- “Decreto del Gobierno de 25 de enero de 1879. Se establece una compañía de Gendarmes á caballo”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 13, pp. 738-739, núm. 7958.
- “Decreto del Gobierno de 6 de diciembre de 1882, Manda poner en vigor la Ordenanza General del Ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 16, p. 357, núm. 8695.
- “Decreto del Gobierno de 6 de diciembre de 1882, Organización de la Suprema Corte de Justicia Militar”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 16, pp. 357-358, núm. 8696.
- “Decreto. Reglas para completar el número de plazas del ejército”, *Colectión de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto. Reglas para conceder retiros à los oficiales del ejército”, *Colectión de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.
- “Decreto. Se fija el número de los generales de division y de brigada. Declaraciones relativas à los mismos y à los coroneles promovidos à

generales”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto. Sobre administracion de justicia en lo militar”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Constituyente Mexicano, desde su instalación en 5 de noviembre de 1823, hasta 24 de diciembre de 1824, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Decreto. Supresion de la intendencia general de ejército”, *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

Decreto que organiza el Regimiento de Infantería Activa del Comercio de Mexico, su contabilidad, bases generales y objetos de su principal cuidado: expedido por el supremo gobierno en uso de la facultad que le concede la ley de 13 de junio de 1838, México, Imprenta del Aguila, dirigida por José Ximeno, 1839.

“Decreto de 30 de octubre de 1838 estableciendo la Plana Mayor del Ejército”, *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposicion del Supremo Gobierno*. México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. I, núm. 5.

“Decreto del Gobierno de 26 de febrero de 1853. Contiene varias disposiciones sobre el Ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 6, pp. 318-319, núm. 3758.

“Decreto del Gobierno de 25 de abril de 1853 sobre arreglo del ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 6, p. 376, núm. 3815.

“Decreto del Gobierno de 20 de mayo de 1853. Arreglo del ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 6, pp. 407-416, núm. 3859.

- “Decreto del Gobierno de 29 de abril de 1856 sobre arreglo provisional del ejército y marina de la República”. Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 8, p. 156, núm. 4691.
- “Decreto del Gobierno de 27 de noviembre de 1856 . Sobre delitos militares”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 8, pp. 305-306, núm. 4839.
- “Decreto del general en jefe del ejército de 27 de diciembre de 1860. Se da de baja al ejército permanente que militó contra la Constitución”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 8, pp. 781-782, núm. 5132.
- “Decreto del Gobierno de 28 de junio de 1881. Organización definitiva del Ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 14, pp. 883-921, núm. 8406.
- “Decreto XXXI de 22 de enero de 1822 Participando á la Regencia el nombramiento de varias comiciones que preparen algunos trabajos, que auxilién en lo posible los gravísimos que deben ocupar al próximo Congreso”, *Colección de los decretos y órdenes que ha expedido la soberana junta provisional gubernativa del Imperio Mexicano, desde su instalación en 28 de septiembre de 1821, hasta 24 de febrero de 1822*. México, Alejandro Valdés, impresor de cámara del Imperio, 1822.
- “Decreto XXXII de 23 de enero de 1822 que trata de la formación del Supremo Tribunal supletorio de Guerra, y términos en que se ha de verificar”, *Colección de los decretos y órdenes que ha expedido la soberana junta provisional gubernativa del Imperio Mexicano, desde su instalación en 28 de septiembre de 1821, hasta 24 de febrero de 1822*. México, Alejandro Valdés, Impresor de Cámara del Imperio, 1822.
- Dictamen de las Comisiones de Guerra de la Camara de Diputados sobre Reorganizacion del Ejército Permanente*. México, impreso por Ignacio Cumpido, 1833.
- “Estatuto de la Plana Mayor del Ejército. 18 de febrero de 1839”, *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposicion del Supre-*

- mo Gobierno*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. I, núm. 6.
- “Ley de 17 de octubre de 1827. No se remplazarán los cuerpos permanentes con individuos de la milicia activa”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, p. 18, núm. 531.
- “Ley de 5 de noviembre de 1827. Arreglo del cuerpo de Ingenieros”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, pp. 24-25, núm. 534.
- “Ley de 31 de marzo de 1835, Arreglo de la milicia local”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 3, p. 38, núm. 1541.
- “Ley de 22 de abril de 1835, Se restablecen los cuerpos de milicia local”, en Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 3, p. 41, núm. 1549.
- “Ley de 12 de junio de 1840, Sobre organizacion de los cuerpos de infantería y caballería de milicia activa del ejército nacional mexicano, con sujeción á lo prevenido en los decretos de 30 de noviembre de 1833, 16 de marzo de 1839, y en uso de la facultad que le concede la ley de 13 de junio de 1838”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 3, pp. 716-719, núm. 2135.
- “Ley de 28 de setiembre de 1848 que nuevamente segrega del ramo militar las testamentarías”, *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposicion del Supremo Gobierno*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, núm. 18.
- “Ley de 4 de noviembre de 1848 sobre arreglo del ejército, concediendo el haber de quince pesos al soldado, haciendo un reparto por contingente de sangre á los estados y restableciendo la recluta por banderas”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 5, p. 492-494, núm. 3158.
- “Ley de 22 de abril de 1851 que señala los haberes, planta, fuerza, número y orden en que deben quedar las compañías, batallones, cuerpos de caballería, artillería, plana mayor, estado mayor general del ejército, división y brigada y colegio militar: con la dotación de acémilas y criados para el servicio”, *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año*,

*en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno.* México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. I, núm. 24.

“Ley de 28 de febrero 1852, estableciendo el reemplazo del ejército por sorteo”, *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno.* México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. I, núm. 27.

“Ley que organiza el ejército permanente de 8 de septiembre de 1857”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, t. 8, pp. 571-614, núm. 4980.

“Ley de jurados militares”, Orizaba, México, Imprenta Literaria, 1871.

“Manifiesto del Supremo Tribunal de Guerra y Marina”, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1843.

“Ministerio de Guerra. Ley del Congreso de 28 de mayo de 1869 fijando la manera de reemplazar las bajas del ejército”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, t. 10, p. 604, núm. 6600.

“Ministerio de Guerra, 10 de junio de 1869. Reglamento de la ley sobre el modo de reemplazar las bajas del ejército”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, t. 10, pp. 656-657, núm. 6616.

“Ministerio de Guerra. 25 de junio de 1869, Suprime las comandancias y mayorías de plaza de los puertos”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, t. 10, pp. 668-669, núm. 6622.

“Ministerio de Guerra. Circular de 25 de junio de 1869, Refunde en el ejército las compañías fijas de los puertos”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, t. 10, pp. 671-672, núm. 6624.

“Ministerio de la Guerra. Circular de 30 de julio de 1867. Manda poner en asamblea una parte del ejército y que otra se emplee en formar los cuerpos de policía de los Estados”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, t. 10, pp. 31-32, núm. 6056.

“Ministerio de la Guerra. Decreto de 23 de noviembre de 1867. Organiza el cuerpo de artillería”, *Dublán y Lozano, Legislación mexicana...*, t. 10, pp. 127-133, núm. 6161.

“Orden comunicando la aprobación de las divisas del Ejército con que deben substituirse las que se han usado”, *Colección de los decretos y*

*órdenes que ha expedido la soberana junta provisional gubernativa del Imperio Mexicano, desde su instalación en 28 de septiembre de 1821, hasta 24 de febrero de 1822, México, Alejandro Valdés, impresor de cámara del Imperio, 1822.*

“Orden Reglamento de la milicia civica”, en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Orden Reglamento de planas mayores de los regimientos”, en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Orden Reglas para la concesion de licencias absolutas á los gefes y oficiales”, en *Colección de los decretos y ordenes del Soberano Congreso Mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó. Se imprime de orden de su Soberanía*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en Palacio, 1825.

“Orden del general en jefe del ejército federal de 5 de enero de 1861. Sobre cumplimiento del decreto de 27 de diciembre de 1860”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 9, pp. 5-6, núm. 3141.

*Ordenanza General del Ejército promulgada por decreto número 224 del 11 de diciembre de 1911*, México, Secretaría de Guerra y Marina, Talleres del Departamento de Estado Mayor, 1911.

*Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 4 t. 1882.

*Ordenanzas del Ejército y Armada de la República Mexicana*, de 15 de junio de 1897, s. p. i.

“Ordenanzas del Colegio Militar y reglamento de la escuela de aplicacion de 31 de diciembre de 1851”, *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva*



*de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. I, núm. 10.*

*Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, 2 t.*

*Ordenanzas de S. M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación, y Servicio de sus Ejércitos, Madrid, Oficina de Antonio Marin, 1768, 2 tomos. Ed., facsimilar, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1999.*

“Plan de Iguala” en Colección de las leyes fundamentales que han regido en la República Mexicana, y de los planes que han tenido el mismo carácter, desde el año de 1821, hasta el de 1856, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1856.

“Providencia de la Secretaría de Guerra de 31 de julio de 1861. Sobre arreglo provisional del ejército”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 9, p. 259, núm. 5419.

“Que en los puertos de mar se hagan alardes y reseñas tres veces al año”. El Emperador don Carlos y el Cardenal, gobernando, en Madrid a 7 de octubre de 1540. Don Felipe II en Sevilla a 7 de mayo de 1570”, *Recopilación de las Indias*, Por Antonio de León Pinelo. lib. IV, tít. V, ley. 20, Edición y estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella, México, Escuela Libre de Derecho, Gobierno del Estado de Chiapas, Gobierno del Estado de Morelos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad Cristóbal Colón, Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Miguel Angel Porrúa, Librero- Editor, 1992.

“Que ninguno se exima de salir a los alardes y reseñas no estando impedido. Don Felipe III en el Pardo a 30 de noviembre de 1599”, *Recopilación de las Indias...* lib. IV, tít. V, ley. 21.

*Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España, 1786, edición facsimilar, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1984.*

*Real Reglamento para las Milicias Provinciales de Nueva Vizcaya, Imprenta de Don Pedro Marin, 1782. Ed. facsimilar publicada en Pers-*

*pectivas históricas / Historical perspectives / Perspectives historiques*, México, Centro de Estudios Históricos Internacionales, año 2, núm. 3, julio-diciembre de 1998.

*Recopilacion de penas militares, segun la Ordenanza y ordenes posteriores hasta fin de 1832. Con las obligaciones del soldado, cabo y sargento de infantería, caballería y dragones*, Méjico, Nueva edición aumentada con la Instruccion del recluta. Imprenta de Galvan a cargo de Mariano Arevalo, 1833.

*Reglamento de la Milicia Activa, y general de la Cívica de la Republica Mejicana, con el particular de la segunda en el Distrito Federal*, Méjico, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1833.

“Reglamento de 10 de diciembre de 1848 de la ley de 4 de noviembre, que estableció el reclutamiento voluntario”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 5, pp. 502-511, núm. 3172.

*Reglamento de la Secretaría de Guerra y Marina*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1881.

“Reglamento para el uniforme del ejército. 25 de junio de 1869”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 10, pp. 669-671, núm. 6623.

“Resolucion del Ministerio de la Guerra de 23 de julio de 1867. Retira á los generales en jefe las facultades discrecionales y establece la division militar de la República”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 10, pp. 29-30, núm. 6053.

“Resolución del Ministerio de la Guerra de 25 de julio de 1867. Las comandancias militares dependerán del gobierno general y no de el de los Estados”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 10, p. 31, núm. 6055.

“Se establecen cuerpos de milicia local. Octubre 4 de 1832”, Dublán y Lozano, *Legislación mexicana...*, t. 2, p. 450, núm. 1084.

“Suprema orden de 20 de noviembre de 1829, que derogó el recurso al supremo consejo, segun lo establece el artículo 5o. de la cédula de 29 de Enero de 1804, en que se concedía la remision de los autos, cuando no se conformaba con el parecer del auditor el comandante general”, *Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio del Ejército, Comparada, Anotada y Ampliada por la que se observaba al verificarse la Independencia, con las Disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposi-*

*cion del Supremo Gobierno*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1852, t. III, núm. 10.

“Tratados de Córdoba”, *Coleccion de las leyes fundamentales que han regido en la República Mexicana, y de los planes que han tenido el mismo caracter, desde el año de 1821, hasta el de 1856*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1856.

## B. Bibliografía:

ALONSO BAQUER, Miguel, “La relación fuerzas armadas y sociedad en la España de Carlos III”, *Carlos III y la Ilustración*, Madrid, Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País, Cátedra Campomanes, Colección Torre de los Lujanes, 1988.

ALONSO MOLINERO, Antonio, “La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III”, *Ordenanzas militares de Carlos III*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1999.

ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio, “Los proyectos de reforma del ejército del conde de Aranda”, en Alvarado Planas, Javier (coord), *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, Madrid, Ed. Polifemo, 1996.

ANNA, Timothy E., *La caída del gobierno español en la ciudad de México*, trad. Carlos Valdés, México, Secretaría de la Defensa Nacional, 1995.

ARENAL FENOCHIO, Jaime del, “Una nueva lectura del Plan de Iguala”, *Revista de investigaciones jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 18, número 18, 1994.

AZCARATE, Miguel María de, *Catecismo práctico criminal de juicios militares, formado por el ciudadano Miguel María de Azcarate*, México, Imprenta del Aguila, 1834.

BOLAÑOS MEJÍAS, María del Carmen, “Las Ordenanzas de Carlos III de 1768: el Derecho Militar en una sociedad estamental”, en Alvarado Planas, Javier (coord), *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, Madrid, Ed. Polifemo, 1996.

BRITO, José, *Indice alfabético razonado de las leyes, decretos, reglamentos, ordenes y circulares que se han expedido desde el año de 1821 al de 1869*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, a cargo de Jose María Sandoval, 1872, 3 tomos.

- BORJA MEDINA, Francisco de, “La reforma del ejército en Nueva España”, *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, CSIC, número XLI, 1984.
- COLÓN DE LARRIATEGUI, Félix, *Juzgados Militares de España y sus Indias*. 3a ed. Madrid, Imprenta Real, 1817, IV t.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia del derecho en México*, México, Oxford University Press, 1999.
- DÍAZ BARREIRO, Juan Manuel, *Diccionario de jurisprudencia militar de la Republica Mexicana, ó sea el Código de Justicia Militar, puesto en forma de Diccionario, por el Lic..., Apoderado del H. Ayuntamiento de la Ciudad de México*, México, Edición del Boletín Judicial, Imprenta de las Escalerillas núm. 20, 1893.
- DUBLÁN Manuel y LOZANO José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, México, Ed. Oficial, Imprenta del Comercio, 1876, t. I-XIX.
- “El ejército de Nueva España a fines del siglo XVIII”, *Boletín del Archivo General de la Nación*, México, Secretaría de Gobernación, Dirección General de Información, tomo IX, núm. 2, abril-mayo-junio, 1938.
- FERNÁNDEZ CAMPO, Sabino, “Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida”, *Ordenanzas militares de Carlos III*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1999.
- FUENTES MARES, José, *Juárez y el Imperio*, México, Ed. Jus, 1963.
- GARCÍA MARTÍN, Javier, “De un Ejército real a otro nacional”; jurisdicción y tribunales militares entre “Antiguo Régimen” y liberalismo doctrinario (1768-1906)”, en Javier Alvarado Planas, (coord), *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, Madrid, Ed. Polifemo, 1996.
- GONZÁLEZ, Luis, “El liberalismo triunfante”, *Historia general de México*, 3a. ed. México, El Colegio de México, 1981, t. 2.
- GONZÁLEZ DÍEZ, Emiliano, “Una ordenación jurídica del ejército real: las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III”, *Ordenanzas militares de Carlos III*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1999.
- GUTIÉRREZ FLORES ALATORRE, Blas José, *Apuntes sobre los fueros y tribunales militares, federales y demás vigentes en la República*, México, Imprenta de J.M. Aguilar Ortiz, 1876, t. I.
- Leyes de Reforma, México, Miguel Zornoza, Impresor, 1870, t. 5.

- Lecciones teórico-prácticas de los procedimientos judiciales en los fueros común y de guerra ó Códigos de Procedimientos Penales y de Justicia militar...*, México, Imprenta de Gregorio Horcasitas, 1883, t. 2.
- HERRERA GÓMEZ NÉSTOR y GONZALES, s. n., *Apuntes para una bibliografía militar de México, (1536-1936)*, México, Sección de Estudios Militares del Ateneo, Secretaría de Guerra y Marina, Comisión de Estudios Militares, Biblioteca del Ejército, 1937.
- MARAVALL, José Antonio, “Ejército y Estado en el Renacimiento”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núms. 117-118, mayo-agosto, 1961.
- Estado moderno y mentalidad social*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1986, 2 t.
- MERINO, José Patricio, “Organización del ejército y la armada en España e Indias”, *Carlos III y la Ilustración*, España, Ministerio de Cultura, Lunweg Editores, 1988.
- MERCADO, Florentino, *Libro de los códigos, ó prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857.
- MORÁN MARTÍN, Remedios, “De la prestación militar general al inicio de la idea de ejército permanente (Castilla: siglos XII-XIII)”, en Javier Alvarado Planas, (coord). *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, Madrid, Ed. Polifemo, 1996.
- MORETA, Salustiano, *et. al.*, *La guerra en la historia*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, José María, *Estadística de la República Mejicana*, Guadalajara, México, Tip. del Gobierno, a cargo de Antonio de P. González, 1862.
- PÉREZ MARCOS, Regina María, “En los orígenes del ejército moderno: Las Ordenanzas de Bujía de 1531”, en Javier Alvarado Planas, (coord). *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (siglos XII-XX)*, Madrid, Ed. Polifemo, 1996.
- QUIRARTE, Martín, *Visión panorámica de la historia de México*, México, Ed. Cultura, 1966.
- RANKE, Leopold von, *La monarquía española de los siglos XVI y XVII*, trad. de Manuel Pedroso, México, Leyenda, 1946.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de autoridades*, Ed. facsimilar de la de 1726, Madrid, Ed. Gredos, t. 3.

- REES JONES, Ricardo, “Introducción”, *Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes de ejército y provincia en el Reino de la Nueva España, 1786*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, 1984.
- ROEDER, Ralph, *Juárez y su México*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980. SALAS, Gustavo A., “Organización del ejército de Nueva España”, *Boletín del Archivo General de la Nación*, México, Secretaría de Gobernación, Dirección General de Información, t. XI, núm. 4, octubre-noviembre-diciembre, 1940.
- SALAS LÓPEZ, Fernando de, *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Madrid, Ed. Mapfre, 1992.
- SÁNCHEZ BELLA, Ismael, “Ejército y Armada”, en Ismael Sánchez Bella, *et. al.*, *Historia del derecho indiano*, Madrid, Ed. Mapfre, 1992.
- TANZI, Héctor José, “El fuero militar en el derecho indiano”, *Boletín histórico de la fundación John Boulton*, núm. 42, Caracas, Venezuela, septiembre, 1976.
- , “La Junta de Guerra de Indias”, *Revista chilena de historia del derecho*, núm. 5, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 24a. ed., México, Porrúa, 1990.
- TORRE VILLAR, Ernesto de la, *Instrucciones y memorias de los Virreyes Novohispanos*, México, Porrúa, 1991, t. 2.
- THOMPSON IRVING, Anthony A., “Milicia, sociedad y Estado en la España moderna”, en MORETA, Salustiano, *et. al.*, *La guerra en la historia*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1999.
- VÁZQUEZ, Josefina Zoraida, “Los primeros tropiezos”, *Historia general de México*, 3a. ed. México, El Colegio de México, 1981, t. 2.
- VELÁZQUEZ, María del Carmen, *El estado de guerra en Nueva España, 1760-1808*, 2a. ed., México, El Colegio de México, 1997.
- VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, “La evolución histórico-jurídica de la Guardia Nacional en México”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1986)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988, t. II.

## DERECHOS HUMANOS: AGENDA CRÍTICA

Luis T. DÍAZ MÜLLER\*

SUMARIO: *Introducción. I. El fantasma de la sociedad civil. II. La crisis del Estado-nación. III. Siglo XX: un siglo de migraciones. IV. Pobreza y violencia. V. Política internacional y derechos humanos: drogas y trabajadores migratorios. VI. Ciencia y tecnología ¿progreso para la humanidad? VII. Democracia y mercado: asignatura pendiente. VIII. Deuda externa y derecho del desarrollo.*

### INTRODUCCIÓN

La enorme incertidumbre que reina en el campo de las ciencias sociales, “la crisis de los paradigmas” como se le ha dado en llamar, acarrea un conjunto de problemas y “situaciones críticas” que impiden plantear las funciones propias del conocimiento, esto es, la capacidad de análisis, explicación y predicción de los procesos sociales. Más que “abrir las ciencias sociales” (Wallerstein) pareciera, en principio, que nos encontramos ante un callejón sin salida.<sup>1</sup> La incertidumbre se plantea, entonces, ante la falta de explicaciones mayores: en este caso, sobre la crisis de los derechos humanos.

Las ideas principales de este ensayo pueden expresarse en dos vertientes: la indagación de una fórmula explicativa integral de los derechos humanos, y la propuesta y el planteamiento de hipótesis en torno a las que considero principales “zonas críticas” en momentos del imperio de la ciencia y tecnología y la implosión de nuevos asuntos: las corrientes migratorias de las comunidades indígenas, la modernidad y la modernización, el nuevo orden mundial, la “crisis del Estado”, la aventura de la genética, los procesos de

\* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Profesor de la cátedra: “derechos humanos”, División de Estudios Superiores, Facultad de Derecho. Investigador nacional.

1 Wallerstein, Inmanuel, *et. al.*, *Abrir las ciencias sociales*, México, Siglo XXI, 1997.

integración económica y política del derecho, que constituyen un conjunto de elementos de carácter transdisciplinario que permiten sugerir e indagar por un nuevo paradigma síntesis de las situaciones críticas que aquejan al individuo, a la nación, a los regionalismos y al mundo de la globalización=mundialización.<sup>2</sup> En una idea central, este trabajo pretende presentar algunos de los principales temas de los derechos humanos en el cruce de los siglos XX y XXI, con particular referencia a la denominada reforma del Estado y su relación con los derechos humanos.

El método y el contenido de los derechos humanos configuran, *prima facie*, esta visión integral o neoestructuralista. Así como el marxismo y el neoliberalismo no han sido capaces de dar respuesta a las nuevas corrientes del cambio mundial, de la misma manera, esta misma incapacidad de respuesta permite la irrupción de añejos fenómenos como el racismo, el neocolonialismo, las identidades complejas e individuales, en un mundo que se ha trazado un “periodo corto” (Hosbawn 1914-1945) en el siglo XX, ante las transformaciones que anuncian el próximo milenio: la aceleración de la historia.

Para nadie es un misterio que la “fetichización de la ciencia” no ha logrado resolver el problema central de nuestros días: el desarrollo y la dignidad humana. La misma especialización, complejidad y autonomía de la ciencia, y la formidable inmensidad del conocimiento ha justificado, aunque no legitimado, esta perversa ilusión de la especialidad de las ciencias, sin que esto signifique esclarecer los asuntos del desarrollo humano y sustentable.

El discurso del método nos conduce a plantear que las “situaciones críticas” que trataremos más adelante, están orillando al sistema mundial (con el reino del mercado) a plantear la necesidad de un nuevo modelo o paradigma integral y unificador.<sup>3</sup>

De tal manera que es necesario un marco conceptual que nos permita seleccionar y utilizar los conocimientos aportados por las distintas ciencias, en forma objetiva pero no neutral, para la búsqueda de nuevas rutas que conduzcan al desarrollo humano, y al respeto de los derechos humanos en el próximo milenio.

2 Held, David, *La democracia y el orden global*, México, Paidós, 1997; López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

3 Díaz Müller, Luis, *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos*, 2a. ed., México, FCE, 1991.



La realidad genético-estructural, es decir, el análisis y aplicación de nuevos caminos para los derechos humanos conducen a indagar por las “causas profundas”, transdisciplinarias, del antiguo dilema que planteó Th. Mann: el humanismo o la primacía de la técnica.

De tal manera, que un enfoque integral de los derechos humanos quizá pudiera salvar la obsoleta discusión entre “iusnaturalistas” e “histori-cistas”. Asuntos que, a fin de cuentas, pudieran, incluso, llegar a ser complementarios en su pretensión de conferirle un contenido filosófico al “gran tema” de los derechos humanos. Esto significa la posibilidad de reconocer que los atentados a la dignidad humana, el genocidio y el racismo, no son más que causas circunstanciales que se dan en el campo de las razones estructurales de la afectación de los derechos fundamentales. Problemas neoestructurales y problemas circunstanciales confluyen en el marco teórico del neoestructuralismo de los derechos humanos.

El neoestructuralismo que se plantea, en tanto principio de totalidad analítica, se emparenta con la ética en torno a ciertos principios morales básicos no inmutables: el desarrollo, la dignidad humana, la vida digna. Con todo, el neoestructuralismo de los derechos humanos no lo plantea exclusivamente como una razón abstracta ante el vacío de las grandes corrientes de pensamientos anteriores; se plantea como un intento de resolver los temas naturales de los derechos humanos: democracia, desarrollo, libertad.

En esta perspectiva, el neoestructuralismo, tiene una importante función práctica. En breves palabras, si bien es cierto que la inseguridad pública es un hecho social de todos los días, en su aspecto formal constituye un atentado circunstancial a los derechos humanos. En cambio, si analizamos esta misma situación en una perspectiva neoestructural, estaremos de acuerdo que el desempleo, la pobreza, la exclusión provocada por la propia globalización (Forrester) condicionan estas “situaciones sociales críticas, como la necesidad de la inmigración, la drogadicción, el problema democrático (Linz).

En otras palabras, *verbi gratia*, las transiciones a la democracia, a veces nunca consolidadas, constituyen un excelente ejemplo. El inestable e incierto (¿y transitorio?) tránsito del autoritarismo a la democracia pareciera, si lo observamos desde una lógica neoestructural, que quedaría flotando en el infierno de las “buenas intenciones”. Con cierta mirada crítica, sólo si profundizamos en el carácter neoestructural de los problemas de transición a la democracia, identificamos la razón del problema: deuda externa, crisis financiera, deserción del Estado, globalización.

El marco histórico-conceptual avanza, pues, en la explicación y sistematización de la realidad global, neoestructural, de nuestra aproximación a una cierta propuesta metodológica, que intenta ampliar las crisis de los derechos humanos. Los principales factores de esta crisis serían:

## I. EL FANTASMA DE LA SOCIEDAD CIVIL

La reaparición estelar de la sociedad civil, nacional e internacional interpela al principio de la soberanía clásica. En efecto, la “transnacionalización” de las fronteras jurídicopolíticas de protección,<sup>4</sup> la internacionalización de la producción, el carácter elitista del control de la ciencia y tecnología, la dimensión cultural de la globalización o “McDonalización” del mundo conduce a una situación límite: desarrollo o barbarie, como desde hace un tiempo lo vienen planteando Umberto Eco, Alain Minc y otros. La sociedad civil vuelve a emerger al producirse los procesos de democratización en la mayoría de las sociedades latinoamericanas.

## II. LA CRISIS DEL ESTADO-NACIÓN

Kenichi Ohmae, estratega de los negocios de la hegemonía (en ciertos sectores) de Japón, anuncia el “fin del Estado-nación”. No sé por qué organización social podría reemplazarlo si he entendido acertadamente el asunto. Más bien, pareciera que el Estado nación y el principio de la soberanía absoluta se diluyen, por la vía del principio de supranacionalidad, en instituciones regionales o “bloques” económicos que deberían hacer frente al proceso de la globalización=mundialización, para defender las menguadas opciones de autonomías en especial, de los países subdesarrollados.

## III. SIGLO XX: UN SIGLO DE MIGRACIONES<sup>5</sup>

Contra la corriente asimilacionista, lo que viene ocurriendo es que las corrientes migratorias internas e internacionales caracterizan al siglo que terminamos.

4 Díaz Müller, Luis, “La protección nacional de los derechos humanos: la transnacionalización de las fronteras jurídicas de protección”, Curso del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996.

5 Grass, Günther, *Mi siglo*, España, Alfaguara, 1999. Premio Nobel de Literatura.

La cuestión del multiculturalismo, más que las autonomías, reflejan que ni el “modelo americano”, como mosaico de nacionalidades integradas; ni el “modelo alemán”, con marcados acentos segregacionistas, ni el modelo indigenista-asimilacionista latinoamericano apuntan en la dirección de otorgar respeto y dignidad a las comunidades indígenas.

En efecto, el multiculturalismo representa la vigencia de las identidades complejas y colectivas. Nuevamente, en este tema aparece con claridad la realidad explicativa del neoestructuralismo de los derechos humanos. Abundar en la discusión de las “autonomías”, como problema formal: la costumbre jurídica, el derecho penal indígena, la administración de justicia, ha arrojado enormes toneladas de papel, sin resolver la cuestión fundamental: el principio de igualdad.

#### IV. POBREZA Y VIOLENCIA

Nuevamente, en el nivel “circunstancial” de los derechos humanos, se observa el problema de la pobreza como un eje vinculado a las políticas públicas. En el caso de Chile, por ejemplo, el “costo social” del milagro (¿cuál milagro?) significó establecer, simplemente establecer, los límites legales a la propiedad, sin reconocer que cinco grandes grupos económicos en estrecha asociación con los conglomerados transnacionales constituyen el motor (¿necesario?) de una “economía sin esperanza”.

Pobreza y violencia: Johan Galtung ha planteado, con razón, la cuestión de la violencia institucionalizada en diversos planos: la violencia sistémica, la violencia de la vida cotidiana (la calidad de la vida), violencia de los medios de comunicación, violencia y discriminación, provocan una situación de anonimía colectiva: la disolución de la responsabilidad individual ante un acto delictivo subsumida en la disolución de la responsabilidad social:<sup>6</sup> ¿Quién responde por la contaminación global, la violencia de los derechos humanos de las comunidades, los genocidios de este siglo?

#### V. POLÍTICA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS: DROGAS Y TRABAJADORES MIGRATORIOS

Ahora resulta que la “guerra fría” no era tan gélida como la serie “misión imposible” nos quería hacer creer. Al fin y al cabo, establecía un

6 Galtung, Johan, *Peace by peaceful means*, London, Sage Publications, 1996.

“equilibrio bipolar de poder”, que por el camino de la disuación nuclear impedía e impidió una tercera conflagración nuclear. En su reemplazo, claro está, había que continuar activando al complejo militarindustrial (*Eisenhower*). La solución resultó relativamente simple: el nuevo enemigo de la humanidad, los bárbaros de la postmodernidad resultaron ser los trabajadores migratorios, refugiados, excluidos.

Trabajadores migratorios y narcotráfico pasaron a constituir los enemigos a vencer. No quiero decir con esto, que en caso del narcotráfico, o sea, las corporaciones transnacionales del comercio de drogas, no constituyan uno de los peores males que aquejan a la sociedad mundial. Se trata de pensar que, tras la caída del Muro de Berlín y de la Europa del Este, con la firma del Acuerdo de Alma-Ata (1990), se legitimó un nuevo carácter de la hegemonía diluida de Estados Unidos.

## VI. CIENCIA Y TECNOLOGÍA: ¿PROGRESO PARA LA HUMANIDAD?

La velocidad del cambio tecnológico, la revolución de la ciencia y tecnología, el conocimiento<sup>7</sup> como motor del desarrollo, evolucionó aceleradamente después de la segunda gran guerra. El desarrollo científico de la teoría de sistemas (Von Bertalanfy, 1941) y la física cuántica, encontraron amplia acogida en la comunidad académica, especialmente estadounidense. El sombrío reto de una nueva guerra mundial, como el propio avance científicotecnológico de la industria, obligó a las grandes potencias de la época a establecer nuevos criterios de investigación y desarrollo.

El año de 1953 marcó un parteaguas fundamental, el “descubrimiento” del ADN (1953) por los doctores Creek y Watson inició el cambio de la revolución del conocimiento o de las nuevas tecnologías, como principal motor del desarrollo.

Esta situación de la biotecnología y la genética marcó el impulso hacia la utilización de nuevas tecnologías: robótica, informática, fibra óptica, nuevos materiales. De aquí que pueda hablarse de un nuevo orden mundial de las nuevas tecnologías o del conocimiento (Herbert Simon), actualmente en transición.

Ciertamente, en este nuevo espacio, sólo me limito a dibujar las principales “razones críticas” de una teoría neoestructural de los derechos

7 Fundación Central Hispano, “Desafío del conocimiento ante el tercer milenio”, *Ciencia y Tecnología*, Madrid, Fundación Central Hispano, 1998.

humanos. El gran problema se presenta con la ingeniería genética humana y los límites a la investigación que este dilema plantea. No está demás decir que la biotecnología de la salud o de la producción agrícola son factores fundamentales del desarrollo. El dilema bioético se presenta con la experimentación en seres humanos, discusión que comienza desde los principios del Tribunal de Nüremberg (1946), hasta la “moratoria” en la experimentación genética humana.

## VII. DEMOCRACIA Y MERCADO: ASIGNATURA PENDIENTE

La democracia, entendida como el respeto de las minorías, de los derechos humanos y del sufragio universal encontró su contradicción, con el triunfo del globalismo de mercado. El mercado podrá ser un asignador de recursos económicos, gracias al libre juego de la oferta y la demanda y el libre comercio. No obstante ello, en ningún caso puede decirse que es el garante del bien común. Las sociedades de mercado muestran altos índices de pobreza, violencia, concentración del ingreso, problemas de vivienda y desnutrición infantil.<sup>8</sup>

Con el retiro del Estado de la vida económica, pareciera que este complejo mundo de migrantes, desplazados, marginados, excluidos o subvaluados quedan a merced del espíritu faústico del mercado, eje central de las actuales políticas de desarrollo.

Es con el planteamiento del Estado social de derecho<sup>9</sup> que las mayorías recobran las posibilidades de la igualdad política, social y económica. En esta visión, la teoría neoestructural de los derechos humanos acierta porque hace descansar los fundamentos del poder político, del sentido del orden y de la tolerancia, en las bases mismas de la relación gobernantes-gobernados: el reinado de las mayorías y la vigencia de los derechos humanos. El derecho al desarrollo y el derecho de la salud, como derechos de solidaridad, constituyen las metas socioeconómicas del Estado social de derecho. Por lo pronto, un “Estado mínimo” lograría, gracias

8 Díaz Müller, Luis, *Derecho de la ciencia y tecnología*, México, Porrúa, 1995.

9 Przeworsky, Adam, *Democracia y mercado*, Londres, Cambridge University Press, 1991. Si bien, las teorías de las transiciones han quedado atrás, y los nuevos problemas que se discuten se relacionan con la gobernabilidad, la drogadicción y el medio ambiente, el desarrollo y la ciencia y tecnología, pienso que estudiar la cuestión de la transición consolidan a la democracia desde el punto de vista de la teoría de los juegos no resisten el análisis desde una visión neoestructuralista del desarrollo y los derechos humanos.

al principio de subsidiariedad, salir al paso de los grandes requerimientos sociales: salud, vivienda educación, trabajo, seguridad social.<sup>10</sup>

### VIII. DEUDA EXTERNA Y DERECHO DEL DESARROLLO

La deuda externa constituye el principal obstáculo al derecho del desarrollo. En efecto, plantear una política de crecimiento y desarrollo autónomos es como estar montado a horcajadas del tigre. Es una limitación fundamental.

En lo que atañe a estas líneas, a reserva de estudios mayores,<sup>11</sup> una visión neoestructural de los derechos humanos sugiere que la deuda externa afecta principios de soberanía fundamentales: autodeterminación política y económica, políticas económicas, debilitamiento del Estado de bienestar, olvido de las políticas sociales (asignación de recursos para salud, vivienda, salarios, investigación y otros).

Por lo tanto, una visión neoestructural de los derechos humanos podría plantear alternativas jurídico-económicas viables para esta situación de negociación del conflicto de una obligación internacional: el estado de necesidad de una nación subdesarrollada, la aplicación de la teoría del riesgo creado, el principio del enriquecimiento ilícito, las cláusulas de modificación de las circunstancias económicas (artículo 62, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), la imposibilidad de cumplimiento (debo no niego; pago, no puedo), una alteración estructural del “orden económico” (terremoto, crisis financiera, sucesión de Estados y gobierno). Todavía más, a mediados del siglo la doctrina francesa y alemana plantearon la teoría de las “deudas odiosas”, aquellas comprometidos en beneficio de la nación. Según estos argumentos solo serían exigibles las deudas nacionales. Está en juego el bienestar de toda una nación.<sup>12</sup>

En el plano del derecho de la salud, la bioética se ve enfrentada a nuevas “situaciones críticas”: el origen de la vida, la evolución de las especies, la memoria, los genes, la mente, el cerebro, los sentimientos, el

10 Moreno Z., Daniel, *La desaparición del Estado*, México, M.A. Porrúa, 1999, en que intenta: “la construcción de un modelo suyo”.

11 Swarym, Itzhack y Topf, Barry, *La desregulación financiera global*, México, FCE, 1993; Díaz Müller, Luis, *La deuda externa y el desarrollo de América Latina: Aspectos jurídicos y pluridisciplinarios*, tesis de doctorado, México, UNAM, 1998.

12 Sobre estado de necesidad, Ortiz, Losetta y Moyano, César, *La responsabilidad del Estado y la deuda externa*, México, UNAM, 1995.

mal de Alzheimer, la inteligencia artificial, el sueño, la ciencia del caos, la conducta humana, la agresión.

En la visión neoestructural de los derechos humanos, la inquietud por la investigación y desarrollo como problemas de base deberá repercutir en la solución de los problemas de derechos humanos del siglo XXI.

En fin, en el marco jurídico-político, el Estado social de derecho, como base de los derechos sociales, pudiera ser una alternativa, una suerte de “principio-esperanza” ante la barbarie étnica, la discriminación de las minorías, la desventaja científico-tecnológica, la pobreza y, por cierto, la gobernabilidad y estabilidad del régimen democrático. No por nada, recién en agosto de 1999 se celebró un gran seminario internacional sobre las bases de sustentación de la República de Weimar.

## EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INTERESES DE GRUPO (HACIA UN JUICIO DE AMPARO COLECTIVO)

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conceptualización de los intereses difusos y colectivos*. III. *Los intereses supraindividuales en América Latina*. IV. *Los intereses de grupo y el juicio de amparo mexicano*. V. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Por regla general el derecho viene a la retaguardia de la realidad. Los científicos del derecho, legisladores y jueces tienen que realizar una labor armónica y acorde con las transformaciones y demandas de la sociedad para poder visualizar, captar y alcanzar a la realidad misma para normativizarla. La “nueva realidad” que hoy vivimos ha puesto a prueba todas las ramas jurídicas y en especial a las instituciones procesales (legitimación para obrar, carga de la prueba, ejecución de sentencias, cosa juzgada, etcétera), por lo que debe abrirse el cauce a legitimaciones “supraindividuales” que hagan efectivo el acceso a la justicia.<sup>1</sup>

Lo anterior cobra relevancia con la aparición de los derechos humanos que se han denominado de la tercera generación y al margen de los ya existentes derechos civiles y políticos, y de los derechos culturales, sociales y económicos. Entre esta nueva generación de derechos se encuentran, entre otros, el derecho al medio ambiente, el derecho de los consumidores, el derecho al desarrollo, el derecho a la calidad de vida, la libertad informática, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho

1 Es necesario revisar las instituciones procesales para adecuarlas a las nuevas necesidades sociales. Al respecto véase el trabajo de Chaumet, Mario E. y Menicocci, Alejandro A., “Intereses difusos en el art. 43 de la Constitución nacional”, *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 131-186.



de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz, etcétera.<sup>2</sup>

La introducción de esta nueva ola de derechos ha generado múltiples problemas para los juristas, empezando con la aceptación de los mismos como verdaderos derechos autónomos. Como afirma Robert Pelloux, estos derechos no corresponden a la noción de derechos del hombre, tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar, lo que les opone a los verdaderos derechos del hombre, no sólo a los derechos estrictamente individuales, sino incluso a los derechos colectivos, que, a menudo, no son más que derechos individuales que se ejercen colectivamente.

Sin embargo, la aceptación de los mismos como derechos autónomos ha sido superada, aun cuando todavía se encuentren en fase de formación. Los problemas ahora se presentan en otros campos, como lo es su protección jurisdiccional. De ahí que el acceso a la justicia de los derechos o intereses supraindividuales o de grupo se convirtió en uno de los temas predilectos del procesalismo científico contemporáneo,<sup>3</sup> a partir fundamentalmente de las teorías de Mauro Cappelletti expuestas en una famosa conferencia en París en el año de 1975,<sup>4</sup> publicada posteriormente por la *Revista Internacional de Derecho Comparado*<sup>5</sup> y cuyas ideas centrales se tradujeron al español en 1977, bajo el título: “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”.<sup>6</sup>

2 El nacimiento de estos nuevos derechos es producto de la doctrina francesa en el año de 1972, y cuya paternidad se atribuye al jurista checo Karel Vasal que desarrolló sus ideas en París. Véase, sobre todo, su trabajo “Les différents catégories de droits de l’homme”, *Les dimensions universelles des droits de l’homme*, Bruselas, Ed. Bruylant, 1990.

3 Cfr. Las múltiples ponencias sobre la protección de los intereses difusos o colectivos presentadas en las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Cuernavaca en agosto de 1992.

4 El propio Cappelletti reconoce lo “audaz, si no escandalosa” que representó la temática de su conferencia. Cfr. Cappelletti, Mauro, “La protección de los intereses colectivos o difusos”, *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1993, pp. 245-258.

5 “La protection d’interêts collectifs et de groupe dans le proces civil (Métamorphoses de la procédure Civile)”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 571-597.

6 Traducción de Raúl Brañes, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, nueva serie, año XI, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 1-40.

## II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

La problemática comienza desde la terminología misma que se utiliza para su identificación. Se utilizan las expresiones: intereses de grupo, intereses colectivos, intereses difusos, intereses sociales, intereses de serie, intereses de sector, intereses de categoría, intereses difundidos o propagados, intereses profesionales, intereses fragmentarios, intereses transpersonales, intereses sin estructura, interessi adespoti (sin dueño, anónimos), intereses supraindividuales, intereses superindividuales, intereses de clase, intereses dispersos,<sup>7</sup> etcétera. No sin razón Fairén Guillén sostiene que estos intereses representan un concepto todavía nuevo, incierto y poco unívoco.<sup>8</sup>

La doctrina se inclina, sin embargo, a utilizar como concepto genérico el de intereses de grupo o intereses supraindividuales. Y dentro de esta clasificación se comprenden los intereses difusos y los intereses colectivos.

Intereses difusos e intereses colectivos deben diferenciarse. Para ello, la doctrina ha elaborado distintas teorías, basadas en criterios organizativos (Vigoriti), corporativos (Denti), en cuanto al centro de *riferimento* (Caravita), según el tipo de interés en el campo administrativo o privado (Federici), vínculo jurídico de unión (Barbosa Moreira, Pellegrini), etcétera. En general, los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados y circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tienen un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. En todo caso, sean difusos o colectivos estos intereses, lo esencial, como afirma Cappelletti,<sup>9</sup> es que nadie es titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares. Así sucede, por ejemplo, por lesiones o ataques al medio ambiente, a los consumidores de un determinado producto, al patrimonio artístico o cultural, y a las minorías étnicas y nacionales.

7 En cuanto a la terminología y a los autores que la utilizan, véase Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 59 y ss.

8 *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 93.

9 “Apunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi”, en AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padua, CEDAM, 1976, pp. 191-221.

### III. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES EN AMÉRICA LATINA

La legislación brasileña ya prevé la distinción entre intereses difusos e intereses colectivos. El artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor (1990) establece:

La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo.

La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

I. Intereses o derechos difusos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hechos.

II. Intereses o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

III. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de origen común.

La distinción entre intereses difusos e intereses colectivos no resulta del todo clara. Lo que interesa en realidad es su tutela jurídica, con independencia de su diferenciación doctrinal. Y más aún, no es suficiente el reconocimiento de dichos intereses por la legislación, si no existen los mecanismos procesales adecuados para su protección jurisdiccional. Ya algún jurista gráficamente lo apuntaba: “Si un consumidor acude a mí en busca de consejo, podría citarle el principio o la ley que le protege. Pero esto no significaría nada, pues casi siempre se demostraría la imposibilidad de acceder a los tribunales” (Calais-Auloy).

Y ahí precisamente encontramos el meollo de la cuestión: el acceso a la justicia de estos nuevos intereses o derechos, y que bien puede realizarse vía amparo como veremos más adelante. El problema se encuentra íntimamente relacionado con la legitimación *ad causam*, ya que rompe con los esquemas tradicionales de la misma. En la legitimación común u ordinaria, se actúa con base en la titularidad de un derecho subjetivo propio; en la legitimación extraordinaria<sup>10</sup> que acepta la doctrina, se ejercita un derecho de otro en nombre de otro y en beneficio propio; en los intereses de grupo, en cambio, encontramos una legitimación *sui generis*, en tanto

10 Para una mayor claridad sobre la legitimación ordinaria y la extraordinaria, véase Almagro Nosete, José, *Derecho procesal*, Madrid, Trivium, 1995, t. I, pp. 404-405.

que si bien se actúa afirmando la titularidad de un derecho o interés propio, éstos se encuentran confundidos con el resto del conglomerado o grupo, por lo que el reclamo en realidad se hace también a nombre de todos los posibles afectados por un determinado hecho o acto. De ahí la importancia de la acción derivada de este tipo de intereses, pues su actuación trasciende del propio interés para proyectarse en el interés de toda la colectividad o grupo que asume.

Como se advierte, el problema radica en la determinación de los sujetos legitimados activamente para promover acciones relativas a dichos intereses difusos y colectivos, o si se prefiere, de “derechos de incidencia colectiva” (terminología utilizada por la Constitución nacional argentina).<sup>11</sup> La solución se dirige a dos vertientes, teniendo en cuenta las propuestas en el derecho comparado: la primera —seguida por las legislaciones estadounidense y europea— es la habilitación de nuevos mecanismos procesales, particularmente mediante la atribución de personería a las asociaciones de titulares de intereses difusos; la segunda, a través de las instituciones procesales ya existentes. Esta última postura es la que predomina en los países latinoamericanos, teniendo en cuenta las siguientes directrices:<sup>12</sup>

1. *Legitimación al Ministerio Público.* Si bien para algunos debe excluirse de la legitimación de los intereses difusos y colectivos al Ministerio Público (Gelsi Bidart<sup>13</sup> y Barrios de Ángelis)<sup>14</sup> no puede perderse de vista que éste tiene la representación social y el interés público inserto en el objeto del proceso, teniendo en cuenta que dichos intereses pertenecen a todo un grupo de la sociedad. Si se aceptara en nuestro sistema esta postura, el Ministerio Público tendría entonces la posibilidad de ejercitar la acción de amparo en representación de los miembros portadores de dichos intereses difusos o colectivos.

2. *Legitimación a asociaciones o personas en representación de los grupos portadores del interés difuso o colectivo (previa autorización del*

11 Así como en la doctrina argentina, véase Sagüés, Néstor Pedro, “Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo”, *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, cit., nota 1, pp. 19-32, en p. 22-27.

12 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 40-44. Este mismo autor ya lo había señalado en otros trabajos anteriores, cfr. su obra *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993.

13 Gelsi Bidart, Adolfo, “El derecho procesal y la protección al consumidor”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1978, núm. 1, pp. 11-25.

14 Barrios de Ángelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Argentina, Depalma, 1983. Este último autor, sin embargo, acepta la legitimación del Ministerio Público, dependiendo de las características del interés difuso en juego y de la sensibilidad funcional (pp. 135-136).

*Ministerio Público*). Este tipo de legitimación equivale a las *relator actions* que se prevén en Inglaterra y en algunos otros países del *common law*, como Australia y Nueva Zelanda; quien ejercita la acción es en realidad el *Attorney General* (equivalente al Ministerio Público), por petición de la asociación o particular y si se rehusase, éstos pueden promover con consentimiento del propio *Attorney General*. Lo que se pretende con este tipo de legitimación es evitar el abuso de demandas frívolas; sin embargo, la discrecionalidad que se otorga al Ministerio Público para que actúe o dé su autorización resulta peligrosa, teniendo en consideración la falta de autonomía de esta institución social en los países latinoamericanos.

3. *Legitimación directa a asociaciones o personas en representación de los intereses difusos y colectivos*. Representan a las denominadas *class actions* estadounidenses. Aquí la legitimación resulta colectiva o de grupo. Se trata de una legitimación intermedia entre la legitimación tradicional y la legitimación abierta de la acción popular. Siguiendo la terminología de Fairén Guillén, se trata del caso de *litisconsorcio cuasinesesario*, en tanto supone que un grupo de personas identificables o no, se hallan ante un determinado evento jurídico en situación igual de calidad, de modo tal que, teniendo todas ellas legitimación para accionar, algunas lo hacen y otras no, pero la resolución les va a afectar a todas esas personas por ser única la relación que existe entre el evento y ellas.<sup>15</sup>

4. *Legitimación al ombudsman (Comisión de Derechos Humanos)*. Al igual que la legitimación antes vista otorgada al Ministerio Público, la atribuida a los órganos protectores de los derechos humanos se refiere a una tutela y legitimación pública —en contraposición de la legitimación privada— de los intereses de grupo. En México existe un sector que apoya en general la intervención jurisdiccional de las comisiones de derechos humanos (nacional o estatales) y así se pugna, por ejemplo, en otorgarles legitimación para ejercitar la acción constitucional de amparo, como sucede en otros países.<sup>16</sup>

Por otra parte, otro de los problemas que se presenta se refiere a la sentencia que en estos procesos se dicte. Se discute si los efectos de la mis-

15 Cfr. Fairén Guillén, Víctor, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 143-145.

16 La Constitución española, por ejemplo, le otorga legitimación expresa al defensor del pueblo (equivalente a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México) para promover el recurso de amparo (artículo 162.1-b).

ma deben ser *erga omnes*. Al respecto resulta significativa la regulación vigente de Uruguay.

La reforma procesal uruguaya en este aspecto, tiene su origen en el Anteproyecto de *Código Procesal Civil Modelo para América Latina*, redactado desde hace décadas por los procesalistas uruguayos Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart (en el que tanto se ha insistido en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal e incluso en los Congresos Mexicanos).<sup>17</sup> El artículo 153 de dicho anteproyecto prevé los intereses de grupo de la siguiente manera:

Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos o en general que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, están legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el ministerio público, cualquier interesado y las instituciones y asociaciones que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

Y específicamente el artículo 194 del mismo anteproyecto establece:

Efectos de cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos. La sentencia dictada en procesos promovidos en representación de intereses difusos tendrá eficacia *erga omnes*, salvo si fuera absoluta por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado.

Estos artículos del anteproyecto de *Código Procesal Civil Modelo para América Latina*, fueron reproducidos casi textualmente en los artículos 42 y 220 del Código General del Proceso (ley número 15,982) uruguayo de 18 de octubre de 1988, ordenamiento procesal considerado como el más reciente y moderno de Latinoamérica.<sup>18</sup>

En general, en América Latina el acceso a la justicia de los portadores de intereses de grupo ha tenido especial significación en la tutela de los intereses de los consumidores, mediante leyes específicas, como por ejemplo, las leyes de protección y defensa del consumidor de Venezuela

17 Cfr. Por ejemplo, la ponencia presentada por Enrique Vescovi en el XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal (celebrado en la ciudad de Durango, del 28 al 31 de mayo de 1986): "Código tipo de procedimientos civiles para Latinoamérica".

18 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, cit., nota 12, p. 44.

(1974), Costa Rica (1975-1982) y México (Ley de Protección al Consumidor de 1975 y la nueva Ley de 1992).

Esta línea de protección de los intereses difusos y colectivos, ha alcanzado también a algunos textos constitucionales latinoamericanos:

1. La Constitución de Brasil de octubre de 1988 (artículo 5o., fracción LXIII) prevé una acción popular, y mediante interpretación jurisprudencial de los tribunales brasileños se admitió el ejercicio de dicha acción para la tutela de los intereses de grupos indeterminados relacionados con el medio ambiente, el desarrollo urbano y el patrimonio artístico y cultural.

2. La carta magna de Colombia de julio de 1991, prevé un capítulo denominado “De los derechos colectivos y del ambiente” (artículos 78-82), y en su artículo 88 otorga un acceso a la justicia importante, al establecer:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo, los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Esta tutela jurisdiccional se complementa con el artículo 89, al señalar que:

Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

3. Por su parte, el texto fundamental de Paraguay de junio de 1992 también prevé una tutela específica en esta materia en su artículo 38:

Del derecho a la defensa de los intereses difusos. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y

de los otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio.

También la Constitución de Costa Rica, y de manera particular, las Constituciones brasileña y argentina protegen los intereses difusos y colectivos a través de la institución del amparo como más adelante precisaremos.

Como hemos visto hasta ahora, el acceso a la justicia de las personas y asociaciones portadores de los intereses de grupo (difusos o colectivos), ha sido preocupación fundamental del procesalismo científico mundial en los últimos años. Su tutela jurisdiccional se ha implementado en las legislaciones de Estados Unidos, Inglaterra y algunos países de la familia del *common law*, en Europa continental y en algunos países de América Latina (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Paraguay e Uruguay). En México, sin embargo, todavía no se consolida la cultura de la protección de estos intereses. Existen avances, sobre todo en cuanto a protección al consumidor como señalamos con anterioridad, y se regulan ciertos tipos de acciones de clase, como algunos sostienen existe en la legislación electoral.<sup>19</sup>

#### IV. LOS INTERESES DE GRUPO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

En México queda todavía una magna tarea en el ámbito legislativo. Y más aún en la interpretación de los jueces, que ante falta de regulación expresa son contados los que han abierto el paso franco al acceso a la justicia de estos nuevos derechos o intereses. Debemos someter a revisión, por ejemplo, el concepto del agravio personal y directo que rige al juicio de amparo mexicano desde el siglo XIX.

En algunas otras latitudes se ha extendido la legitimación en materia de amparo, en aras de una tutela jurídica más completa de los derechos humanos y en concordancia con los avances de la ciencia procesal. El artículo 162,1 de la actual Constitución española de 1978 legitima para promover el recurso de amparo a cualquier persona física o moral que invoque un interés legítimo, y con base en este interés legítimo el Tribunal Constitucional es-

19 Al respecto, Cipriano Gómez Lara y Carlos Ortiz Martínez se refieren a “una acción de clase en materia electoral federal en México”, al sostener la posibilidad de que varias impugnaciones aisladas tengan un efecto en cascada, que puede ser diferente al que cada recurrente pidió inicialmente, pero que como consecuencia de la acumulación sumatoria puede llegar hasta la anulación de una elección, siempre y cuando se acrediten violaciones en ciertos porcentajes (“Una acción de clase en materia electoral federal en México”, *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, celebradas en agosto de 1992 en Cuernavaca, Morelos, México, UNAM, 1993, pp. 297-305).



pañol ha legitimado a asociaciones o grupos sociales —incluso sin personalidad jurídica— cuando actúan en defensa del derecho fundamental de alguno de sus miembros, pues se ha considerado que los entes de tales colectividades “están imbricados con los de las personas que lo integran”.<sup>20</sup> Similar criterio se adoptó previamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>21</sup> Y en América Latina, deben destacarse los esfuerzos de la doctrina para incluir, vía amparo, la protección de los intereses de grupo (Argentina),<sup>22</sup> que ya se incorporó en el párrafo segundo de la Constitución nacional al establecer:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...

Así también la Constitución brasileña de 1988 incorporó el mandato de *segurança coletivo* (“mandamiento de seguridad” equivalente al juicio de amparo), lo que lleva a reflexionar sobre la posibilidad de ampliar la legitimación e introducir en México, al margen del existente juicio de amparo social (en materia agraria), el que podríamos denominar juicio de amparo colectivo, para aquellas colectividades o grupos no asociados portadores de un interés difuso o colectivo.<sup>23</sup>

Lo anterior pone en evidencia la crisis de los principios de agravio personal y directo, y de la relatividad de las sentencias de amparo (fórmula Otero) que rigen a nuestro juicio de garantías desde el siglo XIX, requiriendo adecuar ciertas instituciones procesales, como la legitimación, ejecución y efectos de la sentencia, cosa juzgada, etcétera.

Recientemente se adicionó un párrafo quinto al artículo 4o. constitucional<sup>24</sup> que dice: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar” (lo cual implica el derecho a una

20 Sentencia del Tribunal Constitucional español número 180/1988, de 11 de octubre.

21 Sentencia de 27 de octubre de 1975 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “Sindicato Nacional de la Policía Belga” y “Sindicato Sueco de Maquinistas”.

22 Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 203 y ss.

23 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000, p. 237.

24 *Diario Oficial de la Federación*, de 28 de junio de 1999.

calidad de vida y el derecho al medio ambiente, relacionados directamente con los intereses difusos y colectivos).

*¿Cuál ha sido la actitud de los tribunales federales en México?* La mayoría de los jueces de Distrito han negado la posibilidad de acceder vía amparo, al considerar la falta de interés jurídico del quejoso, por lo que han sobreseído en el juicio con base en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo. Los menos han otorgado amparos.

Lucio Cabrera Acevedo nos informa sobre ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los años 1867 a 1876, que protegían intereses colectivos mediante la sustitución de la autoridad administrativa y la ampliación de la legitimación procesal de los quejosos.<sup>25</sup> Sin embargo, en 1972, nuestro más alto Tribunal negó el amparo (R.A. 2747/69) solicitado por un club campestre, en el que los propietarios de varios terrenos en la ciudad de Monterrey reclamaron la licencia otorgada por el gobierno del estado para construir un cementerio en los linderos de sus predios, alegando que recibirían perjuicios económicos, en su salud y de toda índole, “pues a nadie le gusta vivir cerca de un panteón”. La Suprema Corte resolvió por unanimidad de votos que este tipo de interés no tiene tutela jurídica y que los problemas urbanísticos, estéticos, sanitarios y de comodidad que plantearon los quejosos carecían de interés protegido por la ley para impedir que sus propiedades fueran colindantes de un panteón, por lo que estos problemas quedaban dentro de la esfera soberana de la autoridad administrativa y los tribunales federales no podían asumir las atribuciones de ésta. La parte medular de la ejecutoria sostuvo:

...La ley no faculta al Poder Judicial de la Federación para obligar a la autoridad a cumplir con reglas urbanísticas y sanitarias... [ni tampoco] para conocer de los problemas estéticos, las dificultades prácticas, las razones de conveniencia de las autoridades administrativas locales y pronunciar un fallo supremo que decida sobre los aspectos que no deben pasarse por alto al establecer un cementerio. Esto es mucho más que impartir justicia, porque es administrar...<sup>26</sup>

En época más reciente, este mismo autor, junto con Genaro David Góngora Pimentel, nos proporcionan ejemplos de resoluciones importantes al

25 Cabrera Acevedo, Lucio, “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 211-243, en pp. 224-226.

26 A.R. 2747/69 Alejandro Guajardo, Club Campestre y otros. Unanimidad de 19 votos. *Cfr. op. cit.*, pp. 226-227.

respecto. En el amparo número 391/77, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (D.F.) sobreseyó el juicio por mayoría de votos. El magistrado disidente Guillermo Guzmán Orozco emitió un voto importante. Y en otros dos amparos, siendo ya ponente este magistrado, el mismo Tribunal Colegiado concedió la suspensión del acto reclamado, al sostener: 1) que el quejoso tiene interés jurídico; 2) considerar como actos reclamados a las autoridades gubernamentales de la ciudad de México en materias relativas al ambiente urbano; 3) que no se afecta el interés público al conceder la suspensión, y 4) que un particular puede ser la persona adecuada para representar intereses colectivos o difusos.<sup>27</sup>

El anterior ejemplo es del amparo número 1081/80, en la que la quejosa era la Asociación de la colonia denominada Fuentes del Pedregal. En la parte medular de esta ejecutoria se dijo:

Los vecinos de una colonia o cualesquiera de ellos, tienen interés en el aspecto urbano, estético, de jardines, etc. de su colonia, pues no podría decirse pues la Constitución no lo dice que la capital de la República es propiedad de los gobernantes en turno para el efecto de alterar el aspecto urbano, o suprimir parques y zonas verdes, o modificar el aspecto estético y urbanístico a su gusto, sin voz ni voto de los habitantes de la misma —y continúa diciendo esta ejecutoria— sería ilógico sostener que quien vive en una colonia carece de interés en el aspecto urbano de la misma, y en las áreas verdes y zonas públicas, siendo así que tales cosas afectan individualmente el valor económico y estético del lugar en que escogieron vivir. No podría decirse que los habitantes son incapaces, que deban quedar sujetos a la urgencia pretendida o real en ejecutar obras en la ciudad...

En términos similares también se concedió la suspensión en el amparo número 264/80, en el que el acto reclamado era una licencia dada por el gobierno de la ciudad de México para construir un edificio de oficinas comerciales o de servicios en un área residencial o zona de casa habitación.<sup>28</sup>

27 Cfr. Góngora Pimentel, Genaro, *La suspensión en materia administrativa*, 4a. ed., México, Porrúa, 1998.

28 Cfr. *op. cit.*, y Cabrera Acevedo, Lucio, “La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núms. 127-128-129; así como “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, *cit.*, nota 25, pp. 226-228.

## V. CONCLUSIÓN

Desde hace tiempo un sector importante de la doctrina mexicana considera necesario actualizar nuestra máxima institución procesal. Recientemente, Fix-Zamudio enfatiza en esta necesidad al sostener que “existe un consenso esencial en la doctrina jurídica mexicana pero también en los distintos sectores sociales y políticos, de que se requiere una renovación profunda de nuestro ordenamiento en cuanto a la regulación del juicio de amparo”.<sup>29</sup>

En la clausura al Congreso Nacional de Jueces de Distrito (ciudad de México, 6-9 de octubre de 1999), el ministro Genaro David Góngora Pimentel, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresó la necesidad de una nueva ley de amparo. Y en el mes de noviembre del mismo año, se integró la Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo, compuesta por ocho reconocidos juristas (académicos, abogados e integrantes del Poder Judicial Federal).<sup>30</sup> Dicha Comisión convocó a la sociedad y comunidad jurídica para enviar propuestas al respecto, y efectuar un “Congreso Nacional de Juristas” en el que se discutan.<sup>31</sup>

De esta forma, al momento de escribir estas líneas el camino ya está trazado para reflexionar con seriedad y revisar algunos conceptos y principios fundamentales de nuestro juicio de garantías, como el relativo al agravio personal y directo, y al de relatividad de las sentencias de amparo. Se requiere adecuar instituciones procesales (legitimación, cosa juzgada, efectos de la sentencia, etcétera) a la realidad que vivimos y que ha alcanzado a todas las ramas jurídicas, para no quedarse rezagados con

29 “Prólogo” a la obra de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000, pp. XVII-XVIII.

30 La Comisión se integra por Humberto Román Palacios, Juan Silva Meza, Héctor Fix-Zamudio, José Ramón Cossío Díaz, César Esquinca Muñoz, Manuel Ernesto Saloma Vera, Javier Quijano Baz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

31 Un sector de la doctrina, encabezada por el maestro Ignacio Burgoa, rechaza la propuesta de una nueva Ley de Amparo, proponiendo más bien reformas a la misma. Al respecto véase su opúsculo *Renovación de la Ley de Amparo*, México, Instituto Mexicano del Amparo, 2000. En el mismo, el destacado amparista expresamente se pronuncia sobre la conveniencia de la protección jurisdiccional de los “intereses grupales o difusos”, proponiendo la adición de un segundo párrafo al artículo 4 de la actual Ley de Amparo en los siguientes términos: “En el caso de que, por actos u omisiones de cualquier autoridad, se lesionen intereses colectivos, el grupo agraviado, a través de alguno o algunos de sus miembros, podrá promover amparo contra tales actos u omisiones, teniendo el promotor o los promotores la representación legal del propio grupo”.

respecto a los avances de la ciencia procesal contemporánea y a la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales.

El acceso a la justicia de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos) representa una ventana de amplios horizontes en México. Podría pensarse no sólo en su protección jurisdiccional mediante la interpretación jurisprudencial, sino también a través de su incorporación definitiva en la Ley de Amparo y en el artículo 107 de nuestra Constitución federal, que confiamos suceda en breve lapso.

## DOS VIAJEROS FRANCESES EN TEHUANTEPEC: EL ISTMO A MEDIADOS DEL SIGLO XIX

Manuel FERRER MUÑOZ

SUMARIO: I. *Los personajes.* II. *Planes de colonización en Tehuantepec.* III. *Colonización y repoblación.* IV. *Proyectos de comunicaciones interoceánicas.* V. *El contexto de guerras civiles.* VI. *Los análisis de Fossey.* VII. *Los exámenes de Brasseur.*

### I. LOS PERSONAJES

Mathieu de Fossey, el primero de los autores a que vamos a referirnos, viajó a México a raíz de los sucesos de 1830 en Francia, que señalaron el final del reinado de Carlos X y el acceso al trono de Luis Felipe de Orleans, que instauró una monarquía liberal. Las escasas simpatías de Fossey hacia el nuevo régimen político y la lectura de un folleto que acababa de publicar Laisné de Villevêque sobre la colonia de Coatzacoalcos acabaron de convencerle para mudar de aires: con ese propósito se trasladó a Le Havre donde, en compañía de un amigo, se dispuso a preparar lo necesario para la carga de un navío que debía conducirlo a aquella región del istmo de Tehuantepec.<sup>1</sup>

Villevêque había obtenido una concesión de tierras del gobierno de México, a la orilla derecha del río Coatzacoalcos, con exención durante diez años de los derechos de entrada sobre los útiles que se introdujeran

1 Cfr. Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, París, Henri Plon, 1857, pp. 4-5. El propio Fossey dejó expreso testimonio de sus simpatías por Carlos X, del escaso respeto que le inspiró el gobierno de Luis Felipe y de su oposición a las posiciones republicanas: cfr. *ibidem*, pp. 284-287, 444, 509-510 y 521. Son interesantes las coincidencias entre las biografías de Mathieu de Fossey y de Carl Christian Sartorius, que llegó a México huyendo de las persecuciones políticas y que, como Fossey, trabajó con entusiasmo para fomentar la colonización con europeos: cfr. Ortega y Medina, Juan A., “Científicos extranjeros en el México del siglo XIX”, *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*, México, vol. XI, 1988, pp. 13-20 (pp. 14-15), y Sartorius, Carl Christian, *México hacia 1850*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1990, estudio preliminar, revisión y notas de Brígida von Mentz, pp. 39-45.

en la colonia que planeaba establecer. Asociado con otro ciudadano francés, pensó ingenuamente en la viabilidad inmediata del proyecto que había concebido y, sin más reflexión, lanzó una campaña propagandística que, en muy poco tiempo, atrajo a Coatzacoalcos a varios centenares de franceses que pusieron rumbo al golfo de México, en el curso de sucesivas expediciones.<sup>2</sup>

Fossey visitó y residió en varias ciudades de la República mexicana: algunas sólo de paso, como Alvarado y Veracruz. A principios de 1837, cuando se cumplían seis años de su llegada a Coatzacoalcos, se trasladó a Oaxaca, donde pasó momentos difíciles, a raíz de la expulsión de franceses decidida por el gobierno mexicano después de la intervención militar de Francia en 1838. Regresó a Oaxaca en 1849. En la ciudad de México, donde se instaló en 1843 a la vuelta de un decepcionante viaje a Francia, le sorprendieron la revuelta de los polkos y la guerra entre México y Estados Unidos, y asistió al fracasado pronunciamiento federalista de Urrea y Gómez Farías del 15 de julio de 1850. En Guanajuato vio la luz uno de sus libros, y dirigió las escuelas normales del estado por designación de su gobernador, Octaviano Muñoz Ledo. Su estancia en Colima duró tres años.<sup>3</sup>

Mathieu de Fossey escribió *Le Mexique*, del que existen dos ediciones en francés (París, Henri Plon, 1857 y 1862, y una reimpresión en 1926). Una versión primera de ese texto, más breve, y sin las notas que ilustran *Le Mexique*, es *Viage á Méjico*, que publicó en México por entregas la imprenta de Ignacio Cumplido, en 1844,<sup>4</sup> y que sería objeto de varias reediciones: Porrúa, 1931 y 1949, y Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1994.

Charles Étienne Brasseur de Bourbourg realizó su primer viaje a México en 1848, en calidad de capellán de la legación francesa en nuestro país. Permaneció en la República mexicana dos años, y dedicó íntegramente uno de ellos a viajar por su interior, hasta California. Regresó a

2 Cfr. Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, pp. 4-5. Véase también *ibidem*, p. 484, y Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec dans l'État de Chiapas et la République de Guatémala: exécutée dans les années 1859 et 1860, par l'abbé Brasseur de Bourbourg, Membre des Sociétés de Géographie de Paris, de Mexico, etc., Ancien Administrateur ecclésiastique des Indiens de Rabinal, Chargé d'une mission scientifique de S. E. M. le Ministre de l'Instruction publique et des Cultes dans l'Amérique-Centrale*, París, Arthus Bertrand, 1861, p. 20, note 2.

3 Cfr. Díaz y de Ovando, Clementina, "Viaje a México (1844)", *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, México, vol. XIII, núm. 50, t. II, 1982, pp. 159-191 (p. 164).

4 Aunque la portada de *Viage á Méjico* remita al año 1844, el reparto de las entregas no se inició hasta enero de 1845, y se prolongó hasta junio del mismo año: cfr. *ibidem*, pp. 159 y 162.

Europa en octubre de 1851.<sup>5</sup> En julio de 1854, volvió a cruzar el Atlántico desde Francia, para internarse por tierras de Guatemala, El Salvador y Nicaragua. Desde principios de 1857 hasta marzo de 1859 residió en comunidades indígenas de Guatemala, cuyo arzobispo lo había nombrado administrador eclesiástico de los quichés de Rabinal, los cakchiqueles de San Juan Zacatepec, y los mames de Iztlahuacan, Zipacapa, Ichil y Tutuapa.<sup>6</sup>

En 1857, antes de emprender su excursión por el istmo de Tehuantepec, que sería el cuarto de sus periplos por tierras del Nuevo Mundo, Brasseur estrechó lazos con algunas sociedades científicas, como la *Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, y gestionó el apoyo del Ministerio francés de Instrucción Pública.<sup>7</sup> El tiempo comprendido entre 1858 y 1860 fue dedicado por Brasseur a trabajar en *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec, dans l'état de Chiapas et de la République de Guatemala*. Su arribo a México, donde pensaba empezar su estudio, se produjo en mayo de 1859. Terminado su largo itinerario, estaba de vuelta en París en octubre de 1860.<sup>8</sup>

El *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec, dans l'état de Chiapas et de la République de Guatemala* se elaboró bajo los auspicios de Napoleón III y se publicó en 1859-1860; fue traducido al español por el Fondo de Cultura Económica y la Dirección General de Publicaciones y Bibliotecas de la Secretaría de Educación Pública, y editado por esas instituciones en 1981 y 1984. Ha de advertirse que, aunque Brasseur previó dedicar el segundo volumen a sus peripecias por Chiapas y Guatemala, nunca llegó a realizar este proyecto.

## II. PLANES DE COLONIZACIÓN EN TEHUANTEPEC

La trágica suerte que correspondió a los colonos que llegaron a Coatzacoalcos entre 1829 y 1830 es de sobra conocida. Siempre recordaría

5 Cfr. Brasseur, Charles, *Popol Vuh. Le livre sacré et les mythes de l'antiquité américaine, avec les livres héroïques et historiques des quichés, ouvrage original des indigènes de Guatémala, texte quiché et traduction française en regard, accompagnée de notes philologiques et d'un commentaire sur la mythologie et les migrations des peuples anciens de l'Amérique, etc., composé sur des documents originaux et inédits*, París, Arthus Bertrand, 1861, prólogo, p. III, nota 1.

6 Cfr. Brasseur, Charles, *Gramática de la Lengua Quiché, según manuscritos de los mejores autores guatemaltecos, acompañada de anotaciones filológicas y un vocabulario*, Guatemala, Editorial del Ministerio de Educación Pública "José de Pineda Ibarra", 1961, nota introductoria del Instituto Indigenista Nacional de Guatemala, p. 9.

7 Cfr. Brasseur, Charles, *Popol Vuh*, prólogo, p. III, nota 1.

8 Cfr. *idem*.



Fossey con dolorosa lucidez el espectáculo que se ofreció a su vista cuando tomó tierra en Minatitlán: “*nous fûmes reçus à notre débarquement par quelques-uns des premiers colons, qui, n’ayant plus ni société, ni ouvriers, ni argent, se trouvaient sans ressource dans ce hameau sauvage, à deux mille lieues de leur pays*”.<sup>9</sup> Ni siquiera quedaba a esos miserables la posibilidad de cobrarse venganza en la persona de Giordan, el socio de Villevêque que tan imprudentemente los había metido en aquella aventura, porque hacía tiempo que había huido del lugar, precisamente para sustraerse a la cólera de los colonos.<sup>10</sup>

No sólo eran falsas las expectativas de colonización agrícola. También resultaron ser engañosas las promesas de exenciones aduaneras que habían empeñado las autoridades mexicanas: después de haber exigido el pago de unos dos mil francos por derechos de tonelaje, el administrador de la aduana provocó la desesperación de los infortunados viajeros cuando les requirió discrecionalmente el desembolso de otras tasas por las mercancías que transportaban: “*l’administrateur retint pour les droits ce qu’il voulut, et nous rendit le reste, c’est-à-dire fort peu de chose, comme par faveur*”.<sup>11</sup>

La acumulación de tantas contrariedades produjo los mismos efectos que Fossey y sus acompañantes habían podido contemplar a su llegada a Minatitlán. Todos los miembros de la sociedad se dispersaron en desbandada, y nadie quiso acudir a la concesión. Mientras que unos colonos se establecieron en un pueblecito situado en la orilla derecha del Coatzacoalcos, donde pronto consumirían los recursos que les quedaban, los demás se dirigieron a Acayucan, San Andrés, Veracruz y México.<sup>12</sup> Un grupo de unos sesenta colonos se reembarcó, al cabo de unos meses, en una gabarra enviada por el gobierno francés.<sup>13</sup> La viuda de uno de aquellos colonos, madame Raimond, logró sobreponerse a las desgracias y, después de mil aventuras, consiguió asegurar incluso una relativa prosperidad a su hija, que se casó con un estadounidense.<sup>14</sup>

9 “Al desembarcar, fuimos recibidos por algunos de los primeros colonos que, faltos de sociedad, de obreros y de dinero, se encontraban sin recursos en ese caserío salvaje, a dos mil leguas de su país” (Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 14).

10 *Cfr. idem.*

11 “El administrador retuvo por los derechos lo que quiso y nos devolvió el resto, es decir, muy poca cosa, como de favor” (*ibidem*, p. 15). Más adelante, Fossey dirige fuertes críticas al reglamento de las aduanas vigente a mitad de siglo, y ejemplifica los abusos que propiciaba en la persona del director de la aduana de Oaxaca en 1849: *cfr. ibidem*, pp. 411-412 y 569.

12 *Cfr. ibidem*, pp. 15-16.

13 *Cfr. ibidem*, p. 95.

14 *Cfr. Brasseur de Bourbourg, Charles, Voyage sur l’isthme de Tehuantepec*, pp. 58-59.

Uno de los hombres que había viajado a bordo del *Petit-Eugène* resolvió quedarse a vivir en medio de la selva, y allí permaneció durante años, aislado de todos, resguardado en una cabaña situada en la proximidad del río Sarrabia, como un nuevo Robinson, barbudo y casi desnudo y en condiciones salvajes.<sup>15</sup> Una de las contadas ocasiones en que ese personaje, M. Charles, recibió noticias del mundo externo fue cuando acudieron a visitarlo unos indígenas de Boca del Monte, a quienes el alcalde había enviado para requerirle que colaborara en los trabajos de reparación del cementerio. La original respuesta de M. Charles dejó desconcertados a los indios: no le parecía lógico contribuir a las obras de un cementerio que él no utilizaba.<sup>16</sup>

El desastroso desenlace de la empresa de Coatzacoalcos abrió un prolongado compás de espera para los proyectos colonizadores de Tehuantepec,<sup>17</sup> que se reanudaron en 1854 cuando, por vez primera, se confiaron las labores de deslinde a una compañía particular.<sup>18</sup> Durante ese intervalo hubo, sí, un breve y fallido intento colonizador: el que se llevó a cabo en Nautla, entre Veracruz y Tuxpan, para fundar una colonia francesa, la de Jicaltepec:

*mais il arriva là ce qui avait déjà causé le désastre de celle du Goatzacoalco: le directeur de la colonie montra une incurie fatale au succès de l'entreprise, et les colons ne tardèrent pas à se disperser. Quelques familles cependant restèrent à Jicaltepec et parvinrent à force de travail et de constance à surmonter l'horrible misère qui les accueillit à leur arrivée. Elles possédaient naguère de petites habitations bien cultivées qui leur donnaient une existence facile, lorsque l'ouragan de 1853 anéantit leur bien-être et les plongea une seconde fois dans la misère.<sup>19</sup>*

15 Cfr. Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, pp. 57-60.

16 Cfr. *ibidem*, p. 59.

17 Cfr. Berninger, Dieter George, *La inmigración en México (1821-1857)*, México, Secretaría de Educación Pública, Sep-Setentas, 1974, pp. 69-74 y 174-175.

18 Cfr. Aboites Aguilar, Luis, *Norte precario. Poblamiento y colonización en México (1760-1940)*, México, El Colegio de México-Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 1995, p. 55.

19 "Pero ocurrió allí lo mismo que había causado el desastre de la de Goatzacoalco: el director de la colonia manifestó una incuria que resultó fatal para el éxito de la empresa, y los colonos no tardaron en dispersarse. Sin embargo, algunas familias permanecieron en Jicaltepec y, a fuerza de trabajo y de constancia, lograron sobreponerse a la horrible miseria que los acogió a su arribo. Apenas poseían unas pequeñas viviendas, aunque lo que plantaban les procuraba una existencia fácil; pero la llegada del huracán de 1853 acabó con su bienestar y los sumergió por segunda vez en la miseria" (Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 318).

La presencia de Fossey y de Brasseur en México no se explica sino en el contexto de esa política colonizadora que, a trancas y barrancas, trataron de poner por obra los primeros gobiernos mexicanos, después de obtenida la Independencia de España. Uno de los presupuestos de este programa, más o menos explícito según los casos, era la necesidad de blanquear el país a través del mestizaje, o mediante un fuerte incremento de la población de raza blanca, cuyo predominio numérico acabaría por imponer su modo de vida al de los atrasados indios, y repudiar sus toscas manifestaciones culturales.

Uno de los incipientes pregoneros de esa solución fue Simón Tadeo Ortiz de Ayala que, ya en 1822, había consignado: “mientras esta clase de hombres aislados [los indígenas] se aproxime a los descendientes de europeos, más se identificarán en la sociedad, y se civilizarán con fruto del Estado; éste es un negocio de la mayor importancia que exige todos los desvelos del gobierno”:<sup>20</sup> un gobierno que, como proclamaba el secretario de Relaciones aquel mismo año, había dejado de mirar con ceño la habilidad de los extranjeros, y había abandonado los prejuicios que estorbaron su llegada antes de la Independencia.<sup>21</sup>

Todavía en tiempos del imperio de Iturbide, Tadeo Ortiz ponderó la conveniencia de colonizar el istmo de Tehuantepec y de erigir una provincia y un gobierno local, “desmembrando una parte de las provincias de Oaxaca y Chiapas, hasta los puertos de Tehuantepec, Guatulco y Tonalá, comenzando con abrir el famoso puerto de Coatzacoalcos”.<sup>22</sup>

De modo concorde con las aspiraciones enunciadas por Tadeo Ortiz, el decreto del 14 de octubre de 1823 erigió la provincia del istmo, formada por las jurisdicciones de Acayucan y Tehuantepec;<sup>23</sup> pero, “persuadiéndose el soberano congreso de los inconvenientes que debía producir en la práctica la desmembración del territorio del Estado de Oaxaca y del de

20 Ortiz de Ayala, Simón Tadeo, *Resumen de la estadística del Imperio Mexicano, 1822*, México, Biblioteca Nacional-UNAM, 1968, p. 20.

21 Cfr. Aboites Aguilar, Luis, *Norte precario*, pp. 44 y 54. Algunos datos relevantes sobre Tadeo Ortiz, en Silva Herzog, Jesús, “La tenencia de la tierra y el liberalismo mexicano. Del grito de Dolores a la Constitución de 1857”, en VV. AA., *El Liberalismo y la Reforma en México*, México, UNAM, Escuela Nacional de Economía, 1973, pp. 665-714 (pp. 675-680).

22 Ortiz de Ayala, Simón Tadeo, *Resumen de la estadística del Imperio Mexicano, 1822*, p. 59.

23 Cfr. Dublán, Manuel, y Lozano, José María, *Legislación mexicana ó Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, 19 ts., México, Imprenta del Comercio, a cargo de Dublán y Lozano, Hijos, 1876-1890, t. I, núm. 371, pp. 682-684 (14-X-1823); Orozco, Wistano Luis, *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos, por el Licenciado...*, 2 vols., México, Imp. de El Tiempo, 1895, vol. I, pp. 183-185, y Berninger, Dieter George, *La inmigración en México (1821-1857)*, pp. 65-66.

Veracruz”,<sup>24</sup> mudó de criterio y dispuso, por el artículo 7o. del Acta Constitutiva de la Federación, que “los partidos y pueblos que componían la provincia del istmo de Huazacoalco, volverán a las que antes han pertenecido”.

En los debates sobre esa proyectada reorganización jurisdiccional de los pueblos de la provincia del istmo se produjo una intervención de José María Becerra, a fines de enero de 1824 que, lamentablemente, no fue escuchada con la necesaria atención. Recomendó este diputado que, “supuestos los principios de disolución de todo acto anterior, se explore la voluntad así de Tehuantepec como de Colima, y en vista de ella determine el Congreso si han de ser ó no estados ó á cual se han de agregar”.<sup>25</sup>

Desde entonces, las cosas no cesaron de empeorar para los habitantes del istmo, que vieron sus tradicionales sistemas de propiedad y de explotación de las salinas afectados por las leyes aprobadas por el Congreso de Oaxaca a lo largo de 1824. El momento más candente llegó con una ley agraria del estado de Oaxaca de 1826 que, al privar de representatividad a las comunidades, las inhabilitó para defender sus intereses en los litigios que se libraban ante los tribunales.

Las condiciones estaban creadas para el inicio de la acción armada, que amenazaba con desbordar los límites del estado de Oaxaca y echar por tierra las laboriosas gestiones de Tadeo Ortiz, que había logrado interesar a Miguel Barragán, gobernador de Veracruz, en la colonización del “majestuoso Coatzacoalcos”.<sup>26</sup>

Los primeros intentos por atraer mano de obra europea coincidieron en el tiempo, paradójicamente, con las expulsiones de españoles decretadas en 1828 por el presidente Vicente Guerrero. Fossey fue testigo en 1831 del regreso masivo de españoles que, arrojados de la república tres años atrás, volvieron para reintegrarse a sus familias, aprovechando las facilidades que les proporcionaba Anastasio Bustamante:

24 Intervención de Nicolás Rojas ante el Congreso, el 19 de diciembre de 1856: Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857, Extracto de todas sus sesiones y documentos parlamentarios de la época*, 2 vols., México, H. Cámara de Diputados, Comité de Asuntos Editoriales, 1990 (edición facsimilar de la de México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1857), vol. II, pp. 692-693 (19-XII-1856).

25 Intervención de José María Becerra ante el Congreso, el 29 de enero de 1824: *Acta Constitutiva de la Federación. Crónicas*, México, Secretaría de Gobernación, Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión, Comisión Nacional para la conmemoración del Sesquicentenario de la República Federal y del Centenario de la Restauración del Senado, 1974, p. 568 (29-I-1824).

26 Cfr. Berninger, Dieter George, *La inmigración en México (1821-1857)*, p. 68.

*chaque navire venant d'Europe ou de la Nouvelle-Orléans ramenait quelques-uns de ces exilés, qui saluaient du doux nom de patrie cette terre où ils allaient retrouver une épouse, des enfants, des parents, qui, nés sur le sol mexicain, avaient pu y rester pour veiller aux intérêts des absents. Ce n'était pas que la loi d'expulsion de 1828 eût été rapportée; mais le président Bustamante, qui avait supplanté Guerrero, favorisait ouvertement les Espagnols, dont le parti était étroitement lié d'intérêt à celui du clergé et de l'aristocratie, qui l'avait porté au pouvoir.<sup>27</sup>*

Aquel año de 1828 apareció un artículo de prensa en un periódico belga, *L'Industriel*, que se editaba en la ciudad de Bruselas, con el título de “Colonia de Coatzacoalcos”. Su autor era el italiano Claudio Linati, introductor del arte litográfico en México, que también dio por entonces a la imprenta una obra llamada *Trajes civiles, militares y religiosos de México*, en la que aparecía una litografía — “Miliciano de Guazacualco” — a la que acompañaba un texto referente a los proyectos del gobierno mexicano sobre la región de Coatzacoalcos, que esperaba convertir en una importante base militar y comercial, merced al impulso que representarían la construcción de un nuevo puerto en la desembocadura del río de aquel nombre y de una vía terrestre que comunicara los litorales del Pacífico y del Atlántico.<sup>28</sup>

No tardó en llegar el declive de los primeros asentamientos fundados por colonos extranjeros. Mathieu de Fossey atestigua el abandono de Boca del Monte, un pueblecito fundado por Tadeo Ortiz a escasa distancia del río Coatzacoalcos, entre Tehuantepec y Guichicovi, la capital de los mixes: los franceses que se instalaron allí fueron expulsados por la multitud de insectos y por el convencimiento de que nada podían hacer contra la soledad y la falta de atención de las autoridades.<sup>29</sup>

27 “Cada navío que venía de Europa o de Nueva Orleáns traía a algunos de estos exilados, que saludaban con el dulce nombre de patria a esta tierra donde iban a encontrar a una esposa, unos hijos, unos padres, que, nacidos en suelo mexicano, habían podido permanecer en él para velar por los intereses de los ausentes. No es que la ley de expulsión de 1828 hubiera sido revocada, sino que el presidente Bustamante, que había suplantado a Guerrero, favorecía abiertamente a los españoles, cuyo partido estaba estrechamente aliado por sus intereses al del clero y la aristocracia, que lo había llevado al poder” (Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 96). Sobre las leyes de expulsión de españoles, *cfr.* Ferrer Muñoz, Manuel, *La formación de un Estado nacional en México (El Imperio y la República federal: 1821-1835)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 169-173.

28 *Cfr.* Díaz y de Ovando, Clementina, “Viaje a México (1844)”, pp. 163-164.

29 *Cfr.* Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 49.

### III. COLONIZACIÓN Y REPOBLACIÓN

La traumática guerra entre México y Estados Unidos,<sup>30</sup> que se apoderó de la mitad del territorio nacional, volvió a agudizar la conciencia de que urgía poblar el país con gentes trabajadoras e industriosas: por eso, el presidente José Joaquín Herrera señaló la colonización como el único remedio frente a los males que afligían a la nación; y por eso también el decreto del presidente Antonio López de Santa Anna, que invitaba a establecerse en México a los católicos de la vieja Europa.<sup>31</sup>

Fossey, que había vivido en carne propia la dolorosa experiencia de unos planes alocados de colonización, no se resistió a la tentación de explayarse sobre las razones que, a su juicio, explicaban el fracaso de aquellos llamamientos dirigidos a la población europea, que sí había respondido al señuelo de la emigración a Estados Unidos:

*pourquoi donc ces colons restent-ils sourds à l'appel tant de fois répété des Mexicains? C'est que ceux-ci n'ont rien fait pour obtenir leur préférence; ils ne leur ont pas même signalé un terrain pour leur premier établissement.... La faute en est au pays lui-même: c'est lui qui se suicide. Elle doit retomber sur chaque citoyen en particulier; car celui qui élève le plus haut sa voix pour blâmer les chefs de l'État ne mérite pas moins qu'eux le reproche d'indifférence et d'apathie. Quel député a jamais fait entendre à la tribune, avec la ténacité de Caton, les paroles de salut qui, tôt ou tard, auraient eu le même succès que le delenda est Carthago? Quel État a jamais pris l'initiative pour la création d'une colonie, en proportionant les moyens à la fin qu'il se proposait? Oaxaca, Chiapa, Yucatan, attendent de l'augmentation de leur population blanche leur sûreté et leur richesse; cependant ces États n'ont encore pris aucune détermination à cet égard. L'ancienne loi de colonisation autorisait seulement le gouvernement d'Oaxaca à peupler l'isthme de Tehuantepec d'indigènes pris dans les villages du même État: singulière invention pour peupler un pays! Eh bien, la nouvelle loi de 1849 n'a pas été plus efficace pour coloniser la côte d'Huatulco.*<sup>32</sup>

30 Mathieu de Fossey debía de hallarse por entonces en la ciudad de México, pues, según él mismo nos informa, abandonó la capital de la república en 1848, circunstancia que le impidió conocer al nuevo representante diplomático de Francia, que había sido designado ese mismo año por el gobierno provisional que se instaló tras el derrocamiento de Luis Felipe: *cfr. ibidem*, p. 285.

31 *Cfr. ibidem*, p. 469; Dublán, Manuel, y Lozano, José María, *Legislación mexicana*, t. VII, núm. 4,211, p. 84 (16-II-1854), y Orozco, Wistano Luis, *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*, vol. I, pp. 233-238.

32 “¿Por qué, pues, permanecen sordos estos colonos a la llamada tantas veces repetida de los mexicanos? Resulta que éstos no han hecho nada por obtener su preferencia; no les han señalado un

Tal vez no reparaba Fossey, cuando criticaba las disposiciones para la colonización de Tehuantepec, en que existían precedentes que dotaban de racionalidad a las prevenciones de los legisladores de Oaxaca, cuando restringieron la colonización del istmo a indígenas del propio estado. Así, en enero de 1824, el diputado Demetrio del Castillo se había manifestado en contra de la separación del partido de Tehuantepec del estado de Oaxaca, y de que las instancias federales proyectaran colonizar esa región. Se corría el peligro, en la opinión de aquel diputado, de que los nuevos habitantes echaran mano “para sus trabajos de los infelices indios, abandonando el suyo propio, convirtiéndose entonces de propietarios que ahora son en gañanes de los pobladores, quedando muy distante México para pedir el remedio á sus males, si tal vez resintiesen algunos daños ó vejaciones”.<sup>33</sup>

Antes aún que Demetrio del Castillo, el propio José María Morelos había alertado en sus *Sentimientos de la Nación* acerca de los presumibles efectos indirectos perniciosos de la presencia de colonizadores foráneos en la región del istmo, y se había pronunciado por que “no se admitan extranjeros, si no son artesanos capaces de instruir y libres de toda sospecha”.<sup>34</sup>

terreno para su primer establecimiento... La falta está en el mismo país: él es el que se suicida. La falta debe recaer en cada ciudadano en particular; pues el que más levanta la voz para censurar a los jefes de Estado no se hace menos merecedor que ellos al reproche por su indiferencia y su apatía. ¿Qué diputado ha hecho oír alguna vez a la tribuna, con la tenacidad de Catón, las palabras de salvación que, tarde o temprano, habrían tenido el mismo resultado que el *delenda est Cartago*? ¿Qué Estado ha tomado alguna vez la iniciativa para la creación de una colonia, proporcionando los medios para el fin que se proponía? Oaxaca, Chiapas, Yucatán esperan del aumento de su población blanca su seguridad y su riqueza; sin embargo, estos Estados no han adoptado aún ninguna resolución a este propósito. La antigua ley de colonización autorizaba al gobierno de Oaxaca solamente a poblar el istmo de Tehuantepec con indígenas de los pueblos del mismo Estado: ¡singular invento para poblar un país! Y bien, la nueva ley de 1849 no ha sido más eficaz para colonizar la costa de Huatulco” (Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, pp. 469-470). Vid. también *ibidem*, pp. 474-475.

33 Intervención de Demetrio del Castillo ante el Congreso, el 29 de enero de 1824: *Acta Constitutiva de la Federación. Crónicas*, p. 569 (29-I-1824).

34 *Sentimientos de la Nación*, en Lemoine, Ernesto, *Morelos. Su vida revolucionaria a través de sus escritos y de otros testimonios de la época*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1991, pp. 370-373 (p. 371). Cfr. Berninger, Dieter George, *La inmigración en México (1821-1857)*, pp. 25-26. Las miras extranjeras sobre el istmo no harían sino agudizarse con el paso del tiempo. Aunque las Cortes españolas expidieron un decreto, el 30 de abril de 1814, por el que autorizaban la construcción de un canal entre los ríos Chimalapa y Coatzacoalcos, nada se llevaría a cabo por entonces. Para una visión general de las disputas posteriores por el control de la región, promovidas por intereses asociados a ese proyecto de comunicación interoceánica, cfr. Morales Becerra, Alejandro, “La disputa por Tehuantepec”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLVII, núms. 215-216, septiembre-diciembre de 1997, pp. 237-286.

Nunca dudó Fossey sobre la eficacia económica y política de la colonización. Así, cuando recuerda la abundancia de oro y de plata que había en Oaxaca en 1812, cuando Morelos hizo su entrada en la ciudad —eran tiempos muy buenos gracias al cultivo y comercialización de la cochinita—, no puede evitar un deje de nostalgia que, enseguida, va unido a un motivo de esperanza: “*ce temps de prospérité est passé, il ne reviendra que quand on colonisera ce beau pays*”.<sup>35</sup> Y, al referir el aislamiento que rodeaba a las poblaciones indígenas de Chiapas, Tabasco y Yucatán, propuso como mejor solución la que, en un lenguaje figurado, había propugnado Vicente Rocafuerte: “*une inondation des peuples d’Europe dans cette terre vierge pour y faire naître la richesse et y ennoblir les facultés de l’homme*”.<sup>36</sup>

#### IV. PROYECTOS DE COMUNICACIONES INTEROCEÁNICAS

De lo escrito hasta aquí se desprende la importancia que, en la cuarta década del siglo, había cobrado la colonización del istmo de Tehuantepec. Por eso, la diversidad de proyectos, que atrajeron la atención de tantos aventureros dentro y fuera del país, entre los que no pueden olvidarse los de Juan Obregozo y de Françoise Giordan, autores de un libro publicado en 1838: *Descriptions et colonisation de l’Isthme de Tehuantepec*.

Lo notable del caso es que los fracasos repetidos en la colonización de la región de Coatzacoalcos —que Brasseur atribuía a “*la guerre civile qui n’a cessé de dévorer la vitalité du Mexique*”,<sup>37</sup> cuyos efectos destructivos le hacían evocar con nostalgia la prosperidad de que disfrutaron antaño ciudades como Tehuantepec— no desalentaron a empresarios ni colonos: todavía en 1884, Alejandro Prieto publicó un libro, en el que había recopilado la información que estimó útil para quienes hubieran de dirigir el asentamiento de colonias en el istmo.<sup>38</sup> Sí es apreciable un cambio en la orientación de esos planes: sobre todo, a partir del año 1842, cuando José de Garay obtuvo de José María Bocanegra, ministro de Relaciones

35 “Este tiempo de prosperidad ha quedado atrás, y no volverá hasta que se colonice este hermoso país” (Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 354).

36 “Una inundación de pueblos de Europa en esta tierra virgen, para hacer que nazca ahí la riqueza y se ennoblezcan las facultades del hombre” (*ibidem*, p. 566).

37 “La guerra civil que no ha cesado de agotar la vitalidad de México” (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l’isthme de Tehuantepec*, p. 17). *Vid.* también *ibidem*, pp. 138 y 146-148.

38 Prieto, Alejandro, *Proyectos sobre la colonización del istmo de Tehuantepec*, México, Ignacio Cumplido, 1884.



de Antonio López de Santa Anna, la concesión para construir una vía interoceánica en Tehuantepec.<sup>39</sup>

A las inquietudes provocadas por las aspiraciones estadounidenses, que se manifestaron por vez primera en 1848, siguió en 1852 la publicación de un libro de John Jay Williams que Charles Étienne Brasseur conoció a la perfección. Se trata de *El istmo de Tehuantepec, resultado del reconocimiento que para la construcción de un ferrocarril de comunicación entre los Océanos Atlántico y Pacífico ejecutó la comisión científica, bajo la dirección del Sr. J. G. Barnard*,<sup>40</sup> ingeniero al servicio de la *Tehuantepec Railroad Co. of New Orleans*, a la que se había concedido permiso para la construcción de un ferrocarril, que luego fue revocado.

No mucho después, Brasseur tuvo ocasión de tratar directamente con los responsables de la *Compañía Luisianesa de Tehuantepec* que, en 1857, obtuvo el privilegio para abrir una comunicación interoceánica en el istmo. En efecto, Brasseur llegó a Minatitlán en mayo de 1859 a bordo de un vapor estadounidense, el *Guazacoalcos*, fletado por la Luisianesa. Lo acompañaban numerosos pasajeros que eran personas a las que había contratado la compañía, “*ou désireux de s’engager avec elle, pour travailler sur l’isthme ou obtenir quelque emploi dans l’administration du transit qui continuait laborieusement à s’organiser à cette époque*”.<sup>41</sup> Para entonces, la empresa alentada por la Luisianesa gozaba de una notable popularidad, estimulada por medio de un diario ilustrado, que contenía vistas, croquis y paisajes del istmo.<sup>42</sup> No tardarían en manifestarse alarmantes síntomas de debilidad, provocados por la mala gestión de la compañía, que no fiscalizó con el necesario cuidado la actuación de sus empleados establecidos en el istmo.<sup>43</sup> La suspensión de los trabajos de la Luisianesa no fue sino el corolario obligado de ese estado de cosas: aunque las autoridades mexicanas decretaron de inmediato la requisición de los bienes de la compañía, Juárez canceló esa medida y ordenó que se levantaran los secuestros impuestos a sus propiedades.<sup>44</sup>

39 Cfr. Fernández Mac Gregor, Genaro, *El istmo de Tehuantepec y los Estados Unidos*, México, s. e., 1954, pp. 13-19.

40 Esta obra fue publicada en México por Vicente García Torres, en el año ya indicado de 1852.

41 “O deseos[a]s de trabajar en el istmo u obtener algún empleo en la administración del tránsito que seguía organizándose laboriosamente en esta época” (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l’isthme de Tehuantepec*, p. 8). Vid. también *ibidem*, pp. 18-19.

42 Cfr. *ibidem*, p. 11.

43 Cfr. *ibidem*, pp. 77-78 y 115-116.

44 Cfr. *ibidem*, pp. 204-207.

Un mes antes del desembarco de Brasseur en Minatitlán, Estados Unidos había reconocido al gobierno de Benito Juárez. A cambio se gestionó el tratado de Mac Lane-Ocampo que, aunque llegó a firmarse en diciembre de 1859, encontró el rechazo del Senado estadounidense. México corrió con suerte, porque una de las cláusulas que se establecieron otorgaba a Estados Unidos derechos de perpetuidad sobre el tránsito por el istmo de Tehuantepec, con la consiguiente afrenta a la soberanía nacional mexicana.<sup>45</sup>

Aunque Brasseur coincidió con Robert Mac Lane en Minatitlán, incurre en cierta imprecisión cuando relata la anterior estancia de Mac Lane en Veracruz, adonde había llegado el 31 de marzo de 1859.<sup>46</sup> En efecto, la información de que dispuso era indirecta, proporcionada por John Mac Keod Murphy, senador por el estado de Nueva York, antiguo colaborador del mayor Barnard y personaje cercano a los directivos de la Compañía Luisiana. Además, la versión de Murphy era incompleta; se sustentaba a su vez en lo que le había contado Émile La Sère, presidente de la compañía, y se refería sólo a las gestiones diplomáticas de Mac Lane que culminaron en el reconocimiento del gobierno de Juárez. Apenas indicaba esa fuente nada acerca de la tramitación del tratado ni de los contenidos del acuerdo: sólo se mencionaba la habilidad de La Sère para engatusar a Mac Lane, deslumbrándolo con la gloriosa perspectiva de “*obtenir de nouvelles concessions sur l’isthme de Tehuantepec et à assurer, par un nouveau traité, la prépondérance américaine dans ces contrées*”.<sup>47</sup>

En realidad, el gobierno de James B. Buchanan se había mostrado favorable al reconocimiento de Juárez, siempre y cuando quedara asegurada una contrapartida satisfactoria para Estados Unidos. Según Ralph Roeder, asaltaron después algunas dudas a Buchanan, y acordó dejar libertad de decisión a Mac Lane para que, discrecionalmente, otorgara o no el reconocimiento. El representante estadounidense procedió con excesiva premura, pues a los cinco días de su llegada a Veracruz había presentado ya sus credenciales al presidente Juárez. A partir de entonces, convencido indudablemente de haber obrado con ligereza, resolvió adoptar los lentos

45 Cfr. Fernández Mac Gregor, Genaro, *El istmo de Tehuantepec y los Estados Unidos*, pp. 135-220.

46 Cfr. Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l’isthme de Tehuantepec*, pp. 23-42.

47 “Obtener nuevas concesiones en el istmo de Tehuantepec y asegurar, mediante un nuevo tratado, la preponderancia norteamericana en estas regiones” (*ibidem*, p. 39).

procedimientos de Buchanan, y avanzar sin prisas en las discusiones del tratado.<sup>48</sup>

## V. EL CONTEXTO DE GUERRAS CIVILES

La estancia de Charles Étienne Brasseur en una región como Tehuantepec, tan sujeta a las agitaciones de las guerras civiles que asolaron México en el tramo central del siglo, se refleja en muchas páginas de su *Voyage sur l'isthme*. Hay un pasaje, que reproducimos en su integridad, que describe la pugna entre liberales y conservadores, tal y como se presentaba a los ojos de Brasseur:

*deux partis divisaient ce beau pays: l'un, soi-disant défenseur de l'Église catholique, occupait avec la capitale ses environs immédiats, ainsi qu'une portion de l'État fédéral et de ceux de Jalisco, de Guanajuato, de Querétaro, de la Puebla et de la Vera-Cruz; à la tête de ce parti est encore aujourd'hui le général Miramon, officier jeune, actif, entreprenant et rempli de courage, mais peut-être trop militaire et trop Espagnol pour être en état de conduire les rouages putréfiés de ce gouvernement. Dans le reste des États de la confédération mexicaine, on reconnaît nominalement l'autorité de Juárez, président du parti qui s'intitule libéral, quoique par la difficulté qu'il y a à correspondre avec ces diverses provinces, il y ait en réalité autant de présidents qu'il y a de généraux en chef ou de gouverneurs suprêmes. Fortifié à la Vera-Cruz, Juárez y a pour appui et pour porte de derrière le château de San-Juan de Ulloa, la mer et les vaisseaux des États-Unis.*<sup>49</sup>

48 Cfr. Roeder, Ralph, *Juárez y su México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 290-300. Vid. también Fuentes Mares, José, *Juárez y los Estados Unidos*, México, Jus, 1972, pp. 108-115, y Zorrilla, Luis G., *Historia de las relaciones entre México y los Estados Unidos de América 1800-1958*, 2 vols., México, Porrúa, 1965, vol. I, pp. 388-390.

49 “Dos partidos dividían este hermoso país: uno, diciéndose defensor de la Iglesia católica, ocupaba la capital y sus alrededores inmediatos, así como una parte del Distrito Federal y los estados de Jalisco, Guanajuato, Querétaro, Puebla y Veracruz; a la cabeza de este partido está todavía hoy el general Miramón, joven oficial, activo, emprendedor y lleno de valentía, pero quizá demasiado militar y demasiado español para ser capaz de conducir los mecanismos putrefactos de este gobierno. En el resto de los estados de la confederación [sic] mexicana se reconocía nominalmente la autoridad de Juárez, presidente del partido liberal, aunque, por la dificultad que hay en comunicarse con estos diversos estados, había en realidad tantos presidentes como hay generales en jefe o gobernadores supremos. Fortificado en Veracruz, Juárez tiene por apoyo y como puerta de salida el castillo de San Juan de Ulúa, el mar y los buques de los Estados Unidos” (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec*, pp. 109-110).

Pero, como admite Brasseur, existían otras razones coadyuvantes que apenas si eran conocidas en el extranjero, porque ni siquiera los propios partidos en pugna se preocupaban de explicarlas. Expulsados los españoles de México, los criollos se sintieron herederos exclusivos de los privilegios que aquéllos habían disfrutado hasta entonces en su propio beneficio. Contra esa pretensión reaccionaron los mestizos que, como los criollos, habían tomado parte activa en la lucha independentista contra España. “*Actuellement, les Indiens, eux-mêmes, qui commencent, en quelques provinces, à se mêler au mouvement intellectuel, sans avouer ouvertement leur origine, prennent part à la lutte où ils entrevoient l’entier affranchissement de leur race*”.<sup>50</sup> Así, pues, las luchas partidistas y las banderas de la Iglesia y del credo liberal no eran sino máscaras de que se servían, de una parte, los herederos de los conquistadores y, de otra, las razas cruzadas e indígenas, para alcanzar una victoria que les diese un poder exclusivo. No es que el partido de los indígenas y mestizos, que buscaba reconquistar sus derechos, rechazara a la Iglesia: “*ce qui est bien certain, c’est que ce n’est pas à l’Église qu’ils ne veulent: ils sont catholiques, ils le sont tous et plus qu’on en saurait l’imaginer. Ce qu’ils poursuivent, c’est l’extinction d’une domination étrangère qui, il faut le dire, n’a trouvé malheureusement que trop d’appui dans le haut clergé*”.<sup>51</sup>

Aunque las condiciones parecían dadas para una conflagración generalizada, una guerra de castas que no se conformara sino con la extinción física de uno de los bandos contendientes, Brasseur —que parece convencido de que la victoria iba a decantarse del lado de los liberales, al que asociaba a las poblaciones mestizas e indígenas— encuentra razones para un moderado optimismo. Amantes de la libertad, las razas mixtas deberán pensar que, para prevalecer, necesitan de la unión y de la obediencia al poder establecido; y cabía esperar que ese poder fuera adquiriendo mayor fortaleza y estabilidad: “*l’indépendance de l’étranger, l’extinction de la prépondérance d’une race sur une autre, le respect des droits de tous ne*

50 “Actualmente los propios indios, que comienzan en algunas provincias a mezclarse al movimiento intelectual, sin confesar abiertamente su origen, toman parte en la lucha que parece mostrarles la completa liberación de su raza” (*ibidem*, pp. 112-113).

51 “Cierto, pero lo que está lejos de serlo es que no quieran a la Iglesia: son católicos y lo son tanto y más de lo que uno se podría imaginar. Lo que ellos persiguen es la extinción de una dominación extranjera que, hay que decirlo, ha encontrado, desgraciadamente, demasiado apoyo en el alto clero” (*ibidem*, p. 113). *Vid.* también *ibidem*, p. 150.

*sauraient exister avec ces oligarchies turbulentes et faibles qui ont dévoré sa vitalité durant tant d'années*".<sup>52</sup>

No acierta a explicar Brasseur por qué se operaría ese proceso en virtud del cual se asentarían la sensatez y la rectitud como por ensalmo. Porque las razones que aduce, fundadas en el tradicional respeto a la autoridad de los indígenas, y en su profundo sentido religioso, no convencen a nadie: "*dans de telles conditions, ils peuvent donc espérer, sous un gouvernement fort, d'obtenir l'égalité légale et de voir l'Église catholique reprendre parmi eux une juste et légitime influence*".<sup>53</sup>

Brasseur recuerda los pormenores de las luchas civiles en Oaxaca, de las que había sido testigo presencial: un conflicto que brindaba la ocasión propicia a las bandas armadas, que vivían del robo y del pillaje, para disfrazar sus violencias asesinas con la defensa de los principios esgrimidos por los "patricios" o los "juchitecos".<sup>54</sup> Rebosan frescura y dramatismo las páginas del *Voyage sur l'isthme* dedicadas a narrar el desasosiego que sembraban entre los habitantes de la región de Tehuantepec las correrías de unos y otros, o las noticias que llegaban sobre la derrota de Degollado frente a Miramón, ante las mismas puertas de la ciudad de México.<sup>55</sup>

No obstante, la pugna entre Juchitán y Tehuantepec parece desbordar el ámbito de los enfrentamientos entre liberales y conservadores, para arraigarse más bien en antiguas rivalidades, avivadas por el establecimiento de la república federal (*vid.* II), y por las amenazas crecientes sobre tierras y salinas de explotación comunal. La irritación de los indios se tradujo en una revuelta de zapotecos que, en 1827, habían reivindicado con violencia sus tierras y sus bienes; y —siete años después— en un levantamiento armado de los juchitecos, secundado por zapotecos, huaves, zoques y chontales, y dirigido contra el despojo territorial y el monopolio de las salinas y lagunas, que no pudo ser controlado del todo hasta mediados de siglo, después de nuevos estallidos de violencia: uno en 1844-1845 —que obligó a intervenir al general Juan Álvarez, en búsqueda de la pacificación—, y en 1849, el otro, desatado éste por huaves y chontales y apoyado posteriormente por los zapotecos, que reclamaban la propiedad

52 "La independencia del extranjero, la extinción de la preponderancia de una raza sobre otra, el respeto de los derechos de todos no podrían existir con estas oligarquías turbulentas y débiles que han devorado su vitalidad durante tantos años" (*ibidem*, p. 114).

53 "En tales condiciones ellos pueden, por tanto [?], bajo un gobierno fuerte, esperar la igualdad legal y ver a la Iglesia católica volver a tener entre ellos una justa y legítima influencia" (*idem*).

54 *Cfr. ibidem*, p. 115.

55 *Cfr. ibidem*, pp. 125-126.

histórica de los yacimientos de sal. Tras una alianza coyuntural con el movimiento político apadrinado por el coronel Gregorio Meléndez, que proyectaba la segregación de Juchitán de Oaxaca y su conversión en territorio, los indígenas se desvincularon de estas demandas y retornaron a sus exigencias de control sobre sus recursos naturales.<sup>56</sup>

El gobierno nacional no ocultó su alarma por la coincidencia de esta última revuelta con la insurrección de los mayas yucatecos; los efectos desestabilizadores del *Plan político y eminentemente social proclamado en esta ciudad por el Ejército Regenerador de Sierra Gorda* del 14 de marzo de 1849, expedido en Río Verde por Eleuterio Quiroz, y la guerra promovida en los estados fronterizos del norte por los indios “bárbaros”, cuyas correrías en Chihuahua y Durango aconsejaron el brutal recurso a contratas de sangre, como se llamaba a las recompensas que se concedía por cada indio muerto o prisionero.<sup>57</sup>

Resulta, pues, lógico que el *status* de Tehuantepec fuera objeto de discusiones y cambios entre 1853 y 1857. Finalmente, desapareció como entidad política autónoma, sin que fuera escuchada la voz de zapotecos, huaves, mixes, zoques, popolucas ni nahuas, sujetos en su mayoría a un proceso que, impulsado por la privatización de los recursos naturales, las crisis agrícolas y las epidemias, había borrado del mapa a numerosas poblaciones indígenas, y que se tornó aún más amenazador después del tratado MacLane-Ocampo, de 1859 (*vid IV*).<sup>58</sup>

56 Cfr. Barabas, Alicia M., “Rebeliones e insurrecciones indígenas en Oaxaca: la trayectoria histórica de la resistencia étnica”, en Barabas, Alicia M., y Bartolomé, Miguel A. (coords.), *Etnicidad y pluralismo cultural. La dinámica étnica en Oaxaca*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Dirección General de Publicaciones, 1990, pp. 213-256 (pp. 247-250); Reina, Leticia, *Las rebeliones campesinas en México (1819-1906)*, México, Siglo Veintiuno, 1980, pp. 240-242; Reina, Leticia (coord.), *Las luchas populares en México en el siglo XIX*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Cuadernos de La Casa Chata, 1983, pp. 53-54 y 60-61; Covarrubias, Miguel, *El sur de México*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1980, p. 275, y Hamnett, Brian, Juárez, Londres-Nueva York, Longman, 1994, pp. 40-42.

57 Cfr. Castañeda Batres, Óscar, *Leyes de Reforma y etapas de la Reforma en México*, México, Talleres de Impresión de Estampillas y Valores, 1960, p. 193; Meyer, Jean, *Problemas campesinos y revueltas agrarias (1821-1910)*, México, Secretaría de Educación Pública, Sep-Setentas, 1973, pp. 13-14 y 64-66; Riva Palacio, Vicente, et al., *México a través de los siglos. Historia general y completa del desenvolvimiento social, político, religioso, militar, científico y literario de México desde la Antigüedad más remota hasta la época actual. Obra única en su género publicada bajo la dirección del general [...]*, t. IV: *México independiente 1821-1855 escrita por D. Enrique Olavarría y Ferrari*, México, Gustavo S. López editor, 1940, pp. 725 y 733, y Ferrer Muñoz, Manuel y Bono López, María, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 387-389 y 593.

58 Cfr. Reina Aoyama, Leticia, “Los pueblos indios del istmo de Tehuantepec. Readecuación económica y mercado regional”, en Escobar Ohmstede, Antonio (coord.), *Indio, nación y comunidad*

Brasseur enuncia someramente el desarrollo de los conflictos en Tehuantepec a partir de 1850, cuando tuvo lugar el ya mencionado levantamiento de Meléndez, un mestizo de Juchitán que abrigaba un implacable odio contra los dirigentes del estado de Oaxaca, que le habían denegado el acceso al cargo de gobernador de Tehuantepec.<sup>59</sup>

La ocasión fue propiciada por el establecimiento de un nuevo impuesto sobre la sal y por la aparición de una epidemia de cólera. Meléndez responsabilizó a los criollos de ambos males, persuadió a los juchitecos para que se lanzaran sobre Tehuantepec, y logró el apoyo de los indígenas de Huilotepec, San Jerónimo e Iztaltepec. Enseguida logró la ocupación de Tehuantepec que, extorsionada y saqueada, quedó en manos de los insurgentes durante un año. Los éxitos militares de Meléndez obligaron al gobierno a claudicar: ofreció garantías al jefe insurrecto, que se retiró a la frontera con Guatemala, y abolió el catastro y el impuesto sobre la sal.<sup>60</sup>

Aunque durante la presidencia de Santa Anna, los criollos se movilaron para recuperar el poder que había escapado de sus manos, el levantamiento del general Juan Álvarez y la abdicación del dictador se volvieron en su contra y alentaron un recrudecimiento de la guerra civil, que se agravó más con la caída de Ignacio Comonfort. Ése fue el contexto en que la pugna entre juchitecos y patricios se tiñó de ideologías políticas: Juchitán, la generalidad de los indígenas de la región y los mestizos en que predominaba el componente indígena se alinearon en su mayoría en el bando liberal, mientras que la población blanca optó preferentemente por el partido conservador.<sup>61</sup>

La presencia de una guarnición de soldados juchitecos<sup>62</sup> en Tehuantepec, semidesnudos, acompañados de concubinas, mujeres e hijos, y aje-

*en el México del siglo XIX*, México, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos-Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 1993, pp. 137-151 (pp. 141-142); Aboites Aguilar, Luis, *Norte precario*, pp. 50-51; Covarrubias, Miguel, *El sur de México*, p. 216; Scholes, Walter V., *Política mexicana durante el régimen de Juárez 1855-1872*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, pp. 60-64, y “Manifiesto de Miguel Miramón en contra del Tratado Mac Lane-Ocampo (1 de enero de 1860)”, en Iglesias González, Román, *Planes políticos, proclamas, manifiestos y otros documentos de la Independencia al México moderno, 1812-1940*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 383-385.

59 Cfr. Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec*, p. 148.

60 Cfr. *ibidem*, pp. 148-159.

61 Cfr. *ibidem*, pp. 149-150.

62 Sobre la fama de arrojados de los juchitecos, cfr. Williams, John Jay, *El istmo de Tehuantepec, resultado del reconocimiento que para la construcción de un ferrocarril de comunicación entre*

nos a las más elementales nociones de disciplina, provoca en Brasseur una profunda desazón —“*mon coeur se soulevait de dégoût*” —,<sup>63</sup> que alcanza su máximo cuando, por la noche, al toque de retreta, “*les bandits, décorés du nom de soldats, vont rentrer à la caserne. Erreur; ils resteront dehors, avec ou sans permission, peu importe, afin de faire le coup de main*”.<sup>64</sup> Las angustias del pacífico clérigo suben de punto cuando llegan a sus oídos noticias de los preparativos que hacían los patricios, a las órdenes de Manzano, para atacar la ciudad de Tehuantepec;<sup>65</sup> y una elemental prudencia le aconseja abandonar una región que se ha vuelto en extremo peligrosa después de que, rechazados los asaltantes de Tehuantepec, vencedores y vencidos luchan en los campos de los alrededores y se entregan al robo de los viajeros y al saqueo de las haciendas.<sup>66</sup>

Pero las simpatías del francés, pese a su condición clerical, parecen decantarse siempre hacia el bando liberal, probablemente por el atractivo de algunas de las personalidades de la facción que tuvo oportunidad de conocer: tal parece que fue el caso de Porfirio Díaz, de quien escribe lleno de admiración:

*zapotèque pur sang, il offrait le type indigène le plus beau que j'eusse encore vu dans tous mes voyages: je crus à l'apparition de Cocijopij, dans sa jeunesse, ou de Guatimozin, tel que je me l'étais souvent figuré. Grand, bien fait, d'une distinction remarquable, son noble visage, agréablement bronzé, me paraissait dénoter les caractères les plus parfaits de l'ancienne aristocratie mexicaine.*<sup>67</sup>

los Océanos Atlántico y Pacífico ejecutó la comisión científica, bajo la dirección del Sr. J. G. Barnard, Méjico, Vicente García Torres, 1852, p. 287. También Leticia Reina ha destacado recientemente el aprecio que se hacía del talante guerrero de los juchitecos: “de manera que siempre que el ejército mexicano tenía necesidad de ‘contingentes de sangre’ hacía una leva en Juchitán”: Reina Aoyama, Leticia, “Etnicidad y género entre los zapotecas del istmo de Tehuantepec, México, 1840-1890”, en Reina, Leticia (coord.), *La reindianización de América, siglo XIX*, México, Siglo Veintiuno-Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 1997, pp. 340-357 (p.352).

63 “Mi corazón se sublevaba de repugnancia” (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec*, p. 155). Vid. también *ibidem*, p. 153.

64 “Los bandidos, decorados con el nombre de soldados, van a regresar al cuartel. Error: van a quedarse afuera, con o sin permiso, poco importa, para hacer de las suyas” (*ibidem*, p. 161).

65 Cfr. *ibidem*, pp. 195-196.

66 Cfr. *ibidem*, pp. 207-208.

67 “Zapoteco puro, ofrecía el tipo indígena más hermoso que hasta ahora he visto en todos mis viajes: creí que era la aparición de Cocijopij, joven, o de Guatimozin, tal como me lo había imaginado a menudo. Alto, bien hecho, de una notable distinción; su rostro de una gran nobleza, agradablemente bronceado, me parecía revelar los rasgos más perfectos de la antigua aristocracia mexicana” (*ibidem*, p. 156).



## VI. LOS ANÁLISIS DE FOSSEY

Las páginas de *Le Mexique* dedicadas a la lucha por la vida que emprendieron los primeros colonos de Tehuantepec rebosan dramatismo y muestran un cuadro épico en el que un grupo de civilizados europeos entabla una batalla sin cuartel contra las fuerzas de la naturaleza, inmisericordes y a la postre vencedoras. “*Tout fut perdu*”, exclama melodramáticamente Fossey antes de describir el éxodo en que degeneró la empresa:

*ceux qui habitaient la concession et les bords de la Sarrabia [afluente del Coatzacoalcos] allèrent à Guichicovi, Tehuantepec et Oaxaca, où ils se livrèrent à diverses industries; ou bien ils s'acheminèrent de là à Vera-Cruz pour se rembarquer; et ceus qui s'étaient moins éloignés des Almagres, ou qui s'étaient fixés sur l'Uspanapan, revinrent à Minatitlan.*<sup>68</sup>

Precisamente en el relato de ese combate con los rigores del medio geográfico aparecen en escena por primera vez los indios, que establecen relaciones comerciales con los colonos recién instalados: al tiempo que unos les facilitan azúcar y frutas a bajos precios, otros, armados de machetes, atraen la atención de Fossey que los ve alejarse en sus piraguas, “*pour aller planter au loin leur maïs et leurs bananiers, ou faire la chasse aux tortues ou aux iguanes du fleuve*”.<sup>69</sup> Nótese esa referencia al apartamiento de unos indígenas que viven en lugares intrincados, lejos de la civilización:<sup>70</sup> el tópico reaparecerá en los escritos de muchísimos otros extranjeros, que coincidirán también en las apreciaciones de Fossey sobre la precocidad de la naturaleza de los habitantes de las regiones cálidas del mediodía.<sup>71</sup>

Familiarizado con la región del istmo de Tehuantepec, Fossey recoge algunas noticias sobre la diversidad étnica de Oaxaca, aunque sólo menciona a zapotecos, mixes, huaves y mixtecos: menos civilizados los dos

68 “Los que habitaban la concesión y las orillas del Sarabia [afluente del Coatzacoalcos] fueron a Guichicovi, Tehuantepec y Oaxaca, donde se dedicaron a diversas industrias; o se encamaron desde allí a Veracruz para reembarcarse; y los que se habían alejado menos de los Almagros, o se habían establecido en el Uspanapan, regresaron a Minatitlán” (Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 18).

69 “Para ir lejos, a plantar su maíz y sus bananos, o a cazar las tortugas o las iguanas del río” (*idem*).

70 En un episodio posterior de *Le Mexique*, Fossey habla de las poblaciones indígenas que, “*néprouvant le besoin d'aucun secours étranger, restent souvent sur leur territoire comme séquestrées du monde, et ignorent jusqu'au langage qu'on parle autour d'elles*” (“no sintiendo la necesidad de ninguna ayuda exterior, permanecen muchas veces en su territorio como secuestradas del mundo, e ignoran incluso la lengua que se habla a su alrededor”: *ibidem*, p. 337).

71 *Cfr. ibidem*, pp. 27-28.

últimos grupos que los zapotecos, afirma Fossey, comunicaban poco entre sí, y practicaban todavía su antiguo culto. Todos conservaban el uso de sus lenguas propias, que nada tenían que ver con el náhuatl. Y, sin embargo, Fossey se contradice en otro pasaje de *Le Mexique*, pues después de haber afirmado que la lengua en que se expresaban los habitantes de la provincia de Oaxaca nada tenía que ver con el mexicano, mantiene que la mayoría de esos indios “de pura raza” de la región de Coatzacoalcos hablaban sólo náhuatl.<sup>72</sup>

Testigo del olvido del pasado prehispánico en que muchos de los indígenas mexicanos de su tiempo vivían, Mathieu de Fossey no oculta su admiración por el prestigio que Mitla conservaba entre aborígenes de una dilatada región, que rebasaba incluso el ámbito zapoteco:

*le Mexicain et le Chiapanèque, l'Otomite et le Totonaque y venaient également demander des prières, et offrir des présents que les ministres de toutes les religions n'ont jamais dédaignés. Maintenant même, après trois cents ans d'un nouveau culte, ces anciennes traditions ne sont point encore détruites: il arrive souvent que des Indiens viennent de plus de cent lieues de distance demander des messes au curé de Mitla.*<sup>73</sup>

El mismo apego a las tradiciones se colige de una anécdota que cuenta Fossey sobre el gigantesco tule de Santa María, que un rico comerciante de Oaxaca quiso comprar a los indígenas del pueblo para fabricar con su madera piezas de carpintería: “*heureusement les Indiens ont rejeté la proposition de ce Vandale, et l'arbre est encore debout*”.<sup>74</sup>

Aunque Fossey no alcanza a advertirlo, el aprecio de los indígenas por los vestigios del remoto pasado explicaría la hostilidad manifestada por los habitantes de Cuilapa hacia un alemán que, provisto de una autorización del prefecto de Oaxaca, había acudido a esa localidad para excavar un túmulo funerario: atacado con piedras por la gente del pueblo, apenas si alcanzó a huir al galope de su caballo.<sup>75</sup> En *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec*, de Charles Étienne Brasseur de Bourbourg, encontramos va-

72 Cfr. *ibidem*, pp. 25, 49 y 466-467.

73 “El mexicano y el chiapaneco, el otomí y el totonaco, todos acudían allí a presentar peticiones y ofrecer presentes que los ministros de todas las religiones aceptan. Incluso ahora, después de trescientos años de un nuevo culto, estas antiguas tradiciones todavía no han sido destruidas: ocurre a menudo que vienen indios desde más de cien leguas de distancia para encargar misas al cura de Mitla” (*ibidem*, p. 370).

74 “Afortunadamente, los indios rechazaron la propuesta de ese vándalo, y el árbol permanece todavía de pie” (*ibidem*, p. 363).

75 Cfr. *ibidem*, p. 376.

rios pasajes paralelos, que muestran el resentimiento que albergaban los indígenas de la región de Tehuantepec a causa de los numerosos saqueos de t́umulos practicados por viajeros estadounidenses.<sup>76</sup>

Cabe mencionar, en fin, otra referencia a la perduraci3n de los elementos prehispánicos. La realiza Fossey en el contexto de sus análisis sobre las peculiaridades culturales de los indígenas de Tehuantepec, cuando manifiesta su admiraci3n ante la pervivencia de algunas costumbres precortesianas: por ejemplo, el consumo de chocolate, o el empleo de granos de cacao como instrumento de cambio:<sup>77</sup> un uso que imperaba todav́a a mediados de siglo en la península de Yucatán.<sup>78</sup>

Arrinconado el tiempo que precedió a la llegada de Cortés —aunque nunca olvidado del todo, como hemos visto—, otra importante consecuencia del impacto producido por la conquista española fue la reducci3n de todos los zapotecos a una misma condici3n: la de sometidos, que compartían grandes y chicos, unidos todos bajo el común estigma de derrotados.<sup>79</sup>

El examen de Mathieu de Fossey sobre la religiosidad indígena concluye calificando de hipócrita la devoci3n con que estos pueblos se entregaban a la pŕactica del cristianismo; porque, en realidad, no había llegado a producirse un auténtico cambio de religi3n: “*ils n’ont fait qu’ajouter à leurs anciennes superstitions celles du chistianisme des temps barbares*”.<sup>80</sup> Una manifestaci3n de esa religiosidad puramente formal y externa venía constituida por las procesiones que, como la del *Corpus Christi* en Oaxaca, congregaban a indios llegados muchas veces desde pueblos vecinos, con las imágenes de sus patronos cargadas sobre los hombros.<sup>81</sup>

76 Cfr. Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l’isthme de Tehuantepec*, pp. 167, 171-172 y 188.

77 Cfr. Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 44.

78 Para ilustrar esta afirmaci3n, reproducimos el texto de un dictamen de la comisi3n de hacienda del Congreso estatal de Yucatán, fechado el 10 de junio de 1850, que haća referencia a una instancia presentada por el ayuntamiento de Mérida, para que se eliminaran los granos de cacao como instrumento de cambio en el mercado: “...no es de tomarse en consideraci3n la solicitud del ayuntamiento de esta capital referente á que se suprima el cacao que se usa en el mercado en cambio de otros efectos, y se le sustituya con moneda de cobre por pertenecer la resoluci3n al Soberano Congreso Nacional” (Archivo general del estado de Yucatán, Poder Ejecutivo, Gobernaci3n, Congreso del Estado, caja 76). Ver también Stephens, John L., *Viaje a Yucatán 1841-1842*, 2 vols., México, Museo Nacional de Arqueología, Historia y Etnografía, 1937, vol. I, p. 134.

79 Cfr. Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 375. En relaci3n con este punto, puede consultarse Ferrer Muñoz, Manuel y Bono López, Marí́a, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, pp. 37-47.

80 “No han hecho más que ańadir a sus antiguas supersticiones las del cristianismo de los tiempos bárbaros” (Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 53).

81 Cfr. *ibidem*, pp. 356-357.

Fossey no deja de apreciar excelentes condiciones entre los integrantes de esos pueblos aborígenes; por ejemplo, el virtuosismo musical que descubrió, maravillado y atónito, en un notabilísimo concierto de guitarra y arpa ejecutado por un peón zapoteco, empleado en la hacienda de Guenduláin.<sup>82</sup> Embargado por esa emoción, Fossey se entretiene en ponderar las buenas disposiciones de los indios para las artes y los oficios manuales. Excelentes artesanos, carecían sin embargo de interés por obtener ganancias económicas que les permitieran mejorar de condición:

*on ne doit pas espérer de pouvoir avant longtemps inspirer aux populations indigènes du goût pour un changement quelconque dans leur existence normale. Elles sont aussi attachées à leur pauvreté que les peuples civilisés le sont aux richesses; elles font autant pour la conserver que ceux-ci pour en sortir. De même que le Lapon ne change ni son gîte enfumé, ni son poisson sec, ni son huile puante pour notre bien-être et nos mets délicats, l'Indien mexicain préfère sa natte, sa tortille et ses coutumes agrestes aux douceurs de la vie citadine.*<sup>83</sup>

Y, sin embargo, los vejámenes de que eran objeto los indígenas revestían su máxima intensidad precisamente en las haciendas, donde los peones —mayoritariamente indios— trabajaban en condiciones de extrema sujeción. Fossey comprobó por sí mismo la dureza del trabajo exigido por los ingenios azucareros, donde los accidentes laborales y las consiguientes mutilaciones eran frecuentes;<sup>84</sup> y denunció el estado de servidumbre al que se hallaban reducidos los indígenas de las tierras bajas:

*les planteurs exercent une certaine juridiction sur leurs domaines: ils connaissent des délits ordinaires de police correctionnelle, et punissent par le cepo ou la prison ceux qui s'en rendent coupables, soit à leur égard, soit envers leurs camarades. Ce sont de petits souverains que l'on appelle que Votre Grâce; tout tremble devant eux.*<sup>85</sup>

82 Cfr. *ibidem*, pp. 343-344.

83 "No cabe esperar que antes de largo tiempo se pueda inspirar a las poblaciones indígenas el gusto por algún cambio en su existencia normal. Están tan apegadas a su pobreza como los pueblos civilizados a sus riquezas; hacen tanto por conservarla, como éstos por escapar de ella. Del mismo modo que el lapón no cambia su madriguera ahumada, ni su pescado seco, ni su aceiteapestoso por nuestro bienestar y nuestros manjares delicados, el indio mexicano prefiere su estera, su tortilla y sus costumbres agrestes a las dulzuras de la vida ciudadana" (*ibidem*, p. 344).

84 Cfr. *ibidem*, pp. 340-341.

85 "Los propietarios de plantaciones ejercen una cierta jurisdicción sobre sus dominios: conocen de los delitos ordinarios de policía correccional, y castigan con el cepo o la prisión a los que resultan

La sucesión de insurrecciones en el mundo rural, de predominio aborigen, alarmaba a Fossey, conocedor de las condiciones sociales de su época, que podían alentar un estallido de la furia indígena —encendida por la acumulación de abusos—, y testigo de la grave conmoción que se había producido en Oaxaca pocos meses antes de su llegada, a comienzos de 1837. La ciudad había sido atacada y expoliada por una fuerza militar de cuatrocientos hombres, todos mixtecos que, comandados por un jefe llamado Acevedo, proclamaron la federación, sin que los mil quinientos hombres que componían la guarnición local hicieran nada efectivo por contener esos desmanes.<sup>86</sup> Asustaba también a Fossey el rencor hacia blancos y mestizos de que hacían ostentación los zapotecos de Oaxaca, que “*saisiraiet avec empressement l’occasion de répandre leur sang*”.<sup>87</sup>

La obra de Fossey abunda en críticas a la institución militar y, muy específicamente, a las levas que se practicaban para incorporar soldados a filas: en la mayoría de los casos que observó, eran indígenas los ciudadanos afectados por esos expeditivos mecanismos. Eso explicaría la frecuencia de las deserciones y el despego de los habitantes de los pueblos hacia el servicio de las armas: aunque no dejaba de haber indígenas que prestaban eficaces servicios de armas, como los habitantes de la Mixteca que, en opinión de Fossey, conservaban la belicosidad que los había distinguido en tiempos del imperio azteca. Un arquetipo de esa bravura era el general León, cacique mixteco, que sobresalió por su valor en la defensa de Molino del Rey frente a las tropas de Scott.<sup>88</sup>

Tampoco desatendió Fossey la observación de algunos aspectos organizativos de las comunidades indígenas: por ejemplo, el peculiar modo de regirse por medio de sus caciques, descendientes de los antiguos señores de la tierra. Y se dio cuenta de que, aunque la mayoría de esos caciques poseían extensas propiedades, apenas se diferenciaban externamente de

culpables, respecto a ellos mismos o respecto a sus compañeros. Son pequeños soberanos a los que se da el tratamiento de Vuestra Gracia; todo tiembla ante ellos” (*ibidem*, p. 342). Cfr. también Ferrer Muñoz, Manuel, *La cuestión de la esclavitud en el México decimonónico: sus repercusiones en las etnias indígenas*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1998, pp. 52-58.

<sup>86</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 358-360.

<sup>87</sup> “Aprovecharían enseguida la oportunidad de derramar su sangre” (*ibidem*, p. 471).

<sup>88</sup> Cfr. *ibidem*, p. 267. Acerca de la actitud de las comunidades indígenas durante la guerra entre México y Estados Unidos, cfr. Ferrer Muñoz, Manuel y Bono López, María, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, pp. 168, 336, 442-443 y 623.

los indios a cuyo frente se encontraban: sólo se distinguían de ellos por el respeto y las muestras de deferencia de que eran objeto.<sup>89</sup>

Reaparecen esos mismos comentarios cuando Fossey narra su viaje de México a Oaxaca, y su paso por el pueblo zapoteco de Cuicatlán: el cacique de esta localidad no era rico, vestía como los demás indígenas, ocupaba una modesta vivienda, compartía los trabajos de la gente del pueblo; pero sí poseía una modesta fortuna adquirida gracias a su distinguida condición: “*les habitants de ses anciens domaines lui fournissent tous les jours de l’année une dizaine de corvées pour le service intérieur et extérieur de sa maison*”.<sup>90</sup>

Como otros observadores mexicanos y extranjeros,<sup>91</sup> Mathieu de Fossey alcanzó a captar la existencia de diversos niveles económicos entre los integrantes de las comunidades indígenas, y advirtió que el nopal producía ingentes ganancias en el estado de Oaxaca que, en su mayor parte, iban a parar a las manos de los indios que lo cultivaban.<sup>92</sup> Asimismo atestiguó la práctica de enterrar el dinero en el campo, en escondrijos que sólo conocían los que lo ocultaban:

*eux seuls connaissent leurs cachettes, et ne les découvrent jamais à qui que ce soit; ils meurent sans en dire un mot à leurs enfants, et sans que ceux-ci se mettent en peine de s’en informer. Si par hasard un Indien trouve un de ces trésors, il en est comme effrayé, et recouvre soigneusement le dépôt sacré sans en distraire un demi-réal, persuadé qu’il mourrait dans l’année s’il se permettait le plus léger larcin aux mânes de l’enfouisseur.*<sup>93</sup>

No escapó al atento Mathieu de Fossey la existencia de indígenas adinerados que, sin modificar sus costumbres ni su modo de vida, “*sacrifia[ai]ent au luxe et à la vanité*”,<sup>94</sup> e invertían sumas considerables en el

89 Cfr. Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 137. Vid. a este propósito Ferrer Muñoz, Manuel y Bono López, María, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, pp. 123-124.

90 “Los habitantes de sus antiguos dominios le suministran todos los días del año una decena de prestaciones personales para el servicio interno y exterior de su casa” (Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 338).

91 Cfr. Ferrer Muñoz, Manuel y Bono López, María, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, pp. 123-125.

92 Cfr. Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 352.

93 “Sólo ellos conocen sus escondites y no los revelan nunca a nadie; mueren sin decir una palabra a sus hijos, y sin que éstos se preocupen de informarse. Si por casualidad un indio encuentra uno de esos tesoros, se queda como aterrorizado, y vuelve a cubrir cuidadosamente el depósito sagrado, sin distraer medio real, persuadido de que moriría ese año si se permitiera el más pequeño hurto a los manes del enterrador” (*ibidem*, p. 353).

94 “Ofrec[ía]n sacrificios al lujo y a la vanidad” (*idem*).

mantenimiento de sus casas, donde podían encontrarse ricas vajillas, variedad notable de vinos europeos y los más exquisitos alimentos, con que obsequiaban a sus huéspedes, mientras que ellos se conformaban con una frugal comida y bebían agua.<sup>95</sup>

## VII. LOS EXÁMENES DE BRASSEUR

Las observaciones de Charles Brasseur sobre los indígenas que habitaban el difícil medio geográfico de Tehuantepec, caracterizado por una naturaleza salvaje, recuerdan las primeras anotaciones de Mathieu de Fossey, impresionado vivamente como Brasseur por la capacidad de adaptación de los indígenas a condiciones naturales extremas. Así, registra con admiración este último, sólo el indio, descalzo y armado de su machete, encuentra la salida entre los laberintos de la selva: “*il connaît les dédales les plus tortueux de la forêt; il pose avec sûreté son pas dans le marais, suit la trace des bêtes fauves, et avec un rameau chargé de feuillage, trouve le moyen de défier le tigre le plus cruel*”.<sup>96</sup>

El mismo deslumbramiento ante las fuerzas vírgenes de la naturaleza reaparece en un episodio posterior, en el que Brasseur describe a un indio “completamente desnudo”, que descendió de una piragua y se lanzó al agua para ayudar a Brasseur y sus acompañantes a alcanzar una canoa.<sup>97</sup> Buen observador de su entorno, el abate francés no quedó prendido en la contemplación de los mitos rousseauianos, y caló en la importancia del desarrollo del comercio practicado por los indios de Guichicovi, a lomos de mulas que descendían de las que introdujeron los españoles.<sup>98</sup>

Efectivamente, los comerciantes desempeñaron un destacado papel en esta época, en la medida en que facilitaron los contactos entre regiones vecinas, pero diferentes ecológicamente: ello les valió la adquisición de riqueza, prestigio y poder. El auge de las actividades mercantiles explica

<sup>95</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 353 y 371.

<sup>96</sup> “Conoce los dédalos más intrincados del bosque; pisa con seguridad entre los pantanos, sigue la huella de las bestias salvajes y con una rama llena de hojas encuentra el modo de enfrentar al tigre más cruel” (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l’isthme de Tehuantepec*, p. 21).

<sup>97</sup> Cfr. *ibidem*, p. 69.

<sup>98</sup> Cfr. *ibidem*, p. 108. John Jay Williams había dado otra interpretación a la nutrida presencia de mulas entre los mixes del istmo: “uno de los objetos extraños de su ambición es el deseo de poseer el mayor número de mulas que les es posible, lo que no puede explicarse en vista del poco uso que hacen de sus animales, aun para conducir sus cosas, pues prefieren llevarlas á hombros ellos mismos”: Williams, John Jay, *El istmo de Tehuantepec*, pp. 284-285.

la honda transformación experimentada por Juchitán, que acabó por convertirse en una ciudad fundamentalmente artesanal y comercial.<sup>99</sup> Tal vez sea preciso añadir, sin embargo, que fueron los europeos y no los indígenas los principales beneficiados por el desarrollo del comercio.<sup>100</sup>

Brasseur no sólo destacó la inteligencia práctica de las razas indígenas, cualidad que solían reconocer muchos extranjeros, sino también “*une rare aptitude pour les sciences, en dépit de leur contenance trop souvent menteuse*”.<sup>101</sup> Esa simpatía hacia el mundo indígena se manifiesta también en sucesivas comparaciones, en las que aquél sale siempre bien parado. Por ejemplo, cuando recuerda las pésimas condiciones de algunas posadas gestionadas por estadounidenses, no deja de establecer el contraste entre ese descuido y la hospitalidad que, en varias ocasiones, le habían brindado gentes pertenecientes a etnias indígenas.<sup>102</sup>

No oculta Brasseur su molestia por la actitud prepotente de algunos estadounidenses establecidos en la región de Tehuantepec: y así lo manifiesta un comentario suyo acerca de unas mujeres indígenas empleadas en el hotel que regía un antiguo filibustero denominado Nash que, después de haber residido en Guatemala, se estableció en la región del istmo: “*plusieurs indiennes zapotèques, formant le harem de ce sultan yankee, trituraient le maïs sur le metlatl*”.<sup>103</sup> En abierto contraste con esa observación hay que advertir que fueron bastantes los extranjeros que acudieron a Tehuantepec para quedarse a vivir ahí, y que se casaron con mujeres zapotecas: fueron estos “criollos nuevos” —como dieron en ser llamados— quienes cambiaron su lengua y sus costumbres, y se avinieron a identificarse con la cultura de sus esposas. La procedencia de esas personas es muy heterogénea: los hay españoles (Maqueo, Nivón, Rueda), franceses (Gyves), ingleses (Wooldrich, Oest).<sup>104</sup>

La misma hostilidad hacia los estadounidenses manifiestan unas palabras que Brasseur pone en boca de Eusebio, un muchacho zapoteco de poco más de doce años: “*c’est que l’on dit partout que les Américains*

99 Cfr. Reina Aoyama, Leticia, “Etnicidad y género entre los zapotecas del istmo de Tehuantepec, México, 1840-1890”, pp. 349-351.

100 Cfr. Williams, John Jay, *El istmo de Tehuantepec*, p. 275.

101 “Una rara aptitud para las ciencias, a pesar de su calma, muy a menudo engañosa” (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l’isthme de Tehuantepec*, p. 110).

102 Cfr. *ibidem*, pp. 72, 84 y 92.

103 “Varias indias zapotecas, que formaban el harén de este sultán yanqui, trituraban el maíz sobre el *metlatl*” (*ibidem*, p. 96).

104 Cfr. Reina Aoyama, Leticia, “Etnicidad y género entre los zapotecas del istmo de Tehuantepec, México, 1840-1890”, p. 354.



*sont des infidèles qui troublent les morts dans leurs tombeaux*".<sup>105</sup> Brasseur añade que, ante un razonamiento tan justo, nada tenía que añadir; pues, en efecto, desde los tiempos del mayor Barnard habían sido saqueados numerosos túmulos por viajeros estadounidenses que, desconocedores del respeto celoso con que los indígenas guardaban los viejos edificios y las tumbas de sus padres, arramplaron con osamentas, ídolos y vasos de todos los tamaños.<sup>106</sup> El mismo Murphy, hacia quien Brasseur profesaba tanta simpatía, regresó de una expedición a Huatulco cargado de ídolos y objetos arqueológicos que había encontrado en la antigua ciudad de ese nombre.<sup>107</sup> Además, la caza de felinos que practicaban los estadounidenses sembraba la angustia entre los indígenas, aterrizados ante el pensamiento de que la muerte del nahual encarnado en esos animales pudiera acarrear el término de sus propias existencias.<sup>108</sup>

Al referirse a las dificultades económicas de la Compañía Luisianesa, que repercutían en el impago de los sueldos de sus empleados, Brasseur dirige una mirada especialmente conmiserativa hacia los pobres indios que desempeñaban oficios de muy diverso orden, y a quienes se debían largos adeudos.<sup>109</sup> Hay ocasiones, sin embargo, en que Brasseur abandona su habitual espíritu comprensivo, y se impacienta con las respuestas ambiguas que obtiene de los indígenas, tan aficionados al exasperante "¿quién sabe?" cuando desean eludir la respuesta a una pregunta comprometida.<sup>110</sup>

Brasseur distingue habitualmente entre indios, mestizos y criollos; y, de modo menos justificado, asienta algunas veces una categoría aparte para los mexicanos. Así parece deducirse de varias enumeraciones: "*Indiens, Mexicains, métis, étrangers*";<sup>111</sup> "*Mexicaines, créoles ou métisses*";<sup>112</sup> "*Mexicains, créoles, métis, Américains et autres étrangers*";<sup>113</sup> "*Indiens et métis*";<sup>114</sup> "*des Indiens ou des métis*",<sup>115</sup> "ladinas, métisses

105 "Es que en todas partes dicen que los estadounidenses son herejes que molestan a los muertos en sus tumbas" (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec*, p. 171).

106 Cfr. *ibidem*, pp. 171-172.

107 Cfr. *ibidem*, p. 167.

108 Cfr. *ibidem*, p. 173.

109 Cfr. *ibidem*, p. 116.

110 Cfr. *ibidem*, pp. 170 y 209.

111 "Indios, mexicanos, mestizos, extranjeros" (*ibidem*, p. 32).

112 "Mexicanas, criollas o mestizas" (*ibidem*, p. 36).

113 "Mexicanos, criollos, mestizos, norteamericanos y otros extranjeros" (*ibidem*, p. 45).

114 "Indios y mestizos" (*ibidem*, p. 64).

115 "Indios o mestizos" (*ibidem*, p. 73).

*ou créoles*".<sup>116</sup> Advierte además que mestizos y criollos tienden a concentrarse en las poblaciones de más importancia, como Acayucan, donde también había algunos extranjeros,<sup>117</sup> y que las relaciones entre indios y mestizos son conflictivas: "*les amis de la Didjaza [vid. infra], qui sont-ils? -Tous les Indiens sont ses amis; malheur aux Ladinos qui voudraient lui faire du mal!*"<sup>118</sup>

Tantas eran las diferencias entre mestizos e indios, que Brasseur recurre a esta clave para explicar la hostilidad tan marcada entre Tehuantepec y Juchitán (*vid. V*). Esta última ciudad, habitada casi en su totalidad por zapotecos y mixes, llevaba mal su dependencia de Tehuantepec, donde residía la autoridad gubernamental y donde mestizos y criollos habían constituido tradicionalmente el sector mayoritario de la población: los primeros conservaban su importancia numérica cuando Brasseur visitó la región, en tanto que las familias descendientes de españoles habían quedado reducidas a unas pocas. El carácter interétnico de Tehuantepec se completaba por la presencia de zapotecos y de algunos extranjeros, principalmente alemanes, franceses y estadounidenses.<sup>119</sup>

También alcanza Brasseur a distinguir correctamente entre unas y otras etnias, y a percatarse de la existencia de mexicas en algunas regiones de Tehuantepec, como el pueblo de Cozoliacaque, "*peuplé par plus de 2,000 Indiens d'origine aztèque, parlant tous la langue mexicaine, tous éminemment pacifiques et laborieux*", y en otras localidades, como Otiapa, Chinameca y Teziztepec.<sup>120</sup> Conocedor de los descubrimientos arqueológicos de John L. Stephens en Yucatán, Brasseur advierte similitudes entre unas huellas de manos en color negro, que se hallaban en una de

116 "Ladinas, mestizas o criollas" (*ibidem*, p. 194). Esos distingos no son originales de Brasseur. Así, cuando Robert Williams Hale Hardy trata de los yaquis y de otros grupos indígenas de la frontera norte, los menciona como un grupo diferenciado de los "mexicanos": un adjetivo que sí aplica a la población blanca de Sonora. Hardy, a fin de cuentas, no es sino un exponente más de la sensibilidad difundida en el mundo anglosajón, donde la población aborigen es mantenida al margen: *cfr. Documentos de la relación de México con los Estados Unidos I. El mester político de Poinsett [noviembre de 1824-diciembre de 1829]*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1983, pp. 104-105 y 113-115.

117 *Cfr.* Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec*, p. 51.

118 "-Los amigos de la Didjazá, ¿quiénes son? -Todos los indios son sus amigos, ¡ay de los ladinos que quisieran hacerle mal!" (*ibidem*, p. 188).

119 *Cfr. ibidem*, pp. 147-148.

120 "Poblado por más de 2,000 indios de origen azteca, que hablan todos la lengua mexicana, eminentemente pacíficos y trabajadores" (*ibidem*, p. 50).

las grutas de Santo Domingo, cercanas a Petapa, y las que el estadounidense había encontrado en los muros de numerosas ruinas de Uxmal.<sup>121</sup>

Cautivado Brasseur por la atractiva personalidad de una mujer zapoteca de Tehuantepec, conocida como “la *Didjazá*”, a la que se atribuían misteriosos poderes mágicos, el francés se explaya a gusto sobre el nahualismo (*vid. infra*) y colma de elogios al idioma zapoteco, cuya musicalidad se redobla en los labios de la *Didjazá*: “*rien n’était mélodieux comme sa voix, lorsqu’elle parlait avec l’un ou l’autre cette belle langue zapotèque, si douce et si sonore, et qu’on pourrait appeler l’italien de l’Amérique*”.<sup>122</sup>

Brasseur no deja de impresionarse por la sobrevivencia del nahualismo, después de tres siglos de evangelización, por mucho que estuviera sobre aviso: “*je savait par l’ouvrage si rare et si curieux du dominicain Burgoa, avec quelle force les superstitions du nagualisme étaient encore enracinées dans les idées des aborigènes, dans les états d’Oaxaca et de Chiapas*”.<sup>123</sup> Gracias a ese sistema de creencias, los restos del sacerdocio y de la nobleza indígena encontraron un elemento de cohesión, que impidió que se desintegraran por completo sus valores culturales y facilitó las conspiraciones que, periódicamente, se urdieron en contra de los conquistadores. Las numerosas cavernas repartidas por la compleja orografía de Oaxaca fueron testigos frecuentes de esas misteriosas solemnidades, celebradas sigilosamente burlando la vigilancia de los dominicos. “*Ainsi s’organisèrent les éléments de cette société redoutable qui, sous le nom de Nagualisme, fonctionna en secret, pendant près de deux siècles, dans toute l’étendue du Mexique et de l’Amérique centrale*”.<sup>124</sup>

Ocasionalmente habían sido detenidos y ejecutados los grandes sacerdotes del nahualismo, sin que la persecución llegara a impedir la continuidad de esos cultos paganos. Todavía en tiempos de Brasseur perduraba fresco el recuerdo de uno de esos pontífices, apresado en 1703 por un re-

121 Cfr. *ibidem*, p. 123.

122 “Nada era tan melodioso como su voz cuando hablaba en esa hermosa lengua zapoteca, tan dulce y sonora que se podría llamar el italiano de América” (*ibidem*, p. 166).

123 “Yo sabía, por la obra tan rara y tan curiosa del dominico Burgoa, con qué fuerza las supersticiones del nahualismo estaban todavía enraizadas en las ideas de los aborígenes, en los estados de Oaxaca y de Chiapas” (*ibidem*, pp. 173-174).

124 “Así se organizaron los elementos de esta sociedad temible que, bajo el nombre de nahualismo, funcionó en secreto durante cerca de dos siglos en toda la extensión de México y América Central” (*ibidem*, p. 176).

ligioso de San Francisco, y muerto en cautividad en el monasterio de Cristo Crucificado de la Antigua, Guatemala.<sup>125</sup>

Del prestigio de esas tradiciones religiosas hablaba también la perduración del sacerdocio de Mitla, una vez desaparecido su rey Cocijopij y a pesar del combate librado en su contra por los dominicos.<sup>126</sup> Mathieu de Fossey, que también había manifestado su admiración por el prestigio que Mitla conservaba entre los indígenas de los alrededores, explicó cómo las viejas creencias religiosas se habían metamorfoseado para adaptarse al catolicismo.<sup>127</sup> El mismo John Jay Williams, tan poco favorable a los mixes en sus opiniones, no dejó de reconocer con cierta fascinación que también entre ellos persistían los antiguos cultos, y que su conversión al catolicismo había sido puramente nominal.<sup>128</sup>

Brasseur, que presumía de haber ahondado en los contenidos del nahualismo, llegó a entender que su esencia —en los tiempos difíciles que se vivían, estremecidos por las violencias de las guerras de castas— consistía en “*cet ensemble de cérémonies, de haines politiques et religieuses, se reproduisant sous tant de formes curieuses*”:<sup>129</sup> unos modos tan peculiares que permitían estrechar vínculos de solidaridad entre indígenas católicos y paganos, enardecidos unos y otros por una misma sed de venganza que les hacía desear la destrucción de la raza que perpetuaba el recuerdo amargo de la Conquista: “*aujourd’hui, il faut le dire, les éléments indigènes se mêlent à tout et partout; idolâtres ou chrétiens, ils travaillent avec une haine égale à anéantir ce qui reste de l’élément de la conquête*”.<sup>130</sup>

La incursión de Brasseur por San Juan Guichicovi no podía dejar de recordarle a los mixes, a quienes tanto estima, a pesar de sus lecturas, que no siempre dejaban bien parados a aquellos indígenas:<sup>131</sup> “*cette nation vaillante qui combattit si longtemps pour son indépendance, en tenant tête tour à tour aux Chiapanèques, aux Mixtèques, aux Zapotèques et aux Mexicains, et qui a su la garder encore presque intacte aujourd’hui, en*

125 Cfr. *ibidem*, p. 177.

126 Cfr. *idem*.

127 Cfr. Fossey, Mathieu de, *Le Mexique*, p. 370.

128 Cfr. Williams, John Jay, *El istmo de Tehuantepec*, p. 284.

129 “Esta mezcla de ceremonias, odios políticos y religiosos, que se reproducen bajo tantas formas curiosas” (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l’isthme de Tehuantepec*, p. 180).

130 “Hoy, es necesario decirlo, los elementos indígenas se mezclan a todo y en todas partes; idólatras o cristianos se esfuerzan con el mismo odio en aniquilar lo que resta del elemento de la conquista” (*idem*).

131 John Jay Williams, por ejemplo, no se cansó de ponderar la profunda degradación moral de los mixes, así como su notabilísima ignorancia: cfr. Williams, John Jay, *El istmo de Tehuantepec*, p. 284.

*dépit de la conquête espagnole*".<sup>132</sup> Por eso el deje de tristeza con que certifica la decadencia demográfica de los mixes de Petapa, que contrastaba con el esplendor de los tiempos en que esos indígenas, antes de la llegada de los huaves, dominaban todo el espacio del istmo comprendido entre uno y otro océano; y por eso también la nostálgica evocación de la derrota de los mixes a manos de los zapotecos y mixtecos y de las legendarias gestas de Condoy, el último gran caudillo de los mixes.<sup>133</sup>

Los huaves o *wabi* que, con el tiempo, acabaron uncidos al yugo de los zapotecos, constituían aún en tiempos de Brasseur una población muy laboriosa, dedicada en su mayoría a la pesca y atenta al culto de sus antiguos dioses, que practicaban en algunos de los islotes diseminados entre las lagunas que se internan a más de doce millas en el continente.<sup>134</sup>

Como otros extranjeros que recorrieron la República mexicana, llama la atención de Brasseur el desinterés de los indígenas por explotar las riquezas que se hallaban al alcance de la mano, como ocurría con el *ixtli*, cuyo cultivo se hallaba muy extendido en Tehuantepec. Asevera además Brasseur que los estadounidenses, atentos a todo lo que se relacionaba con el istmo, se habían percatado ya de la importancia económica de aquella planta.<sup>135</sup>

Al describir los alrededores de la desembocadura del río Uzpanapan, el más importante afluente del Coatzacoalcos, Brasseur cita una carta de Hernán Cortés a Carlos V, en la que se ponderaba la población y riqueza de esa área. Y a continuación testimonia el abandono y el olvido que siguieron a la penetración de los españoles: "*au rapport des indigènes, on n'y trouve plus que les ruines de ces antiques cités dont les populations ont disparu devant la domination espagnole*".<sup>136</sup> Muy parecido es el comentario que le inspira la contemplación del paisaje de la cuenca del río Petapa: "*le temps n'était plus où les populations innombrables qui s'opposèrent si souvent aux entreprises des Espagnols, fourmillaient dans ces*

132 "Esta nación valerosa que combatió tan largo tiempo por su independencia, enfrentando alternativamente a los chiapanecos, a los mixtecos, a los zapotecas y a los mexicanos, y que ha sabido guardarla casi intacta hasta hoy, a pesar de la conquista española" (Brasseur de Bourbourg, Charles, *Voyage sur l'isthme de Tehuantepec*, p. 94).

133 Cfr. *ibidem*, pp. 105-107.

134 Cfr. *ibidem*, pp. 138-140 y 158.

135 Cfr. *ibidem*, pp. 53-54.

136 "Según los indígenas, no hay más que ruinas de esas antiguas ciudades, cuyas poblaciones han desaparecido ante la dominación española" (*ibidem*, p. 22).

*montagnes, qu'elles avaient su fertiliser par leurs travaux; mais on découvre encore beaucoup de vestiges d'ancienne culture*".<sup>137</sup>

La misma observación había realizado Brasseur poco después de atravesar el río Mogané, cuando uno de los miembros de su comitiva le mostró varios túmulos cubiertos de hierba y el basamento piramidal de un *teocalli*. Según confesión del propio Brasseur, esos restos en ruinas y ocultos por un manto de vegetación eran “*la première trace de l'antique civilisation indigène que je voyais depuis mon retour en Amérique*”.<sup>138</sup>

Y, sin embargo, algo de ese pasado —tan fragmentado y tan arrumbado en el olvido— permanecía vivo, particularmente entre los mixes que, aunque sujetos al poderío español y obligados a abrazar la fe de sus conquistadores, nunca habían perdido su conciencia “nacional” ni sus viejas cosmovisiones religiosas:

*tout en acceptant l'Évangile à leur manière, avec le joug de l'Espagne, n'ont pas pour cela renoncé à leur indépendance; ils son restés Mijes jusqu'au bout. En dépit des dominicains qui furent leurs instituteurs dans la religion chrétienne, ils ont gardé une multitude de rites de leur paganisme antique, et ils continuent, ainsi que la plupart des populations indigènes de Chiapas et de Guatémala, à sacrifier, comme autrefois Israël, sur les hauts lieux.*<sup>139</sup>

En el curso de una excursión a las grutas de Santo Domingo, nuestro viajero encontró vestigios de esas creencias, practicadas durante tres siglos en secreto por temor a la persecución, y menos disimuladamente en tiempos de Brasseur, pero desprovistas ya de su significado originario, que había quedado tan difuso como el recuerdo de sus dioses perdidos: “*au bord du bassin, un tronçon d'albâtre, comme d'une colonne brisée dont la base est restée debout, était l'autel secret où les Indiens venaient adorer de temps en temps les divinités d'un passé qu'ils ne comprennent plus*”.<sup>140</sup>

137 “Ya no es la época en que las poblaciones innumerables que se opusieron tan a menudo a las empresas de los españoles hormigueaban entre estas montañas, que supieron fertilizar con su trabajo; pero se descubren todavía muchos vestigios de la antigua cultura” (*ibidem*, p. 102).

138 “Primer vestigio de la antigua civilización indígena que veía desde mi regreso a América” (*ibidem*, p. 93).

139 “Además de aceptar el Evangelio a su manera, impuesto por España, no han renunciado a su nacionalidad; seguirán siendo mijes hasta el fin. A pesar de que fueron los dominicos sus maestros en la religión cristiana, han guardado una multitud de ritos de su paganismo antiguo y continúan, así como la mayor parte de las poblaciones indígenas de Chiapas y de Guatemala, sacrificando en las alturas, como antaño Israel” (*ibidem*, pp. 107-108).

140 “A la orilla de la fuente un gran trozo de alabastro, como el de una columna cuya rota base ha quedado en pie, era el altar secreto donde los indios venían a adorar de tarde en tarde a las divinidades de un pasado que ya no comprendían” (*ibidem*, p. 122).

## EL INDIO ANTE LA INDEPENDENCIA EN LOS ESCRITOS DE EL PENSADOR MEXICANO<sup>1</sup>

Manuel FERRER MUÑOZ  
María BONO LÓPEZ

SUMARIO: I. *Rasgos biográficos de Fernández de Lizardi*. II. *Fernández de Lizardi y los indios*.

### I. RASGOS BIOGRÁFICOS DE FERNÁNDEZ DE LIZARDI

La labor literaria y periodística de José Joaquín Fernández de Lizardi, *El Pensador Mexicano*, siempre se caracterizó por la independencia de criterio y la descuidada naturalidad con que éste plasmaba en el papel sus puntos de vista,<sup>2</sup> con un lenguaje sencillo que abundaba en modismos sacados del habla popular,<sup>3</sup> y sin ponderar las consecuencias que ese desenfado y esa espontaneidad pudieran acarrearle en un ambiente donde la libertad de prensa era todavía una planta exótica que no había desarrollado raíces extensas. Tenía a gala *El Pensador Mexicano* su espíritu quijotesco, y presumía de no ir a la zaga del hidalgo manchego “en lo loco ni en lo entremetido”.<sup>4</sup>

Otras peculiaridades de Lizardi como literato fueron su versatilidad y, consiguientemente, su capacidad para crearse enemigos. Implacable crítico

1 Una versión preliminar de este texto fue presentada como ponencia al *I Congreso Internacional Nueva España y las Antillas*, Castellón de la Plana, 7 a 9 de mayo de 1997.

2 “Debo advertir, que no me propongo observar por ahora ningún método en mis escritos, porque no quiero, ó porque no me conviene, y así tan presto hablaré de esto, como de aquello, como de lo otro, ó como de lo que se me diere la gana, que ninguno manda en mi pluma ni en mi cabeza”: *Suplemento al Pensador* (13 de septiembre de 1813), vol. III, segunda foliatura, p. 5 (reimpresión de la edición facsimilar de México. Grupo Condumex 1986. Centro de Estudios de Historia de México, Condumex, Chimalistac, Ciudad de México, 1987, vols. II, III y IV). Todas las citas del periódico *El Pensador Mexicano* han sido tomadas de esa edición.

3 Miquel i Vergés destaca esas características del estilo literario de Fernández de Lizardi que, precisamente por querer reflejar el modo de hablar del pueblo, resulta en ocasiones chabacano y grosero: *cfr.* Miquel i Vergés, José María, *Diccionario de insurgentes*, México, Porrúa, 1969, pp. 195-196.

4 *Suplemento al Pensador* (13 de septiembre de 1813), vol. III, segunda foliatura, p. 7.

social y, paradójicamente, inclinado siempre a los términos medios en política, se atraía habitualmente los denuestos de los extremos. Deseoso de mostrarse comprensivo, se granjeaba la hostilidad de quienes le achacaban carencia de principios; convertido en conciencia crítica de la sociedad mexicana, era contestado por quienes le recriminaban falta de espíritu constructivo.

El propio Fernández de Lizardi, obligado muchas veces a defender sus puntos de vista ante adversarios que impugnaban sus opiniones, trató de explicar la clave del fuerte antagonismo con que eran recibidos sus escritos en algunos ambientes: “el escritor que se propone combatir errores comunes, necesariamente se ha de hacer odioso para los profesores de los vicios, y para los ignorantes; al paso que se hará amable para los moderados y discretos”.<sup>5</sup>

Por todo ello no parece desacertada la apreciación de Agustín Yáñez, que considera a Lizardi como un “interesante caso de resonancias y amalgamas doctrinales”, y destaca en su obra el “empeño [por] mover al pueblo, no divertirlo”. Por encima de las preocupaciones estéticas, Fernández de Lizardi quiso llevar a cabo una tarea sociológica y de agitación.<sup>6</sup>

La indeterminación de su posición política, forzada por las circunstancias, no contribuyó a acreditarlo ante ninguno de los dos bandos que contendían en la lucha insurgente: si su atrevimiento para amonestar al virrey cuando éste atropelló el fuero eclesiástico rozó la insensatez,<sup>7</sup> también se esforzó por demostrar sus simpatías con el partido realista, “único, que es compatible con la justicia”, y denostó a los insurgentes calificándolos de “miserables vencidos” y acumulando las más enérgicas condenas sobre el movimiento acaudillado por Miguel Hidalgo.<sup>8</sup> No debe

5 *Suplemento al número primero del Pensador Mexicano, cit.*, nota 2, p. 1.

6 *Cfr.* Yáñez, Agustín, “Estudio preliminar, selección y notas”, en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *El Pensador Mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1954, pp. XII, XVIII y XXXIII.

7 *Cfr.* 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)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 97-100.

8 *Cfr.* *El Pensador Mexicano*, núms. 15 (9 de diciembre de 1813), 4 (3 de febrero de 1814) y 6 (24 de febrero de 1814), vol. III, pp. 136-139, y vol. IV, pp. 32 y 46. En otro número de *El Pensador Mexicano* dedicó varios párrafos a deslindar sus inclinaciones y a refutar su encasillamiento entre “chaquetas”, “insurgentes” o “neutros”: “forzoso es que siga aquel partido en que resplandezca la justicia, y que ame á aquellos hombres que se han constituido defensores de la mas justa causa, como que los considero amantes de las virtudes mas heroicas. Con que estando decidido por la mas legal y la mas justa causa que defendemos, forzoso es que ame y venera á Fernando VII como monarca de la nacion española: forzoso es que esté subordinado á las autoridades que legitimamente rijan en su au-



extrañar, en consecuencia, el concepto que los Guadalupe se habían formado de Fernández de Lizardi: “este sujeto no es digno de la atención de vuestra excelencia [escriben a Morelos] porque ha escrito varios papeles adulando a este maldito gobierno”.<sup>9</sup>

Los juicios anteriores no difieren en mucho del que Carlos María de Bustamante formuló acerca de la personalidad de *El Pensador*, a quien conocía bien y con quien siempre marcó las distancias aun reconociendo sus notables cualidades como escritor:

posee facilidad, claridad y belleza para explicarse: tan bien escribe en prosa como en verso, he visto sus borradores de este género, y he admirado su fluidez y cierto aticismo encantador para la sátira y el ridículo; pero es la misma ligereza personificada, de modo que ha incurrido en mil aberraciones, y por ellas no es el ídolo de los mexicanos, como debiera.<sup>10</sup>

A fines de 1811 sufrió Fernández de Lizardi su primer contratiempo con las autoridades virreinales, que lo acusaron de haber facilitado armas a los insurgentes cuando las tropas de Morelos entraron en Taxco, ciudad donde Lizardi desempeñaba el cargo de teniente de justicia. Aprehendido, fue llevado a México.

Todavía en tiempos del virrey Venegas, Bustamante y Lizardi emprendieron una intensa campaña periodística en la que, al amparo ofrecido por la libertad de imprenta,<sup>11</sup> mostraron abiertamente sus discrepancias con algunas medidas gubernativas del máximo mandatario de la Nueva España. Molesto éste por la mordacidad de estos escritos, prohibió el ejercicio de dicha libertad y adoptó algunas medidas represivas: Busta-

sencia: que ame á mi patria, y siendo esta parte integrante de esta misma nacion de que soy individuo, forzoso es tambien que aspire ó que dese la gloria general de mi nacion”: *El Pensador Mexicano*, núm. 10 (22 de abril de 1814), vol. IV, p. 79.

9 Carta de los Guadalupe a Morelos, núm. 27, 3 de marzo de 1813, *Prontuario de los insurgentes*. Introducción y notas de Virginia Guedea, México, Centro de Estudios sobre la Universidad-Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 1995, p. 54.

10 Bustamante, Carlos María de, *Cuadro histórico de la Revolución Mexicana*, 3 vols., México, Ediciones de la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, 1961, vol. I, p. 473.

11 Fernández de Lizardi sacó a la luz el primer número de *El Pensador Mexicano* el 9 de octubre de 1812, cuatro días después de que hubiera entrado en vigor la Constitución en la Nueva España. En el artículo 371 de este texto constitucional se recogía un solemne reconocimiento de la libertad de prensa: “todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”.

mante consiguió escapar y se refugió entre los insurgentes; pero Fernández de Lizardi —cuyo artículo en el número 9 de *El Pensador Mexicano* había sido el detonante del cese de la libertad de imprenta— fue menos afortunado, pues no se libró del arresto y hubo de resignarse a pasar siete meses en prisión, al cabo de los cuales resultó absuelto.<sup>12</sup>

Desde la cárcel, Fernández de Lizardi reanudó la publicación de *El Pensador Mexicano*, pero hubo de desistir de este empeño al cabo de poco tiempo. En el número 13, que obtuvo el *imprimatur* el 10 de enero de 1813, informó a los lectores del cierre del periódico y explicó las razones de esa interrupción: “suspendo por ahora mi efímero periódico, porque el papel me ha costado y está costando muy caro, de modo, que no me ofrece cuenta proseguir; si abaratare se continuará”.<sup>13</sup>

Recuperada la libertad en julio, volvió a ocuparse en trabajos periódicos y, en septiembre, sacaba otra vez a flote *El Pensador Mexicano* que en esta segunda etapa sobrevivió más de un año. Incansable, fue dando a luz sucesivas publicaciones, ninguna de las cuales alcanzó excesiva longevidad: *Alacena de frioleras* (1815-1816), *Las Sombras de Heráclito* y *Demócrito* (1815), *Caxoncito de la alacena* (1815).

Al mismo tiempo, y para evitar problemas con la censura, estrechada después de que Fernando VII hubiera abolido el régimen constitucional en mayo de 1814, empezó a cultivar la novela como medio para propagar sus críticas políticas y sociales sin los riesgos que comportaba la severa vigilancia de las autoridades sobre periódicos y folletos breves.

Restablecida la normalidad constitucional y reiteradas las promesas de libertad para los americanos, Lizardi intentó atraer a los independentistas a una aceptación del renovado marco político español.<sup>14</sup> De su pluma salieron por entonces numerosos folletos inspirados en esas miras políticas; y también pertenece a esta época *El Conductor Eléctrico*, que tuvo escasa proyección y no logró sobrevivir a las críticas de que fue objeto. El primero de sus veinticuatro números enunciaba las pretensiones con que nacía esta aventura periodística y explicaba el significado del nombre:

12 El texto de la causa instruida a Lizardi por haber solicitado de Venegas la revocación del bando abrogatorio del fuero eclesiástico puede consultarse en García, Genaro, *Documentos históricos mexicanos*, 7 vols., México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, edición facsimilar, 1985, vol. VI, pp. 440-497.

13 *El Pensador Mexicano*, núm. 13, vol. II, p. 103.

14 El papel de *El Pensador Mexicano* en la euforia constitucional de 1820 aparece analizado en Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, 3 vols., México, Fondo de Cultura Económica, 1994, vol. I, pp. 47-51.

he puesto al presente periódico el altisonante título de *Conductor eléctrico*, porque así como este instrumento sirve para recibir el fluido igneo y conducirlo adonde se quiere; así yo deseo que este periódico sea un conductor por donde se comuniquen muchas verdades importantes al Gobierno y al Pueblo con la misma violencia, si es posible, que el *fluido eléctrico*, y hé aquí el motivo porque le he puesto un título tan análogo á su objeto y á la sinceridad de mis deseos.<sup>15</sup>

*El Conductor Eléctrico* salió a la calle con notable irregularidad, sin acertar a cumplir el primitivo propósito de configurarse como periódico trisemanal. Lizardi achacó al administrador de la imprenta de Ontiveros la responsabilidad de los retrasos con que aparecía *El Conductor*;<sup>16</sup> pero hubo quienes, como “El Observador J. V.”,<sup>17</sup> rechazaron esa explicación. “El Chirrión”, por su parte, después de criticar la orientación del periódico que, a su parecer, no respondía a los contenidos que se habían prometido, insistía en que Lizardi obraba mal al hacer responsable de los retrasos a la imprenta.<sup>18</sup>

En 1821 Lizardi volvió a verse implicado en un proceso legal a raíz de la denuncia de uno de sus escritos —*Chamorro y Dominguín*—. Otra vez fue recluido en la cárcel, aunque en esta ocasión fuera sólo por unos días. Poco después decidió unirse al Ejército Trigarante, e incluso llegó a comandar una partida. Pero “Lizardi que no abundaba en las calidades de soldado, carecía absolutamente de las de gefe”,<sup>19</sup> y no cosechó éxito alguno en los campos de batalla. Más eficaces fueron su trabajo al frente de una imprenta insurgente en Tepotzotlán, sus folletos independentistas y sus colaboraciones en los periódicos *Buscapiés* y *Diario Político Militar Mejicano*.<sup>20</sup>

15 *El Conductor Eléctrico*, por el *Pensador Mejicano* D. J. J. F. L., Méjico, Imprenta de D. Mariano Zúñiga y Ontiveros, calle del Espíritu Santo, año de 1820 (Fondo Lafragua de la Biblioteca Nacional de México —en adelante, LAF— 105).

16 *Cfr. ibidem*, núm. 22 (LAF 105).

17 *Cfr.* El Observador J. V., *El público no es juguete. Señor Pensador Mejicano*, México, Imprenta de Ontiveros, S. A. (LAF 142).

18 *Cfr.* El Chirrión, *También al berdugo azotan*, México, Imprenta de Ontiveros, año de 1820 (LAF 251).

19 Mora, José María Luis, *Méjico y sus revoluciones*, 3 vols., México, Instituto Cultural Helénico-Fondo de Cultura Económica, 1986 (edición facsimilar de la de París, Librería de Rosa, 1836), vol. III, p. 295.

20 *Cfr.* Miquel i Vergés, José María, *La independencia mexicana y la prensa insurgente*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985 (edición facsimilar de la de El Colegio de México, 1941), pp. 17 y 307. El *Diario Político Militar Mejicano* empezó su andadura el 1 de septiembre de 1821, cuando la capacidad militar de España se hallaba reducida a la

Sus avatares periodísticos guardan cierta analogía con su evolución espiritual. Aunque católico de corazón —católico nací, y tan católico soy como el Vicario de Cristo—<sup>21</sup> y enemigo de la filosofía francesa del siglo XVIII,<sup>22</sup> Lizardi se atrajo severas críticas después de la publicación de un folleto que contenía una serie de observaciones a las bulas pontificias que condenaban la masonería.<sup>23</sup> Coherentemente con esos puntos de vista, acabó por afiliarse a una logia en 1822. En esa determinación influyeron de modo decisivo su antagonismo a Iturbide —a quien *El Pensador* había brindado antes su apoyo— y la orientación política de la logia escocesa, convertida en centro de convergencia de los liberales puros. Ese paso le costó la excomunión, que le fue levantada en octubre de 1823 después de que Lizardi se retractara.<sup>24</sup>

Independizado el país de España, en 1826 se le nombró editor de la *Gazeta del Gobierno*, en reconocimiento por los servicios prestados a la causa nacional. Por entonces acometió su última empresa periodística, *Co-*

mínima expresión, y estaba inequívocamente al servicio del ideal independentista: “caminémos pues, con paso firme y rostro sereno, á nuestra libertad política, que el poder colosal del gobierno de Méjico, obstáculo poderoso que nos impedia gozar de este sumo bien, se vé ya tan degradado, se halla tan débil, estenuado, y en una palabra, tan moribundo, que apenas le ha quedado el corto recinto de Méjico, en que dar las últimas boqueadas”: *Diario Político Militar Mejicano*, 1 de septiembre de 1821, t. I (LAF 328).

21 *El Pensador Mexicano*, núm. 5 (30 de septiembre de 1813), vol. III, p. 41.

22 En uno de sus escritos hablaba de la perversión de Francia por “las plumas de sus ingeniosos, pero libertinos filósofos, Voltaire, Rousseau, D’Alembert y otros”: *Suplemento al número primero del Pensador Mexicano*, vol. III, segunda foliatura, p. 4.

23 Cfr. P. V., *Defensa del Pensador Mexicano, o sea Reflexión sobre su causa y estado*, México, Imprenta de Betancourt, año de 1822 (LAF 249). Sobre la evolución anticlerical de Lizardi, cfr. Villoro, Luis, *El proceso ideológico de la revolución de independencia*, México, UNAM, 1977, pp. 127-130.

24 Estos y otros detalles biográficos de Fernández de Lizardi que siguen han sido tomados de Ocampo de Gómez, Aurora M., y Prado Velázquez, Ernesto, *Diccionario de escritores mexicanos*, México, UNAM, Centro de Estudios Literarios, 1967, pp. 112-115; Musacchio, Humberto, *Diccionario Enciclopédico de México ilustrado*, 4 vols, México, Andrés León editor, 1989, vol. II, pp. 632-633; Miquel i Vergés, José María, *La independencia mexicana y la prensa insurgente*, pp. 17, 31-32, 119, 307 y 309, y Miquel i Vergés, José María, *op. cit.*, nota 3, pp. 195-196. Cecilia Noriega es autora de un interesante estudio sobre la producción literaria de Fernández de Lizardi, en el que plantea la necesidad de insertar el aparato conceptual de la obra de *El Pensador* en la situación vivida y descrita en sus trabajos. En este último análisis distingue, a su vez, una doble vertiente: “alegoría criolla” y “representación popular”; es decir, principios generales de intencionalidad moralizante y descripción de ambientes y personajes (cfr. Noriega Elío, Cecilia, “Hacia una alegoría criolla. El proyecto de sociedad de Fernández de Lizardi”, *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, vol. VII, 1979, pp. 11-42).

reo *Semanario de México* (1826-1827). Murió en 1827, poco después de la publicación del *Testamento y despedida de El Pensador Mexicano*.

## II. FERNÁNDEZ DE LIZARDI Y LOS INDIOS

El tercer número de *El Pensador Mexicano*, periódico que había empezado a editarse en 1812 y que acabaría prestando a Fernández de Lizardi el seudónimo con que sería conocido, se abre con una exaltación de España, que se aprestaba a caminar por la senda constitucional, y con una acerada crítica al despotismo que, según las primeras expectativas, había sido derrocado por el solemne enunciado de las Cortes que atribuía la soberanía a la nación.

Después de una vehemente denuncia de abusos y corruptelas, Lizardi detenía su mirada en los indios, sobre quienes había recaído más pesadamente el yugo de una dominación arbitraria, y a quienes el régimen constitucional abría las más lisonjeras perspectivas: “estos infelices, sí, como mas pobres, como mas ignorantes y pusilánimes, eran el objeto de sus rapiñas, y sus verdaderos esclavos. Estos que hoy son *legítimos españoles, y partes integrantes de la Monarquía*, eran en otro tiempo tratados punto menos que bestias”.<sup>25</sup>

Respondían esas requisitorias a los drásticos cambios administrativos que se habían introducido en el Virreinato pocos años antes. Así, la implantación del régimen de intendencias vino acompañada de dificultades: particularmente, la provisión de las subdelegaciones en las personas de funcionarios que dispusieran de ingresos suficientes que no los forzaran a depender de las prácticas mercantiles que quería erradicarse con la prohibición de los repartimientos de comercio.<sup>26</sup> Las resistencias a la implanta-

<sup>25</sup> *El Pensador Mexicano*, núm. 3, vol. II, p. 22.

<sup>26</sup> El cargo de subdelegado de los pueblos de indios se definió por el artículo 12 de la Ordenanza, que contenía la prohibición de los repartimientos: “ni los dichos Subdelegados, ni los Alcaldes Ordinarios, ni los Gobernadores que queden existentes, ni otra persona alguna sin excepcion, han de poder repartir á los Indios, Españoles, Mestizos y demas castas, efectos, frutos ni ganados algunos, baxo la pena irremisible de perder su valor en beneficio de los Naturales perjudicados, y de pagar otro tanto, que se aplicará por terceras partes á mi Real Cámara, Juez y Denunciador”. En el artículo 132 se dispuso que se gratificase a estos funcionarios con el 5% de los tributos que recaudasen: *cfr. Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de ejército y provincia en el reino de la Nueva España*, Madrid, 4 de diciembre de 1786, introducción por Ricardo Rees Jones, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, artículos 12 y 132, pp. 18-20 y 155-156. Guillermo Prieto recordó durante una sesión del Congreso, en diciembre de 1887, el monopolio de los corregidores y su sustitución por subdelegados provistos

ción de esa medida obligaron a que aquel comercio fuera de nuevo legalizado, aunque de hecho nunca hubiera llegado a interrumpirse.<sup>27</sup>

La figura del subdelegado que describió Fernández de Lizardi responde, con toda probabilidad, a un tipo generalizado:

mi amo era uno de los subdelegados tomineros e interesables, y trataba, según me decía, no sólo de desquitar los gastos que había erogado para conseguir la vara, sino de sacar un buen principalillo de la subdelegación en los cinco años.... No omitía medio alguno para engrosar su bolsa, aunque fuera el más inicuo, ilegal y prohibido. Él era comerciante, y tenía sus repartimientos; con esto fiaba sus géneros a buen precio a los labradores, y se hacía pagar en semillas a menos valor del que tenía al tiempo de la cosecha ....<sup>28</sup>

Es interesante añadir que el relato de Lizardi prosigue con la denuncia que presentan los indios del pueblo ante la Real Audiencia, en la que se incluyen numerosas acusaciones, entre las que figura en primer lugar la práctica del comercio y de los repartimientos.<sup>29</sup>

En un número posterior de *El Pensador Mexicano* volvía a condolerse de la suerte de los indios, en el contexto de una larga reflexión sobre las causas de la revuelta del cura Hidalgo. Y prorrumpía en lamentos por el papel subordinado que se les asignó bajo la dominación española, al considerárseles como gente de razón inferior que requería protección y exenciones que, a la larga, se revelaron perjudiciales.<sup>30</sup> La política paternal de los reyes españoles, aunque bien intencionada, no reportó beneficios para los indios, que tuvieron que vérselas con “unos hombres que no han tenido mas política que entronizarse á costa de la sangre de los pueblos”, que usurparon sus derechos y los sometieron a esclavitud.<sup>31</sup>

ya de un sueldo: *cfr. Diario de los Debates de la Cámara de Diputados. Décimatercera Legislatura Constitucional, t. III, Correspondiente a las sesiones verificadas durante el primer período del segundo año*, México, Imprenta de “El Partido Liberal”, 1890, p. 609 (2 de diciembre de 1887).

27 *Cfr. Gay, José Antonio, Historia de Oaxaca*, 2 vols., Oaxaca, Talleres Tipográficos del Gobierno, 1933, vol. II, p. 261.

28 Fernández de Lizardi, José Joaquín, *El periquillo sarniento*, México, Porrúa, 1992, p. 314.

29 *Cfr. ibidem*, pp. 319-320. En algunas localidades de la región central de Jalisco revistieron una llamativa frecuencia las denuncias de los indígenas contra subdelegados y sus agentes: *cfr. Taylor, William B., “Bandolerismo e insurrección: agitación rural en el centro de Jalisco, 1790-1816”*, en Katz, Friedrich (comp.), *Revolución, rebelión y revolución. La lucha rural en México del siglo XVI al siglo XX*, 2 vols., México, Era, 1990, vol. I, pp. 187-222 (pp. 216-218).

30 *Cfr. El Pensador Mexicano*, núm. 5, vol. II, p. 39.

31 *Cfr. ibidem*, núm. 6, vol. II, pp. 42-43.

Otra de sus obras, el *Calendario histórico y pronóstico político* para 1824, recoge una crítica de más sustancia a la obra evangelizadora de España, que nunca dejó de considerar a los indígenas como neófitos y que jamás consideró llegada la hora de su mayoría de edad: “esta gracia de tenerlos como medios gentiles o catecúmenos duraba trescientos años, por lo que ni la Inquisición se metía con ellos en asuntos de fe”.<sup>32</sup>

En el mismo escrito, al tratar de la dispensa concedida a los indios para que no les obligara el precepto de oír misa algunos días de fiesta, por gozar de la consideración de cristianos nuevos a los que no convenía plantear exigencias demasiado severas, Fernández de Lizardi abundó sobre la condición de neófitos de los indígenas:

ahora bien, si esto es así, han pasado ya los trescientos años de neofitazgo, ¿deben o no reputarse los indios como cristianos viejos? Si deben reputarse como tales, es fuerza que les obliguen los preceptos de la Iglesia como todos. Si no, ¿hasta cuántos siglos han de ser los indios aprendices de cristianos? ¿Si será hasta el fin del último, *usque ad consumationem saeculi*?<sup>33</sup>

Además, en relación con las prácticas cristianas que pervivían en la recién independizada nación, sugirió suprimir la celebración de San Hipólito, que era fiesta de guardar en la ciudad de México, en recuerdo de la conquista de Tenochtitlan que consumó Cortés el 13 de agosto,

asesinando con sus españoles miles de inocentes indios, robándolos y echándoles el sello de la más vergonzosa esclavitud con la tirana usurpación de su patria. ¿Y el día 13 de agosto ha de seguir festivo en memoria de tan inauditas atrocidades?... Yo por mí deseara no sólo que no fuera festivo el día de San Hipólito; pero que ni tuviera día 13 el mes de agosto.<sup>34</sup>

32 Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Calendario histórico y pronóstico político. Por el Pensador Mexicano. Para el año bisiesto de 1824” (México: 1823. Oficina del autor), en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1963-1995, vol. XII, pp. 547-611 (pp. 553-554).

33 Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Calendario histórico y pronóstico político. Por el Pensador Mexicano. Para el año bisiesto de 1824”, vol. XII, p. 554. Las mismas palabras pueden leerse en el “Calendario histórico y pronóstico político para el año del Señor de 1825” (México: oficina de don Mariano Ontiveros. Año de 1824), *ibidem*, vol. XIII, pp. 161-250 (pp. 168-169). *Vid.* también Tomás y Valiente, Francisco, “La condición natural de los indios de Nueva España, vista por los predicadores franciscanos”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (México, D. F.), VI-1994, pp. 239-262 (pp. 261-262), y Ferrer Muñoz, Manuel, y Bono López, María, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 490.

34 “Calendario histórico y pronóstico político. Por el Pensador Mexicano. Para el año bisiesto

Si en los anteriores textos *El Pensador Mexicano* llora las desventajas de los indios, con una frecuencia mucho mayor centra sus quejas en los abusos cometidos sobre los “americanos”, que sólo circunstancialmente se identifican con aquéllos. Para él, como para muchos de sus contemporáneos, la contraposición que contaba era la que se registraba entre peninsulares y criollos americanos. Los indios, americanos también, se situaban en un escalón inferior, eran objeto de conmiseración: pero su promoción entraba más en el campo de la caridad cristiana que en el de la arquitectura social.

Fernández de Lizardi juega con la ambigüedad en textos como el que sigue:

muchos egoistas, [...] para lograr sus pretensiones ó para colocar á sus ahijados, han tratado en todos tiempos de desacreditar á los Americanos, quitándoles hasta la racionalidad, para que de este modo teniéndose en la Corte á estos por incapaces de gobernar ni una piara de cerdos, se pusiesen los destinos lucrosos y de brillo en las manos de los mismos ilusores de las reales y piadosas determinaciones de nuestros amados Soberanos;<sup>35</sup>

o como este otro:

quien ha dicho que la mayor parte de los Americanos son unas máquinas, ó no los conoce, ó los aborrece de muerte; porque la única regla que á mi me parece infalible para probar que un hombre es tonto, es que no aprenda despues de procurarle una buena y constante enseñanza: esta es la que puntualmente ha faltado á los Americanos; luego ¿cómo se probará que son estólidos, quando ha faltado el barómetro para graduar su ingenio en lo general? (que en lo particular el mundo todo sabe cuánto es el talento de los criollos); pero aún hablando de toda la masa del pueblo, probarán que carece de instruccion; pero no de capacidad.<sup>36</sup>

Al censurar la política española, que regateó puestos en la administración indiana a los americanos criollos, el primero de los textos citados

de 1824”, vol. XII, pp. 554-555. Sobre el significado de la fiesta de San Hipólito, *cfr.* Garrido Asperó, María José, “Las fiestas celebradas en la ciudad de México. De capital de la Nueva España a capital del imperio de Agustín I. Permanencias y cambios en la legislación festiva”, en *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 185-201.

35 *El Pensador Mexicano*, núm. 7, vol. II, pp. 51-52.

36 *Ibidem*, núm. 16 (16 de diciembre de 1813), vol. III, p. 148.



alude a la carencia de racionalidad que algunos atribuían a los americanos: pero no especifica que este descrédito afectó sólo a los indios.<sup>37</sup> Análogamente, la imputación de que “la mayor parte de los Americanos son unas máquinas” pesaba únicamente sobre el sector de población indígena: sólo que aquí sí se hace una precisión, al ponderar separadamente el “talento de los criollos” y la carencia de instrucción de “toda la masa del pueblo”.<sup>38</sup>

Con cierta sorna reconocerá Lizardi que el criollo constituye “una verdadera casta de español é indio”, y que los poseedores de esa herencia “hemos sabido aprender y conservar los defectos de ambas clases sin sus virtudes. No tenemos el secreto, la union ni el amor al paisanage del español; pero tenemos su orgullo y altanería: no tenemos la misma union del indio; pero si, su entumecimiento y cobardía”.<sup>39</sup> Ahí estribaría, en la opinión de *El Pensador*, la clave del exceso de confianza con que se comportaba la nación, independizada ya de España, insensible al peligro de una invasión y “adormecida en la más apática confianza”.<sup>40</sup>

Los indios que ocasionalmente irrumpen en los coloquios de Fernández de Lizardi, o son traídos a colación en las largas digresiones de que gusta *El Pensador* para referirse a la gestación de sus escritos, responden a los estereotipos comunes en la época: carentes de la más elemental ilustración y sin integrarse en una cultura con cuyos portadores se rozaban a diario.

Así se nos muestra el indio tunero, cuya opinión acerca del alquiler de coches en México es requerida, sin que acierte a responder sino verdades de perogrullo: “después de haberme exhortado el tunero á que dexara á los coches en paz, y las hubiera con sus dueños ó con los que toleran los abusos que se notan en su administracion; se fué, dexándome convencido de que no hay hombre por idiota que sea, que alguna vez no baste á dar un buen consejo”.<sup>41</sup>

37 Sobre el concepto que de los indios tenían las elites criollas y europeas del siglo XIX, *cfr.* Bono López, María, “El uso de la voz indio en los diccionarios del siglo XIX”, en Ferrer Muñoz, Manuel (coord.), *Los pueblos indios y el partearguas de la Independencia de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 231-267.

38 *El Pensador Mexicano*, núm. 7, vol. II, pp. 49-58.

39 *Suplemento Extraordinario al Pensador Mexicano* (26 de enero de 1814), vol. IV, segunda foliatura, p. 24.

40 Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Verdades peladas, reniegue quien renegare, o segunda parte del impreso titulado: si el Gobierno se descuida, trabajos hay con la Liga” (México, 1826, Oficina de la Testamentaría de Ontiveros), en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras*, vol. XIII, pp. 739-744 (pp. 740-742).

41 *Suplemento al Pensador* (13 y 20 de septiembre de 1813), vol. III, segunda foliatura, pp. 8 y 9.

Testifica lo mismo la comparación que se establece en un número de *El Pensador Mexicano* entre los indios habitantes de una mítica isla cuya gobernación se supone encomendada a un hermano de Lizardi —las reminiscencias del Quijote son más que obvias— y los americanos. A los primeros, cuyos modales “son lo mismo que los de esa América”, se les describe como “medio salvajes, rudos por naturaleza, idiotas, supersticiosos y cobardes”.<sup>42</sup>

José Joaquín Fernández de Lizardi también reflexionó sobre las características psicológicas de los indios, y sobreabundó en la aparente ataraxia de los indígenas, capacitados por temperamento para inauditos alardes de paciencia. Así, al criticar la ignorancia de un cura, cuyos sermones rivalizaban en insensatez con los que pudiera haber pronunciado fray Gerundio de Campazas, apuntaba que el auditorio estaba integrado por “pobres indios, que eran los que únicamente podían tener paciencia de escucharlo”.<sup>43</sup>

Y, sin embargo, en otro pasaje de la misma novela, la reacción de los indios reunidos para llorar la muerte de la esposa del gobernador, a punto está de costar un serio disgusto al irresponsable aprendiz de doctor:

apenas me vieron los dolientes, cuando comenzando por un murmullo de voces, se levantó contra mí tan furioso torbellino de gritos, llamándome ladrón y matador, que ya no me la podía acabar; y más cuando el pueblo todo, que allí esta junto, rompiendo los diques de la moderación, y dejándose de lágrimas y vituperios, comenzó a levantar piedras y a disparármelas infinitamente y con gran tino y vocería, diciéndome en su lengua: Maldito seas, médico del diablo, que llevas trazas de acabar con todo el pueblo.<sup>44</sup>

42 *El Pensador Mexicano*, núm. 4 (3 de febrero de 1814), vol. IV, p. 31.

43 Fernández de Lizardi, José Joaquín, *op. cit.*, nota 28, p. 46. A la paciencia iban anejas pobreza y sojuzgamiento. De ambas traza un admirable cuadro Fernando Benítez en su descripción de la misa dominical de Dolores: “por ser domingo y día de mercado acudieron muchos arrieros, campesinos y artesanos, gente la más pobre del curato, indios en su mayoría, vestidos de manta y descalzos a quienes los curas de otras parroquias acostumbraban azotar por orden de sus amos cuando habían cometido alguna falta” (Benítez, Fernando, *La ruta de la libertad*, México, Era, 1964, p. 29). Son muy numerosas las apreciaciones en este mismo sentido de los extranjeros que visitaron la república mexicana a lo largo del siglo XIX: Carl Christian Sartorius, la marquesa de Calderón de la Barca, John L. Stephens, Désiré de Charnay, Carl Lumholtz... Remitimos a las páginas correspondientes a algunos de esos personajes en un estudio que se halla en vías de publicación: Ferrer Muñoz, Manuel (coord.), *La imagen de México decimonónico de los visitantes extranjeros: ¿Un Estado. Nación o un mosaico plurinacional?* Puede consultarse también Ferrer Muñoz, Manuel, y Bono López, María, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, *op. cit.*, nota 33, pp. 101-111, donde se recogen testimonios de diversas personalidades, también mexicanas, en relación con la paciencia e indolencia indígenas.

44 Fernández de Lizardi, José Joaquín, *op. cit.*, nota 28, pp. 261-262.

La impetuosa cólera de que hicieron alarde aquellos indios no tiene demasiado que envidiar a la indignada respuesta de un locero, al que atropelló y derribó inadvertidamente el Periquillo Sarniento. Cuando el pobre indio, “arrastrándose como lagartija salió de debajo de su *tapextle* de loza”, se encorajinó y exigió el pago de los efectos arruinados. Y, ante la réplica deslenguada y el puñetazo provocados por su reclamación, no se anduvo con rodeos: “me comenzó a retorcer el pañuelo con tantas fuerzas, que ya me ahogaba, y con la otra mano cogía ollitas y cazuelas muy aprisa y me las quebraba en la cabeza”.<sup>45</sup>

El contraste entre esas apreciaciones y la visión que del mundo indígena se contiene en uno de los folletos de *El Pensador*<sup>46</sup> resulta a primera vista desconcertante, si no fuera por la intencionalidad política que encierra esa zambullida en un mitificado glorioso pasado azteca. El texto que nos ocupa narra el encuentro entre *El Pensador* y una india azteca, que es la conductora del relato y que se dice “descendiente del muy valiente Cualpopoca [*sic*]”. Lizardi cuenta que, profundamente conmovido ante la “hermosa azteca”, quiso “besar su mano al saber de su boca su noble estirpe, pero la ninfa no me lo permitió, antes me dijo: “Dejaos de tributar vuestros respetos a la sombra de una madre, vuestra desgraciada”. El parlamento de la “ninfa” —¡nada menos que una ninfa azteca!— prosigue con una fuerte carga nostálgica relativa a las frustradas esperanzas de ver a sus descendientes libres y emancipados de la dominación de España.

Entre los escritos de Lizardi relacionados con el atraso del mundo indígena y su difícil integración en la vida política sobresale uno fechado en diciembre de 1820, que constituye un buen exponente del grave alejamiento que existía entre los modernos principios constitucionales y el grueso de la población india. Se trata de una divertida e imaginaria carta de los indígenas de Tontonapeque a *El Pensador Mexicano*, a la que dieron pie las pláticas del cura sobre las consecuencias del principio de igualdad contemplado en la Constitución de Cádiz. En la escéptica apreciación de los naturales del pueblo, su condición de ciudadanos sólo se había materializado en el incremento de la carga impositiva:

45 *Ibidem*, pp. 265-266.

46 Cfr. Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Un coyote convertido les predica a las gallinas” (México: 1826. Oficina de la Testamentaría de Ontiveros), en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras, op. cit.*, nota 40, pp. 867-873.

¿qué nos importa que nos quiten el dichoso tributo, si nos han cargado de contribuciones al antojo del Comandante que ya nos saca el sangre, porque no tenemos mas que darle? Mas mejor lo estabamos antes; y no agora con el maldita Costitucion, que sos mercedes llaman el código á gusto, el código divino y quen sabe que mas. Con razon mochisimos no quieren el Costitucion, y esto que son ricos; pos nosotros los probes indios ¿como los estaremos con esta maldá?<sup>47</sup>

No cabe duda de que Fernández de Lizardi, buen conocedor de su entorno, atinaba al interpretar los escépticos sentimientos que albergaban los indígenas con relación a las idílicas promesas liberales: y eso no obstante el gran esfuerzo propagandístico desplegado por los patrocinadores del nuevo régimen.

La misma ficción de publicar textos redactados supuestamente por indígenas, alejados también de los principios inspiradores de la política vigente, aparece en *Hasta los mudos se quejan al piadoso Emperador*. Uno de esos escritos, redactado con apego a la peculiar habla española de los indígenas, aparece firmado por un tal Lázaro Hernández, “indio legítimo” —la invocación de la legitimidad reviste su importancia—, que suplica perdón por su deficiente ortografía: “perdona lo malo de nuestra letra pueda ser que alla falta”.<sup>48</sup>

Al final de esa entretenida recopilación, donde se recoge una larga lista de abusos que autoridades religiosas y políticas solían cometer en contra de los indios, se incluye una reflexión de Lizardi que expresa con fidelidad su posición intelectual ante el mundo indígena que, pese a su ignorancia y pobreza, no dejaba de poseer una oculta sabiduría:

la ignorancia de sus autores, su idiotismo en el idioma castellano, la inco[h]erencia con que encadenan sus asuntos, y las sencilleces de que están salpicados sus pobres discursos, no hay duda en que a primera vista arrancarán la risa del más severo Catón; pero, por poco que se detenga la atención, se verán entre estos mismos disparates, acusados con el idioma de la verdad, los ex[c]esos de algunos curas e individuos que, prevalidos de la impotencia, pobreza e ignorancia de los indios, se constituyen en sus verdugos y tiranos, maltratándolos de obra y palabra, y exigiéndoles unos

47 *Carta de los indios de Tontonapeque al Pensador Mexicano*. S. c.: s. i. 20 de Diciembre de 1820 (LAF 105).

48 Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Hasta los mudos se quejan al piadoso Emperador” (México, 1822, Imprenta del autor), en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras*, vol. XI, pp. 513-519 (p. 516).

sacrificios que Dios abomina, la naturaleza detesta, la ley prohíbe, y de que todo pueblo culto se horroriza.<sup>49</sup>

Son las mismas ideas que desarrolla uno de los compañeros de cárcel de Periquillo Sarniento, cuando éste se maravilla de la agudeza de sus razonamientos, sorprendente entre personas de “su clase”, tan poco hábiles para explicarse: “esa dureza e idiotismo que adviertes en los indios, mulatos y demás castas, no es por defecto de su entendimiento, sino por su ninguna cultura y educación”.<sup>50</sup>

Por eso resulta sincera la cordial emoción de Fernández de Lizardi cuando reproduce la copla —“ininteligible por su maldita letra”— que, en honor del fallecido don Pedro Sarniento, compuso su amigo el fiscal indio de San Agustín de las Cuevas: “con ésta y no digo más: / aquí murió señor don Pegros, / que nos hizo mil favores, / so mercé no olvidaremos”.<sup>51</sup>

Tan reiterativo era el tópico de la ignorancia indígena que Fernández de Lizardi no dudó en servirse de él como medida del escaso bagaje intelectual de muchos vicarios, “que apenas saben absolver a un pecador común (*como los indios que no saben más que llevar una canoa a Ixtacalco*)”.<sup>52</sup>

Y, en el mismo contexto de prácticas religiosas viciadas por la insipiencia, se burló de las ofrendas que los indios presentaban en honor de sus difuntos:

las ponían en sus casas, creyendo que mientras más fruta, tamales, atole, mole y otras viandas ofrecían, tanto más alivio tenían las almas de sus deudos; y aun había indios tan idiotas, que mientras estaban en la iglesia, estaban echando pedazos de fruta y otras cosas por los agujeros de los sepulcros.<sup>53</sup>

Después de la ruptura con España, *El Pensador* recomendó una serie de medidas que el gobierno debería adoptar con carácter urgente, si quería preservar la independencia nacional. Entre ellas sugería “exhortar a los señores eclesiásticos, especialmente curas, por medio de sus respectivos prelados, a fin de que prediquen a los pueblos la obligación en que están de sostener los derechos de la libertad de la patria”.<sup>54</sup> Transparenta-

49 *Ibidem*, vol. XI, p. 518.

50 Fernández de Lizardi, José Joaquín, *op. cit.*, nota 28, p. 196.

51 *Ibidem*, p. 462.

52 *Ibidem*, p. 74.

53 *Ibidem*, pp. 318-319.

54 Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras, cit.*, nota 40, p. 743.

ba ese consejo la ya vieja persuasión de que la masa del pueblo —los indígenas— permanecía indiferente ante el orden político, fuera español o mexicano criollo-mestizo.

En otra ocasión, *El Pensador*, siempre preocupado por la amenaza de una nueva invasión española, regalaba sus consejos al gobierno para combatir los “malditos” proyectos de la Santa Alianza. E incluía algunas específicas advertencias sobre la administración de justicia, pues no se le escapaban a Fernández de Lizardi los abusos que se cometían en esta materia:

lo octavo, escuchar muy despacio las quejas de los particulares y de los pueblos relativas a sus magistrados, y exigir a éstos la responsabilidad sin disimulos, siempre que las partes prueben que han infringido las leyes en puntos de la recta administración de justicia. Es indecible el disgusto de los pueblos cuando advierten que en vez de jueces justos, que conserven sus derechos y terminen con equidad sus diferencias, se encuentran con unos lagartos crueles y venales, que sólo atienden al rico, que oprimen al infeliz y que al fuer de déspotas, engreídos en la impunidad que esperan, hollan las leyes públicamente y sostienen sus caprichos sin vergüenza.<sup>55</sup>

Y es que, como escribía *El Pensador*, “los pueblos y especialmente los pobres indios ya tienen callos en las orejas de oír decir que son *libres*, que son *independientes*, que son *felices*; pero ellos no ven semejantes libertades ni felicidades”.<sup>56</sup>

Antes de la efectiva Independencia de España, la guerra insurgente había causado múltiples estragos también a las propiedades y a las personas de los pequeños propietarios: la mirada siempre escudriñadora de Fernández de Lizardi expresó esa experiencia por boca de un “ciudadano pobre”:

tenia un ranchito en el que vivía mártir con estas cosas del día: venían los insurgentes y me robaban, venían las tropas y las regalaba, de modo que en estas y las otras dieron cuenta de veinte ó treinta baquitas, unos quantos novillos, treinta ó quarenta carneros, diez ó doce chivos, catorce puercos de media ceba, una parvada de gallinas.<sup>57</sup>

55 Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Segunda parte del impreso titulado: Oiga señor presidente verdades de un insurgente” (México, 1826, Oficina de la Testamentaría de Ontiveros), en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras, cit.*, nota 40, pp. 839-844 (p. 842).

56 Parlamento de Prudencia, en Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Que duerma el gobierno más, y nos lleva Barrabás [primera parte]” (México, 1827, Imprenta de la calle de Ortega número 23), en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras, cit.*, nota 40, pp. 957-979 (p. 974).

57 *Pensamiento Extraordinario*. México: en la imprenta de Doña María Fernández de Jáuregui. Año de 1812 (reimpresión de la edición facsimilar de Conдумex, vol. II).

En otro folleto volvió a ocuparse de la infelicidad de los indios después de la separación de España, a propósito de la obligación que el Congreso mexicano les había impuesto de pagar alcabala. Consideraba *El Pensador* que “cobrárselas por un pollo, dos docenas de huevos, etcétera, y luego contarles que son *felices* y que son *libres*, es una especie de insulto o mofa”.<sup>58</sup> Aunque esa disposición fue revocada antes de que se distribuyera el escrito de Lizardi, éste no desistió de editar el panfleto y, aunque mostró su agrado por la derogación, dejó patente que no bastaba eso “para que los indios sean felices. Es menester arrancarlos de la tiranía de sus curas y de la de sus amos. Que no paguen más obvenciones ni derechos sino lo que pagaban los pobres que no eran indios...”.<sup>59</sup>

En otra ocasión, Fernández de Lizardi refirió las estrambóticas exigencias de un cura, que imponía pretendidos derechos a los indígenas por cada efigie de Jesucristo que sacaban en procesión durante la Semana Santa, “a proporción del tamaño de las imágenes”; y que cobraba también por los altares posas que se disponían para el desfile del Viernes Santo.<sup>60</sup>

La conciencia de que los indios se habían visto defraudados en todo después de que México hubiera accedido a la libertad política, y de que su acomodo a la condición de ciudadanos había sido meramente ornamental, inspiró unos amargos pasajes de uno de sus opúsculos:

los indios, esa parte preciosa de la sociedad, que por mil títulos merecen la consideración de los gobiernos y la protección de las leyes, ¿qué bienes han logrado con la Independencia?, tan ignorantes y tan envilecidos están ahora que son ciudadanos, como cuando eran esclavos del gobierno español, y por lo que respecta a su pobreza, están en peor estado. Antes con doce reales que pagaban de tributo, y uno y medio reales de ministros y hospital, estaban exentos de pagar diezmos y alcabalas; los derechos que pagaban a los curas, y las contribuciones que sufrían eran a medida de su miseria; y hoy, sin proporcionarles arbitrios para aliviarla, se les exigen más contribuciones.<sup>61</sup>

58 Fernández de Lizardi, José Joaquín, “El castigo de unos cuantos no asegura a la Nación” (México, 1827, Imprenta de la calle de Ortega número 23), en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras, cit.*, nota 40, pp. 1,009-1,031 (p. 1,018).

59 En escritos anteriores, *El Pensador* había denunciado el peso excesivo que, para las modestas economías de los indígenas, representaba el pago de las obvenciones parroquiales: Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Hasta los mudos se quejan al piadoso Emperador”, *cit.*, nota 48, p. 515.

60 Cfr. Fernández de Lizardi, José Joaquín, *op. cit.*, nota 28, p. 318.

61 Fernández de Lizardi, José Joaquín, “El castigo de unos cuantos no asegura a la Nación”, *cit.*, nota 58, p. 1019.

El último texto de Fernández de Lizardi al que vamos a recurrir, antes de cerrar esta apresurada panorámica sobre la imagen del indio mexicano en los escritos de *El Pensador*, está tomado del *Testamento y despedida de El Pensador Mexicano*, redactado dos meses antes de su muerte, y sirve de recapitulación sobre todo lo que se ha dicho hasta aquí. Sorprende que, cuando en toda su producción apenas había hablado de los indígenas sino circunstancialmente, quisiera entonces dedicarles un recuerdo tan expresivo: “dejo a los indios en el mismo estado de civilización, libertad y felicidad a que los redujo la Conquista, siendo lo más sensible la indiferencia con que los han visto los Congresos, según se puede calcular por las pocas y no muy interesantes sesiones en que se ha tratado sobre ellos desde el primer Congreso”.<sup>62</sup>

62 Fernández de Lizardi, José Joaquín, “Testamento y despedida de El Pensador Mexicano [primera parte]” (México, 1827, Imprenta de la Testamentaría de Ontiveros), en Fernández de Lizardi, José Joaquín, *Obras, cit.*, nota 40, pp. 1037-1044 (p. 1042).



## HACIA UNA NUEVA LEY DE AMPARO

Héctor FIX-ZAMUDIO\*

*Al destacado jurista y magistrado mexicano  
Manuel Gutiérrez de Velasco*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El juicio de amparo mexicano en su concepción original.* III. *Evolución legislativa y jurisprudencial.* IV. *Los diversos procesos de amparo.* V. *La regulación actual del juicio de amparo y la necesidad de actualizarlo.* VI. *Los lineamientos básicos de una nueva Ley de Amparo.* VII. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

1. En el muy merecido homenaje que se rinde al distinguido jurista y magistrado mexicano Manuel Gutiérrez de Velasco, consideramos que un tema que puede ser próximo a sus preocupaciones es el relativo a la posibilidad de redactar una Ley de Amparo que perfeccione la actualmente en vigor, si tomamos en consideración que el homenajeado aplicó por muchos años dicho ordenamiento durante su larga y brillante carrera judicial, que inició como secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia, continuó con su desempeño como juez de Distrito, y posteriormente como magistrado de un Tribunal Colegiado de Circuito y culminó como ministro de la Suprema Corte de Justicia, pero sin abandonar en esas funciones judiciales su labor como profesor e investigador jurídico.

2. La Ley de Amparo, vigente a partir del 10 de enero de 1936, es el ordenamiento reglamentario de la máxima institución procesal mexicana que ha tenido una mayor duración respecto de las anteriores que han regulado este instrumento tutelar, y si bien ha sido objeto de numerosas

\* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de El Colegio Nacional.

reformas posteriores (la última de las cuales fue publicada el 8 de febrero de 1999) que la han actualizado de manera paulatina, se observa en ella, debido a tantas modificaciones, errores de técnica legislativa y omisiones importantes, que deben corregirse por medio de un nuevo ordenamiento.

3. Para elaborar una nueva Ley de Amparo existe alternativa. La primera posibilidad consiste en una reelaboración de la misma como se ha venido haciendo con los ordenamientos anteriores, con el objeto de corregir los errores técnicos y formales e incorporarle algunos preceptos con los avances de la jurisprudencia; y la segunda opción es la de revisar a profundidad la problemática actual del amparo mexicano, que en muchos aspectos se ha quedado rezagado respecto de instituciones similares o equivalentes que se han desarrollado en Latinoamérica en los años recientes. Debe además reconocerse de manera expresa que el juicio de amparo no es una institución unitaria como lo sostiene un sector de la doctrina, que se tramita por conducto de dos formas de procedimiento, es decir, de una o de dos instancias, sino por el contrario, como lo afirma otra corriente doctrinal a la cual nos adherimos, que bajo la misma denominación se regulan varios procesos diversos que requieren de una delimitación precisa, que hasta el momento no se ha logrado.<sup>1</sup>

4. En este momento predominan esas dos tendencias, es decir tanto aquella por la cual se estima que únicamente debe revisarse la legislación sobre el amparo mexicano dentro de su actual estructura, e incorporar algunos preceptos que son necesarios para perfeccionarlo, pero sin alterar sustancialmente los lineamientos tradicionales que se han elaborado de manera paulatina, como la tesis contraria, de acuerdo con la cual deben elaborarse nuevos principios que se apoyen en la verdadera estructura de nuestra máxima institución procesal.

5. La tesis de la revisión de la legislación actual está encabezada por el conocido estudioso del amparo mexicano Ignacio Burgoa Orihuela, el cual afirma en esencia que: “...*No se necesita una Nueva Ley de Amparo*. El ordenamiento vigente, eso sí, exige su renovación en el sentido de perfeccionarlo...”. O sea que en el concepto de este destacado jurista sólo se requiere la modificación de los preceptos del ordenamiento vigente que realmente lo requieran, sin alterar sus aspectos esenciales, y que las refor-

1 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano”, *Ochenta años de vida constitucional en México*, México-UNAM-Cámara de Diputados, 1998, pp. 371-430, incorporado al libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 770-793.

mas que se introduzcan a la Ley de Amparo “deben conservar la concepción y la terminología clásicas y tradicionales de nuestro juicio constitucional, mismas que se impregnan en la Constitución, en la legislación y en la jurisprudencia mexicanas...”<sup>2</sup>

6. La tendencia hacia una ley reglamentaria con una estructura diversa de la tradicional, se apoya en los cambios recientes que se han advertido en el ordenamiento mexicano, ya que las reformas de 1988 y 1995, han ampliado sustancialmente la integración y las funciones de los tribunales federales, especialmente de la Suprema Corte de Justicia, la que actualmente puede considerarse como un tribunal constitucional desde el punto de vista material. Además se han perfeccionado e introducido otros instrumentos de garantía constitucional que de manera paralela a algunos procesos de amparo tutelan los derechos y las normas de nuestra Carta suprema,<sup>3</sup> tales como la ampliación de las controversias constitucionales para comprender también a los conflictos de atribución de los órganos del poder, la acción abstracta de inconstitucionalidad, el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos y el juicio de revisión constitucional electoral, los dos primeros ante la Suprema Corte de Justicia y los últimos de la competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.<sup>4</sup>

7. Estamos lejanos a la situación que describía el ilustre constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, en el sentido de que por muchos años el único instrumento tutelar de nuestra carta fundamental era el juicio de amparo y eso parcialmente, es decir, en los sectores del mismo amparo en los que funcionaba como control constitucional. El insigne jurista señaló que “...El amparo no es por su naturaleza control de constitucionalidad sino defensa del individuo...”, y más adelante agregó que el juicio de amparo no podrá dejar de ser lo que siempre ha sido: “...una defensa

2 *Renovación de la Ley de Amparo*, México, Instituto Mexicano del Amparo, 2000, esp. pp. 8-14.

3 Cfr. Carpizo, Jorge, y Cossío Díaz, José Ramón, “La jurisdicción constitucional en México”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 745-804; Fix-Zamudio, Héctor, “Significado actual del control constitucional en México”, *Memoria del Simposio Internacional. El significado actual de la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, pp. 209-264, incorporado al libro del mismo autor *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 533-591.

4 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa constitucional en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, pp. 67-143.

del individuo dentro del orden de la Constitución; ni sea ya lo que acaso nunca podrá ser: una defensa directa y autónoma de la Constitución...”<sup>5</sup>

8. Por ello consideramos que ya resulta no sólo conveniente, sino indispensable separar las dos funciones esenciales del derecho de amparo mexicano. Por una parte y en ciertos procesos (amparo en sentido estricto y amparo contra leyes), que realizan una función de control constitucional por medio de la defensa de los derechos de la persona humana, pero también como control de la legalidad, por conducto de otros procesos del mismo amparo (como el contencioso administrativo y el recurso de casación).<sup>6</sup>

9. Debemos tomar en consideración que en las citadas reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995, se separaron, en cuanto su competencia, ambos sectores, de manera que el control de constitucionalidad por conducto del amparo se atribuyó en último grado a la Suprema Corte de Justicia y el de legalidad se asignó a los tribunales colegiados de circuito.

10. Resulta muy oportuno en estos momentos reflexionar sobre la regulación de nuestro derecho de amparo, ya que la Suprema Corte de Justicia, al tomar en cuenta las preocupaciones de los abogados, jueces y magistrados así como del sector académico, sobre las reformas que deben hacerse a la legislación de amparo, invitó a la comunidad jurídica mexicana, en su convocatoria de 3 de diciembre de 1999, para formular propuestas dirigidas a la elaboración de una nueva Ley de Amparo. Unos días antes, es decir, el 17 de noviembre, el presidente de la misma Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura Federal declaró formalmente integrada una Comisión de Análisis de propuestas las que debían recibirse de acuerdo con la mencionada convocatoria y que han sido muy numerosas.

11. Si bien el autor de estas líneas forma parte de la mencionada Comisión de Análisis de Propuestas, mencionada en el párrafo anterior, debemos aclarar que las consideraciones de este breve estudio las hacemos

5 *Derecho constitucional mexicano*, 31a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 521 y 532; Fix-Zamudio, Héctor, “La defensa de la Constitución en México en el pensamiento de Felipe Tena Ramírez”, *Estudios jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, México, Porrúa, 1999, pp. 123-184.

6 *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992, pp.253-301, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit. supra* nota 1, pp. 619-666.

a título estrictamente personal y no reflejan forzosamente los criterios que se discuten en la misma Comisión.

## II. EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO EN SU CONCEPCIÓN ORIGINAL

12. Partimos de la premisa de que nuestra institución protectora fue establecida con el objeto de tutelar las llamadas “garantías individuales”, o sea los derechos humanos individuales violados por actos o leyes de cualquier autoridad, pero que ha evolucionado hasta convertirse en un instrumento muy complejo que en muchos aspectos se apartó de sus propósitos iniciales, y por ello resulta muy difícil su comparación actual con otras instituciones que llevan el mismo nombre, tanto latinoamericanas, como la consagrada inicialmente en España en su carta republicana de diciembre de 1931.<sup>7</sup>

13. Aunque no pretendemos reproducir aquí los resultados de numerosos estudios que se han hecho sobre las influencias externas y el desarrollo de la legislación nacional que llevaron a la creación de nuestro juicio de amparo, sin embargo, consideramos que puede resumirse en tres etapas: a) la Constitución yucateca de 31 de marzo de 1841, inspirada en este aspecto y en otros varios en el pensamiento de Manuel Crescencio García Rejón; b) el documento expedido el 18 de mayo de 1847 con el nombre de Acta Constitutiva y de Reformas (a la Constitución federal de 1824), inspirada en este sector en las ideas de Mariano Otero, y finalmente, c) los artículos 101 y 102 de la carta federal promulgada el 5 de febrero de 1857.

14. Si bien el sector mayoritario de la doctrina mexicana reconoce que el nombre de la institución tiene raíces hispánicas, lo que pretendieron introducir los creadores del amparo fue el modelo estadounidense de revisión judicial, es decir, la facultad de los jueces de desaplicar las leyes que fueran contrarias a la Constitución federal en los procesos concretos de los cuales conocieran, por conducto del llamado “control difuso”. Lo anterior se desprende claramente de la exposición de motivos de los proyectos de cartas o reformas constitucionales que hemos mencionado, en las cuales se transcriben párrafos del libro de Alexis de Tocqueville, *La*

<sup>7</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Derecho comparado y derecho de amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 8, mayo-agosto de 1970, pp. 327-349, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre derecho de amparo*, cit. supra nota 1, pp. 155-181.

*democracia en América del Norte*, traducción de D. A. Sánchez de Bustamante que apareció en París en 1836 y que llegó el año siguiente a México; además, se reimprimió dicha obra en 1855, año en el que se hizo la convocatoria del Congreso Constituyente que culminó con la expedición de la carta de 1857, en la cual se consolidó el amparo en su sentido inicial. Lo anterior no constituye demérito para los juristas mexicanos que crearon la institución tutelar en el derecho mexicano, pero no podemos desconocer que se trató del “trasplante” de una institución angloamericana en un ordenamiento de origen romanista, y por ello, en tanto que la revisión judicial era y es un principio en el sistema jurídico de Estados Unidos, que se aplica en todos los tipos de procesos (que son muy complejos), en nuestro país se transformó en un procedimiento específico, que incorporó y amplió el *habeas corpus*, para abarcar la tutela de todos los derechos individuales.

15. El insigne jurista y magistrado mexicano Ignacio Luis Vallarta realizó un estudio comparativo del *habeas corpus* angloamericano con el amparo mexicano, en el cual consideró que este último tenía una esfera protectora mucho más amplia que el primero,<sup>8</sup> pero olvidó que en el derecho de Estados Unidos existían entonces, y aún subsisten, algunos instrumentos procesales, además del *habeas corpus*, que se han empleado para tutelar diversos derechos fundamentales, tales como los muy conocidos de *mandamus* e *injuction*, así como otros menos utilizados que los primeros, para la tutela de derechos fundamentales, o sea *quo warranto*, *prohibition*, *certiorari* y más recientemente la sentencia declarativa (*declaratory judgment*). Casi todos estos procedimientos tutelares provienen del derecho inglés y fueron utilizados en las colonias angloamericanas, antes de ser consagrados en el derecho público estadounidense.<sup>9</sup> Las semejanzas y diferencias de estos instrumentos procesales angloamericanos y el juicio de amparo mexicano fueron señalados por el jurista mexicano Oscar Rabasa.<sup>10</sup>

16. Lo cierto es que con base en los antecedentes de 1841 en Yucatán y 1847 en el ámbito nacional, los constituyentes de 1856-1857 esta-

8 Cfr. la comparación que realiza el notable jurista mexicano Vallarta, Ignacio Luis, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Ensayo crítico comparativo sobre esos recursos constitucionales*, México, Imprenta de J. J. Terrazas, 1896.

9 Cfr. Lawson, F.H., *Remedies of English Law*, Middlesex, Inglaterra, 1972.

10 “Diferencias entre el juicio de amparo y los recursos constitucionales norteamericanos”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, 1947, pp. 385-405; *ibidem*, *El derecho angloamericano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, pp. 640 y ss.

blecieron con el nombre de juicio de amparo un procedimiento en el cual unieron varias instituciones, pero todas ellas orientadas a la tutela de los derechos fundamentales, es decir, a) el *habeas corpus*; b) algunos instrumentos angloamericanos, tales como los ya mencionados en el párrafo anterior; y c) la impugnación de las disposiciones legales contrarias a la carta federal.

17. Este procedimiento, dirigido exclusivamente a la tutela de los derechos fundamentales en esa época de carácter individual (garantías individuales), fue el que trascendió de manera paulatina a otros ordenamientos latinoamericanos. En efecto, el primer país que introdujo el amparo con posterioridad a su consagración en la Constitución federal mexicana de 1857, fue El Salvador en su carta fundamental de 13 de agosto de 1886; le siguieron Honduras y Nicaragua, en sus constituciones y leyes de amparo, en los dos países expedidas en el año de 1894; Guatemala, en la reforma constitucional de 11 de marzo, y Argentina, en la carta de la provincia de Santa Fe de 13 de agosto, ambas de 1921; posteriormente se extendió a otros ordenamientos constitucionales hasta llegar a la situación contemporánea, en la que la influencia de la concepción inicial de institución mexicana, es mucho más amplia.<sup>11</sup>

18. En la actualidad consagran la acción, el recurso o el juicio de amparo los siguientes ordenamientos constitucionales, citados en orden alfabético y de acuerdo con la idea inicial del amparo como un instrumento para tutelar los derechos humanos fundamentales (aun cuando la mayoría de ellos, distinguen el amparo del *habeas corpus*): Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Al respecto reiteramos que los artículos 103 y 107 de la carta federal mexicana, regulan un instrumento mucho más complejo, no obstante que la institución inicial o clásica (ver *supra*, párrafo 16) del amparo sirvió de paradigma a los países citados anteriormente.<sup>12</sup>

11 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 119-132, reproducido en *Rivista di diritto agrario*, Milano, julio-septiembre de 1967, pp. 502-518, e incorporado posteriormente al libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 17-52.

12 Cfr. Brewer Carías, *El amparo a los derechos humanos y las libertades fundamentales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993; Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo latinoamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

19. Con el nombre de amparo se estableció, con objetivos similares, primero en la carta republicana española de 1931 y posteriormente en la Constitución democrática de 1948, y los juristas españoles reconocen de manera expresa la influencia del modelo mexicano, pero en su configuración clásica, en ambas ocasiones.<sup>13</sup> Bajo la misma denominación se introdujo este instrumento en las legislaciones recientes de Macao (1991) y el Archipiélago de Cabo Verde (1992), antiguas colonias portuguesas, pero el modelo de estos dos últimos ordenamientos no fue directamente el amparo mexicano sino el establecido en la carta española de 1978.<sup>14</sup>

20. Así mismo debemos agregar algunas figuras equivalentes al derecho de amparo que se han incorporado a otros ordenamientos latinoamericanos, con denominaciones muy próximas, tales como el *mandado de segurança* brasileño, que algunos autores traducen al castellano como “mandamiento de amparo” (creado en la carta federal de 1934 y regulado por la actual Ley Suprema de 1988); el recurso de protección de la Constitución chilena de 1980; y la acción de tutela, introducida por la carta colombiana de 1991. Estas tres instituciones poseen funciones similares a las del amparo mexicano en su configuración original y además tomaron en cuenta para su establecimiento la experiencia de nuestro país.<sup>15</sup>

21. El amparo mexicano en su concepción primaria también influyó en varios documentos internacionales de derechos humanos, inclusive con ese nombre en las versiones en español, por conducto de los diplomáticos mexicanos que participaron en las reuniones en las cuales se aprobaron dichos documentos. En esta dirección podemos señalar los artículos XVIII y 8o., respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, expedidas en Bogotá y en París, en mayo y diciembre de 1948, así como los artículos 2, inciso segundo, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones

13 Como la doctrina española es muy abundante, nos limitamos a citar en esta ocasión una obra reciente que hace un profundo estudio comparativo entre ambas instituciones, *cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000.

14 *Cfr.* Cardinale, Paulo, “O amparo de direitos fundamentais no direito comparado e no ordenamiento jurídico de Macau”, *Revista Jurídica de Macau* (bilingüe, portugués-chino), vol. III, núm. 1, 1996, pp. 51-92, esp. 51-53, 72-92.

15 Como también la bibliografía que estudia estos tres instrumentos es muy amplia, nos remitimos a la que se cita en un trabajo anterior, *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en Latinoamérica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Caracas, Konrad Adenauer Stiftung-Centro Interdisciplinario de Estudios Sobre Derecho Latinoamericano, 1995, pp. 59-67.



Unidas de 16 de diciembre de 1966 (en vigor el 23 de marzo de 1976) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (vigente a partir del 18 de julio de 1978).

22. Aun cuando no existe influencia directa del amparo mexicano, también es posible mencionar, por tener una redacción similar, lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953.<sup>16</sup>

### III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

23. Como es bien sabido, el juicio de amparo se consolidó en su concepción clásica u originaria en los artículos 101 y 102 de la Constitución federal de 5 de febrero de 1857,<sup>17</sup> y a partir de entonces se expidieron varias leyes reglamentarias, que desarrollaron de manera paulatina la institución, con excepción de sus objetivos iniciales, pues carecía de perfiles bien definidos. Los diversos ordenamientos incorporaron la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en la cual se establecieron los lineamientos esenciales del procedimiento y de los diversos procesos que se fueron acumulando a los tres primitivos (*habeas corpus*, protección de los restantes derechos individuales y la impugnación de las disposiciones legislativas inconstitucionales, ver *supra*, párrafo 16).

24. Durante la vigencia de la citada carta federal de 1857, se expidieron tres leyes reglamentarias de los preceptos constitucionales mencionados en el párrafo anterior, publicadas, el 30 de noviembre de 1861, el 20 de enero de 1869 y el 14 de diciembre de 1882. Posteriormente se incorporaron las disposiciones sobre el juicio de amparo en el Código Federal

16 Cfr. Mertens, Pierre, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1973, pp. 2-23, 31-46.

17 Dichos preceptos establecieron: "Artículo 101: Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales. II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados. III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal. Artículo 102. Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare."

de Procedimientos Civiles de 6 de octubre de 1897 y el de 26 de diciembre de 1908. Haremos una breve referencia a los aspectos básicos de los mencionados ordenamientos.

25. A) El primero recibió la denominación extensa y equívoca de “Ley Orgánica de los Procedimientos de los Tribunales de la Federación que exige el artículo 102 de la Constitución federal de que habla el artículo 101 de la misma”, promulgado el 30 de noviembre de 1861. Cabe señalar que con anterioridad ya se habían presentado varios proyectos legislativos, que no fueron aprobados debido a la inestabilidad política del país con motivo de la guerra civil que se inició pocos meses después de la promulgación de la carta federal en 1857 y que no terminó sino hasta el 25 de diciembre de 1860, al entrar triunfante el ejército liberal en la capital de la República.<sup>18</sup>

26. Sin embargo, dicha ley no pudo aplicarse de manera permanente debido a que en el año de 1862 se inició la invasión del ejército francés, que culminaría con el establecimiento del efímero imperio del archiduque Fernando Maximiliano de Austria, que terminó trágicamente en el año de 1867 con el triunfo definitivo de la República.

27. El ordenamiento de 1861 puede considerarse como un ensayo del desarrollo de los preceptos constitucionales ya citados, en el que se advierte una combinación del procedimiento civil tradicional y un intento de captar el espíritu de la revisión judicial estadounidense. Esta ley reglamentó separadamente las tres fracciones del artículo 101 de la carta federal, y la primera sección se estableció la competencia de los tribunales federales para conocer de las instancias en las que se tratara de combatir las leyes de la Unión o de invocarlas para defender algún derecho, y amplió la tutela no sólo de los derechos consignados en la misma carta federal sino también en sus leyes orgánicas (artículos 1o. y 2o.)<sup>19</sup>

28. Las secciones segunda y tercera regularon la tramitación del amparo solicitado por cualquier habitante de la República contra leyes o ac-

18 Cfr. Barragán Barragán, José, *Primera Ley de Amparo de 1861*, México, UNAM, 1980, para conocer la discusión y aprobación de este ordenamiento. Dicho autor apoyó su estudio en la crónica, que en ausencia de “diario de debates”, elaboró Felipe Buenrostro, *Historia del primero y segundo Congresos Constitucionales de la República mexicana*, México, Tipografía de F. Mata, 1874-1883, 2 vols.

19 Cfr. Rojas, Isidro y García, Francisco Pascual, *El amparo y sus reformas*, México. Tipográfica de la Compañía Editorial Católica, 1907, pp. 67-69, y Moreno Cora, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Tipográfica La Europea, 1902, pp.19-21.

tos de autoridad federal que violaran o restringieran la llamada soberanía de los estados, y los de estos últimos que invadieran las atribuciones de los poderes de la Unión (artículos 19 y 26).

29. Entre los aspectos que merecen destacarse, en virtud de que influyeron en los ordenamientos posteriores, se encuentra la disposición del artículo 11, en el cual se consagraba la fórmula tradicional de la sentencia de amparo: “La justicia de la Unión ampara y protege” al promovente cuando se demostrara que sus derechos hubiesen sido violados, y la del precepto del artículo 32, de acuerdo con el cual los tribunales, para fijar el derecho público nacional, deberían tener como regla suprema de conducta a la Constitución federal, las leyes que de ella emanen y los tratados con las naciones extranjeras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 de la citada Constitución de 1857 (que a su vez provenía del artículo VI de la carta federal de Estados Unidos).<sup>20</sup>

30. Un precepto muy importante de la Ley de 1861, el cual no parece haber sido introducido de manera consciente, es el contenido en el artículo 30 en cuanto estableció la posibilidad de que la demanda se pudiera interponer contra resoluciones de un juez federal de distrito, ante su respectivo suplente, es decir, consagró la procedencia del juicio de amparo contra resoluciones judiciales, inclusive de carácter federal, lo que dio lugar a un debate apasionado y permanente que se prolongó durante la vigencia de la carta fundamental de 1857, como se precisará más adelante (ver *infra*, párrafos 36-37).

31. Correspondía a la primera sala de la Suprema Corte de Justicia, integrada por cinco de sus once ministros titulares, resolver los juicios de amparo que se plantearan en tercera instancia por conducto del recurso de súplica (de origen español),<sup>21</sup> y el tribunal en pleno tenía la facultad de proponer ternas al Ejecutivo federal para el nombramiento de los jueces y

20 El citado artículo 126 constitucional, muy similar al 133 de la carta federal vigente, disponía: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente con aprobación del Congreso (originalmente unicameral, con restauración del Senado hasta 1874), serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes o tratados, a pesar de la disposición en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”. Este precepto, como el actual 133, se inspiran casi literalmente en el segundo párrafo del artículo VI de la Carta federal de Estados Unidos, que a su vez establece: “Esta Constitución y las leyes de Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de Estados Unidos, serán la ley suprema del país y los jueces de cada Estado están obligados a observarlos, a pesar de cualquier disposición en contrario, que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

21 Sobre el recurso de súplica en el derecho español, *cfr.* Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1873, t. II, pp. 1480-1481.

magistrados de la Federación, así como de sus respectivos promotores fiscales y secretarios, en los términos de los artículos 13, fracción IV, y 6o., fracción IV, del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia expedido el 29 de julio de 1862.<sup>22</sup>

32. B) Una vez restablecida la República y debido a la escasa aplicación de la Ley reglamentaria de 1861, que además adolecía de numerosos defectos, se hizo necesario expedir un nuevo ordenamiento que fue promulgado el 20 de enero de 1869, después de numerosos debates en el Congreso de la Unión (entonces unicameral, ya que el Senado se restableció hasta 1874), en relación con la iniciativa presentada a nombre del presidente don Benito Juárez, por el secretario de Justicia, el destacado jurista Ignacio Mariscal.<sup>23</sup> Sería muy difícil señalar en esta oportunidad las innovaciones de la nueva Ley reglamentaria, por lo que analizaremos únicamente el precepto más debatido, es decir el artículo 8o. de dicha ley, que disponía de manera categórica: “No es admisible el amparo en negocios judiciales”.

33. Debe hacerse notar que la iniciativa presentada por el secretario de Justicia Ignacio Mariscal propuso la procedencia del juicio de amparo contra sentencias judiciales, pero únicamente en el supuesto de que en las mismas se produjera una violación a la Constitución federal, según el modelo de la revisión judicial establecido tanto en la práctica como en las disposiciones de la carta federal de Estados Unidos, en el sentido de que sólo podían impugnarse las decisiones judiciales de los tribunales de los Estados ante los de la Federación, cuando los primeros resolvieran sobre cuestiones de carácter constitucional en sentido estricto, pero de ninguna manera cuando se tratase de la aplicación de disposiciones legislativas de carácter local (artículo 27 del citado proyecto).

34. Inclusive el secretario Mariscal compareció en el Congreso en la sesión del 9 de enero de 1869, para defender con argumentos muy agudos el proyecto original en contra del futuro artículo 8o. de la Ley mencionada, el cual ya había sido aprobado para entonces por la mayoría de los representantes (por cierto un porcentaje importante de los mismos habían participado en el Congreso Constituyente de 1856-1857), y que el secre-

22 De acuerdo con los artículos 91 y 92 de la Constitución de 1857, la Suprema Corte de Justicia se integraba por once ministros propietarios y cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general, designados en elección directa de primer grado, por un periodo de seis años, de acuerdo con la Ley Electoral de 12 de febrero de 1857.

23 Cfr. Barragán, Barragán, José, *Proceso de discusión de la Ley de Amparo de 1869*, México, UNAM, 1980.

tario consideró inconstitucional, por contradecir al artículo 101 de la carta federal, ya que en las resoluciones judiciales podían producirse violaciones de las señaladas en ese artículo.<sup>24</sup> Años más tarde, el distinguido jurista publicó un folleto en el cual expresó sus ideas sobre el amparo judicial, las que ya había mencionado en la exposición de motivos y en su comparecencia ante el Congreso.<sup>25</sup>

35. Con la aprobación del citado artículo 8o. de la Ley de 1869 no terminó la discusión sino que, por el contrario se despertó un enconado debate, que pronto fue discutido y planteada por los abogados y juristas de la época, los cuales, en su mayoría tuvieron una posición adversa hacia el citado precepto, y si bien en una primera etapa no existió uniformidad en el criterio de los jueces de distrito y de la Suprema Corte de Justicia, se impuso finalmente la tesis de que la citada disposición era inconstitucional y no debía aplicarse.<sup>26</sup>

36. Existe consenso en la doctrina en el sentido de que fue la resolución de la Suprema Corte de 29 de abril de 1869 (pocos meses después de la aprobación de la mencionada Ley de 1869) la que estableció el criterio contrario a la constitucionalidad del artículo 8o. del citado ordenamiento. En dicha resolución, redactada en forma muy escueta, la misma Suprema Corte revocó el auto dictado en el Estado de Sinaloa el 27 de marzo anterior, por el que un juez de distrito, desechó la demanda de amparo interpuesta por el licenciado Manuel Vega contra una providencia del Tribunal Superior de la referida entidad federativa, que lo había suspendido en el ejercicio de la profesión de abogado. El juez federal fundó el desechamiento en la prohibición del artículo 8o. de la Ley de 1869, pero la Suprema Corte ordenó que fuera admitida la demanda y se la tramitara conforme a derecho.<sup>27</sup>

24 Cfr. Barragán, Barragán, José, *op. ult. cit.*, pp. 261-265.

25 *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, México, Imprenta de León y White, 1874. El citado trabajo fue reproducido con estudio preliminar de Santiago Oñate, en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 257-295.

26 Cfr. entre otros, Rojas, Isidro y García, Francisco Pascual, *El amparo y sus reformas*, cit. *supra* nota 19, pp. 87-97; Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, 1876 (edición facsimilar, México, Porrúa, 1972), pp. 441-443; Mejía, Miguel, *Errores constitucionales*, México, Tipografía La Época, 1886 (edición facsimilar, México, UNAM, 1978), esp. pp. 9 y 10.

27 La importancia del auto de 29 de abril de 1869 ha sido comentada tanto por juristas clásicos como contemporáneos, entre ellos Vallarta, Luis Ignacio, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, cit., *supra*, nota 8, pp. 132-135; Moreno Cora, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo*, cit., *supra*, nota 19, pp. 782-783; Carrillo Flores, Antonio, "Reflexiones con motivo del sesquicentenario

37. Esta decisión de la Suprema Corte de Justicia inició una etapa esencial en lo que se ha calificado como “consolidación”,<sup>28</sup> y para otros “degeneración”,<sup>29</sup> del juicio de amparo, que en cualquier caso significó una transformación definitiva de nuestra máxima institución procesal, en virtud de que se aceptó la posibilidad de acudir al juicio de amparo contra resoluciones judiciales, primero sólo por violaciones constitucionales directas, pero posteriormente, respecto de la aplicación “exacta”, es decir, imprecisa o incorrecta, de las disposiciones legislativas ordinarias. Esta segunda interpretación fue la que se impuso en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, no obstante los intensas discusiones doctrinales que se prolongaron hasta la primera década del siglo XX.<sup>30</sup>

38. Este criterio del máximo tribunal del país puso de relieve la necesidad de que la jurisprudencia supliera las omisiones de la Ley reglamentaria de 1869, en relación al amparo contra resoluciones judiciales, puesto que dicho ordenamiento había prohibido su interposición en el mencionado artículo 8o., precepto que como se ha dicho anteriormente, fue considerado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia. En esta época se acrecentó la presión de los litigantes para plantear todas las controversias judiciales del país, lo que obligó al más elevado tribunal a establecer principios esenciales para la tramitación del amparo judicial. En este sentido fueron muy útiles los lineamientos señalados por el destacado jurista José María Lozano, con apoyo en su experiencia como ministro de la Suprema Corte, en tres aspectos: a) que no debía proceder el amparo sino contra sentencias definitivas (que calificaba de ejecutorias); b) que debía tenerse como parte al colitigante del quejoso en el proceso común que hubiese motivado el amparo; y c) que sólo podría interponerse la demanda en un plazo perentorio, pasado el cual debía causar estado la sentencia respectiva,<sup>31</sup> con lo que se confirió a la impugnación de las resoluciones

de la Suprema Corte de Justicia”, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981, pp. 119-121.

28 Cfr. Noriega Cantú, Alfonso, *La consolidación del juicio de amparo (El caso del artículo 8o. de la Ley de 1869)*, México, Círculo de Santa Margarita, 1980, pp. 36-52.

29 Esta es la conocida posición de Rabasa, Emilio, El artículo 14. *Estudio constitucional*, reimpresso conjuntamente con su obra, *El juicio constitucional*, México, Porrúa, 1955, capítulo XVII del primer estudio, pp. 313-322.

30 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo”, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, reproducido en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., supra, nota 1, pp. 505-520.

31 *Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, cit., supra, nota 26, pp. 442-443.

judiciales un carácter de recurso y de manera específica, de un recurso de casación, como lo destacó posteriormente Emilio Rabasa.<sup>32</sup>

39. Debido a las deficiencias de la multicitada Ley reglamentaria de 1869, que fueron complementadas por la jurisprudencia, se hizo necesaria la expedición de una nueva ley que, además de recoger los avances jurisprudenciales, regulara de manera más precisa diversos aspectos procesales de la institución. Está plenamente demostrado que se presentaron varios proyectos, pero el que se tomó como base esencial para el nuevo ordenamiento promulgado el 14 de diciembre de 1882, fue elaborado por el gran jurista mexicano y en esa época presidente de la Suprema Corte de Justicia, Ignacio Luis Vallarta, a petición del entonces secretario de Justicia Ezequiel Montes, quien envió la iniciativa correspondiente al Congreso de la Unión el 5 de octubre de 1881. Debe destacarse que se había discutido una iniciativa anterior presentada por el Ejecutivo federal en octubre de 1877, que fue aprobada por la Cámara de Diputados y parcialmente algunos artículos por el Senado de la República. Sin embargo, el proyecto del ilustre Vallarta fue considerado superior a los anteriores, por lo que sirvió de base a la ley aprobada en definitiva.<sup>33</sup>

40. C) La tercera Ley de Amparo expedida en 1882, incorporó varios criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia, con base en los cuales se precisó el procedimiento de amparo en las dos instancias, el primero ante los jueces de distrito y el segundo grado, por conducto de la revisión de oficio, ante la misma Suprema Corte de Justicia en Pleno, que era la tramitación establecida, pero de manera menos clara, por la segunda Ley reglamentaria de 1869. El comentarista más autorizado de este ordenamiento, el conocido jurista Fernando Vega, señaló expresamente que en esta ley veía: “una reproducción aunque imperfecta de las teorías más esenciales que la dedicación y estudio de nuestro primer tribunal ha llegado a establecer”.<sup>34</sup>

32 *El artículo 14, cit., supra*, nota 29, en su capítulo XII: “El amparo, juicio y recurso”, pp. 95-102.

33 *Cfr.* Barragán Barragán, José, *Proceso de discusión de la Ley de Amparo de 1982*, México, UNAM, 1993, pp. 431-653. Además, debemos aclarar que la correspondencia de Vallarta con el secretario Montes, el anteproyecto y la iniciativa correspondientes, figuran como apéndice que se agregó posteriormente a la edición de 1896, en la obra de dicho autor, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus, cit., supra*, nota 8, como resultado de la investigación realizada hace algunos años por el distinguido jurista mexicano Antonio Martínez Baéz.

34 *La nueva Ley de Amparo de garantías individuales, orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución. Comentarios acerca de sus disposiciones más importantes. Ensayo crítico filosófico de la ley*, México, Imprenta de J. Guzmán, 1882, p. VI.

41. Entre los aspectos acogidos por la nueva ley de 1882, que consideramos preciso mencionar, se encuentran los relativos al carácter contradictorio del procedimiento, ya que si bien se insistió en la declaración de las leyes anteriores de 1861 y 1869 (que concebían de cierta manera al amparo como una queja contra la autoridad respectiva), en el sentido de que la autoridad que ejecutara o tratara de ejecutar el acto reclamado no era parte en el procedimiento, el artículo 27 del nuevo ordenamiento estableció que, además del informe que debería rendir dicha autoridad, se le recibirían las pruebas y alegatos que quisiera presentar para justificar su conducta (que son indudablemente actos de parte procesal).

42. Se autorizó a los jueces letrados de los estados, en los lugares en los cuales no residiera un juez de distrito para recibir la demanda de amparo, suspender el acto reclamado, e inclusive continuar el procedimiento hasta ponerlo en estado de sentencia bajo la dirección del juez federal (artículo 4o.). En casos urgentes se estableció que la petición del amparo y de la suspensión podía hacerse por telégrafo, siempre que se presentara inconveniente en la justicia local.<sup>35</sup>

43. Otro principio esencial muy discutido, pero incorporado a esta ley reglamentaria fue el relativo a la admisión del juicio de amparo respecto de las resoluciones que, en asuntos ordinarios federales, pronunciaran los jueces de distrito y los magistrados de circuito, pero se prohibió que se interpusiera contra las decisiones pronunciadas en otros juicios de amparo, y en general, contra los actos de la Suprema Corte de Justicia, ya fuera en pleno o en salas (artículo 6o.). Estos lineamientos fueron señalados por el ilustre Vallarta como presidente de la Suprema Corte en la sentencia dictada por la misma, el 29 de septiembre de 1879 en el juicio de amparo solicitado por Mariano F. Medrano.<sup>36</sup>

43. Particularmente debe subrayarse la innovación de que contra el auto que otorgara o negara la suspensión (proveído, que por otra parte, podía revocarse por el mismo juez de distrito mientras no se pronunciara sentencia definitiva, y además la resolución precautoria podía dictarse durante el curso del juicio, artículo 16) procedía el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, el cual podía interponerse por el promovente del amparo o por el promotor fiscal. Este último debía hacerlo con carácter de necesario cuando la suspensión fuese notoriamente improceden-

<sup>35</sup> Cfr. Vega, Fernando, *op. ult. cit.*, pp. 21-61.

<sup>36</sup> *Votos. Cuestiones Constitucionales*, México, Edición de Antonio J. Lozano (imprenta particular), 1894, t. 1, pp. 78-80.



te y afectara los intereses de la sociedad (por lo que en realidad debía considerarse como un recurso de apelación, artículo 17).<sup>37</sup> Este recurso era muy importante, porque anteriormente la providencia cautelar correspondía en su totalidad a los jueces de distrito, pero a partir de entonces, la decisión final sobre la suspensión se le otorgó a la Suprema Corte, la que estableció tesis jurisprudenciales que posteriormente se incorporaron a la parte relativa de los Códigos Federales de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908, e inclusive algunas pasaron a la legislación actual.

45. La evolución del juicio de amparo durante la vigencia de la ley de 1882 se orientó de manera preeminente en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, no sólo en cuanto al fondo del amparo, sino también respecto de las providencias precautorias que conocía en segundo grado; se encaminó cada vez más, debido al número incontenible de juicios de amparo contra las resoluciones de los jueces y tribunales de todo el país, hacia a una tramitación próxima a la del proceso civil tradicional, y por ello resulta explicable que con este ordenamiento de 1882 se concluyera la reglamentación autónoma del juicio de amparo, para incorporarse a los Códigos de Procedimientos Civiles Federales.

46. D) El Código Federal de Procedimientos Civiles promulgado el 4 de octubre de 1897 reguló el juicio de amparo en su capítulo VI, artículos 744-848. En general, este ordenamiento incorporó varios criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia sobre la tramitación del juicio amparo, entre los cuales destacan los relativos a los sujetos procesales. En este sentido, el artículo 753 insistió en considerar sólo como partes al agraviado y al promotor fiscal, pero otorgó intervención a la autoridad demandada o responsable, a la que, como ya ocurría en la Ley de Amparo de 1882 (ver *supra*, párrafo 41), se le autorizaba para rendir pruebas y producir alegatos. Además, según una tesis jurisprudencial que ya había sido enunciada por José María Lozano desde 1876 (ver *supra*, párrafo 38), se confería igual derecho a la parte contraria al agraviado, si el amparo se pedía contra alguna resolución dictada en un negocio de carácter civil (artículo 753), figura procesal que ahora se conoce con el nombre de “tercero perjudicado”.

47. El mismo Código recogió la experiencia de la Suprema Corte de Justicia en el conocimiento de los juicios de amparo contra resoluciones

37 Cfr. Vega, Fernando, *La nueva Ley de Amparo, cit., supra*, nota 34, pp. 62-131, y Rojas, Isidro y García, Francisco Pascual, *El amparo y sus reformas, cit., supra*, nota 19, pp. 116-121.

en materia judicial civil y, entre otros lineamientos, dispuso que en la demanda debería citarse la ley (ordinaria) inexactamente aplicada o la que debiera haberse aplicado, fijándose el concepto en que dicha ley no fue aplicada o lo fue inexactamente (artículo 780, segundo párrafo). También señaló un plazo de veinte días para promover la demanda de amparo contra resoluciones judiciales del orden civil (y quince días para los demás asuntos), contados desde la fecha de notificación y si se tratase de sentencia definitiva, con reglas especiales para los ausentes en el lugar que se hubiese dictado la resolución, o sea, noventa días si residieren en la República y ciento ochenta, si estuvieran fuera de ella (artículo 78).

48. Respecto de la suspensión de los actos reclamados, el ordenamiento que se comenta introdujo modalidades significativas. La primera se refería a la suspensión de oficio y de plano cuando se tratase de las penas de muerte, destierro y demás sanciones expresamente establecidas por la Constitución federal (artículos 784, fracción I, y 786). Otro cambio positivo se refiere a las reglas específicas en los amparos por consignación al servicio militar, ya que el reclutamiento forzado por medio de la leva era uno de los abusos más frecuentes de que eran víctimas los campesinos pobres. A este respecto, el artículo 790 disponía: “en los amparos por consignación al servicio militar, la suspensión del acto será notificada al jefe u oficial encargado de ejecutarlo. Además, por la vía más violenta y por conducto de la Secretaría de Justicia, se comunicará a la Secretaría de Guerra, a fin de que ordene que el promovente permanezca en el mismo lugar en que pidió el amparo hasta que se pronuncie sentencia definitiva”.<sup>38</sup>

49. Durante la vigencia de la reglamentación de esta institución procesal en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1897, se multiplicó el número de juicios de amparo contra resoluciones judiciales, especialmente las de carácter civil, debido a que en dicho ordenamiento se establecía la posibilidad de impugnar no sólo las sentencias definitivas, sino también las violaciones procesales en el momento en que se cometían, de manera que en un mismo proceso eran promovidos varios juicios de amparo, lo que provocó en ocasiones un verdadero enredo procesal, además del considerable recargo de las resoluciones judiciales. Varios autores, entre ellos José María Lozano (ver *supra*, párrafo 38) habían señalado la necesidad de que el amparo únicamente pudiera promoverse con motivo de la sentencia definitiva.

38 Cfr. Rojas, Isidro y García, Francisco Pascual, *op. ult. cit.*, pp. 148-164.

50. Tal situación de agobio para los tribunales de amparo motivó una iniciativa de la Secretaría de Gobernación ante el Congreso de la Unión presentada el primero de mayo de 1908, que una vez discutida y aprobada dio lugar a una adición al artículo 102 de la Constitución federal, promulgada el 12 de noviembre de 1908, con el siguiente texto:

...cuando la controversia se suscite con motivo de violación de garantías individuales en asuntos judiciales del orden civil, solamente podrá ocurrirse a los tribunales de la Federación, después de pronunciada la sentencia que ponga fin al litigio y contra la cual no concede la ley ningún recurso cuyo efecto pueda ser la revocación.

51. E) Con motivo de esta modificación constitucional, se redactó un nuevo Código federal de Procedimientos Civiles, expedido y promulgado el 26 de diciembre de 1908 por el Ejecutivo federal en uso de facultades delegadas. El nuevo código siguió el ejemplo del anterior, al incorporar el juicio de amparo dentro de sus disposiciones (capítulo VI, artículos 661-796), pero lo reguló con mayor precisión, pues se incluyeron criterios de la Suprema Corte de Justicia. En este sentido se debe destacar que dicho ordenamiento continuó con mayor vigor la tendencia que se advierte en el anterior de 1897 (debido al peso de la impugnación de las sentencias judiciales de todos los jueces y tribunales del país), de aproximar cada vez más la institución al proceso ordinario y, en especial, al recurso de casación.

52. Un examen superficial de la normatividad procesal de 1908 demuestra la afirmación anterior, pues se restringió severamente la procedencia del juicio de amparo en materia judicial civil (que era la preocupación más importante de los autores del código), y por ello la Suprema Corte se vio obligada a matizar en su jurisprudencia el segundo párrafo del artículo 662 (que no hacía sino transcribir la adición constitucional al artículo 102) (ver *supra*, párrafo 48), al establecer el criterio jurisprudencial de que dicha disposición no podía interpretarse en el sentido de que el propio amparo era inadmisibles respecto de autos o resoluciones que tuvieran efectos definitivos al terminar o impedir la continuación del proceso ordinario.<sup>39</sup>

39 Cfr. Sodi, Demetrio, *Procedimientos federales*, México, Imprenta y Fototipia de la Secretaría de Fomento, 1912, pp. 321-342.

53. En esta dirección, el citado ordenamiento avanzó en la configuración del juicio de amparo como un procedimiento contradictorio, pues se apartó, al menos parcialmente, de los precedentes que hemos señalado, y así en su artículo 672 señaló expresamente como partes al agraviado, a la autoridad responsable y al agente del Ministerio Público. El artículo 672 no reconocía formalmente como parte al tercero perjudicado, es decir al que hubiese figurado como contrario al promovente, en materia judicial civil, y en el proceso penal a la persona que se hubiese constituido como parte civil. Pero al mismo tiempo dicho tercero podía ofrecer pruebas (artículo 735) y además interponer el recurso de revisión contra el auto en el cual se resolviera sobre la suspensión del acto reclamado (artículo 723).

54. Se definió claramente la situación de la autoridad que ejecutaba o trataba de ejecutar el acto o actos reclamados como parte demandada, pues si bien se conservó la denominación tradicional de informe con justificación a la contestación que debía dar dicha autoridad, el artículo 731 del código procesal que se examina dispuso que ante la circunstancia de no rendirse dicho informe se establecía la presunción de ser cierto el acto que se estimaba violatorio de garantías individuales, pero que esta presunción cedería a las pruebas que resultaran de autos, que son los efectos clásicos de la rebeldía del demandado en el proceso civil.<sup>40</sup>

54. Por otra parte, los autores del citado Código de 1908 procuraron por todos los medios, poner un dique a la corriente incontenible de los juicios de amparo contra resoluciones judiciales en materia civil, aun cuando únicamente se promovieran respecto de sentencias definitivas. Entre las medidas adoptadas destaca la disposición del artículo 680 del mencionado ordenamiento, según el cual, con exclusión de los casos en que se reclamara la pena de muerte, la afectación de la libertad, algún otro acto prohibido por el artículo 22 constitucional o la consignación al servicio militar, la falta de promoción del quejoso durante veinte días continuos después de vencido un plazo presumía el desistimiento y obligaba al ministerio público a pedir el sobreseimiento, y al juez, a dictarlo, aun sin pedimento de aquél. Este es el primer antecedente de la caducidad

40 Cfr. En la parte relativa de la exposición de motivos de la comisión redactora del código se expresó al respecto: “siendo lógico e indispensable que dada la naturaleza jurídica del amparo haya parte demandada, se impone la necesidad de imprimir, como es natural, ese carácter a la autoridad ejecutora, porque ella es quien da motivo a la queja y contra quien se pide que deje sin efecto el acto reclamado, ella es la causante de ese acto y ése la materia del juicio”. Puede consultarse en la obra: *Continuación de la legislación mexicana de Dublán y Lozano*, México, Tipografía viuda de Francisco Díaz de León, 1910, t. XI, p. 749.

de la instancia y del sobreseimiento por inactividad procesal establecido en la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo, introducido en las reformas constitucionales y legales de 1951, reformado en 1968.

56. Dicho precepto tan exageradamente restrictivo y formalista, provocó muchos problemas de interpretación a la Suprema Corte de Justicia, pues, como lo expresara a principios del siglo XX el destacado jurista Demetrio Sodi en su calidad de ministro del Alto Tribunal, el citado artículo 680 del código de 1908 dividió hondamente las opiniones de los ministros de la Corte, al grado de producir entre ellos, durante algún tiempo, fricciones desagradables y polémicas apasionadas.<sup>41</sup>

57. Otra disposición limitativa del amparo contra resoluciones judiciales de carácter civil y que como la mencionada en el párrafo anterior, también debe considerarse demasiado rígida, era la contenida en el artículo 767 del código mencionado, precepto según el cual: “el juicio de amparo contra los actos judiciales del orden civil por inexacta aplicación de la ley es de estricto derecho; en consecuencia la resolución que en aquél se dicte, a pesar de lo prevenido en el artículo 759 (la suplencia del error en la cita por el promovente del derecho constitucional violado) deberá sujetarse a los términos de la demanda, sin que sea permitido suplir ni ampliar nada en ella”. Tal innovación fue desafortunada pero era comprensible en ese momento debido a la preocupación del legislador de contener el torrente de amparos judiciales ante los jueces de distrito y en segunda instancia ante la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, resulta inexplicable que se hubiese implantado en el texto original el artículo 79 de la Ley de Amparo vigente de 1936, que afortunadamente fue modificado en las reformas de diciembre de 1983.

58. El principio del llamado “amparo de estricto derecho” provocó a la Suprema Corte dificultades de aplicación en los primeros años de vigencia del código de 1908, y por ello la jurisprudencia pretendió suavizar su interpretación, a fin de evitar que el juicio de amparo fuera asimilado al recurso de casación local, que era considerado como excesivamente formalista.<sup>42</sup>

59. Otro precepto inflexible y con la misma orientación, que afortunadamente no trascendió a las leyes posteriores, era el contenido en el artículo 774 del código de 1908, según el cual “la interpretación que los tribunales hagan de un hecho dudoso o de un punto opinable de derecho

41 *Procedimientos federales, cit., supra*, nota 39, p. 752.

42 *Cfr. Sodi, Demetrio, op. ult. cit., pp. 409-413.*

civil, no puede fundar por sí sola la concesión de un amparo por inexacta aplicación de la ley, sino cuando parezca haberse cometido una inexactitud manifiesta e indudable, ya sea en fijación del hecho, ya en la aplicación de la ley”.

60. Ya durante la vigencia de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal promulgada el 5 de febrero de 1917, se expidieron dos ordenamientos, en primer término la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 104 constitucionales, promulgada el 18 de octubre de 1919, y la llamada Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la carta suprema publicada el 10 de enero de 1936.

61. F) La primera Ley de Amparo de 1919, además de regular el amparo, también llamado “recurso de súplica”, introducido por el artículo 104 del texto original de la Constitución federal de 1917, y por ello la invocación del mencionado precepto fundamental en la denominación del nuevo ordenamiento reglamentario.<sup>43</sup> Ambos instrumentos procesales estaban estrechamente vinculados, ya que según la citada ley, una vez dictada la sentencia de segunda instancia en materia federal el particular afectado podía elegir entre la interposición del juicio de amparo o bien del recurso de súplica, en ambos casos ante la Suprema Corte de Justicia. En forma diversa, la autoridad que hubiese sido contraparte del agraviado ante la jurisdicción ordinaria, únicamente podía combatir dicho fallo por medio de la súplica. En este sentido cabe señalar que era frecuente la promoción del último recurso contra resoluciones judiciales en materia fiscal.<sup>44</sup> Esta instancia procesal fue suprimida por reforma de la fracción I del artículo 104 de la carta federal, según decreto legislativo publicado el 18 de enero de 1934, conservándose únicamente el juicio de amparo contra sentencias definitivas.

43 La parte relativa del texto originario del artículo 104 de la carta federal establecía: “Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de las leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras. Cuando dichas controversias sólo afecten a intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios. Las sentencias de primera instancia serán apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado. De las sentencias que se dicten en segunda instancia podrán suplicarse para ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, preparándose, introduciéndose y sustanciándose el recurso en los términos que determinare la ley”.

44 *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “El amparo en materia administrativa y la revisión fiscal”, *Ensayos sobre el derecho de amparo, cit., supra*, nota 1, pp. 385-402.

62. Debe recordarse que a partir de la segunda Ley de Amparo de 1869, el juicio de amparo en todas las materias se tramitaba siempre en dos instancias, la primera ante los jueces de distrito y la segunda, por conducto de la revisión de oficio, ante el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia (ver *supra*, párrafo 40). Debido a las agudas observaciones de Emilio Rabasa, en el sentido de que el amparo contra resoluciones judiciales no debía considerarse como un verdadero proceso sino como un simple recurso de casación, el Constituyente de Querétaro estableció en el artículo 107 de la carta fundamental un procedimiento doble: por una parte, uno de dos instancias en tratándose de la impugnación de actos administrativos y de las leyes inconstitucionales (fracción IX), al que se denominó amparo indirecto, y en segundo lugar, un juicio uni-instancial ante la Suprema Corte de Justicia, respecto de las sentencias judiciales (fracción VIII del propio artículo 107 constitucional) y nombrado amparo directo.

63. Como no había transcurrido un período largo desde el fin de la vigencia del Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908, en cuanto a la regulación del juicio de amparo (ver *supra*, párrafo 51) —Código sustituido por la mencionada Ley de 1919, si bien esta última desarrollaba las disposiciones minuciosas del citado artículo 107 de la Constitución de 1917—, no significó una renovación sustancial a la tramitación de nuestra institución protectora, con excepción del doble procedimiento mencionado en el párrafo anterior y algunos aspectos secundarios, tales como la posibilidad de interponer el amparo no sólo contra la autoridad ejecutora, que había sido la regla en los ordenamientos anteriores, sino también en relación con las llamadas “ordenadoras”, excluyendo las de carácter legislativo, como ocurrió en el amparo contra leyes durante la vigencia de la carta de 1857.<sup>45</sup> También se reconoció expresamente la calidad de parte al tercero perjudicado, al cual no le daba este carácter el Código de 1908, aun cuando le otorgaba el derecho de ofrecer pruebas e interponer recursos (ver *supra*, párrafo 52).<sup>46</sup> Además dicha ley precisó con mayor detalle las causas de improcedencia (artículo 43).

45 El artículo 12 de la Ley de Amparo de 1919 disponía: “Es autoridad responsable la que ejecuta o trata de ejecutar el acto reclamado; pero si éste consistiere en una resolución judicial o administrativa, se tendrá también como responsable la autoridad que la haya dictado”.

46 En efecto, en el artículo 11, fracciones IV, V y VI de la Ley de 1919, se dispuso: “En los juicios de amparo serán considerados como parte: (...) IV. La contraparte del quejoso cuando el amparo se pida contra resoluciones judiciales del orden civil; V. La persona que se hubiere constituido parte civil, y solamente en cuanto afecte a sus intereses de carácter civil, cuando el amparo se pida

64. F) La última Ley de Amparo, aún vigente, es la publicada el 10 de enero de 1936, que llevó originalmente la denominación de “Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal”. Es preciso recordar que durante la vigencia del ordenamiento de 1919, se hicieron reformas constitucionales de gran importancia, tanto por lo que respecta a la organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia como por lo que se refiere a su conocimiento del juicio de amparo.

65. A partir de la Ley de Amparo de 1919, el conocimiento del juicio de amparo en segunda o única instancia le correspondía a la Suprema Corte de Justicia en Pleno y así continuó en los primeros años de vigencia de la carta federal de 1917, pero ello ocasionó que el más Alto Tribunal se encontrara abrumado por el excesivo número de amparos que debía resolver. Por tal motivo, y con tendencia hacia la especialización, las reformas constitucionales de 1928 y de 1934 dividieron a la propia Suprema Corte de Justicia, primero en tres y posteriormente en cuatro salas (penal, administrativa, civil y finalmente laboral) para el conocimiento de los juicios de amparo en estas materias.<sup>47</sup> Estas reformas hicieron necesaria la expedición de un nuevo ordenamiento reglamentario que, además de establecer el juicio de amparo de una sola instancia contra las resoluciones de las juntas de conciliación y arbitraje, consideradas como los tribunales del trabajo, recogiera e incorporara la evolución jurisprudencial del más alto tribunal de la Federación, que había iniciado su funcionamiento posterior a la carta de 1917 en junio de ese año, aun cuando la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial Federal se promulgó hasta noviembre siguiente.

66. Sería muy difícil señalar cada una de las innovaciones aportadas por el texto de esta Ley de Amparo de 1936, por lo que basta con puntualizar que se ajustó con mayor rigor a los lineamientos del artículo 107 constitucional, cuyo texto ha sufrido hasta hoy numerosas modificaciones, como consecuencia de diversas reformas constitucionales y legales de carácter sustancial. Entre ellas podemos señalar las de 1951 (creación de los tribunales colegiados de circuito); las de 1968 (redistribución de los asuntos entre la Suprema Corte y los citados tribunales colegiados),

contra resoluciones judiciales del orden penal; VI. Las personas que hayan gestionado el acto contra el que se pida amparo, cuando se trata de providencias dictadas por autoridades distintas de las judiciales”.

47 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Setenta y cinco años de evolución del poder judicial en México”, *México: Setenta y cinco años de revolución. III, Desarrollo político*, 2, México, INEHRM-FCE, 1988, pp. 298-300.



así como las de 1988, que encomendó de manera exclusiva a la Corte el conocimiento de los juicios de amparo contra violaciones directamente constitucionales, y en consecuencia los que se interponen por violaciones legales se remitieron en su totalidad a los tribunales colegiados de circuito.

67. Sin embargo podemos destacar un avance significativo respecto de la legislación anterior, en cuanto a la posibilidad establecida en la Ley de 1936, de la impugnación que hemos calificado como acción de inconstitucionalidad (ver *infra*, párrafos 77-80); es decir, que el amparo puede promoverse a partir de la vigencia del ordenamiento actual, contra la expedición y promulgación de las normas generales, y señalando como autoridades demandadas a las que hubiesen intervenido en el procedimiento legislativo, o sea el Congreso de la Unión y el presidente de la República en el ámbito federal, así como las legislaturas y los gobernadores de las entidades federativas. En este sentido cabe recordar que, de acuerdo con las anteriores leyes de amparo y los códigos de procedimientos civiles, el juicio de amparo únicamente podía promoverse contra las autoridades que hubiesen ejecutado el acto reclamado, incluyendo las disposiciones legislativas, lo cual significaba que en tratándose de estas últimas sólo era posible impugnarla por conducto de sus actos de aplicación, pero no de manera directa.

68. De acuerdo con el criterio anterior desarrollado por los distinguidos juristas, ambos ministros de la Suprema Corte de Justicia, José María Lozano y Ignacio Luis Vallarta,<sup>48</sup> sólo podían combatirse las disposiciones legislativas a través del juicio de amparo por conducto de sus actos de aplicación, pues según estos autores, en tanto que una ley no se hubiese aplicado concretamente debía considerarse como “letra muerta y no causaba perjuicio”.<sup>49</sup> Con base en las ideas anteriores fue redactado el texto original del artículo 11 de la Ley de Amparo de 1936, que disponía: “Es autoridad responsable la que dicta u ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o acto reclamado”. Por decreto legislativo publicado el primero de febrero de 1988, esta disposición fue modificada sin alterar su sentido

48 José María Lozano fue miembro de la Suprema Corte de Justicia en 1883 y posteriormente de 1888 a 1893, en tanto que Ignacio Luis Vallarta desempeñó con excepcional brillantez la presidencia del más alto tribunal durante los años de 1887 a 1892, pero no obstante que el segundo desempeño funciones judiciales por pocos años, su labor ha sido comparada con la de John Marshall, presidente de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos durante más de treinta años (1801-1835).

49 Esta frase fue compartida por ambos autores. Cfr. Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, cit., supra, nota 25, p. 439, y Vallarta, Ignacio Luis, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, cit., supra, nota 8, p. 119.

original; pues el precepto actual establece: “Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado”.

69. Por supuesto que la mencionada en los dos últimos párrafos no fue la única innovación del ordenamiento en su texto original, sino que se incorporaron también numerosas tesis jurisprudenciales establecidas por la Suprema Corte, a partir de su reinstalación con posterioridad a la Constitución de 1917 hasta la entrada en vigor de la Ley de Amparo de 1936; así mismo, reguló con mayor detalle los dos procedimientos aplicables a la tramitación del juicio de amparo y distinguió, aunque no de manera suficiente, algunos sectores del derecho de amparo mexicano.<sup>50</sup>

#### IV. LOS DIVERSOS PROCESOS DE AMPARO

70. El juicio de amparo mexicano en la actualidad comprende un conjunto de instrumentos procesales que tutelan, por una parte, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución federal, y que por lo tanto constituyen un control constitucional, y por otro lado protegen derechos que están consagrados en disposiciones legales ordinarias o secundarias, y en este sentido configuran un control de legalidad. Ambas categorías estaban confundidas en cuanto a su conocimiento, ya que si bien el segundo sector se atribuía de manera predominante a los tribunales colegiados de circuito y el primero a la Suprema Corte de Justicia en último grado, el más alto tribunal de la República también decidía sobre cuestiones de legalidad por conducto del juicio de amparo; además, como éstas eran cuantitativamente mayoritarias, podía afirmarse que la propia Suprema Corte operaba esencialmente como tribunal de casación y sólo de manera eventual, agobiada por el control de legalidad, resolvía sobre problemas de constitucionalidad en sentido estricto.

71. Las reformas constitucionales y legales de 1988 dividieron los dos sectores, confiriendo a los tribunales colegiados de circuito el control

50 En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial con la cual se presentó el proyecto de Ley de Amparo, que fue el origen del ordenamiento vigente, se señalaron dos defectos esenciales de la Ley de 1919, por una parte su falta de adaptación a las modalidades que la práctica y la legislación (y debió agregarse, la jurisprudencia), expedida desde la promulgación de la propia Ley de 1919, habían venido imprimiendo a la vida jurídica, porque ello había hecho posible el abuso del juicio de amparo y muy particularmente de la suspensión del acto reclamado; en segundo lugar, se señalaban los errores de ordenación de las materias, las omisiones y la falta de claridad así como el empleo de términos demasiado técnicos.

de legalidad por medio del juicio de amparo, para que la Suprema Corte conociera de manera exclusiva las cuestiones de constitucionalidad. Posteriormente, las modificaciones de 1995 consolidaron esa separación y se acentuaron las funciones, inclusive la estructura de la misma Suprema Corte como tribunal constitucional desde el punto de vista material. Sin embargo, no obstante esta evolución no se precisaron desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial, e inclusive en la doctrina, los diversos sectores del juicio de amparo, respecto de los cuales todavía existe confusión.

72. Por lo anterior, resulta necesario analizar los diversos instrumentos que componen al derecho de amparo mexicano dentro de su aparente unidad, para señalar sus modalidades que deben regularse de manera específica con el objeto de lograr la tutela de los derechos que cada uno de ellos tienen encomendada, ya que pueden considerarse como verdaderos tipos de proceso, en la concepción del ilustre procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>51</sup> Este examen lo pretendemos hacer en los párrafos siguientes, aunque de una manera muy esquemática.<sup>52</sup>

73. En forma sintética podemos afirmar que en la actualidad el juicio de amparo mexicano comprende *cinco procesos*: A) la protección de la libertad e integridad personal por medio del *habeas corpus*; B) la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes; C) el amparo contra resoluciones judiciales; D) el amparo contra actos o resoluciones de la administración pública federal o local, y E) el amparo en materia social agraria. De manera diversa, estos cinco procesos se tramitan por medio de dos formas de procedimiento, es decir el de una sola instancia o directo y el de dos instancias o indirecto.

74. A) El primer sector del amparo mexicano puede asimilarse al *habeas corpus*, ya que si bien en la mayoría de las legislaciones contemporáneas de otros países está regulado de manera autónoma, o al menos por medio de un procedimiento específico, en nuestro ordenamiento se encuentra incorporado como una modalidad del juicio de amparo, pero con

51 En su clásico libro, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3a., ed., UNAM, 1991, pp. 115-117. Este destacado jurista consideró que en tanto que la noción de proceso es esencialmente teleológica, el procedimiento tiene carácter estrictamente formal (pues inclusive puede ser administrativo o legislativo y no exclusivamente jurisdiccional), y por ello concluye que en tanto que varios procesos pueden compartir un solo procedimiento, no todo procedimiento puede configurar un verdadero proceso.

52 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., supra, nota 1, pp. 18-41.

las características clásicas de este instrumento tutelar, a saber: procede contra actos u omisiones que afecten la libertad y la dignidad personal de los gobernados fuera del procedimiento judicial, es decir respecto de la privación de la libertad por autoridades administrativas ya sean policíacas o bien por órdenes del ministerio público; puede interponerse por cualquier persona, inclusive un menor de edad, mediante un escrito o de manera oral (por comparecencia) y en casos urgentes, la demanda se puede presentar por telégrafo o por conducto de los jueces locales, quienes deben iniciar el procedimiento y particularmente ordenar la suspensión temporal de los actos presuntamente violatorios, en tanto se envía el expediente al juez federal competente.

75. Una vez iniciado el procedimiento ante el juez del amparo, o recibido el expediente remitido por las autoridades judiciales locales, dicho juzgador federal debe hacer las gestiones necesarias para lograr la presencia del afectado y dictar las medidas precautorias que le eviten daños graves o irreparables; el procedimiento es más breve y sencillo aplicado a otros sectores del amparo; no existe plazo preclusivo para presentar la demanda respectiva, etcétera (artículos 17, 18, 22, fracción I; 23, segundo párrafo; 38, 39, 40, 117 y 119 de la Ley de Amparo).

76. B) El segundo proceso ha sido calificado como amparo contra leyes,<sup>53</sup> y se traduce en el procedimiento para combatir las disposiciones legislativas por medio de esta vía. Existen dos modalidades o vías dentro de este sector, por una parte la que podemos calificar como acción de inconstitucionalidad que tiene carácter concreto, puesto que deben interponerla los afectados directamente por algunas disposiciones legislativas, y que debe distinguirse de la acción abstracta de inconstitucionalidad, regulada por la fracción II del artículo 105 constitucional y la ley reglamentaria correspondiente.<sup>54</sup> El segundo instrumento para impugnar las normas legislativas se puede denominar recurso de inconstitucionalidad, ya que se interpone ante los tribunales colegiados de circuito contra la sentencia judicial que hubiese aplicado las disposiciones legislativas ordinarias que el promovente considera contrarias a la carta federal. En este sentido tam-

53 La bibliografía del amparo contra leyes, además de los estudios incluidos en las obras generales del juicio de amparo, comprende un número amplio de estudios monográficos. Sobre estos últimos, citamos el trabajo reciente de Aguilar Álvarez y de Alba, Ernesto, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989.

54 Sobre la acción abstracta de inconstitucionalidad puede consultarse a Castro, Juventino V, *El artículo 105 constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2000.

bién debe considerarse como una especie dentro del amparo contra resoluciones judiciales.

77. a) La acción de inconstitucionalidad es la que se interpone por los particulares afectados contra los actos de expedición, promulgación y publicación de las disposiciones legislativas, entendidas en su sentido material, es decir, leyes, tratados internacionales y reglamentos. En esta modalidad del amparo, los promoventes deben señalar como autoridades demandadas a las que hayan intervenido en el procedimiento legislativo, o sea, el Congreso de la Unión (o el Senado federal en el supuesto de la aprobación de los tratados internacionales); las legislaturas locales, o la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y en su caso, el presidente de la República; los gobernadores de los estados o el jefe de gobierno del Distrito Federal. Este proceso de amparo se tramita en dos instancias, la primera ante los jueces federales de distrito, y el segundo grado, si subsiste la cuestión de inconstitucionalidad, ante la Suprema Corte de Justicia, la que deberá decidir únicamente sobre dicha cuestión (artículos 107, fracciones VII y VIII, de la Constitución federal; 83, fracción IV; 84, fracción I, incisos a) y c); 114, fracción I, de la Ley de Amparo; así como el 10, fracciones II, incisos a) y c) y III; 51, fracción I; 52, fracción III; 54, fracción II, y 55, fracción II, según la materia, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de mayo de 1995).

78. Respecto de la acción de inconstitucionalidad, que es la única que configura un proceso autónomo dentro del juicio de amparo, es preciso señalar que la sentencia dictada en esta materia por la Suprema Corte, cuando otorga la protección, se traduce exclusivamente en la desaplicación en beneficio del promovente de las disposiciones legislativas impugnadas, pero sin formular una declaración general de inconstitucionalidad. Cabe recordar que lo anterior se debe a la tradición establecida desde la vigencia del artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, inspirado en el sistema de control constitucional establecido por la Constitución federal de Estados Unidos (ver *supra*, párrafos 14-16) y que se ha denominado “fórmula Otero” en virtud del redactor de este precepto, el insigne jurista mexicano Mariano Otero,<sup>55</sup> control que se consagró en el artículo 102 de

55 El citado artículo 25 del Acta de Reformas mencionada, disponía: “Los tribunales de la federación ampararán a cualquier habitante de la República en *el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales*, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, *limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare*”.

la carta federal de 1857 y ha trascendido al artículo 107, fracción I, de la Constitución vigente, y con ligeras variantes de redacción en al artículo 76 de la Ley de Amparo en vigor.<sup>56</sup>

79. Este principio de los efectos particulares de la sentencia de amparo cuando se impugna la inconstitucionalidad de disposiciones legales, ha sido motivo de un intenso debate doctrinal, en virtud de que en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos predominan los efectos *erga omnes* de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por los tribunales constitucionales o supremos, sin perjuicio de establecer la desaplicación en cada caso concreto en las impugnaciones en vía incidental. Por ello, se ha propuesto que, sin perjuicio de un período de adaptación, se introduzca la declaración con efectos generales en la impugnación directa de las normas legislativas por medio del juicio de amparo.<sup>57</sup>

80. b) La segunda vía para combatir las leyes inconstitucionales por conducto del amparo se puede nombrar recurso de inconstitucionalidad, en cuanto se hace valer de manera indirecta, es decir, por medio de la impugnación de la sentencia judicial en la que se han aplicado las disposiciones legislativas que el promovente considera contrarias a la carta federal. En este supuesto, la inconstitucionalidad se plantea como una cuestión incidental o prejudicial, es decir, que antes de decidir sobre el fondo de la controversia, el tribunal colegiado respectivo debe resolver si las disposiciones legales en las cuales se apoyó el fallo combatido en amparo contradicen o no a normas de carácter fundamental.<sup>58</sup>

56 La parte relativa del artículo 107, fracción I, de la Constitución federal, dispone: "...1. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándolos a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare". A su vez, el artículo 76 de la Ley de Amparo, establece: "Las sentencias que se pronuncian en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare".

57 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., supra., nota 1, pp. 183-256.

58 Al respecto, el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 166 de la Ley de Amparo, que establece los requisitos de la demanda en el amparo judicial promovido en una sola instancia ante los tribunales colegiados de circuito, señala: "Cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiere puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la ley, el tratado o el reglamento aplicado, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la ley, el tratado o el reglamento, y la calificación de éste por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia".

81. Ya sea que el respectivo tribunal colegiado decida respecto a la cuestión de constitucionalidad o bien omita hacerlo, el fallo que dicte puede ser impugnado por medio del recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, la que únicamente deberá decidir sobre dicha cuestión de inconstitucionalidad, ya que si la misma se considera improcedente o infundada, el fondo sobre la ilegalidad de aplicación de las normas secundarias, en el caso que también se invoque, corresponde al tribunal colegiado de circuito que corresponda (artículos 107, fracciones V, VI y IX de la carta federal; 83, fracción V; 84, fracción II; 93, 159-169 y 166 de la Ley de Amparo, así como 10, fracción III, y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

82. C) El proceso cuantitativamente más importante lo ocupa el amparo contra resoluciones judiciales, que se ha calificado como amparo judicial o amparo casación, en cuanto debe considerarse como un recurso de casación federal (aun cuando no se utiliza esta denominación), por medio del cual pueden impugnarse todas las resoluciones judiciales del país, tanto federales como locales, y de las diversas materias en una sola instancia; actualmente se hace ante los tribunales colegiados de circuito, que en la realidad son ahora de casación, pero con la posibilidad de que las Salas de la Suprema Corte puedan establecer el criterio obligatorio que debe imponerse cuando existen contradicciones de tesis entre los citados tribunales colegiados (ver *supra*, párrafo 38).<sup>59</sup>

83. Éste es un sector del amparo que ha crecido de manera constante, ya que en 1936 se le incorporó la impugnación de las sentencias de los tribunales del trabajo (juntas de conciliación y arbitraje); en 1968, la de los tribunales administrativos; en 1988, la de los autos procesales que ponen fin al juicio, y finalmente, en 1992, la de los fallos de los tribunales agrarios creados en esa época. Todas estas resoluciones se combatían con anterioridad a esas fechas por conducto del procedimiento de doble instancia. En este sentido es preciso mencionar que la Suprema Corte de Justicia tiene facultad de atracción sobre los amparos del conocimiento de los tribunales colegiados, cuando la propia Suprema Corte considere que por su importancia así lo ameriten, ya sea de oficio, o bien a petición fun-

<sup>59</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1978. México, 1979, pp. 91-138, incorporado a la obra del mismo autor mencionada en la nota anterior, pp. 237-284; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Amparo y casación", *Derecho procesal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1985, tomo I, pp. 526-541; Alatríste de la Fuente, Miguel, *El juicio de amparo y el recurso de casación civil*, México, 1948; Ríos Espinoza, Alejandro, *Amparo y casación*, México, 1960.

dada del correspondiente tribunal colegiado o del procurador general de la República (artículos 107, fracciones V y VI, de la Constitución federal; 158-165 y 185, de la Ley de Amparo y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

84. D) Otro proceso de amparo es el que puede interponerse por los afectados contra los actos y resoluciones de las autoridades administrativas, tanto federales como locales, respecto de las cuales el juicio de amparo funciona como un proceso de lo contencioso administrativo. Este sector ha disminuido su importancia de manera paulatina a partir de que en 1968 se estableció el precepto en el cual se dispuso que las sentencias dictadas por el Tribunal Fiscal de la Federación (establecido en 1937 como un organismo de jurisdicción delegada, pero que a partir de su Ley Orgánica de 1967 se le reconoció plena autonomía para dictar sus fallos) debían combatirse por conducto del amparo judicial de una sola instancia. (ver *supra*, párrafos 82-83). Además se introdujo en la misma fecha una nueva disposición al artículo 104, fracción I, de la Constitución federal, para establecer la posibilidad de crear tribunales de lo contencioso administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos que tuvieran a su cargo la resolución de las controversias entre la administración pública federal y del Distrito Federal con los particulares. Asimismo, un precepto similar se estableció en el año de 1987 en la fracción IV del artículo 116 constitucional, para la creación de tribunales de lo contencioso administrativo en los Estados.<sup>60</sup>

85. Con apoyo en las citadas reformas constitucionales, además del Tribunal Fiscal de la Federación, se estableció en el año de 1971 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, cuya ley orgánica actual es de 1995. De acuerdo con este modelo se crearon de manera

60 En la reforma constitucional y legal de 1968, se introdujo en un nuevo precepto en el artículo 104, fracción I, de la carta federal, en el sentido de que: “Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones”, precepto que en la reforma de 1987 se trasladó al artículo 73, fracción XXIX-G, como facultad legislativa del Congreso de la Unión. Además, en otra reforma del mismo año de 1987, se adicionó el artículo 116 constitucional sobre la organización de los Estados de la Federación, con una fracción IV de dicho precepto, según la cual: “Las Constituciones y leyes de los Estados podrán instituir Tribunales de lo Contencioso-Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones”.



paulatina numerosos tribunales de lo contencioso administrativo en diversos estados de la República, con esa denominación o alguna similar: Sonora (1977); Hidalgo (1982, denominado Tribunal Fiscal Administrativo); Jalisco (1983); Guanajuato y Querétaro (1985); México (1986); Guerrero y Yucatán (1987); Baja California y Veracruz (el último incorporado recientemente al Poder Judicial); Morelos (1990); Nuevo León (1991); San Luis Potosí y Sinaloa (1993); así como salas mixtas con competencia en materia administrativa en el Tribunal Superior del Estado de Chiapas (1993). El número de estos tribunales administrativos especializados tiende a incrementarse, por lo que no está lejano el momento en que todos los estados de la República cuenten con un organismo jurisdiccional similar a los anteriores y posiblemente también en el ámbito federal, lo que se traducirá en una reducción del ámbito del proceso de amparo administrativo que estamos analizando.

86. En congruencia con lo anterior, el sector del amparo como contencioso administrativo se ha restringido cada vez más, de manera inversa al aumento de los citados tribunales, pues sus fallos son impugnados, como se ha señalado, en amparo judicial de una instancia ante los tribunales colegiados de circuito. En los supuestos en que los actos y resoluciones administrativos no puedan cuestionarse ante los mencionados tribunales de lo contencioso administrativo, se deben impugnar en un procedimiento de dos instancias, la primera ante los jueces federales de distrito y la segunda ante los mencionados tribunales colegiados de circuito.<sup>61</sup>

87. E) Finalmente, en el año de 1963 y con antecedente la reforma constitucional de 1962, se introdujeron en la Ley de Amparo un conjunto de modificaciones con el objeto de establecer ventajas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria (ejidatarios, comuneros y sus respectivas poblaciones), que permitieron equilibrar su situación frente a los propietarios agrícolas y ganaderos así como respecto las autoridades administrativas federales encargadas de desarrollar la citada reforma agraria, en virtud de que se consideró que algunos campesinos carecían en numerosos casos de asesoramiento jurídico para intervenir con éxito en la decisión de las controversias agrarias por con-

61 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, pp. 111-121. Vázquez Alfaro, José Luis, *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1991, pp. 257-279; *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996, pp. 213-242; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 2a. ed, con la colaboración de José Luis Vázquez Alfaro, México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 953-1043.

ducto del juicio de amparo. Con estas reformas se estableció un quinto sector que se puede denominar proceso social agrario. Debido a la importancia política que se otorgó a dichas reglas procesales, en el año de 1976 se dividió la Ley de Amparo en dos libros que antes no existían, uno sobre el amparo en general y otro, con muy pocos artículos, para regular el amparo agrario, pero sin abarcar todos los conflictos en esta materia (artículos 107, fracción II, párrafos tercero y cuarto de la carta federal, y 212 a 234 de la Ley de Amparo).<sup>62</sup>

88. Sin embargo, en nuestros días este sector del juicio de amparo tiende a desaparecer y con bastante rapidez, debido a que en el año de 1992 se reformó el artículo 27 constitucional para establecer los tribunales federales agrarios, integrados por un Tribunal Superior de cinco magistrados y varios tribunales unitarios, que se encargan en la actualidad de conocer de los conflictos que con anterioridad competían a las autoridades administrativas federales (Leyes Agraria y Orgánica de los Tribunales Agrarios, ambas publicadas el 26 de febrero de 1992).

89. Contra las sentencias de dichos organismos jurisdiccionales procede el amparo de una sola instancia ante los tribunales colegiados de circuito, por lo que se incorpora esta materia al amparo contra resoluciones judiciales o amparo casación (ver *supra*, párrafo 83), de tal manera que el procedimiento específico, que era de doble instancia, sólo se promueve excepcionalmente.

90. Por tanto, debemos concluir que, de acuerdo con la tendencia que se observa en nuestros días en la regulación del amparo mexicano, si bien todavía comprende de manera formal cinco procesos diversos, como lo hemos señalado en los párrafos anteriores, en un futuro que no parece muy lejano se dirige a conservar sólo tres: *habeas corpus*, amparo contra leyes y amparo judicial o de casación. Por otra parte, el amparo en sentido estricto, es decir aquel que de manera predominante está dirigido en las legislaciones latinoamericanas a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, con exclusión de la libertad e integridad

62 La bibliografía es amplia por lo que únicamente citamos algunos estudios relativamente recientes: Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo en materia agraria", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 116, mayo-agosto de 1980, pp. 439-463, reproducido en el libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., *supra*, nota 1, pp. 329-358; Lanz Cárdenas, Fernando, *El juicio de amparo en materia agraria*, México, Jus. 1977; Toto, Mireya, *El amparo de la pequeña propiedad agraria*, México, Grijalbo, 1986; Ponce de León, Luis M., *Derecho procesal agrario*, México, Trillas, 1988; García Ramírez, Sergio, *Elementos de derecho procesal agrario*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997.

personal tuteladas generalmente por el *habeas corpus*, no está regulado mediante de un procedimiento específico en la actual legislación del amparo mexicano, ya que queda comprendido dentro de la impugnación de la conducta de cualquier autoridad, cuando la misma afecta directamente un derecho consagrado en la carta federal, por lo que estimamos conveniente establecer una tramitación especial que integraría un cuarto proceso.

91. En nuestro concepto, también debe quedar comprendido en este cuarto sector la violación de los derechos establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, de acuerdo con el artículo 133 constitucional, aun cuando esta posibilidad todavía no se ha analizado con la debida profundidad, pero resulta muy clara en otros ordenamientos latinoamericanos (ver *infra*, párrafo 119).

## V. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL JUICIO DE AMPARO Y LA NECESIDAD DE ACTUALIZARLO

92. A la Ley de Amparo de 1936 se le incorporaron de manera paulatina, por medio de numerosas reformas, nuevos preceptos apoyados en la evolución constante de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, y otras modificaciones, algunas muy significativas con motivo de algunas reformas constitucionales de gran trascendencia, como las de 1951, 1968 y 1988, que modernizaron nuestra máxima institución procesal. Debe tomarse en consideración que tales cambios, algunos con defectos de técnica jurídica, no contribuyeron a la precisión legislativa de un instrumento tan complejo, ya que hasta el momento no se ha hecho un examen exhaustivo y sistemático del mismo ordenamiento para lograr una depuración de sus disposiciones.

94. Por otra parte, tampoco ha contribuido a una sistematización legislativa la incorporación paulatina de preceptos de carácter histórico, que se han tomado a veces literalmente, de las leyes y códigos procesales que han regulado el amparo, sin tomar en cuenta las diversas épocas en las cuales fueron creadas. Lo mismo ocurre con la terminología, que no se ha modernizado de acuerdo con el progreso de la ciencia del derecho procesal y se ha mantenido por muchos años, de manera que no es posible actualizarla sin producir confusiones. Así, podemos mencionar, entre otros vocablos: quejoso o agraviado, para designar al actor o demandante; autoridad responsable, equivalente a autoridad demandada; tercero perjudica-

do, por tercero interesado; informe justificado, en lugar de contestación de la demanda; la suspensión del acto reclamado, como equivalente de providencias precautorias o cautelares, etcétera.

95. Los aspectos de mayor complicación derivan de conservar la concepción histórica del amparo en un ordenamiento vigente en la actualidad, en el que todavía se confunden de manera constante las infracciones a la legalidad ordinaria como si fuesen equivalentes a violaciones de disposiciones constitucionales, no obstante que estos sectores han sido objeto de una separación en las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995, e inclusive encomendadas a tribunales federales diversos (ver *supra*, nota 6).

96. Podemos advertir con claridad el trasplante de normas históricas en nuestra legislación vigente en el acucioso estudio histórico-legislativo realizado por el destacado jurista mexicano José Luis Soberanes, en el cual se comparan las disposiciones de las diversas leyes de amparo y códigos procesales, con los preceptos actuales.<sup>63</sup> Lo anterior no debe considerarse como un defecto en sí mismo, ya que los ordenamientos legales codificados generalmente se construyen de manera paulatina con la incorporación de disposiciones anteriores, pero estas últimas deben revisarse de acuerdo con las situaciones imperantes en la época en que deben ser aplicadas. Es cierto que varios anacronismos se han corregido con reformas posteriores, pero esta actualización no ha sido sistemática.

97. Ese desarrollo peculiar, que ha combinado preceptos históricos con disposiciones en las que se recogen los adelantos de la jurisprudencia, especialmente de la Suprema Corte de Justicia, ha determinado que un sector de la doctrina considere al juicio de amparo como una institución *sui generis* que se aparta de los principios generales de la ciencia del proceso. El destacado jurista Ignacio Burgoa Orihuela ha sostenido en numerosas ocasiones, que los lineamientos del amparo mexicano son ajenos a los principios e instituciones de la teoría general o doctrina del proceso o del derecho procesal. Este autor considera que es inaceptable la pretensión de querer incrustar el amparo dentro de una “teoría general del proceso”, originada en el proceso civil que es diferente al amparo por su motivación y teleología.<sup>64</sup>

98. Nosotros hemos postulado lo contrario, no por un afán de extranjerización, sino porque si bien es cierto que en sus comienzos la teoría o

63 *Evolución de la Ley de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994.

64 *Renovación de la Ley de Amparo*, *cit.*, *supra*, nota 2, p. 9.

doctrina general surgió en el proceso civil, se extendió muy pronto a todas las disciplinas de carácter adjetivo, de tal manera que sin el conocimiento de los principios de este sector de la ciencia del derecho no es posible conocer con profundidad, ni enseñar a los alumnos de la materia los lineamientos básicos del amparo mexicano. En vía de ejemplo, el sector que se traduce en un recurso de casación federal contra las resoluciones judiciales implica la última instancia de los diversos procesos civiles, penales, administrativos, laborales e inclusive agrarios que se tramitan en todos los tribunales del país, lo que no está claramente regulado en la Ley de Amparo en vigor.<sup>65</sup>

99. El mismo conocido cultivador del derecho de amparo mexicano afirma que “El amparo es una institución procesal constitucional gestada y normativizada en México...”<sup>66</sup> Lo anterior es parcialmente cierto, puesto que el amparo mexicano efectivamente realiza funciones de control de constitucionalidad, pero otro sector importante del mismo funciona como un control de legalidad, que rebasa claramente al mencionado derecho procesal constitucional y se inserta en varias ramas, por lo que para comprender una institución tan compleja no sólo es necesario conocer los principios de la teoría o doctrina general, sino también los lineamientos de diversas disciplinas procesales (como se señala en el párrafo anterior), lo que se ha traducido en una creciente especialización de los tribunales de amparo.

100. Además, el derecho procesal constitucional, que se ha desarrollado científicamente en los últimos años y comprende el estudio de los diversos instrumentos de control de la constitucionalidad, está plenamente insertado en la propia teoría o doctrina general, como lo señalan los cultivadores de esta nueva rama procesal, que actualmente constituye una materia del currículum de varias de las escuelas y facultades de derecho de Latinoamérica.<sup>67</sup>

65 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, pp. 425-464.

66 Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Renovación de la Ley de Amparo*, cit., supra, nota 2, p. 9.

67 La bibliografía sobre esta disciplina es bastante amplia en los últimos años, por lo que nos limitaremos a señalar a González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1979; Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht (Derecho procesal constitucional)*, 3a. ed., München, C. H. Beck, 1991; Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Costa Rica, Juricentro, 1995; Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., tomos I y II, *El recurso extraordinario* (1988); tomo III, 4a. ed., *Acción de amparo* (1995), y tomo IV, *habeas corpus*, (1989), Buenos Aires, Astrea; Rodríguez Domínguez, Elvito, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, 1997; García Belaúnde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Marsol Perú Editores, 1998; Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al derecho procesal constitucional”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1997, México, 1998, pp. 27-84.

101. La Ley de Amparo vigente ha sido reformada en veinte ocasiones, por decretos legislativos publicados los días y años siguientes: 30 de diciembre de 1939; 20 de enero de 1943; 29 de diciembre de 1949; 19 de febrero y 14 de marzo de 1951; 31 de diciembre de 1957; 4 de febrero de 1963; 30 de abril de 1968; 4 y 23 de diciembre de 1974; 29 de diciembre de 1975; 29 de junio y 31 de diciembre de 1976; 7 de enero de 1980; 30 de noviembre de 1982; 16 de enero de 1984; 20 de mayo de 1986; 5 de enero de 1988; 10 de enero de 1994 y 8 de febrero de 1999. Si se considera, además, que algunas de esas modificaciones han sido muy extensas, como las de 1951, 1968 y 1988, lo que significa forzosamente una alteración sustancial, y no podría ser de otra manera, de la Ley de Amparo en vigor desde enero de 1936, todo ello nos lleva a la necesidad de un nuevo texto que recoja esa evolución e incorpore además algunos aspectos más recientes, pero todo de una manera ordenada y sistemática.

102. Un análisis superficial del citado ordenamiento descubre que sus preceptos están distribuidos desordenadamente, adolecen de numerosos errores de técnica legislativa y son varios en los que existe falta de precisión. Es preferible sustituir el texto vigente por otro en el que se depuren estos defectos y se establezca una nueva estructura que se ajuste a los diversos procesos que integran la institución procesal que se examina, aparentemente unitaria. Claro que lo anterior no significa partir desde cero, sino perfeccionar las disposiciones existentes que, como hemos dicho, se han venido desarrollando históricamente e incorporar aquellas que se consideren indispensables para ampliar su esfera protectora, cuando ello se considere necesario.

## VI. LOS LINEAMIENTOS BÁSICOS DE UNA NUEVA LEY DE AMPARO

103. Las reflexiones anteriores nos conducen a considerar que el juicio de amparo en su concepción original de instrumento procesal para tutelar las llamadas garantías individuales (ver *supra*, párrafos 23-24), sirvió de ejemplo e inspiración a varios ordenamientos latinoamericanos que consagraron la institución con el mismo nombre, debido a su común tradición hispánica,<sup>68</sup> y que también puede considerarse como modelo en

68 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 119-132, reproducido en *Rivista di diritto agrario*, Milano, julio-septiembre de 1967, pp. 502-518, e incorporado posteriormente al libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 17-52; Brewer Carías, Allan

cierta manera para otras instituciones con funciones similares o equivalentes, como el *mandado de segurança* brasileño,<sup>69</sup> el recurso de protección chileno<sup>70</sup> y la acción de tutela colombiana.<sup>71</sup> (ver *supra*, párrafo 20).

104. Sin embargo, debemos reconocer que el derecho de amparo en Latinoamérica y España, así como las instituciones afines y equivalentes, han experimentado una evolución y ampliación en su esfera protectora de los derechos fundamentales, así como modificaciones en sus lineamientos de carácter procesal, que han dejado atrás al amparo mexicano en varios aspectos, lo que debemos tomar en consideración para incorporar aquellos criterios que permitan actualizar nuestra máxima institución adjetiva, en especial de su función primigenia de proteger los derechos humanos, tanto de carácter individual como de naturaleza económica, social y cultural, en la que desafortunadamente se ha quedado rezagada, y por ello se requiere de una profunda revisión para que vuelva a asumir, al menos en este sector esencial, su carácter paradigmático.<sup>72</sup>

R., *el amparo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993; Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo latinoamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

69 Es muy amplia la doctrina sobre este instrumento brasileño que se estableció originalmente en la carta federal del Brasil de 1934, y está consagrado actualmente por el artículo 5o., párrafo LXIX, de la Constitución vigente de 5 de octubre de 1988, por lo que únicamente citamos algunos estudios recientes, Sidou, José Othon, “*Habeas corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*, 5a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1998; Flaks, Milton, *Do mandado de segurança. Pressupostos de impetração*, Río de Janeiro, Forense, 1980; Barbi, Celso Agrícola, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1980; Da Silva, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 9a. ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pp.390-391.

70 Este instrumento actualmente regulado por el artículo 20 de la Constitución chilena, aprobada por el plebiscito de septiembre de 1980 y reformada por un segundo plebiscito de 1989. Sobre el mismo pueden consultarse, entre otros, los siguientes estudios, Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989; Lira Herrera, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1990; Verdugo Marinkovic, Mario, *et. al., Derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, tomo I, pp. 337-346.

71 Sobre esta institución protectora establecida por el artículo 86 de la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991, pueden consultarse, entre otros, a Arenas, Salazar, Jorge, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993; Charry, J.M., *La acción de tutela*, reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; Monroy Torres, Marcia y Álvarez Rojas, Fernando, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, vols. III y IV, *La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Juris Editores, 1993.

72 Cfr. Fix-Zamuido, Héctor, “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo”, *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, UNAM-Cámara de Diputados, 1998, pp. 371-430, incluido en la obra del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit.*, *supra*, nota 1, pp. 760-770.

105. Recientemente se advierte un vigorosa tendencia entre los juristas, jueces y abogados mexicanos, para que se efectúe un revisión profunda de la legislación de amparo, que incluye a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, así como el texto de los artículos 103 y 107 de la carta suprema, que establecen los lineamientos del derecho de amparo mexicano. Podemos citar, en vía de ejemplo, tres publicaciones actuales en las que se proponen modificaciones esenciales y que provienen de tres conocidos juristas mexicanos: Ignacio Burgoa Orihuela,<sup>73</sup> Nicolás Martínez Cerda<sup>74</sup> y el ministro de la Suprema Corte de Justicia José de Jesús Gudiño Pelayo.<sup>75</sup>

106. Por otra parte, como resultado de la convocatoria de la Suprema Corte de Justicia de 3 de diciembre de 1999, que hemos mencionado con anterioridad (ver *supra*, párrafo 10), la consulta que se realizó fue muy amplia en todo el país y en ella han participado con entusiasmo ministros de la Suprema Corte, magistrados y jueces federales, magistrados y jueces de la entidades federativas, abogados, agentes del Ministerio Público y numerosos académicos, quienes han hecho numerosas proposiciones que el equipo técnico de la Comisión de Análisis y Propuestas, designada por la misma Suprema Corte, ha recopilado en cinco gruesos volúmenes y las además ordenado en relación con los artículos de la Ley de Amparo respecto de los cuales se formulan.

107. A lo anterior debe agregarse que se han elaborado tres anteproyectos que también deben ser estudiados por la mencionada Comisión: a) en primer lugar se realizó un cuidadoso análisis por una comisión presidida por el ministro de la Suprema Corte Arturo Serrano Robles, entonces director del Instituto de Especialización del más Alto Tribunal, e integrada por ministros y magistrados federales. Ese anteproyecto se presentó al presidente de la Suprema Corte el 17 de junio de 1987; b) un anteproyecto propiciado en 1995 por la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, en el cual participó un selecto grupo de académicos en su mayor parte del Instituto Tecnológico Autónomo de México; y c) un anteproyecto más reciente elaborado por una comisión que trabajó bajo la coordinación del Instituto de la Judicatura Federal.

73 *Renovación de la Ley de Amparo, cit., supra*, nota 2.

74 *Reformas a la Ley de Amparo*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología, 2000.

75 "Reflexiones en torno a la estructura, alcance y contenido de una nueva Ley de Amparo", en *Lex. Difusión y Análisis*, México, núms. 56-57, enero-marzo del 2000, pp. 7-33.



108. Además, debe tomarse en consideración que la jurisprudencia reciente, tanto de la Suprema Corte de Justicia como de los tribunales colegiados de circuito, ha modernizado ciertos criterios tradicionales sobre el derecho de amparo que ya resultaban anacrónicos, entre éstos podemos citar únicamente en vía de ejemplo, los que se refieren a: a) la verosimilitud o apariencia del buen derecho y el peligro en la demora como bases para superar el criterio de la llamada suspensión del acto reclamado, el que según la jurisprudencia tradicional sólo podía tener efectos estrictamente conservativos. En la actualidad, cuando esa medida cautelar resulte ineficaz por conducto de la simple paralización del acto reclamado, con apoyo en los nuevos principios se deben dictar medidas que impliquen no una restitución sino en un adelanto provisional del derecho cuestionado, para resolver posteriormente, en forma definitiva, si el acto reclamado es o no inconstitucional (o ilegal).<sup>76</sup>

109. b) Otro criterio jurisprudencial anticuado, que fue sustituido por una nueva jurisprudencia fue el de concepto de autoridad para efectos del amparo. Recordemos que la tesis tradicional era en el sentido de que “el término autoridad para efecto del amparo, comprende todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho y que por lo mismo están en disposición de obrar como individuos que ejerzan actos públicos por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen”.<sup>77</sup> Con fundamento en esta tesis jurisprudencial quedaban fuera de este concepto de autoridad las entidades públicas descentralizadas del Estado, con exclusión de aquellos actos que de acuerdo con sus leyes, correspondieran a su carácter de organismos fiscales autónomos (Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto del Fondo de la Vivienda para los Trabajadores).

110. La Suprema Corte de Justicia en su fallo de 14 de noviembre de 1996, al resolver el amparo en revisión 1195/92, promovido por Oscar Treviño Aguilar, estimó que la tesis anterior conducía a la indefensión de

<sup>76</sup> Tesis publicada en el *Semanario Judicial* y su *Gaceta*; Tribunal en Pleno, parte III, abril de 1996, PJ16/96, p. 36, así como la tesis 15/96, p. 16. *Cfr.* Góngora Pimentel, Genaro David, “La apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado”, *Actualidad de la defensa de la Constitución. Memoria del Coloquio Internacional en la celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo mexicano*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, 1997, pp. 151-178, esp. p. 153. El distinguido jurista mexicano, actualmente presidente de la Suprema Corte de Justicia, en su función anterior de magistrado de circuito fue el primero en plantear un cambio de la jurisprudencia tradicional en esta materia.

<sup>77</sup> Tesis 300, publicada en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, en 1988, vol.I, *Salas y tesis comunes*, p. 519.

los afectados por actos o resoluciones de organismos públicos descentralizados, ya que en su actuación

...con independencia de la disposición directa que llegaren a tener para disponer o no de la fuerza pública, con fundamento en una norma legal pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí y ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera jurídica de los gobernados, sin acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado....<sup>78</sup>

111. c) Un tercer ejemplo de modernización jurisprudencial lo podemos destacar respecto del criterio reciente de la Suprema Corte de Justicia que modificó la tesis sobre los tratados internacionales considerados al mismo nivel que las leyes federales, ya que en la actualidad nuestro máximo tribunal considera que dichos tratados tienen un categoría jurídica superior a la de las citadas leyes federales y un nivel inmediatamente inferior al de las normas de la Constitución federal, lo que constituye una nueva interpretación del artículo 133 de nuestra Constitución federal. El nuevo criterio se apoya esencialmente entre otros argumentos, en los que señalan que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto, y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; asimismo se estableció que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas.<sup>79</sup>

112. Como no sería posible en este breve estudio plantear las modificaciones concretas que debieran incorporarse a un nuevo texto de la legislación de amparo, nos limitamos a señalar, a título estrictamente personal, las proposiciones que se formulan en los siguientes párrafos, que no forzosamente corresponden a las que estudia la Comisión de la que tenemos el honor de formar parte (ver *supra*, párrafos 10 y 11).

113. En tal virtud, más que reformas a los preceptos respectivos, puede ser útil establecer la posible estructura de una verdadera nueva Ley de Amparo, ya que en nuestro concepto se debe modificar su formato actual,

<sup>78</sup> Cfr. *Anexo al Informe anual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1997, pp. 112-113.

<sup>79</sup> Este criterio se estableció por unanimidad de diez votos, al resolver el Tribunal en Pleno el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, Tesis LXXVII/99, publicada en el *Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia, 1999. Anexo de jurisprudencia*, pp. 841-843.

para adoptar otro diverso, en el cual se regulen de manera específica los procesos concretos que integran en la actualidad el juicio de amparo, pues consideramos que los preceptos vigentes sobre él se encuentran dispersos y carecen de sistematización, por lo que, además de efectuar una nueva ordenación es preciso elaborar disposiciones para establecer con claridad los lineamientos de dichos procesos, lo que de ninguna manera significa desconocer la evolución paulatina de la legislación de amparo, que se inició en sentido estricto a partir de la Ley de la materia de 20 de enero de 1869 y que continuó con la de 1882, en los Códigos Federales de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908, así como con los Ordenamientos de 1919, la actual de 1936 y sus numerosas modificaciones.

114. Estimamos que para ser considerado novedoso y actual el ordenamiento reglamentario de los artículos 103 y 107 de la carta federal, debería dividirse en dos o tres libros, pero no en la forma artificial que se realizó en 1976, al efectuar la separación que todavía subsiste (ver *supra*, párrafos 87 y 88) entre el amparo en general, que abarca más del noventa por ciento de los preceptos, y unas pocas disposiciones sobre el amparo en materia agraria. De manera diversa, sería conveniente redactar un primer libro que regulara las disposiciones generales, que son muy numerosas y que se pueden aplicar a todos los procesos, incluyendo los dos procedimientos de una o dos instancias, pero sin incluir aspectos específicos. Aun cuando no es indispensable, podría ser útil que las normas relativas a los citados procedimientos, sin incluir, por supuesto, disposiciones particulares, pudiesen formar el segundo libro.

115. El segundo o tercer libro, según se adoptara o no la alternativa señalada en el párrafo anterior, comprendería en los títulos y capítulos respectivos, cuatro sectores autónomos, que abarcarían los distintos tipos de proceso que contiene el juicio de amparo (ver *supra*, párrafo 72), ya que, como hemos señalado anteriormente, el procedimiento especial para el amparo social agrario tiende a desaparecer por la creación, en 1992, de los tribunales federales especializados en la materia (ver *supra*, párrafos 87-88), y podría ser objeto únicamente de disposiciones transitorias.

116. A) El primer título de ese segundo o tercer libro podría denominarse: del amparo contra actos privativos de la libertad (amparo-*habeas corpus* o amparo de la libertad e integridad personal), y comprendería las reglas para establecer el procedimiento específico de dos instancias, que regulara la protección contra actos que afectasen la libertad y la integridad personal de los gobernados por parte de autoridades administrativas

(policíacas y del ministerio público), en virtud de que, cuando el asunto ha sido consignado a un juez, procede el amparo contra resoluciones judiciales de un solo grado ante los tribunales colegiados de circuito (sin perjuicio de los medios de impugnación internos en el proceso penal).

117. A este respecto, Juventino V. Castro distinguido estudioso del juicio de amparo y en la actualidad ministro de la Suprema Corte de Justicia, remitió un trabajo a la Comisión de Análisis y Propuestas sobre una nueva Ley de Amparo, con fecha primero de diciembre de 1999. En sus proposiciones destaca la necesidad de establecer un procedimiento de exhibición, que incorporaría varios preceptos con una tramitación similar al *habeas corpus*, pero lo concibe no como una instancia separada del juicio de amparo, sino como un aspecto de la suspensión de los actos reclamados (es decir, de las providencias precautorias o cautelares), relacionados con la privación de la libertad fuera de procedimiento judicial. Nos parece adecuada la proposición del ministro Juventino V. Castro, en cuanto a una regulación específica de este aspecto del juicio de amparo, pero su encuadramiento dentro de las medidas cautelares no lo consideramos correcto, ya que el procedimiento respectivo debe comprender los lineamientos específicos de este tipo de proceso, varios de los cuales ya existen en la ley actual, pero deben sistematizarse y agregarse los preceptos que sean necesarios, incluyendo los que hagan falta en cuanto a la suspensión de los actos reclamados en esta materia, que serían similares a los adoptados en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas sobre el *habeas corpus*.<sup>80</sup>

118. B) El segundo proceso que debía regularse en el título respectivo es el que se refiere al amparo en sentido estricto y el de materia administrativa: a) respecto del amparo como instrumento protector de los derechos humanos fundamentales, cabe señalar que si bien corresponde a la concepción original de la institución, según se ha sostenido en varias ocasiones, y que ha trascendido a otras legislaciones, especialmente latinoamericanas, no se regula de manera específica en nuestra Ley de Amparo, no obstante su nombre y la constante referencia en diversas normas así como en la jurisprudencia sobre la violación de “garantías” o de “derechos constitucionales”.

80 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Caracas, Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA, 1995, pp. 53-55.

119. Ésta es una de las ostensibles paradojas de nuestra legislación de la materia, pues una lectura cuidadosa de la misma sólo nos permite descubrir un precepto específico a este respecto, o sea, la norma del artículo 84, fracción I, la cual dispone que las sentencias dictadas por los jueces de distrito pueden ser impugnadas en revisión ante la Suprema Corte de Justicia, cuando en las mismas se decida sobre la constitucionalidad de una ley (en sentido material) o se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución y persista en el recurso la cuestión de constitucionalidad, ya que en este último supuesto el juez federal puede aplicar de manera inmediata los preceptos fundamentales que regulan los derechos humanos de los gobernados establecidos en la carta federal. Esta disposición tiene su correspondencia en el artículo 21, fracción II, inciso a), de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el que otorga competencia a la sala respectiva de la Suprema Corte de Justicia para decidir sobre el mencionado recurso de revisión.

120. La regulación de un procedimiento específico sobre el amparo en su sentido original es de carácter prioritario, ya que es el sector de nuestro juicio que ha quedado más rezagado, si tomamos en cuenta los avances que ha tenido este instrumento de tutela de los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos. Consideramos que estos adelantos en el procedimiento específico se deben tener presentes al elaborar una nueva Ley de Amparo. En relación a lo anterior, uno de los elementos esenciales que sugerimos tomar en cuenta es el relativo a la procedencia del amparo respecto de los derechos humanos de fuente internacional incorporados a nuestro orden jurídico interno, es decir, los establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, en los términos del artículo 133 constitucional, ya que desde nuestro particular punto de vista dichos derechos se integran a los de carácter fundamental regulados en nuestra carta magna, en cuanto no contradicen a estos últimos, sino por el contrario los complementan, perfeccionan o establecen situaciones más favorables para los gobernados.<sup>81</sup> Tal propuesta resulta más viable, debido al cambio de criterio de la Suprema Corte de Justicia sobre la jerarquía superior de los tratados internacionales respecto de las leyes federales (ver *supra*, párrafo 110).

81 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano”, *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Cámara de Diputados LVII Legislatura, 1998, pp. 421-422, reimpresso en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., *supra*, nota 1, pp. 783-784.

121. En este aspecto coincidimos con las agudas reflexiones del destacado jurista mexicano Antonio Carrillo Flores, en cuanto sostuvo, hace varios años, que en la situación mencionada anteriormente procedía el juicio de amparo para proteger los derechos establecidos por los tratados internacionales,<sup>82</sup> y por el contrario disintimos de la opinión del no menos distinguido constitucionalista Antonio Martínez Baéz, quien afirmó que los derechos humanos instituidos por tratados sólo podían protegerse por los organismos internacionales, pues el amparo mexicano en su opinión únicamente tutela los consagrados por la Constitución federal.<sup>83</sup>

122. Debemos tomar en cuenta los avances de otras legislaciones latinoamericanas sobre la protección de los derechos humanos por medio del amparo o de las instituciones similares o equivalentes, en lo que se refiere a la tutela de los propios derechos respecto de grupos sociales en situación de predominio (calificados indebidamente como “particulares”); así como a la protección de los llamados intereses (en realidad, derechos) difusos o transpersonales que corresponden a un sector social no organizado, como el de los consumidores, los afectados por las alteraciones ambientales, las obras urbanas o el menoscabo al patrimonio artístico o cultural.<sup>84</sup>

123. Asimismo, advertimos en el derecho mexicano la ausencia de disposiciones legales para la protección de los gobernados en cuanto la posibilidad de que pueda exigir la corrección de datos o informaciones erróneas o inexactas: derecho de rectificación, que en algunos ordenamientos latinoamericanos se tutela por medio de un instrumento procesal equivalente al amparo, denominado *habeas data*, introducido en la Constitución federal brasileña de 1988, y que ha trascendido a las cartas fundamentales de Paraguay, de 1992, y de Perú de 1993; en la reforma constitucional argentina de 1994; en la ley fundamental de Ecuador revisada en 1998, y en la Constitución de Venezuela de 1999.<sup>85</sup> Mencionamos este

82 En su libro *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981, p. 248.

83 “Correlación entre la Constitución y los pactos de las Naciones Unidas”, *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, 1981, pp. 26-29.

84 Cfr. entre otros, la obra reciente de la joven investigadora mexicana Hernández Martínez, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997.

85 La bibliografía es muy amplia, pero citamos la obra reciente de Ekmekdjian, Miguel Angel y Pizzolo, Calogero, hijo, *Habeas data. El derecho a la intimidad fuente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996. También pueden consultarse los numerosos estudios y la información que sobre esta institución se presentaron en el Seminario Iberoamericano de la Acción de *Habeas Data*, que se efectuó en la Universidad de Talca, Chile, en el mes de abril de 1997, y que fueron publicados en la revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1997, pp. 33-399.

instrumento no precisamente para incorporarlo al derecho de amparo, ya muy recargado por su complejidad actual, al menos para promover la creación de instrumentos similares o equivalentes que puedan tutelar esos derechos humanos que han surgido en las sociedades contemporáneas.

124. Por otra parte y como lo establecen los artículos 2o., inciso segundo, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el procedimiento que debe regular el amparo en sentido estricto debe cumplir con los requisitos de efectividad, sencillez y rapidez; resolverse en un plazo razonable y contar con medidas cautelares urgentes y adecuadas. Además es preciso conferirle preferencia en su tramitación respecto de otros procesos de amparo, con excepción de que la debe otorgarse en primer lugar al instrumento similar al *habeas corpus*, es decir, aquel que tiene por objeto proteger la libertad y la integridad personal (ver *supra*, párrafos 74-75).

125. b) Por lo que respecta al amparo en materia administrativa como equivalente a un proceso de lo contencioso administrativo, si bien señalamos con anterioridad que tiende a desaparecer con el establecimiento creciente de los tribunales administrativos de plena autonomía, tanto en la esfera federal como en las entidades federativas (ver *supra*, párrafos 84-86), no obstante, todavía subsiste y podría permanecer por algunos años este proceso que se tramita en dos instancias, al lado de la impugnación, por conducto del amparo judicial de una sola instancia de las sentencias de los citados tribunales administrativos. En tal virtud, consideramos conveniente (aun cuando implica un control de legalidad y no de constitucionalidad) regular en el mismo procedimiento a los procesos de amparo para tutelar tanto los derechos fundamentales de los gobernados, como los ordinarios de los administrados, si se toma en cuenta que son las autoridades administrativas, las que por su constante intervención en la esfera jurídica de los particulares, con mayor frecuencia suelen violar o desconocer los derechos tanto fundamentales como legales de los particulares, y que debido a la constante ampliación de las actividades de las autoridades administrativas, prácticamente se confunden ambos sectores sociales.<sup>86</sup>

126. C) El tercer proceso que debe regular una futura legislación es el denominado amparo contra leyes, que se integra con el procedimiento de doble instancia que hemos calificado como acción (concreta) de inconsti-

86 Cfr. González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, UNAM, 1971.

tucionalidad de las disposiciones legislativas, es decir, el sector que se traduce en una impugnación directa contra la expedición, promulgación y publicación de las propias normas cuando afecten la esfera jurídica de los particulares, en la inteligencia de que deben señalarse en la demanda respectiva como autoridades responsables aquellas que han intervenido en el procedimiento legislativo, es decir, el Congreso de la Unión (o el Senado respecto de los tratados internacionales), la Asamblea Legislativa del Distrito Federal o las legislaturas de los estados, así como el presidente de la República, el jefe del gobierno del Distrito Federal, o los gobernadores de los estados, respectivamente (ver *supra*, párrafos 77-79). En otras palabras, es el procedimiento que configura lo que se ha calificado como “proceso al legislador”.<sup>87</sup>

127. Por otra parte y por lo que respecta al procedimiento que hemos calificado como recurso de inconstitucionalidad (ver *supra*, párrafos 80-81), la primera instancia de este sector (ya que puede transformarse en dos instancias, la segunda ante la Suprema Corte de Justicia si los tribunales colegiados de circuito deciden u omiten resolver sobre la cuestión de constitucionalidad de las disposiciones legislativas impugnadas) debe situarse dentro de las reglas del amparo judicial, ya que esta impugnación se plantea en forma incidental o prejudicial, con motivo de una sentencia de un juez o tribunal ordinario, pues esta misma cuestión debe señalarse únicamente como concepto de violación de la demanda respectiva.<sup>88</sup>

128. Por el contrario, si la decisión del tribunal colegiado que se pronuncia o debiera pronunciarse sobre la citada constitucionalidad de las disposiciones legislativas impugnadas es combatido por el afectado por medio del recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, dicho recurso debe regularse, como actualmente lo está, o sea, un segundo grado del sector del amparo contra leyes (artículos 83, fracción V; 84, frac-

<sup>87</sup> Cfr. Carnelutti, Francesco, “Aspetti problematici del processo al legislatore”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1969, pp. 10-13.

<sup>88</sup> En el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 166 de la Ley de Amparo, precepto que se refiere a los requisitos de la demanda en una sola instancia ante los tribunales colegiados de circuito contra sentencias judiciales y que se adicionó en las reformas de 1984, se dispone: “(...) Cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiere puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la ley, el tratado o el reglamento aplicado, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la ley, el tratado o el reglamento, y la calificación de éste por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia”. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La reforma en el derecho de amparo”, *Reforma procesal. Estudios en memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, México, UNAM, 1987, pp. 265-299, reproducido en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., *supra*, nota 1, pp. 588-590.



ción II, y 93 de la Ley de Amparo, y 10, fracción III; 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

129. Uno de los aspectos del proceso de amparo contra leyes que debe ser objeto de análisis y de cambio en una nueva legislación, es el relativo a los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad, de acuerdo con llamada fórmula Otero consagrada en los artículos 107, fracción II, de la Constitución federal y 76 de la Ley de Amparo (ver *supra*, párrafo 78). Existe ya una fuerte corriente de opinión, tanto en la doctrina como en los diversos sectores jurídicos mexicanos, de acuerdo con el resultado de la consulta que se hizo por la Suprema Corte de Justicia en el mes de enero de 2000 (ver *supra*, párrafo 10), para modificar ese principio sin suprimirlo totalmente (pues se continuaría aplicando en el llamado recurso de inconstitucionalidad) y adoptar la corriente predominante en los ordenamientos contemporáneos sobre la declaración general de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, tal vez con un período de adaptación es decir, que dicha declaración general con efectos *erga omnes* pueda adoptarse por la Suprema Corte de Justicia una vez que el más alto tribunal establezca jurisprudencia obligatoria, la que pudiera formarse no con cinco fallos como actualmente, sino por tres, número que sería razonable en una jurisprudencia más dinámica que la tradicional. Por otra parte, ya se tiene la experiencia de la declaración general en las sentencias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia de México al resolver las controversias constitucionales respecto disposiciones legislativas y en las acciones de inconstitucionalidad, con apoyo en las fracciones I y II de la carta fundamental y la ley reglamentaria correspondiente.

130. D) El cuarto y último proceso (en estricto sentido, recurso) que debería regularse en la futura Ley de Amparo, es el relativo al amparo judicial o amparo-casación, que de cierta manera se regula actualmente por conducto del procedimiento de una sola instancia o “amparo directo” (título tercero, artículos 158-191), pero sin que se haga la distinción entre los lineamientos generales y las características específicas de este sector. Ya se ha señalado y además es bien sabido, que el amparo judicial no estaba previsto en la regulación inicial de los artículos 101 y 102 de la Constitución federal de 1857, sino que se le incorporó posteriormente debido a una interpretación indebida y artificial del artículo 14 de nuestra carta fundamental, que fue aceptada por la Suprema Corte de Justicia a partir de 1869 (inclusive contra disposición expresa del artículo 8o. de la Ley de Amparo de enero de ese año, que se consideró inconstitucional

por la propia Corte), y posteriormente fue incorporado este proceso a la legislación, conservándose hasta nuestros días debido a un conjunto de factores sociales, económicos y culturales que se consideraron subsistentes por el Constituyente de Querétaro y por ello se ha mantenido tanto en la carta de 1917 como en la legislación vigente (ver *supra*, párrafos 64-69).

131. En este proceso son numerosas las disposiciones que se han incorporado a las diversas leyes de amparo para regular el procedimiento, que es de una sola instancia, de acuerdo con lo establecido por la fracción V, del artículo 107 constitucional (si bien lo fue de dos grados en todas las materias durante la vigencia de la Constitución de 1857, especialmente a partir de la ley de 1882, que fue la primera en regular el amparo judicial). En consecuencia, se requiere una revisión cuidadosa de esa regulación, que debe tomar en cuenta las modificaciones que se han producido en los diversos códigos procesales latinoamericanos, con el objeto de modernizar la institución y en particular para suprimir formalidades innecesarias que fueron establecidas en las primeras etapas de esta institución.<sup>89</sup> De cualquier manera, sería conveniente realizar una depuración del complicado procedimiento actualmente en vigor.

## VII. CONCLUSIONES

132. De las breves reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones.

133. *Primera.* El amparo mexicano surgió de manera paulatina en varios documentos constitucionales del siglo XIX y se consagró definitivamente en la carta federal de 1857, como resultado de la combinación de influencias externas y de la evolución nacional que culminó con el trasplante de la revisión judicial de Estados Unidos. En su origen, el amparo mexicano fue establecido para tutelar los derechos de la persona humana, entonces considerados como “garantías individuales”, contra las leyes o actos de cualquier autoridad, pero con posterioridad se le incorporaron otros instrumentos procesales, como la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, tanto federales como locales,

<sup>89</sup> Si bien el amparo judicial como recurso de casación se inspiró en sus inicios en la institución francesa, debido a que todavía subsiste el reenvío de la sentencia de fondo, no debieran pasarse por alto las modalidades que se han establecido recientemente al recurso de casación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, publicada el 8 de enero de 2000, artículos 249-287.

por violación de normas legales ordinarias y respecto de actos y resoluciones administrativas, también por razones de legalidad.

134. *Segunda.* El juicio de amparo mexicano en su concepción original de instrumento procesal para la tutela de los derechos fundamentales sirvió de modelo a otros mecanismos que con el mismo nombre surgieron en varios ordenamientos latinoamericanos, así como en España en la carta republicana de 1931 y actualmente en la Constitución de 1978. El mismo amparo mexicano fue reconocido, también en su acepción primigenia, en declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos. En época reciente también se consagró el derecho de amparo en otros países como Macao y el archipiélago de Cabo Verde. Además, algunas legislaciones latinoamericanas han establecido mecanismos similares, pero con otros nombres, tales como el *mandado de segurança* brasileño (traducido al castellano como “mandamiento de amparo”), el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiana.

135. *Tercera.* Existe una vigorosa tendencia para la elaboración de una Ley de Amparo en México, que no sólo se traduzca en la revisión y renovación de la actual de 1936, que con numerosas reformas es la que ha tenido mayor tiempo de vigencia en nuestro país, sino que implique el establecimiento de una nueva estructura por medio de la cual se reconozca que el juicio de amparo mexicano está integrado por varios procesos, cada uno con sus aspectos peculiares. En el concepto personal del que esto escribe, este nuevo ordenamiento debería formarse por dos o tres libros, el primero de los cuales se integraría por las disposiciones generales que pueden aplicarse a todos los sectores del derecho de amparo, las cuales son bastante numerosas.

136. *Cuarta.* Si se estima conveniente un segundo libro tendría como contenido los dos procedimientos por medio de los cuales se tramita el juicio de amparo mexicano, es decir, el de un solo grado o “amparo directo”, y el de dos instancias, o “amparo indirecto”. El segundo o tercer libro, en su caso, comprendería las disposiciones específicas de cada uno de los cuatro procesos que forman parte del amparo mexicano: a) el amparo para la protección de los derechos de libertad e integridad personal fuera de procedimiento judicial, que equivale al *habeas corpus*; b) el proceso de amparo en sentido estricto, o sea, para la tutela de los derechos fundamentales establecidos en nuestra carta federal, pero también los de fuente internacional incorporados al derecho interno en cuanto complementen o perfeccionen a los primeros. En este sector del amparo sí es

necesario incorporar disposiciones nuevas, ya que constituye una paradoja que haya servido de paradigma a varios instrumentos latinoamericanos y a documentos internacionales, y no esté debidamente regulado por nuestra legislación actual. A este sector debe agregársele el del amparo que tutela a los particulares contra actos y resoluciones de autoridades administrativas, ya que posee cierto paralelismo con el amparo propiamente dicho, pero desde el ángulo del control de la legalidad.

137. *Quinta.* c) Un tercer sector comprendería el amparo contra leyes, especialmente cuando se trate de lo que hemos denominado “acción de inconstitucionalidad”, en el cual se señalen como actos reclamados la expedición, promulgación y publicación de las disposiciones legislativas, y como autoridades demandadas a aquellas que han intervenido en el procedimiento legislativo. También se incluiría la regulación del recurso de revisión contra los fallos de los tribunales colegiados de circuito en cuanto decidan u omitan decidir en amparo de una sola instancia sobre la inconstitucionalidad de una ley; y d) ese segundo o tercer libro debería contener la regulación de las impugnaciones por medio del amparo de una sola instancia de las resoluciones de los tribunales federales y locales, por medio de lo que se ha denominado “amparo judicial” o “amparo casación”.

## LA JURISDICCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN A LA “OPINIÓN” SOLICITADA POR MÉXICO

Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO

SUMARIO: *Introducción. I. Comunicación con los nacionales del Estado que envía. II. Argumento de Estados Unidos en contra de la emisión de una opinión consultiva. III. Contrargumentación de Estados Unidos de América en relación a la Opinión Consultiva del 6 de marzo de 1998, solicitada por México. IV. La efectiva protección de los derechos humanos en Estados Unidos. V. Caso concerniente a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares entre Paraguay y Estados Unidos de América, sometido a la Corte Internacional de Justicia (1998). VI. Apreciación crítica. Actuación contradictoria del Departamento de Estado. VII. “Amicus Brief”. VIII. Respuesta del gobernador de Virginia. IX. Obligatoriedad de las providencias de la Corte. X. Caso relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1999) ante la Corte Internacional de Justicia (Alemania vs. Estados Unidos de América). XI. Declaración del juez Shigeru Oda. XII. Opinión separada del presidente Schwebel. XIII. Opinión crítica acerca de las “medidas provisionales”. XIV. Sentencia del 1 de octubre de 1999.*

### INTRODUCCIÓN

El 17 de noviembre de 1997, el gobierno de México, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud de opinión consultiva en relación a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

La materia de la consulta guarda relación con las garantías mínimas y los requisitos de debido proceso, en el marco de la pena de muerte impuesta

judicialmente a personas de nacionalidad extranjera, a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse, y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.<sup>1</sup>

El gobierno de México consideraba que las disposiciones contempladas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, contenían obligaciones a cargo del Estado receptor y no de los individuos afectados; y así un Estado incurre en responsabilidad si las personas detenidas, de nacionalidad extranjera, no son informadas, sin dilación, de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, de conformidad al artículo 36 de la mencionada Convención de Viena de 1963.

Tratándose de individuos de nacionalidad extranjera —esgrime México— las garantías mínimas en materia penal plasmadas en diversos instrumentos de derecho internacional, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 4o.), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 6o.) y diversas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y práctica jurisprudencial, deben ser aplicados e interpretados en armonía y dentro del marco de la misma Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Cuando el Estado receptor no ha informado oportunamente a los interesados de los derechos que les confiere la Convención de Viena, el gobierno de México ha protestado oficial y enérgicamente de esta irregularidad, en el ámbito bilateral, por considerar precisamente que las personas en cuestión se les ha privado del goce y ejercicio efectivo de sus derechos.<sup>2</sup>

De acuerdo con el artículo 62.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se transmitió la consulta presentada por

1 Véase, Oficio de 17 de noviembre de 1997 enviado por el Secretario de Relaciones Exteriores, José Angel Gurría, y recibido por la Secretaría de la Corte Interamericana, el 9 de diciembre 1997.

2 Véase, “Solicitud de opinión consultiva, presentada por el gobierno de Estados Unidos Mexicanos”, *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16, XL*, Periodo Ordinario de Sesiones, 8 al 9 de junio 1998. México en este escrito, menciona a 38 nacionales mexicanos que en ese tiempo habían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de Estados Unidos de América, sin que fueran informados de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas. Dos de estos nacionales fueron ejecutados, después que se desecharon sus reclamos de falta de notificación oportuna. “No obstante que es un principio generalmente aceptado en el ámbito interamericano, que todo Estado federal constituye una sola persona en el derecho internacional, en el primer caso las autoridades del estado de Texas adujeron que esa entidad federativa no es signataria de la Convención de Viena. En el segundo caso, las autoridades federales de Estados Unidos de América ofrecieron ‘amplias disculpas’ al gobierno de México, después de la ejecución de la pena por parte del Estado de Virginia”, *op. cit.*, pp. 1-2.

México a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al secretario general de la OEA, informándoles del plazo fijado por el presidente en turno de la Corte, para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevantes respecto de la solicitud.

Las preguntas hechas a la Corte son las siguientes:

1. En el marco del artículo de la Convención Americana, ¿debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?
2. Desde el punto de vista del derecho internacional, ¿está subordinada la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el citado artículo 36 a los extranjeros por parte de los interesados frente al Estado receptor, a las protestas del Estado de su nacionalidad?
3. Tomando en cuenta el objeto y fin del artículo 36.1 b) de la Convención de Viena ¿debe interpretarse la expresión “sin dilación” contenida en dicho precepto, en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informe a todo extranjero detenido por delitos sancionados con la pena capital, de los derechos que le confiere el propio artículo 36.1 b) en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policíacas o judiciales?
4. Desde el punto de vista del derecho internacional y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?
5. En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿deben entenderse los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?
6. En el marco del artículo 14 del Pacto, ¿debe entenderse que el propio artículo 14 debe aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión, “todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo”, contenida en el párrafo cinco de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas y que tratándose de extranjeros acusados o incul-

pados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluye la inmediata notificación al detenido o procesado por parte del Estado receptor, de los derechos que le confiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

7. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿se conforma la omisión por parte del Estado receptor de la notificación exigida por el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, con respecto a los interesados con el derecho de éstos a disponer de “medios adecuados para la preparación de su defensa” de acuerdo con el artículo 14.3 b) del Pacto?
8. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿debe entenderse que las expresiones “garantías mínimas” contenidas en el artículo 14.3 del Pacto y “equiparables como mínimo”, contenidas en el párrafo cinco de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas, eximen al Estado receptor del inmediato cumplimiento con respecto al detenido o procesado de las disposiciones del artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?
9. Tratándose de países americanos construidos como Estados federales que son partes en el Pacto de Derechos Civiles y en el marco de los artículos 2,6,14 y 50 del Pacto, ¿están obligados dichos Estados a garantizar la notificación oportuna a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, a todo individuo de nacionalidad extranjera arrestado, detenido o procesado en su territorio por delitos sancionables con la pena capital y a adoptar disposiciones conforme a su derecho interno, para hacer efectiva, en tales casos, la notificación oportuna a que se refiere ese artículo en todas sus partes componentes, si el mismo no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otra índole, a fin de dar plena eficacia a los respectivos derechos y garantías consagradas en el Pacto?
10. En el marco del Pacto y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?
11. Tratándose de arrestos y detenciones de extranjeros por delitos sancionables con la pena capital y en el marco de los artículos 3.k) de la Carta y II de la Declaración, ¿se conforma la omisión por parte



del Estado receptor de la notificación al detenido o inculcado “sin dilación” de los derechos que le confiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, con la proclamación por la Carta de los derechos humanos sin distinción por motivos de nacionalidad y con el reconocimiento por la Declaración del derecho a la igualdad ante la ley sin distinción alguna?

12. Tratándose de personas extranjeras y en el marco del artículo 3.k) de la Carta de la OEA y de los artículos I, II y XVI de la Declaración, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?<sup>3</sup>

Es importante señalar que el derecho individual de los nacionales extranjeros, al que hace referencia México, en el sentido de la facultad que tienen éstos de comunicarse con las autoridades consulares de su país, es una hipótesis diferente de la protección diplomática, en la que el Estado del nacional “endosa” la reclamación de la persona física o moral, haciendo que el litigio cambie de naturaleza, convirtiéndose en una controversia de Estado a Estado, por haberse agotado supuestamente los recursos internos.<sup>4</sup>

En la solicitud de “opinión consultiva” que plantea México a la Corte Interamericana, se encuentra como fondo, y punto crucial de la petición, la interpretación y alcance jurídico del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, adoptada ésta en la ciudad de Viena el 24 de abril de 1963, y vigente desde el 19 de marzo de 1967. Esta Convención modifica mayormente la práctica ancestral y el derecho consuetudinario en materia de usos y costumbres consulares:

## I. COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVÍA

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

3 Véase, *Texto oficial de la transcripción de la audiencia pública. Celebrada en la sede de la Corte el 12 y 13 de junio de 1998, sobre la solicitud de Opinión Consultiva, OC-16 (CIDH)*, pp. 6 y 7.

4 Véase, *Caso de las concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallado por la Corte Permanente de Justicia Internacional el 30 de agosto de 1924: “Es un principio elemental del derecho internacional el que consiste en autorizar a un Estado en proteger sus propios nacionales, violentados por actos contrarios al derecho internacional, cometidos por otro Estado, y del cual no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias...”, *CPJI, Serie A*, núm. 2, p. 12.

a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que le reconocen en ese apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho de visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que se tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.<sup>5</sup>

5 Véase, Texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, en Palma, Hugo, *El sistema internacional en sus textos*, tomo I, Lima, Perú, Edit. CEPEI, 1990, p. 537-573. El texto francés puede consultarse en, Dupuy, Pierre-Marie, *Grands Textes de Droit International Public*, París, Dalloz, 1996, p. 44-72.

*Art. 36. -Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi.*

*1. Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité:*

*a) les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux;*

*b) si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par les dites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa;*

El antiguo profesor de la Facultad de Derecho de Aix, Georges Bay, sostenía que el “cónsul” como tal, es un mandatario público y oficial, que tenía por misión no sólo el vigilar y cuidar en el extranjero los intereses comerciales de su país, sino también, y en forma fundamental, estar al cuidado de la protección de sus nacionales.

El cónsul puede no desempeñar un papel directamente político, como sería el caso de un embajador, pero —dice G.Bay— el cónsul posee atribuciones múltiples, un cúmulo de funciones de las más diversas; es esto posiblemente lo que hacía decir a Talleyrand: *Quand on a été ministre habile, que de choses il faut encore savoir pour être un bon consul !*.<sup>6</sup>

De igual forma, la autoridad del jurista René Foignet, sostenía que la función principal de los cónsules, era la de proteger los intereses de sus nacionales radicados en el extranjero. Para este autor el cónsul no debería ser concebido, como muchos pretenden, como simples agentes encargados de asuntos de comercio o relativos al mismo. Un “cónsul comerciante” no podría tener la autoridad suficiente para defender los derechos e intereses de sus nacionales que están habitando en el extranjero.<sup>7</sup>

En general se afirma que las funciones propiamente consulares son diversas a las funciones propiamente diplomáticas, en el sentido que las primeras no incluyen, *stricto sensu*, la representación del Estado.

Los Estados pueden mantener entre ellos relaciones consulares, y sin que esto implique el mantenimiento forzoso de relaciones diplomáticas.

c) les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pouvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément.

2.Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article.

6 Véase, Bry, Georges, *Précis élémentaire de Droit International Public*, 3a. ed., París, Lorose et Forcel, 1896, pp. 265-289.

7 Véase, Foignet, René, *Manuel Élémentaire de Droit International Public à l'usage des Candidats aux carrières diplomatique et consulaire*, 8a. ed., París, Arthur Rousseau, 1913, pp. 191-213.

Para Foignet el origen histórico del consulado no debe buscarse en el pretor peregrino de Roma, ya que éste no era un funcionario enviado por un Estado al territorio de otro Estado, sino que en realidad era un magistrado romano, como el pretor urbano, y sus funciones no eran como las de nuestros cónsules, consistentes en proteger los intereses y derechos de sus nacionales, sino simplemente administrar la justicia frente a los peregrinos. Véase, Foignet, R., *op. cit.*, p.191.

La admisión de los cónsules siempre se ha efectuado mediante la concesión del llamado “*exequatur*” (“permítale actuar”), por el jefe de Estado o de gobierno que los acepte en la calidad de tales.<sup>8</sup>

Hoy en día, el derecho internacional admite que tanto el personal consular como el personal diplomático debidamente acreditados representan a su Estado en otro Estado, pero se sigue aceptando que los cónsules, a diferencia de los diplomáticos, no se ocupan de las “relaciones políticas” entre dos Estados.

El iusinternacionalista británico, Michael Akehurst, al comentar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, sostiene que no todo lo ahí expresado podía ser considerado como codificación del derecho consuetudinario, por lo menos en aquel momento. Sin embargo, alude a ciertos aspectos de la Convención que son muy representativos de la práctica internacional recogida en múltiples convenios bilaterales en materia consular. Esto es particularmente cierto, dice Michael Akehurst, en relación precisamente con el artículo 36, que otorga el derecho a los cónsules para comunicarse con los nacionales del Estado acreditante en el territorio del Estado receptor, especialmente cuando dichos nacionales se encuentran en prisión antes de ser enjuiciados, o después que han sido condenados en un juicio de orden penal o criminal.<sup>9</sup>

Por otro lado, la Convención de Viena de 1963, deja en claro ciertos aspectos que en el pasado fueron motivo de discrepancia en la doctrina.

Así, deja bien asentado que el consentimiento que se otorga para el establecimiento de relaciones diplomáticas, implica a la par el establecimiento de relaciones consulares, salvo, obviamente, disposición en contrario de las partes, y que llegado el caso de una ruptura de relaciones diplomáticas esto no entraña, *ipso facto*, la ruptura de relaciones consulares (artículo 2o.).

En una disposición de doce incisos (artículo 5o.) la Convención enumera una multiplicidad de funciones consulares, siendo la primera de ellas la de “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que

8 Véase, Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, tomo 1, vol. II, trad. López Oliván y J. M. Castro-Rial, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 416-425.

Una perla en la diplomacia, fue la negativa de Austria de concederle el *exequatur* A Stendhal, quien había sido nombrado cónsul de Francia en Trieste, a causa de las dificultades que en el pasado había tenido el escritor con la policía de Metternich; citado por Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1961, p. 341.

9 Véase, Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed., Great Britain, Harper Collins Academic, 1991, pp. 118-119.

envía y de sus nacionales (artículo 5o., inciso (a)), señalándose más adelante que los cónsules deberán "prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas" (artículo 5o., inciso (e)) e, igualmente, "representar a los nacionales del Estado que envía a tomar medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor" (artículo 5o., inciso (i)).

El momento en que el jefe de una oficina consular es formalmente admitido al ejercicio de sus funciones, es aquél en que el Estado receptor le otorga el *exequatur*, pero en caso de negársele este documento a la persona propuesta como cónsul mediante "carta patente", el Estado receptor no queda obligado a comunicar los motivos de su negativa (artículo 12).

La Comisión de Derecho Internacional, que llevó a cabo los trabajos e informes preparatorios de las Convenciones de Viena de 1961 y de 1963, nos ayuda a esclarecer ciertos aspectos de la solicitud de opinión consultiva presentada por México.

En la decimosegunda sesión de la Comisión de Derecho Internacional (25 de abril a 1 de julio de 1960), el Relator Especial, señor Jaroslav Zourek (de nacionalidad checa), explicó que era de una importancia eminente el que se plasmara la confirmación, por una convención multilateral, del derecho que posee todo cónsul de representar *ex officio*, ante las autoridades judiciales y administrativas, a los nacionales de su propio Estado, que se encuentran en la imposibilidad de defender por sí mismos, sus derechos e intereses.

En este mismo sentido, el señor Milan Bartos, declara que no cabe la menor duda que existe una regla de derecho consuetudinario que otorga a los cónsules el derecho de representar a sus connacionales; numerosas convenciones consulares, dice Bartos, y en particular aquellas celebradas por Estados Unidos con otros países, contienen disposiciones expresas en este sentido. Es un derecho reconocido, incluso en ausencia de toda disposición convencional expresa.<sup>10</sup>

10 Véase, *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. I, 1960, A/CN. 4/SER. A/1960, 563e Séance, pp. 269-270. En un proyecto presentado por el Relator Especial en el año de 1959, se planteaban dos variantes para consideración de la Comisión, y tanto en la una como en la otra, la protección de los nacionales aparecía como primordial. En la primera variante y en referencia a las funciones concernientes a la protección se dice: "To see that the sending State and its national enjoy all the rights accorded to them under the laws of the State of residence and under the existing international conventions and to take appropriate steps to obtain redress if these rights have been infringed". Respecto a la segunda variante se afirma que la función del cónsul es: "a) To give assistance and relief to nationals and bodies corporate of the sending State and to protect them vis-à-vis the local authorities"; Véase, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, Eleventh Session, A/CN.4/SER.A/1959, 20 april-26 june 1959, pp. 169-170.

## II. ARGUMENTO DE ESTADOS UNIDOS EN CONTRA DE LA EMISIÓN DE UNA OPINIÓN CONSULTIVA

De acuerdo al gobierno estadounidense la Corte Interamericana de Derechos Humanos no debería de conocer de la solicitud planteada por México, ya que ésta estaría, según Estados Unidos, dirigida específicamente en contra de su país y la Corte tendría que involucrarse en *factual and legal findings*, de una situación bilateral precisa, que claramente iba más allá de la jurisdicción y competencia del contexto de un procedimiento de tipo consultivo.

En realidad el gobierno mexicano, según esto, estaría presentando un caso contencioso bajo el subterfugio de una opinión consultiva.

La petición mexicana no podría ser desahogada por la Corte, sin que ésta hiciera un examen de hechos y situaciones particulares, lo que rebasaría su competencia consultiva. De acuerdo a Estados Unidos, la Corte debería declararse como no competente para conocer el caso, ya que no se trata aquí únicamente, de una cuestión de derecho o de una simple interpretación de tratados. Una opinión consultiva como la solicitada por México, prejuzgaría además necesariamente los derechos e intereses de Estados Unidos en cualquier procedimiento contencioso en lo futuro, ante la Corte Interamericana eventualmente, y ante otros foros internacionales, así como dentro del sistema jurídico doméstico.<sup>11</sup>

La Convención Americana de 1969 prevé en su artículo 64 la función consultiva de la Corte Interamericana en términos muy amplios, ya que no sólo los Estados parte en la Convención pueden solicitar opiniones consultivas, sino también cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos.

11 Véase, *The Government of the United Mexican States, concerning application of the death penalty in violation of the Vienna Convention on Consular Relations and International Human Rights Guarantees (Written Observations)*, junio 1, 1998, “Thus, the present case is patently an attempt to subject the United States to the contentious jurisdiction of this Court, notwithstanding that the United States is not a party to the American Convention and has not accepted the contentious jurisdiction of the Court under Article 62”. Este argumento fue reiterado en la Audiencia Pública por John Crook, Consultor Jurídico Adjunto para Naciones Unidas del Departamento de Estado: “The application seeks, through the mechanism of an advisory opinion, a judgment in a contentious dispute with my government. This cannot be. Previous cases make clear that the Court cannot render an advisory opinion where the application in truth conceals, involves rather, a concealed contentious case”, Véase, “Transcripción de la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte el 12 y 13 de junio de 1998”, *cit.*, p. 65, párrafo 4.

Esta jurisdicción consultiva, como vimos en su oportunidad, no se circunscribe únicamente a la interpretación de la Convención, sino que se extiende igualmente a cualquier otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Pero por si fuera poco, la Corte está investida con la facultad de emitir opiniones consultivas, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, sobre la compatibilidad o la incompatibilidad, entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales, o la Convención misma.

A propósito de la Corte Internacional de Justicia, la doctrina más autorizada, ha sostenido que en materia de opiniones consultivas, deben éstas dividirse en dos categorías:

Por una parte, tendríamos aquellas opiniones consultivas que pueden ser emitidas, sin que en forma alguna se atisbe ningún rasgo de toma de posición frente a una cuestión jurídica actualmente pendiente entre dos o más Estados; por otro lado, tendríamos aquella categoría de opiniones consultivas que en forma más o menos directa, y en grados muy variables, corren el riesgo de poner en juego ciertas cuestiones de naturaleza diversa a la mera decisión de tipo consultivo.

Hacer cierto tipo de generalizaciones para saber cuándo nos encontramos frente a una categoría, y cuándo nos encontramos frente a la otra categoría de opiniones consultivas, es, dice el conocido profesor de Lovaina, Charles De Visscher, un verdadero intento vano e insustancial, por la simple y sencilla razón que todo es cuestión de “*espèce*”, *i. e.*, todo es cuestión del caso concreto.<sup>12</sup>

Así, la Opinión Consultiva dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Carélie Orientale* (1923) constituyó una decisión sobre un caso concreto y específico, al igual que lo fue el de la Corte Internacional de Justicia, dictado en el Caso sobre la *Interpretación de Tratados de Paz* (1950), cuando ésta declaró que la demanda de opinión que le había sido dirigida concernía únicamente la aplicabilidad a ciertos diferendos de un procedimiento de arreglo instituido por los tratados, y que una demanda de tal naturaleza, no podía afectar el fondo de dichos diferendos, ni, por consiguiente, comprometer la posición jurídica de los Estados que pudieran llegar a ser partes.<sup>13</sup>

12 Véase, Visscher, Charles de, *Aspects Récents du Droit Procédural de la Cour Internationale de Justice*, París, Pedone, 1966, cap. III, pp. 195-202.

13 Véase, De Visscher, Charles, *op. cit.*, p. 196.

Toda la evolución de las opiniones consultivas y, muy particularmente la asimilación gradual del “procedimiento de opiniones”, con el “procedimiento contencioso”, denota, dice Charles de Visscher, la preocupación de excluir toda posibilidad de introducir, de manera un tanto subrepticia, la jurisdicción obligatoria por la vía simulada, o desviada, de la opinión consultiva. De evitar que un diferendo entre Estados sea, de hecho, dirimido por la respuesta dada a una cuestión que se relaciona, y que puede constituir una cuestión clave del diferendo en cuestión.<sup>14</sup>

Si regresamos ahora al artículo 64, párrafos 1 y 2, de la Convención Americana de 1969, y al título III del Reglamento de la Corte Interamericana (artículos 59 a 64), referente a las opiniones consultivas, está claro que cualquier Estado miembro de la OEA puede solicitar la interpretación de cualesquiera de las disposiciones, no sólo de la Convención misma, sino de cualquier otro tratado que concierna a la protección específica de los derechos humanos dentro del hemisferio occidental.

En la Opinión Consultiva relativa a la “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (artículos 14. 1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Interamericana observó lo siguiente:

El sólo hecho de que un Estado miembro de la OEA presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del artículo 64.1, no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado miembro, o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el artículo 64, la Corte carecería de competencia para emitir su opinión... La Corte debe subrayar que, en general, cuando una

En el Caso de la *Carélie Orientale*, la Corte Permanente declinó responder a la solicitud de opinión, porque el asunto planteado se refería a una controversia pendiente entre dos Estados, uno de los cuales, Rusia, se negaba a participar en el procedimiento, y ello, aunado al hecho de que la solicitud implicaba claramente una cuestión de hecho que no podía ser elucidada sin haber escuchado, previamente, a ambas partes. En este caso concreto y específico, la CPJI, sostuvo que el mero hecho de intentar emitir una opinión consultiva “...would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties”, véase, Hudson, O. Manley, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, The Mac Millan Company, 1943, cap. 22, pp. 483-526.

14 De Visscher, Charles, *op. cit.*, p.197. El mismo De Visscher acepta que esta preocupación siempre estará presente, y que ningún esclarecimiento doctrinal puede evitarle al juez, en forma absoluta, una posición *a priori*, esto es, una posición general, pues todo será una cuestión de cada caso concreto y específico, *cf.* Lauterpacht, sir Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens and Sons, 1957, pp. 352-358.



solicitud de opinión consultiva contenga cuestiones cuyo análisis e interpretación sean de su competencia, ella está llamada a responderla, aun cuando la consulta contenga asuntos extraños a su jurisdicción (*contain issues outside the scope of its jurisdiction*), a menos que éstos sean enteramente inseparables de los primeros o que existan otras razones suficientes para fundamentar que se abstenga de emitir su opinión.<sup>15</sup>

En esta consulta sometida a la Corte por Costa Rica, era de suma importancia el determinar si la opinión solicitada hacía referencia a la interpretación de la Convención Americana de 1969, o si, por el contrario, hacía referencia a la interpretación del derecho interno de Costa Rica, en cuyo caso la pretendida consulta estaría yendo más allá de la competencia de la Corte.

A este respecto, la Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, es bastante interesante:

...El gobierno manifestó su interés en clarificar una situación ambigua, en cierto modo de su propio orden interno, pero también directamente vinculada al cumplimiento de sus obligaciones como Estado parte de la Convención y, por ende, a la responsabilidad que podría resultarle de su incumplimiento en el orden internacional. En las hipótesis planteadas, parecía interesarle saber, por ejemplo, si el de “rectificación o respuesta”, es un derecho de carácter autónomo, *exigible “per se” como derecho de la Convención, aunque su ejercicio no haya sido regulado en el orden interno*, de modo que su violación podría serle reclamada por el hecho de no ampararlo, como incumplimiento de su deber inmediato de respetarlo y garantizar su goce, efectivo, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, independientemente de su falta de regulación...<sup>16</sup>

El gobierno de México al solicitar la opinión consultiva respecto a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, fundamentó la atingencia

15 Véase, *CIDH*, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, núm. 7.

16 Véase, “Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante”, OC 7/86, *cit.*, pp. 42-77 (pp. 45-46). El punto relativo a la admisibilidad de la consulta presentada por el gobierno de Costa Rica fue decidida por cuatro votos a favor y tres en contra: disintieron los jueces Buergeth, Nieto Navia y Nikken. *Ibidem*, p. 31-41.

Cfr. Ruiz, Miguel, Carlos, “La función consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?” *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José Costa Rica, CIDH/Unión Europea, 1998, vol. II, pp. 1345-1363.

de su consulta, en el artículo 64 del Pacto de San José, haciendo alusión a la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

En particular el gobierno mexicano hizo referencia a las opiniones dictadas con motivo de las consultas sobre: “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, OC-9/87”; “Restricciones a la Pena de Muerte, OC-3/83”; “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-10/89”; y muy en especial a la Opinión Consultiva sobre “Otros Tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte, OC-1/82.

En sus “observaciones escritas” el gobierno de México sostuvo que en relación a la consulta que estaba planteando, no se pretendía, “que la Corte determine el alcance de compromisos internacionales, asumidos por Estados que no son miembros de la OEA, ni la interpretación de normas sobre el funcionamiento de órganos u organismos ajenos al sistema interamericano”. Por el contrario, en la presente consulta está directamente involucrada la protección de los derechos humanos en las Américas, y el principal propósito de la solicitud es asegurar el cumplimiento y determinar el alcance de las obligaciones contraídas por Estados miembros de la OEA, conforme al derecho internacional.

Tampoco se pide a la Corte que interprete el derecho interno de ningún Estado, ni que ejerza su competencia consultiva, “mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva... Sin embargo, no se pretende que la Corte se pronuncie sobre la responsabilidad del Estado en ningún caso concreto”.<sup>17</sup>

Así pues, todo deja indicar, de acuerdo con la jurisprudencia más relevante y la doctrina más autorizada, que el gobierno mexicano está fundado plenamente en derecho, para exigir la opinión consultiva solicitada.

17 Véase, “Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos”, *Observaciones Presentadas en el Procedimiento Consultivo*, OC-16, *cit.*, (cap.III Admisibilidad), pp. 19 y 20. En la audiencia pública del 12 de junio 1998, el gobierno mexicano enfatizó que la consulta no estaba enderezada en contra de algún Estado en particular, y que si bien se hacía referencia a casos concretos, éstos eran mencionados únicamente como casos ilustrativos, con objeto de fundamentar una determinada argumentación. Pero en cambio, lo que México sí pretende con esta consulta es buscar el cumplimiento “...de las condiciones mínimas en un proceso judicial, que se sigue contra un extranjero, en un Estado parte de la Convención de Relaciones Consulares, donde se le acusa de haber cometido un delito”, véase, “Sesión del 12 de junio de 1998”, *Transcripción de la Audiencia Pública*, OC- 16, Texto Oficial, *cit.*, pp. 3-23 (p. 11).

Cuando el artículo 64 de la Convención Americana nos dice que todo Estado miembro de la OEA puede consultar a la Corte acerca de la interpretación de dicha Convención o de “...otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, debe entenderse que esta terminología no está siendo utilizada únicamente en relación a los puros tratados sobre derechos humanos, sino, antes al contrario, está cubriendo todo acuerdo, convenio, pacto o tratado, y ya sea de carácter bilateral o multilateral, que posea un contenido relativo a la materia de la protección de los derechos humanos.

Así, por ejemplo, se puede pensar, dice Thomas Buergenthal, en los casos referentes a tratados de extradición, en donde además de ser instrumentos elaborados para facilitar la cooperación entre Estados sobre delitos graves, están también pensados para asegurar que los derechos humanos del sujeto extraditable sean protegidos y respetados. En estos tratados sobre extradición se contempla, casi en todos ellos, el principio, según el cual, el Estado que demanda la extradición no debe —sin mediar consentimiento del Estado requerido— enjuiciar al individuo más que por el solo delito por el cual se concedió la extradición (principio de especialidad).

Igualmente no se considera que deba llevarse a cabo la extradición, cuando el supuesto hecho delictivo no constituye un delito tipificado tanto dentro del Estado requirente, como dentro del Estado requerido (principio de doble tipicidad).<sup>18</sup>

### III. CONTRARGUMENTACIÓN DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN RELACIÓN A LA OPINIÓN CONSULTIVA DEL 6 DE MARZO DE 1998, SOLICITADA POR MÉXICO

El gobierno de Estados Unidos de América, en su memorial (*Written Observations*), adujo en primer término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tenía jurisdicción para conocer del caso sometido

18 Véase, a), Buergenthal, Thomas, “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, *American Journal of International Law*, vol. 79, enero, 1985, núm. 1, pp. 1-28. Analizando este aspecto del artículo 64, el antiguo presidente de la Corte, Thomas Buergenthal, se pregunta qué debería entenderse por el concepto de *human rights* dentro de este contexto y responde: “*In dealing with this problem, the Court might look to the catalog of rights found in the principal international and regional human rights instruments and in the constitutions of the states constituting the inter-american system*”, *cit.*, p. 7.

b) Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso, *Extradición en derecho internacional: aspectos y tendencias relevantes*, México, UNAM/III, 1996, cap. II, pp. 15-21.

por México, ya que el punto objeto de la controversia se refería a la interpretación de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, instrumento éste que no podía considerarse en forma alguna, un tratado sobre derechos humanos, ni concerniente o relativo a dichos derechos.

Del hecho que la Convención de Viena estipule una protección, potencialmente importante, para ciertos individuos en detención, no se infiere por ello que la Convención concierna la protección de derechos humanos en tanto tales, en el sentido estricto que pudiera conferírsele una jurisdicción a la Corte.

Existen infinidad de tratados como aquellos que regulan ciertos aspectos del comercio, o de inversiones extranjeras, o incluso aspectos de herencias o dominio sobre tierras, que confieren no sólo beneficios, sino también derechos específicos a los individuos, y no por ello se transforman en tratados o instrumentos sobre derechos humanos.

Pero además, sostiene Estados Unidos, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no es en sentido alguno un tratado de tipo regional, ni pertenece al ámbito del Sistema Jurídico Interamericano. En realidad se trata de una convención adoptada bajo los auspicios de las Naciones Unidas con objeto de establecer un régimen global y uniforme para la mejor conducción de las relaciones consulares entre Estados soberanos. El hecho de querer llevar la interpretación de obligaciones de los Estados, derivados de la Convención, a un marco y campo regionales es algo totalmente inconsistente con su naturaleza.

Por otro lado, dice Estados Unidos, hay que tomar en cuenta que existe ya un procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia, introducido por Paraguay en contra del gobierno estadounidense, en donde se tratan los mismos puntos alegados por México en su opinión consultiva. Ello exige que se tenga prudencia y la mayor cautela, hasta en tanto la Corte de La Haya, no haya dictado una sentencia definitiva interpretando las obligaciones de los Estados derivadas de su pertenencia a la Convención de Viena.

Por último, diría Estados Unidos, una razón adicional para eximirse la Corte Interamericana de conocer la opinión consultiva de México, es que ésta, no es tal, es decir, que el gobierno mexicano estaría presentando de hecho, un caso de naturaleza contenciosa, bajo la vestimenta o ropaje de una solicitud de opinión consultiva.

Que el objeto materia del procedimiento, encubre en realidad un caso contencioso, es más que evidente, si se piensa que los alegatos presentados por México no pueden ser resueltos sin que se haga una referencia expresa a una serie de hechos específicos. Los puntos sometidos a la Corte no son pura y simplemente cuestiones de derecho o de interpretación de tratados. Dichos puntos están necesariamente determinados por el análisis concreto de hechos específicos, aun y cuando éstos no hayan sido establecidos en forma categórica, y no pueden serlo, por la sencilla razón que están fuera de la jurisdicción de la Corte.

De esta suerte, sostiene Estados Unidos, el presente caso es un evidente intento de someter a dicho país a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, incluso a sabiendas de que Estados Unidos no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y menos aún han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. Así, una opinión consultiva como la que ha sometido México causaría, inexorablemente, un perjuicio a los derechos e intereses de Estados Unidos para cualquier futuro procedimiento contencioso ante la Corte y en otros procedimientos legales de orden internacional, así como al interior de su propio sistema jurídico.<sup>19</sup>

Adentrándose a los puntos cruciales de la opinión consultiva sometida por México, Estados Unidos sostiene que, contrariamente a la tesis del gobierno mexicano, en realidad la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no crea un derecho para el auxilio o ayuda consular, sino que más bien lo que consigna es la obligación para el Estado receptor, de informar al detenido, si éste lo solicita, que las autoridades consulares del

19 Véase, *Re: Written Observations of the United States in OC-16. United States Department of State Office of the Legal Adviser*, junio 1, 1998, p. 53, CIDH/XL, Período Ordinario de Sesiones, 8 al 19 de junio de 1988.

En cuanto al caso sometido por Paraguay contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, véase: *International Court of Justice*, "Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations" (Paraguay vs. United States of America). *Request for the Indication of Provisional Measures* (9 April 1998:Order). En este caso, la Corte emitió las medidas provisionales solicitadas por Paraguay, en el sentido de que las autoridades competentes de Estados Unidos asegurasen el aplazamiento de la ejecución del ciudadano paraguayo, Angel Roberto Breard Giubi, hasta en tanto la Corte Internacional de Justicia, no se hubiere abocado al fondo del caso. Sin embargo, Estados Unidos hizo caso omiso de dicha petición de la Corte, ejecutando al señor A. Roberto Breard. A este respecto, véase "Observaciones y puntos de vista del gobierno de la República del Paraguay con relación a la Opinión Consultiva OC-16, solicitada por México a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos", (286-98/MPP-OEA), *Observaciones Presentadas en el Procedimiento Consultivo, OC-16, cit.*, pp. 1-4.

Estado del nacional, pueden ser notificadas (o avisadas) de la detención que se trate.

Si el detenido solicita se informe a las autoridades consulares de su país (*consular notification*), la asistencia, ayuda o auxilio que se le lleve a prestar, bajo qué condiciones y hasta qué grado, es algo que sólo toca determinar, en forma discrecional, al aparato consular del Estado que envía.

Pero además de ello, la Convención de Viena no está contemplando en forma alguna, según Estados Unidos, que la obligación de notificación consular, sea un prerequisite para la debida observancia de los derechos humanos en casos del orden penal.

Las protecciones procedimentales que están previstas en los sistemas jurídicos internos para garantizar un proceso justo (*fair trial*) a los extranjeros detenidos, sea cual fuere su particular nacionalidad, han sido reconocidas de tiempo atrás por la comunidad internacional, como constituyendo las garantías principales para la protección de los derechos del individuo en todo proceso de orden penal. Dichas garantías no están sujetas en derecho a la presencia o ausencia de una posible notificación consular, e incluso, lo que es más, no están condicionadas ni siquiera a la existencia o inexistencia del establecimiento formal de relaciones consulares entre dos países.<sup>20</sup>

De conformidad con el memorial sometido por Estados Unidos, el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 contempla en realidad dos distintos tipos de obligaciones en cuanto a la “notificación” se refiere.

Por un lado, existiría la obligación de informar al nacional extranjero de la opción o facultad para que sean notificados los funcionarios consulares, y por el otro lado, existiría la obligación consistente en notificar a las autoridades consulares competentes, si así fue requerido o solicitado por la persona bajo detención.

De acuerdo con esto, Estados Unidos, piensa que el punto sometido por México para elucidación de la Corte Interamericana, tiene referencia únicamente con el primer tipo jurídico de obligación, esto es, con el relativo a informar al nacional extranjero de la opción que se le ofrece de notificar a las autoridades consulares de su respectiva detención.<sup>21</sup>

20 Véase, *Re: Written Observations of the United States in OC-16, op. cit.*, pp. 7, 8 y 9. “This Court should not accept Mexico’s invitation to obscure the important distinctions between the VCCR, on the one hand and human rights instruments, on the other”, *idem*.

21 Véase, *Re: Written Observations...*, *op.cit.*, pp. 10-11. “The United States makes the assumption

El artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, prevé que tanto una notificación como la otra son obligaciones a cargo del Estado receptor, que deben llevarse a cabo “sin retraso” y “sin dilación” (*without delay; sans retard*).

Sin embargo, no existe en el texto de la Convención de Viena de 1963, ninguna definición más específica del término *without delay*, y es por ello, dice Estados Unidos, que el gobierno de México no tiene base alguna para sugerir o suponer, que la famosa “notificación” deba producirse precisamente al momento del arresto de la persona en cuestión, y antes de que haga cualquier tipo de declaración.

Antes al contrario, según Estados Unidos, cualquier persona arrestada, detenida o en prisión preventiva debe ser informada acerca de su opción de notificación consular dentro de un período de tiempo razonable, que permita a las autoridades el poder determinar si el sujeto detenido o arrestado es en realidad, nacional o extranjero, y completar así las formalidades necesarias.

De hecho, dice Estados Unidos, cuando los Estados han deseado especificar un período de tiempo preciso dentro del cual se lleve a cabo el procedimiento de notificación consular, los Estados han celebrado acuerdos o tratados bilaterales a dicho efecto, independientemente del texto de la Convención de Viena.

Pero, además y según esta línea de razonamiento, la posición de México no sería defendible, ya que es evidente que el artículo 36 no especifica la forma (*the manner*) en la cual la notificación a los funcionarios consulares debe llevarse a cabo.

Así, algunos países realizan “la notificación consular”, por medio de una nota diplomática, lo cual constituye, casi siempre un procedimiento de mayor formalidad y que supone un mayor tiempo para su ejecución. Frecuentemente se lleva a cabo por correo, por teléfono, por fax, etcétera. Dependiendo entonces del medio de comunicación que se elija, el retraso o celeridad de la notificación recibida por las autoridades consulares, será de un período mayor o menor, como puede fácilmente constatarse en la práctica internacional.<sup>22</sup>

both from Mexico’s submission and because the specific cases cited by Mexico appear to have involved a failure to inform the detainee of the right to consular notification, rather than a failure to honor a detainee’s request to notify the relevant consular post”, *ibidem*, p. 11.

22 Véase, *Re: Written Observations...*, *op. cit.*, pp. 13-15.

En su memorial, Estados Unidos enfatiza el hecho que la Convención de Viena de 1963 contempla la notificación a las autoridades consulares a petición de la persona en detención o bajo arresto, y que permite el acceso a los funcionarios del Consulado a la persona en cuestión; pero que de ninguna manera, se establece un verdadero derecho substantivo de una presunta asistencia consular que pudiera considerarse como un derecho detentado legalmente por la persona o el individuo bajo arresto o en detención.

En suma, el artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares, no crea un derecho de ayuda o asistencia consular, en estricto sentido, como tampoco cambia los elementos esenciales de los sistemas jurídicos penales de los Estados receptores. En realidad, dice Estados Unidos, lo único que en verdad se encuentra en la Convención de 1963 es el intento de asegurar que los funcionarios consulares lleguen a estar enterados de las detenciones de sus nacionales, siempre y cuando las personas detenidas así lo deseen; de suerte tal que los mencionados funcionarios puedan entonces actuar en la forma en que lo consideren más apropiada, pero siempre en consonancia con los sistemas jurídicos internos de los Estados receptores.<sup>23</sup>

Estados Unidos, una y otra vez, insiste, en que sin restar la importancia debida a la “notificación consular”, no existe en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ni en ningún otro instrumento relevante relativo a los derechos humanos, un sustento válido al alegato por parte de México en el sentido que la notificación consular del artículo 36 pudiera ser tomada como un requisito previo para la fiel observancia y protección de los derechos humanos, ni tampoco como una disposición que pudiera dar lugar a algún tipo de reparación judicial.<sup>24</sup>

23 Véase, *Re: Written Observations...*, *op. cit.*, pp. 15-20. Para Estados Unidos no cabe duda que ni el texto mismo de la Convención sobre Relaciones Consulares de 1963, ni la historia misma de su negociación, ni la práctica de los Estados en este ámbito, pueden aducirse como mínimo sustento de la existencia de un “...right to consular assistance. *On no basis, therefore, could this Court find that consular assistance is a human right, in any context*”, *ibidem*, p. 18.

24 México y Estados Unidos adoptaron en mayo de 1996, un “Memorándum de Entendimiento” sobre protección consular de nacionales de ambos países, en el cual se contempla más detalladamente la obligación de la “notificación consular”. Este memorándum de 1996, que *no es un instrumento jurídico vinculante*, es mencionado por el gobierno norteamericano, como una prueba más de su determinación para instrumentar el artículo 36 de la CVRC, en el mejor y más eficiente forma posible (*sic*). Véase, “VCCR remedies and enforcement”, *Procedimiento Consultivo OC-16*, pp. 20-25.



De igual forma, el gobierno estadounidense reafirmará que los derechos y el acceso, derivados de la notificación consular, son primaria y fundamentalmente derechos y obligaciones de los Estados y no de los individuos en cuanto tales.

Es cierto, que estos derechos están entendidos como derechos que pueden beneficiar a los individuos al permitir o facultar, pero no obligar, a los Estados a ofrecer una asistencia de tipo consular, pero ellos no son, dice Estados Unidos, derechos humanos individuales que pudieran considerarse como inherentes a los individuos, independientemente de las relaciones diplomáticas y consulares entre Estados soberanos: “*They cannot in any way appropriately be characterized as human rights*”.<sup>25</sup>

#### IV LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ESTADOS UNIDOS

De acuerdo al gobierno estadounidense, el Sistema de Justicia Penal que rige en dicho país otorga un efecto pleno a las importantes protecciones para que se tenga un juicio imparcial, y demás garantías invocadas por México.

Estas garantías y procedimientos no están subordinados en forma alguna a la eventual notificación consular, al acceso a la misma o al posible auxilio, socorro o protección de las misiones consulares.

Así, y entre las protecciones jurídicas más importantes estipuladas por la Constitución de Estados Unidos, estarían las siguientes:

25 Véase, *Re: Written Observations...*, *op. cit.*, p. 26. Pero además Estados Unidos no acepta que se hable —menos aún— de la “notificación consular” como un derecho humano fundamental, esencial o básico, como lo caracteriza el gobierno mexicano. Para Estados Unidos no existiría una diferenciación o jerarquía entre los derechos humanos, por la cual unos privilegiarían de una mayor protección o *status* especial. Véase, *ibidem*, nota 14, p. 25. En sentido contrario, véase la Opinión Disidente del juez mexicano Luis Padilla Nervo en “Affaires du Sud-Ouest Africain (Ethiopie c. Afrique du Sud/Liberoa c. Afrique du Sud)”. Deuxième phase. Arrêt du 18 Juillet 1966, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1966, pp. 441-471. Igualmente el ya célebre *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de la *Barcelona Traction*: “...Una distinción esencial debe en particular ser establecida entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto, y aquéllas que nacen *vis-à-vis* otro Estado...Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en juego, todos los Estados pueden ser considerados como poseyendo un interés jurídico en que dichos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata, son obligaciones *erga omnes*”. Véase, “Affaire de la Barcelona Traction”, *Light and Power Company, Limited (Nouvelle Requête: 1962 (Belgique c. Espagne)*, Deuxième Phase, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1979, p. 32, párr. 33.

1. Toda persona demandada por supuestos delitos del orden penal, tiene garantizado su derecho al debido proceso legal, bajo la Quinta y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución Federal (*Delaware v. Van Arsdall* 475 U.S. 673 (1986) ).

2. La Quinta y Decimocuarta Enmiendas, garantizan también el que ninguna persona estará sujeta a discriminación alguna por autoridades federales o estatales, basados en su raza, género, etnia u origen nacional (*Craig v. Boren*. 429. U.S. 190, (1976) ).

3. De conformidad con la Quinta Enmienda, las autoridades, federales o estatales, deben informar a las personas detenidas de su derecho a no declarar contra sí mismos en ninguna causa criminal (*The right to remain silent*). Este derecho, sostiene el memorial estadounidense, impide a las autoridades de incriminar a una persona a través de sus propias declaraciones, a menos que el individuo mismo haya renunciado a este derecho constitucional *knowingly and intelligently*. Sin embargo, el renunciar a esta concesión o privilegio constitucional, no se considerará que ha sido con conocimiento de causa, si la persona detenida no comprende sus propios derechos, ya sea por dificultades del idioma, o por otra serie cualquiera de razones (*Miranda v. Arizona*, 384, U.S. 436 (1966) ).

4. De conformidad con la Sexta Enmienda, en todas las causas criminales el acusado goza del derecho de ser juzgado rápida y públicamente por un jurado imparcial; a ser informado de la naturaleza y motivo de la acusación; a que se confronte su declaración con el testimonio de los testigos que contra él declaren; a tener la asistencia de un abogado para su defensa, a costa del erario público, cuando el presunto responsable, carezca de los medios para ello (*County of Riverside v. Mc. Laughlin*, 500 U.S. 44 (1991) ).

5. De particular importancia para algunas personas con nacionalidad extranjera, resulta el hecho de que los tribunales de Estados Unidos han interpretado la Quinta y Sexta Enmiendas como disposiciones que abarcan el derecho de ser asistidas por un intérprete, en aquellos casos en que el detenido, no comprenda el idioma inglés (*U.S. v. Martínez*, 616 F. 2d. 185 (5th. Cir. 1980) ).

6. La cláusula *ex post facto*, contemplada en el artículo 1, sección 9, de la Constitución de Estados Unidos, impide un incremento retroactivo en las sanciones penales en las causas criminales. La operación de esta cláusula, prohíbe al gobierno el imponer una penalidad (incluyendo la

pena de muerte) a una persona por un delito cometido, que el tiempo de su comisión no tenía contemplado la sanción o castigo mencionado.

7. La pena de muerte está permitida en Estados Unidos, pero sujeta a procesos muy rigurosos, y en donde existe una larga serie de apelaciones y recursos legales, de acuerdo al sistema judicial estadounidense.

En el ámbito federal, únicamente los crímenes excepcionales están sancionados con la pena capital (*aggravated murder*).

En el ámbito local, cada uno de los estados miembros de la Federación, posee su propia legislación criminal, pero ésta no debe contravenir el pacto federal. Este control constitucional opera en forma cuasi automática, ya que la Suprema Corte tiene el deber de reexaminar las penas de muerte antes de su ejecución.

Este *automatic review* de la sentencia por el más alto tribunal del estado, sirve como salvaguarda en contra de la posibilidad de que la pena capital pudiera ser impuesta en forma caprichosa, arbitraria o desproporcionada.<sup>26</sup>

México ha sostenido —dice el memorial estadounidense— la posibilidad de que el debido proceso legal y las garantías constitucionales afines, no lleguen a ser observadas en causas criminales en donde sean personas de nacionalidad mexicana las que se encuentren involucradas, en aquellas hipótesis en que no ha existido la “notificación consular” respectiva.

Según Estados Unidos, sería innecesario e ilógico, el crear una presunción universal en el sentido que, de no mediar notificación consular, se debería entonces invalidar todo procedimiento penal consiguiente.

Una presunción de tal naturaleza estaría diametralmente opuesta a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y a la práctica de los Estados, las cuales no vinculan la notificación consular al procedimiento de orden criminal que se esté siguiendo.

México está confundiendo y distorsionando la naturaleza real de las cosas —dice el gobierno estadounidense—, al estar pidiendo a la Corte Interamericana el que considere la falta de “notificación consular” como siendo equiparable a una violación de los derechos que se desprenden del debido proceso legal y las garantías constitucionales *per se*.

En opinión del gobierno estadounidense, no existe base alguna para avanzar tal tipo de alegatos, ya que, por lo demás, la cuestión de saber si

26 Véase, *Re: Written Observations in OC-16, op. cit.*, pp. 33-36.

uno o varios derechos fundamentales fueron violados en el curso de un juicio o proceso criminal no pueden ser examinados más que en forma casuística, esto es, examinando cada caso concreto con todas y cada una de sus complejidades y particularidades.

El hecho que, en uno o varios casos particulares, se llegare a demostrar que el auxilio consular hubiere sido un recurso eficaz o valioso, no transforma la notificación en cuestión en un verdadero “derecho humano”, cuya ausencia pudiera dar derecho a invalidar una sentencia condenatoria. Esta conclusión, según el memorial de Estados Unidos, se desprende del texto mismo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de las negociaciones previas a ésta y de sus *travaux préparatoires*, así como de la práctica de los Estados.<sup>27</sup>

Si se siguiera el razonamiento aducido por el gobierno mexicano, en el sentido antes visto, tendría entonces que desprenderse —según Estados Unidos— el hecho insólito de que la ausencia de “notificación consular” podría invocarse como una eventual causa de nulidad de todo proceso de orden penal, en el que potencialmente pudiera resultar una sentencia de prisión de cierta consideración y gravedad, no limitándose, por lo tanto, a los casos en que se contemplase la pena de muerte.

Una conclusión como la anterior no tiene base o cimiento alguno en derecho internacional, ni fundamento lógico o moral —afirma Estados Unidos—, además de que ello provocaría una terrible confusión para muchos de los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.<sup>28</sup>

27 Véase, *Re: Written Observations in OC-16, op. cit.*, pp. 33-43. La pena capital, sostiene Estados Unidos, no está prohibida por el derecho consuetudinario internacional, ni por ningún acuerdo, tratado o convención de los que sean parte Estados Unidos. Además de ello, el gobierno estadounidense se refiere a la resolución del 3 de abril de 1998 de la Comisión de Naciones Unidas sobre derechos humanos, por la que se hace un llamado a los Estados que imponen la pena de muerte a declarar una moratoria en la ejecución de la misma. El hecho que haya sido aprobada por 26 votos a favor, 13 en contra y 12 abstenciones, refleja claramente la diversidad de opiniones que tiene la comunidad internacional acerca de la pena capital. A todo lo largo de su memorial, Estados Unidos rechaza todo intento de querer ver en la ausencia de “notificación consular” la infracción a un derecho humano que invalidaría un proceso “...*Simply put the fact that consular authorities may be able to provide useful assistance to defendants in certain cases, is neither sufficient nor persuasive reason to declare that consular notification is a universal prerequisite to the observance of human rights, or to a valid criminal conviction*”, *ibidem*, p. 42.

28 Véase, *Re: Written Observations...in OC-16, op.cit.*, p.49. “*An Opinion of the Court calling for invalidation of convictions not preceded by consular notification would have significant implications for OAS Member States*”, *ibidem*, nota 29.

Por otro lado, y respecto al alegato mexicano, que hace referencia a los “derechos de no-discriminación” y “de igualdad frente a la ley”, el gobierno estadounidense sostiene que hay que dejar muy en claro que la “notificación consular”, por su naturaleza misma, se produce únicamente en relación con las personas que no son ciudadanas del Estado receptor.

De acuerdo a lo anterior, la pretendida discriminación en relación a la notificación consular *per se*, única y exclusivamente podría tener algún sentido en el supuesto caso de que un gobierno, en forma constante y deliberada, informara de la posibilidad del auxilio consular a personas de cierta nacionalidad, y omitiera esta misma información respecto de personas de una distinta nacionalidad.

Sin embargo, y si se miran las cosas con más detenimiento, bien podría darse el caso de una cierta “discriminación”, en aquellos casos en que no existan relaciones consulares entre dos Estados, ya que personas detenidas bajo esta hipótesis no tendrían por que ser informadas del derecho a un eventual auxilio consular, dado que el derecho internacional consuetudinario no impone tal tipo de obligación a los Estados. Esta obligación emanará únicamente de los acuerdos o tratados entre los países: “...*international law does not require consular notification where there are no consular relations*”.<sup>29</sup>

En el capítulo de “conclusiones”, el gobierno de Estados Unidos pedirá a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en su decisión acerca de la opinión consultiva sometida por México, concluya de la manera siguiente:

1. Que el requerimiento de la notificación consular del Artículo 36, es una obligación jurídica importante, y que todos los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben realizar su mayor esfuerzo para mejorar su debido cumplimiento.
2. La notificación consular no es un “derecho humano” en cuanto tal, sino más bien un deber de los Estados que han establecido relaciones consulares con otros Estados soberanos; deber éste que está en-

29 Véase, *Re: Written Observations..in OC-16, op. cit.*, p. 50, 2 párrafo. “While it is recognized that special measures in some cases may be appropriate to ensure the adequate and effective enjoyment of human rights, this is highly case —and fact— specific... Ultimately the suggestion that foreign nationals merit special rights is itself contrary to the principles of non discriminatory and equality”, *ibidem*, pp. 51-52, párr. 3.

caminado a beneficiar tanto a los individuos, como a los Estados mismos.

3. La notificación consular no implica en sí misma, “un derecho a”, ni tampoco exige un determinado nivel de asistencia consular.
4. En aquellas hipótesis, en que existan relaciones consulares oficiales entre Estados, la notificación consular puede, sin embargo, resultar en una asistencia consular que puede ayudar a la persona extranjera que está sometida a un juicio penal del Estado receptor.
5. La esencia de los derechos y protecciones individuales aplicables a las causas criminales es aquélla que queda expresada y plasmada en la Declaración Americana, en la Carta de la OEA y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
6. Todas las personas tienen el derecho a un justo proceso penal, independientemente de la penalidad que puede ser impuesta; a los extranjeros debe serles acordado un trato igual, no importando a este efecto, si recibieron o no recibieron, una notificación consular.
7. La omisión por parte del Estado receptor, de informar a una persona extranjera, del hecho de que las autoridades consulares pueden ser notificadas de su detención puede, sin duda, resultar en la adopción de medidas diplomáticas que busquen remediar dicha omisión y mejorar su cumplimiento.

De todas formas y en cualquier hipótesis, el remedio apropiado por una falta de notificación puede solamente ser evaluado en base a cada caso en particular, a la luz de la práctica actual de los Estados, y en el contexto de las relaciones consulares que se tengan entre los Estados concernientes.<sup>30</sup>

30 Véase, *Re: Written Observations ...in OC-16, op. cit.*, pp. 52-53. En la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana, el gobierno estadounidense enfatizaría, una y otra vez, el establecimiento de relaciones consulares como fundamento y base *sine qua non* del derecho a la notificación consular. “...*The right to consular notification set forth in the Convention is a right of an unusual character. It has two elements : the right of the individual to be advised of the possibility of consular notification, and the obligation to notify a consular official if requested. It comes into operation, only when the sending State has a right to perform consular functions. It depends entirely on the existence of a bilateral consular relationship. If the relationship does not exist, there is no individual right to consular notification*”. Véase, *CIDH Transcripción de la Audiencia Pública del 12 y 13 de junio de 1998. Texto Oficial*. (Intervención del señor John Crook, Assistant Legal Adviser for United Nations Affairs in the Department of State, p. 70.)

Por el contrario para el señor embajador Héctor Gros Espiell, actuando como *amicus curiae* ante la Corte, el artículo 36 de la Convención de Viena, opera por sí, sin que sea necesario el probar perjuicio, ni daño, debiendo caracterizarse como una norma relativa a la protección de los derechos huma-

V. CASO CONCERNIENTE A LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE  
RELACIONES CONSULARES ENTRE PARAGUAY Y ESTADOS UNIDOS  
DE AMÉRICA, SOMETIDO A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1998)

La República de Paraguay, acorde con lo dispuesto en el artículo 40 (1) del Estatuto de la Corte, y el artículo 38 de su Reglamento, sometió una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, en contra del gobierno de Estados Unidos de América por supuestas violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (24-04-1963).

En el año de 1992, las autoridades del Estado de Virginia, detuvieron y metieron a prisión al señor Ángel Francisco Breard, ciudadano de nacionalidad paraguaya.

Un Tribunal del Condado de Arlington, Estado de Virginia, procesó, condenó y sentenció a muerte al señor Ángel F. Breard, sin que nunca le hubiera sido comunicado al detenido su derecho al auxilio consular, y tampoco se le hubiere notificado a los funcionarios del Consulado de Paraguay de la detención y proceso del señor Breard, de conformidad a lo exigido por la Convención de Viena en su artículo 36, ordinal 1, inciso (b).<sup>31</sup>

El gobierno del Paraguay sostuvo que la falta de una fiel observancia por parte del Estado receptor a la norma contenida en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, específicamente el artículo 36,1,b, hacía nugatorio el derecho del detenido extranjero a un debido proceso.

Este derecho se agrava —decía Paraguay— cuando el extranjero se encuentra bajo una acusación por delitos sancionables con la pena capital, pues la aplicación de la misma produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado.

El incumplimiento de dicha disposición configura una clara violación de las garantías procesales que el derecho internacional de los derechos

nos. "...La violación del artículo 36 y la consiguiente responsabilidad del Estado, según el derecho internacional consuetudinario..., se genera por haber conculcado una norma de derecho internacional, por una omisión de cumplimiento de una obligación resultante de un tratado en vigencia del que ese Estado es parte, violación que se produce *ipso jure, per se*; por la sola configuración de la omisión...". Véase, *CIDH Transcripción de la Audiencia Pública del 12 y 13 de junio de 1998, op. cit.*, p. 135, párr. 6.

<sup>31</sup> Véase, "*Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations*" (Paraguay vs. United States), *Provisional Measures. Dispositif*, Order of April 9, 1998 (<http://www.w.w.I.C.J.-C.I.J. ORG>). La jurisdicción de la Corte se fundamentaría en el artículo 1 del Protocolo Opcional, relativo a la solución de controversias, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

humanos confiere a favor de todo extranjero, detenido, arrestado o puesto en prisión preventiva.

El Estado de Paraguay, habiéndose enterado por otros medios, a principios de 1996, del estado y situación del detenido, se abocó al agotamiento de todos y cada uno de los recursos procesales en la jurisdicción interna del Estado receptor, fundamentando su actuación como una defensa a los derechos y garantías judiciales, e igualdad ante la ley del nacional condenado. Todos los esfuerzos del Paraguay para que se anulara el proceso fueron infructuosos.

Por lo tanto, la República de Paraguay, solicitaba a la Corte de La Haya, que fallara en consecuencia, declarando que Estados Unidos debían, de acordar una *restitutio in integrum*, y que dicho país estaba bajo la obligación jurídico-internacional de abstenerse de aplicar la doctrina del *procedural default*, o cualquier otra doctrina de derecho interno, que precluyera, en un sentido u otro, el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 36 de la Convención de Viena.<sup>32</sup>

Por otro lado, el gobierno de Paraguay, paralelamente a la demanda principal incoada ante la Corte Internacional de Justicia, solicitó, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73,74 y 75 de su Reglamento, la indicación urgente de “medidas provisionales” para resguardar los derechos del Estado de Paraguay, de tal suerte que el Estado de Virginia pospusiera la ejecución del señor Breard, en tanto no se dictara una sentencia definitiva por parte de la Corte de La Haya.<sup>33</sup>

Así las cosas, el 9 de abril de 1998, la Corte Internacional de Justicia emitiría en forma unánime, una providencia ordenando la indicación de “medidas provisionales”, en el sentido que Estados Unidos debería de tomar todas las medidas puestas a su alcance, para asegurarse que el señor Ángel Francisco Breard no fuese ejecutado, en tanto no existiera una decisión final sobre el fondo del Caso, debiendo informar a la Corte de to-

32 Véase, “Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations” (Paraguay vs United States), *op. cit.*, núm. 25, incs. 1, 2, 3 y 4. “Applying this doctrine (“procedural default”), the Court decided that, because Mr. Breard had not asserted his rights under the Vienna Convention in his previous legal proceedings, he could not assert them in the federal “habeas” proceeding. This municipal law doctrine was held to bar such relief even though Mr. Breard..., was unaware of his rights precisely because the local authorities failed to comply with their obligations under the Convention promptly to inform him of those rights”, *ibidem*, núm. 13.

33 Véase, “Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of the Republic of Paraguay”, abril 1998, *op. cit.*, nota 19.



dos los pasos que se vayan tomando para la debida instrumentación de la presente providencia.

La Corte, siguiendo su propia jurisprudencia recordaría que la indicación de “medidas provisionales” no prejuzga en nada ninguna cuestión relativa al fondo del asunto.<sup>34</sup>

## VI. APRECIACION CRÍTICA.

### ACTUACIÓN CONTRADICTORIA DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO

Ante la providencia de la Corte Internacional de Justicia, ordenando la indicación de “medidas provisionales”, podemos decir que Estados Unidos adoptó una actitud deliberadamente ambigua y con directivas encontradas.

El único paso tomado realmente por el gobierno norteamericano fue el envío de una misiva (el 13 de abril de 1998) por parte de la Secretaría del Departamento de Estado dirigida al gobernador de Virginia, y en la cual se le comunicaba, que no obstante los esfuerzos del consejero estadounidense ante la Corte de La Haya, en el sentido que Estados Unidos insistía en que la *consular notification* no hubiera cambiado en nada el resultado del proceso contra el señor Breard, y que de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no se desprendía en absoluto la revocación o anulación del proceso criminal, por omisión de la notificación consular, no obstante ello, la Corte de La Haya había solicitado la suspensión de la sentencia de pena capital, a través —dice la misiva— de la utilización de un lenguaje no vinculante (*Using non-binding language*).<sup>35</sup>

Es con la mayor renuencia (*great reluctance*), dice M. Albright, que estoy solicitando esta posposición de la ejecución, pero como secretario del Departamento de Estado, tengo la responsabilidad de tener en mente la seguridad de nuestros connacionales en el extranjero.

34 Véase, *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations, Paraguay vs. United States, op. cit.*, El Estado de Virginia no haría caso alguno de la providencia de la Corte Internacional de Justicia, y el señor Ángel Francisco Breard, fue ejecutado en la fecha prevista, esto es, el 14 de abril de 1998.

Si bien la Providencia de la Corte dictando medidas provisionales fue adoptada por unanimidad, sin embargo los jueces Stephen M. Schwebel, Shigeru Oda y el Juez Koroma, anexaron “declaraciones” a la Providencia de la Corte, puntualizando su particular punto de vista acerca de las medidas precautorias.

35 Véase, “Letter from Madeleine K. Albright, U. S. Secretary of State, to James S. Gilmore III, Governor of Virginia (April 13, 1998)”, *International Legal Materials*, vol. XXXVII, mayo de 1998.

En este sentido, continúa la misiva, estoy particularmente preocupada por las posibles consecuencias negativas que pudiera conllevar la ejecución del señor Breard en estos momentos. Consecuencias negativas que podrían incidir en muchos de los ciudadanos estadounidenses que viajan o viven en el extranjero. De no tomar en cuenta la providencia de la Corte, podría llevar a pensar por parte de algunos Estados, que Estados Unidos no toma en serio las obligaciones derivadas de la Convención y del derecho internacional, lo cual podría a su vez limitar nuestras facultades para proteger debidamente a nuestros connacionales en el extranjero.<sup>36</sup>

## VII. *AMICUS BRIEF*

Por otro lado, los Departamentos de Estado y de Justicia de Estados Unidos, introducirían un escrito ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, urgiendo a ésta la denegación de un “auto de avocación” (*writ of certiorari*) y de posposición de la ejecución de la sentencia en el Caso Breard.<sup>37</sup>

De este “escrito” ante la Suprema Corte, es importante destacar, primero, que en él se dice, que respecto a una providencia de la Corte Internacional de Justicia, indicando “medidas provisionales”, hay un desacuerdo substancial entre los juristas en el sentido de considerarlo como siendo o no siendo obligatorio, pero que con todo la posición prevaleciente —siempre según este escrito— es la de que dichas providencias no tienen carácter obligatorio.

De acuerdo a lo anterior y si se lee con cuidado el artículo 41, párrafos 1 y 2, del Estatuto de la Corte, se advierte un lenguaje más bien permisivo, que la utilización de un lenguaje más bien vinculativo. La Corte tendrá facultad para indicar, las “medidas provisionales” que deban tomarse (*ought to be taken*), y añadiendo más adelante que: “Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas” (*...notice of the measures suggested...*).

Todo esto deja indicar, que la Corte, está “sugiriendo” una determinada acción, pero que en realidad no la está “exigiendo”, desde un punto de vista estrictamente jurídico.<sup>38</sup>

36 Véase, *Letter from Madelaine K. Albright...*, *op. cit.*, “As Secretary of State, however, I have a responsibility to bear in mind the safety of Americans overseas”, *idem*.

37 Véase, *Brief for the United States as Amicus Curiae. Breard v. Greene*, 118 S. Ct. 1352 (1998), N. 97-1390; 97-8214.

38 Véase, *Brief for the United States as Amicus Curiae. Ibidem*, pp. 49-51, “The use of precautionio-

Pero, además de los anteriores argumentos, en este *amicus brief* sometido a la Suprema Corte, se sostiene que incluso si se examina con detalle la providencia de la Corte de la Haya, ésta sólo está solicitando, que se tomen todas las medidas necesarias que estén a la disposición del Estado en cuestión, para que el señor Breard no sea ejecutado, antes de mediar una sentencia definitiva por parte de la Corte Internacional de Justicia.

En cualquier hipótesis, las medidas que el gobierno de Estados Unidos, pueden llegar a adoptar, es una cuestión de derecho interno, *i. e.*, una cuestión del derecho doméstico estadounidense, y el sistema federal de éste impone límites a las facultades gubernamentales de orden federal para interferir con los sistemas penales de los estados federales.

De conformidad al sistema constitucional estadounidense, en el presente caso todo lo que puede hacer el Ejecutivo Federal es tomar una medida de “persuasión”, como la adoptada en la misiva de la Secretaría del Departamento de Estado, pero nunca una medida de carácter compulsivo.<sup>39</sup>

Con fecha 14 de abril de 1998, la Suprema Corte de los Estados Unidos, por una votación de 6 a favor y 3 en contra, denegó la petición de *habeas corpus*, y las peticiones de *certiorari*. La Suprema Corte, en forma hartamente extraña, sostuvo que las reglas procedimentales del Estado del foro, gobiernan la instrumentación de un tratado en cada Estado en particular, a menos que el mismo tratado prescriba algo distinto: “*In the Court’s reading of the Vienna Convention, no such contrary intention could be discerned*”.<sup>40</sup>

## VIII. RESPUESTA DEL GOBERNADOR DE VIRGINIA

Así las cosas, no fue nada sorprendente que el gobernador del Estado de Virginia, se sintiera no solamente libre de actuar como le fuere su real parecer, sino que incluso, pareciera verse alentado en llevar a cabo la eje-

*nary language (indicate; ought to be taken; suggested) instead of stronger language (e. g. the I.C.J. may “order” provisional measures that “shall” be taken) strongly supports a conclusion that I.C.J. provisional measures are not binding on the parties”, idem.*

39 Véase, *Brief for the United States as Amicus Curiae*, *op. cit.*, *ibidem*, pp. 49-51.

40 Véase, *Breard v. Greene*, 118, S. Ct., 1352, 1354 (1998): “*Even were Breard’s Vienna Convention claim properly raised and proven, it is extremely doubtful that the violation should result in the overturning of a final judgement of conviction without some showing that the violation had an affect on the trial*”, *ibidem*, ordinal 1355.

cución de la pena de muerte contra el señor Breard, en la fecha previamente determinada por el Tribunal del Condado de Arlington.

En una declaración de fecha 14 de abril de 1998, el gobernador de Virginia, sostuvo que como gobernador que era, su primera y más alta obligación residía en asegurar a los habitantes de su Estado, tanto como fuere posible, el que pudiesen llevar una vida libre del temor del crimen, y que le preocupaba que la Corte Internacional de Justicia estuviera llevando a cabo una “revisión” del caso Breard, ya que esto tendría el efecto práctico, de transferir la responsabilidad que poseen los tribunales de la Confederación de los Estados Unidos, a una instancia internacional.<sup>41</sup>

## IX. OBLIGATORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS DE LA CORTE

Hay que dejar bien claro que, contrariamente a lo manifestado por la Suprema Corte de Estados Unidos, toda providencia (*order/Ordonnance*) emitida por la Corte Internacional de Justicia, posee carácter obligatorio, y esto de conformidad con la doctrina más autorizada y con la jurisprudencia internacional más relevante.

La obligatoriedad de una providencia en indicación de “medidas provisionales” quedó definida desde la jurisprudencia de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional.

A este respecto cabe recordar el “Caso de la Compañía de Electricidad de Sofía, Bulgaria (1939)”, en donde la Corte Permanente sostuvo que la disposición concerniente a la facultad de indicar medidas provisionales derivaba de un principio universalmente admitido ante las jurisdicciones internacionales, y según el cual las partes en una controversia deben de abstenerse de toda medida susceptible de tener una repercusión perjudicial en la ejecución de la decisión que vaya a ser dictada, y en general, de no permitir ningún acto, de la naturaleza que fuere, “y que sea susceptible de agravar o ampliar el diferendo”.<sup>42</sup>

41 Véase, *Commonwealth of Virginia; Office of the Governor. Press Office. Statement by Governor Jim Gilmore concerning the Execution of Angel Breard* (April 14, 1998). ILM, *op. cit.*, pp. 670-671: “...Should the International Court of Justice, resolve this matter in Paraguay’s favor, it would be difficult, having delayed the execution so that the International Court could consider the case, to them carry out the jury’s sentence despite the rulings of the International Court”, *idem*.

42 Véase, *CPJI Compagnie d’Electricité de Sofia et de Bulgarie (Measures Conservatoires). Ordonnance du 5 Décembre 1939. Fascicule N. 79. Série A/B, Arrêts, Ordonnances et Avis Consultatifs*, pp. 191-200. En cuanto a la doctrina el estudio emprendido por el doctor M. H. Mendelson, es uno de los mejores y más detallados análisis sobre el problema: Mendelson, M. H., “Interim Measures

El eminente profesor estadounidense Louis Henkin, al comentar el caso específico entre “Paraguay y Estados Unidos” y la providencia dictada por la Corte Internacional de Justicia, a este efecto no tiene la menor duda en sostener que el mandamiento de la Corte era jurídicamente vinculante para Estados Unidos.

La providencia dictada por la Corte de la Haya, el 9 de abril de 1998, exigía de Estados Unidos, como un punto de derecho internacional, el adoptar las medidas provisionales indicadas por la Corte.

La obligación internacional para Estados Unidos se desprende del Estatuto de la Corte Internacional, el cual tiene la naturaleza de ser un tratado internacional, celebrado por el Ejecutivo federal, en consulta y con consentimiento del Senado (artículo II, sección 2, párrafo 2, de la Constitución de Estados Unidos 1789).

De acuerdo al derecho internacional y de acuerdo a la Constitución de Estados Unidos, sostiene Louis Henkin, la providencia de la Corte posee el mismo carácter y *status* que cualquier otra obligación emanada de un tratado estadounidense, como en efecto lo es el Estatuto de la Corte, subyacente éste a la obligatoriedad de la providencia mencionada.<sup>43</sup>

Pero si vamos a llamar las cosas por su nombre, el gobierno estadounidense no sólo no dio todos los pasos adecuados para lograr la suspensión de la ejecución, sino, antes al contrario, promovió medidas absolutamente contrarias a lo que la Corte le requería.

El abogado general (*solicitor general*) de Estados Unidos, en conjunción con el consultor jurídico del Departamento de Estado, sometieron el “escrito”, analizado anteriormente, ante la Suprema Corte de su país con el increíble argumento, de que en su opinión la Suprema Corte no estaba de ninguna manera obligada por la providencia del Tribunal Internacional en sentido de posponer la sentencia de pena de muerte.

En pocas palabras, no sólo no adoptaron las medidas provisionales necesarias para dar cumplimiento a la providencia del 9 de abril de 1998,

of Protection in Cases of Contested Jurisdiction”, *British Yearbook of International Law*, 1972-1973 (XLVL), Oxford University Press 1975, pp. 259-323. En una de sus conclusiones, el doctor M. H. Mendelson, asienta: “*There are ‘degrees’ of urgency, of seriousness of anticipated harm, and so on... If the surrounding circumstances militate very strongly in favor of indicating interim measures, the Court would be justified in granting them even if the objections to jurisdiction seem very strong indeed, though not of course, if they are ‘manifestly’ well founded*”, *ibidem*, p. 321.

43 Véase, Henkin, Louis, “Provisional Measures, U. S. Treaty Obligations, and the States”, *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 4, octubre 1998, pp. 679-683.

sino que se aseguraron de tomar las medidas necesarias para ayudar a que la pena de muerte se llevara a cabo. Se infringe y se viola el derecho internacional sin tapujo alguno, no una, ni dos, sino varias veces. ¡El desprecio absoluto por el derecho internacional vuelve a tener patente de corso!<sup>44</sup>

Por otro lado, y como ya advertíamos, la Carta de las Naciones Unidas es simple y sencillamente un Tratado —para todo efecto— ratificado por Estados Unidos, y tiene a la Corte Internacional de Justicia como el órgano judicial principal de la Organización de Naciones Unidas (artículo 1 del Estatuto).

Siendo la Carta de la ONU un tratado, es entonces “Ley Suprema del país” (artículo VI, párrafo, 2 de la Constitución de los EUA de 1787), y sus disposiciones autoejecutivas son parte integrante del derecho interno estadounidense, al igual y al mismo nivel que las leyes emanadas del Congreso.

En los términos que convirtieron el Caso del “Paquete Habana” (1900) en el *leading case* concerniente a la incorporación del derecho internacional al derecho interno de Estados Unidos, la Suprema Corte declaró:

El derecho internacional es parte integrante de nuestro derecho, y debe ser determinado y dispensado por los tribunales de justicia de la jurisdicción apropiada, siempre y cuando existan cuestiones sobre derechos que dependan de él y que sean debidamente presentados para su calificación. Para este propósito, cuando no exista un tratado, y no haya un decreto ejecutivo o legislativo de control, o una decisión judicial, debe entonces recurrirse a las costumbres y usos de las naciones civilizadas.<sup>45</sup>

En la importante causa “*United States vs. Belmont* (1937), Estados Unidos presentó una reclamación contra un banquero de Nueva York, de nombre August Belmont, con el propósito de recuperar una suma de dinero que había sido depositada por una compañía rusa antes de la Revolución.

44 Véase, *Brief for the United States as “Amicus Curiae”*. *Breard v. Greene*, 118 S. Ct. 1352 (1998), N. 97-1390; 97-8214. Cfr. *Sanitary Dist v. United States*, 262 U. S. 405; 425-26 (1925). “U. S. may bring bill in equity to enjoin action by state agency in order, *inter alia*, to carry out U.S. treaty obligation”. Citado por Henkin, Louis, *op. cit.*, p. 681.

45 Véase, Glennon J. Michael: *Constitutional Diplomacy* (foreword by J. William Fulbright), New Jersey, Princeton University Press, 1990, cap. 7, pp. 229-282. El problema nodal que se plantea el profesor M. Glennon en este capítulo es el siguiente: “...As a matter of domestic law, is the president prohibited from violating principles of customary international law?”, *ibidem*, p. 230. Véase, “*The Paquete Habana, The Lola*”, United States Supreme Court, 1900 (175 U.S. 677) en: Briggs W. Herbert, *The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1938, pp. 31-34.

El gobierno soviético había expropiado todos los activos (*Petrograd Metal Works*), incluyendo la cuenta en depósito en el banco de Nueva York. Estados Unidos argumentaba que se estaba basando en el hecho que, de acuerdo al decreto soviético, todos los activos de la compañía pasaban a ser propiedad del gobierno estadounidense de acuerdo a la llamada Cesión Litvinov (*Litvinov Assignment*).

El demandado sostenía que el decreto soviético no podía ser aplicado en Nueva York, porque ello supondría un acto de confiscación contrario a las leyes neoyorkinas.

La Suprema Corte rechazaría esta línea argumentativa, y como lo expresaría el *Justice Sutherland*, aunque la regla de supremacía sobre la ley estatal respecto de

...los tratados es contemplada en forma precisa por la cláusula 2, artículo VI, de la Constitución, la misma regla resultaría aplicable en el caso de todos y cada uno de los pactos y convenios internacionales por el hecho mismo de que todo el poder sobre los asuntos internacionales corresponde ejercerlo al gobierno de la nación, y no está, ni puede estar sujeto a ninguna forma de disminución o injerencia alguna por parte de los distintos estados.<sup>46</sup>

En la Causa “*United States vs. Pink*” (1942), la Suprema Corte reiteró la regla impuesta en “*Belmont*”, y puede decirse, que incluso lo hizo con un mayor rigor.

Así, la Suprema Corte sostuvo que un tratado era una ley de la Nación, según la cláusula de la Supremacía de la Constitución de 1787. La *Litvinov Assignment*, debía por lo tanto invalidar la política estatal que se abstiene de aplicar los decretos confiscatorios pronunciados por el tribunal de Nueva York.

El *Justice Douglas* asentó con toda precisión que: “La ley o derecho estatal deben replegarse, cuando éstas no son compatibles o son antagónicas con la política o disposición de... un pacto o convenio internacional”.<sup>47</sup>

46 Véase, *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324,57 S. Ct. 758,81 L. Ed., 1134 (1937), en *Noyes E., John and Janis W. Mark, Cases and Commentary on International Law* (American Casebook Series) St. Paul, Minn., West Publishing Co.,1997, pp. 162-165, “As a result of cases like *Belmont*, the term ‘treaty’ really has two meanings in the U. S: Constitution. First, there is the ‘treaty’ in Article II (2) that requires the ‘advice and consent’ of the Senate. Second, there is the ‘treaty’ in Article VI (2) that, along with the Constitution and U.S. law, is given supremacy”. *Ibidem*, p. 165.

47 Véase, *United States v. Pink*, Supreme Court of the United States (1942) 315 U. S. 203 en: *Green, L. C., International Law through the Cases*, Third Edition (The London Institute of World Affairs), London, Stevens and Sons Limited, 1970, pp. 48-53. El siguiente pasaje no necesita de mayor glosa: “...*There are limitations on the sovereignty of the States. No State can rewrite our foreign po-*

Con toda razón, el internacionalista Louis Henkin, considera que detrás del terrible drama del caso *Breard* se puede divisar una forma de incertidumbre, de terreno resbaladizo, e incluso una posible ignorancia acerca de las obligaciones del Estado de Virginia, dentro del contexto de las obligaciones de Estados Unidos como Estado soberano.

Tal parece que es necesario llamar la atención y recordarles, incluso después de doscientos años, que los tratados celebrados por Estados Unidos continúan siendo ley suprema del país, y que poseen fuerza jurídica, *vis-à-vis* en los estados de la Unión, por disposición expresa de la Constitución de Estados Unidos.

Por último, dice Louis Henkin, no deja de ser lamentable que la negativa a posponer la ejecución de la pena capital en el caso *Breard*, va a interpretarse inexorablemente por muchos países como una burla, como una mofa más de Estados Unidos hacia los mandamientos, autos y providencias de la Corte Internacional de Justicia.<sup>48</sup>

Con fecha 9 de junio de 1998, la Corte Internacional de Justicia, siguiendo su procedimiento, va a disponer que la República de Paraguay someta la memoria sobre el caso ya incoado, para dictar sentencia sobre el fondo del mismo, y fijando asimismo la fecha del 9 de abril de 1999 para la contramemoria de Estados Unidos de América.

licity to conform to its own domestic policies. Power over external affairs is not shared by the States; it is rested in the national Government exclusively. It need not be so exercised as to conform to state laws or state policies..." , *ibidem*, p.53.

Véase, Weston H., Burns, Falk, Richard, D'Amato, Anthony, *International Law and World Order* (A problem-Oriented Coursebook), St. Paul Minn., West Publishing Co., 1980. Consúltese en especial el subtítulo: "The impact of International Law upon National Law", cap. 3, pp. 162-200.

48 Véase, Henkin, Louis, "Provisional Measures, U.S. treaty obligations, and the States", *op. cit.*, pp. 682-683. Por su parte, el profesor Jordan J. Paust, a propósito del Caso *Breard*, sostiene lo siguiente: "In my opinion, application of both procedural 'default' doctrine and the subsequent statute to defeat treaty-based rights of the individual was inappropriate...As the Court has recognized at least since 1796, federal judges are bound to apply treaty law". Véase, Paust, J. Jordan, "Breard and Treaty-Based Rights under the Consular Convention", *American Journal of International Law*, October 1998, vol. 92, núm. 4, pp. 691-697 (p. 692). En el mismo sentido y con iguales o parecidas críticas a la posición adoptada por Estados Unidos en el Caso *Breard*, véanse los dos siguientes artículos: (1) Lori Fisler, Damrosch, "The Justiciability of Paraguay's Claim of treaty violation", *AGORA: Breard, American Journal of International Law*, october 1998, vol. 92, núm. 4, pp. 697-704. (2) Kirgis, L. Frederic, "Zscherig v. Miller and the Breard Matter", *AGORA: Breard, American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 4, pp. 704-708. Este último jurista concluye en la forma siguiente: "As Professor Bilder pointed out almost a decade ago, state and local governments must therefore take responsibility for ensuring that they act within appropriate constitutional bounds when foreign relations issues are at hand. The Governor of Virginia failed to shoulder that responsibility in the "Breard matter", *op. cit.*, pp. 707-708.



Sin embargo, el 2 de noviembre de 1998, la República de Paraguay, informó a la Corte Internacional de su deseo de no continuar con el procedimiento, y solicitó que la causa fuera removida del orden del día.

Al día siguiente Estados Unidos informó a la Corte no tener objeción alguna a la solicitud de remoción del Paraguay, por lo que el día 10 de noviembre de 1998, la Corte ordenó que la causa en cuestión fuese definitivamente eliminada de la lista oficial de casos pendientes.<sup>49</sup>

#### X. CASO RELATIVO A LA CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES (1999) ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (ALEMANIA VS. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA)

Con fecha 2 de marzo de 1999, la República Federal de Alemania introdujo una demanda en contra de Estados Unidos de América por supuestas violaciones, cometidas por este último país, a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963.

Los hechos que dan lugar a la demanda se basan en la detención en 1982, por parte de las autoridades de Arizona, de dos personas de nacionalidad alemana (Karl y Walter Le Grand), las cuales fueron procesadas y sentenciadas a la pena de muerte, sin que dichos sujetos hubieren sido

49 A raíz de este Caso *Breard*, Estados Unidos emitió un pequeño opúsculo, dirigido a las autoridades estadounidenses, locales como federales, con el fin de instruir las sobre las “obligaciones internacionales” que se adquieren respecto a la notificación consular y el acceso respectivo. Véase, *U.S. Dept of State. Pub N. 10518, Consular Notification and Acces:Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist them, (1998).*

El Caso *Murphy vs. Netherland (1997)*, sin haber llegado éste a la Corte Internacional de Justicia, tiene sin embargo grandes analogías con el Caso *Breard*. Mario Murphy, de nacionalidad mexicana, fue arrestado y sentenciado a la pena capital en el Estado de Virginia, en el mes de septiembre de 1992. En ningún momento Mario Murphy fue notificado de su legítimo derecho a comunicarse con nuestros funcionarios consulares. Todos sus recursos y apelaciones fueron rechazados. En el escrito del gobierno mexicano, como *Amicus Curiae*, ante el Cuarto Circuito, México, aparte de subrayar las violaciones al derecho internacional, hacía notar que Mario Murphy, un joven de 19 años, sin ningún tipo de educación escolar, había sido procesado junto con otros estadounidenses, por el mismo delito, y mientras que estos últimos recibieron distintos tipos de sentencia, única y solamente a Mario Murphy le había sido impuesto la pena de muerte. Después de una petición infructuosa ante la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, y posteriormente a la negativa de clemencia solicitada al impasible gobernador de Virginia, el mexicano Mario Murphy, sería ejecutado el 17 de septiembre de 1997. ¡La Justicia reposa serenamente en el espíritu de los justos!

Véase (a) *Murphy vs. Netherland. 116.F.3d. 97. U.S. Court of Appeals. 4th Cir., June 19, 1997. (b). Amicus Brief of the United Mexican States, Murphy vs. Netherland, 116, F. 3d. 97 (4th. Cir, N.96-14) (c) Aceves, J., William: “Treaties-Vienna Convention on Consular Relations-Habeas Corpus”, American Journal of International Law, enero, 1998, vol. 92, núm. 1, pp. 87-91.*

notificados “sin dilación”, de las prerrogativas y derechos que les concede el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963.

Alemania argumenta que al no haberse cumplido con lo estipulado por el artículo 36 de la mencionada Convención, esto impidió a Alemania el proteger los intereses jurídicos de sus nacionales en Estados Unidos, tanto en la fase misma del proceso penal, como en las instancias de apelación de los tribunales estadounidense.

En la misma demanda, Alemania asienta que cuando finalmente Karl y Walter Le Grand, por mediación de las autoridades consulares alemanas, alegaron que se habían cometido violaciones patentes a la Convención de Viena, ante la Corte Federal de Primera Instancia, esta misma, hizo aplicación de la doctrina jurídica interna del *procedural default*, decidiendo que, dado que las personas en cuestión no habían hecho valer sus derechos derivados de la Convención de Viena de 1963 en los procedimientos jurídicos previos en el nivel estatal, estaban ya impedidos de hacerlo en los procedimientos federales de *habeas corpus*.<sup>50</sup>

Visto todo lo anterior, la República Federal de Alemania va a solicitar a la Corte de decidir y declarar:

1. Que Estados Unidos, al arrestar, detener, procesar, condenar y sentenciar a Karl y Walter Le Grand, violó sus obligaciones jurídico-internacionales respecto de Alemania, en su propio derecho, y en el derecho de protección diplomática de sus nacionales, tal y como está previsto y contemplado por los artículos 5o. y 36 de la Convención de Viena de 1963.
2. Que Alemania tiene por lo tanto, derecho a que se le otorgue una reparación de acuerdo al derecho internacional.
3. Que Estados Unidos está obligado, conforme a derecho internacional, de no hacer aplicación de la doctrina *procedural default*, o de cualquier otra doctrina del foro interno, si esto conlleva inhibir o

50 Véase, *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations* (Germany vs. United States), marzo 3, 1999, “Request for the Indication of Provisional Measures”, Order: *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo, 1999 (ASIL) pp. 308-316. Alemania fundamentó la jurisdicción de la Corte, en el artículo 36, párrafo 1 del Estatuto de la Corte y en el artículo I del Protocolo Facultativo sobre Solución Obligatoria de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: “Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención, se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender de ellas, a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, que sea parte en el presente Protocolo” (artículo I “Protocolo Facultativo relativo a la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias”).

precluir, el ejercicio de los derechos estipulados en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963.<sup>51</sup>

Por otro lado, el gobierno alemán sostiene que la culpabilidad de tipo penal que fue impuesta a Karl y Walter Le Grand, al haber sido dictada en violación a las obligaciones internacionales, debe ser declarada nula por la Corte y por las autoridades legales de Estados Unidos.

En lo que respecta al caso de Karl Le Grand, ejecutado el 24 de febrero de 1999, el gobierno alemán exige le sea acordada una reparación jurídica, en su modalidad de “indemnización” por el daño material y de “satisfacción” por el daño moral sufridos conforme a derecho internacional. En lo que respecta al caso de Walter Le Grand, lo que se solicita al gobierno estadounidense es el restablecimiento del *status quo ante*, esto es, la reposición de la situación que existía anteriormente a la detención, proceso y sentencia del ciudadano alemán (*restitutio in integrum*).<sup>52</sup>

Por último, el gobierno alemán, paralelamente a su demanda principal, solicitó al mismo tiempo una petición formal para que la Corte Internacional de Justicia dictara auto de “medidas provisionales”, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la misma Corte.<sup>53</sup>

Esta petición de “medidas precautorias”, la formula Alemania por la gravedad y urgencia de la situación, esto es, la inminente ejecución de la sentencia de muerte fijada para el 3 de marzo de 1999 en Arizona, en contra de Walter Le Grand, hermano de Karl, este último ya ejecutado el 24 de febrero de 1999.

La Corte Internacional de Justicia va a recordar su propia jurisprudencia en materia de “medidas provisionales”, en el sentido que su viabilidad, presupone el que un perjuicio irreparable pueda ser causado a los derechos en litigio en un procedimiento judicial (*e. g. USA Diplomatic and Consular Staff in Thera: Provisional Measures*. Order. 15-XII-1979), y

51 Véase, *CIJ Germany vs. United States: International Legal Materials*, marzo 1999, *op. cit.*, p. 309, núm. 5.

52 Véase, *CIJ Germany vs. United States: International Legal Materials*, marzo, 1999, *op. cit.*, p. 310. “Si se piensa que el principio general de la reparación, tiende a hacer desaparecer las ‘consecuencias’ producidas por el hecho ilícito imputable al Estado..., es entonces evidente que la ‘reparación en especie’ se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar la reparación”. Véase, Gómez-Robledo, Alonso, “Aspectos de la reparación internacional”, *Temas selectos de derecho internacional*, 3a. ed., UNAM/IIJ, México, 1999, p. 184.

53 Véase, *Charte des Nations Unies, Statut et Règlement de la Cour et autres textes, Actes et Documents Relatifs à l'Organisation de la Cour*, núm. 4, 1978.

que el emitir un mandamiento judicial en este sentido no prejuzga en nada la competencia de la Corte para conocer del fondo del asunto, ni ninguna cuestión relativa a la admisibilidad de la demanda, ni a la sustancia de la misma.

La Corte deja muy en claro que los puntos relativos al presente diferendo, no conciernen en forma absoluta a la atribución que poseen los estados federados dentro de Estados Unidos, para recurrir a la pena capital.

La función de la Corte, enfatiza ésta, es la de resolver diferendos jurídico-internacionales entre los Estados, *inter alia*, cuando éstos se generen por la interpretación o aplicación de tratados, pactos, o convenciones internacionales; pero su función no es nunca la de comportarse como una especie de tribunal criminal de apelación.<sup>54</sup>

Así, la Corte Internacional de Justicia, en su mandamiento judicial del 3 de marzo de 1999, en forma unánime, va a dar cabida a la demanda interpuesta por la República Federal de Alemania en el sentido de indicar las siguientes medidas provisionales:

I. a. Estados Unidos de América debe tomar todas las medidas que estén a su disposición a fin de asegurar que Walter Le Grand no sea ejecutado, en tanto no exista una decisión final en el presente caso, y queda obligado de informar a la Corte de todas las providencias que hayan sido adoptadas para la debida instrumentación del presente mandamiento.

b. El gobierno de Estados Unidos de América queda en la obligación de transmitir las anteriores disposiciones al gobernador del Estado de Arizona.

II. La Corte decide que hasta el momento en que no exista un fallo definitivo por parte de la misma, ésta quedará abocada a los puntos que integran la materia substantiva del presente mandamiento.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Véase, *CIJ Germany vs. United States. International Legal Materials*, March, 1999, *op. cit.*, pp. 312-313.

<sup>55</sup> Véase, *CIJ Germany vs. United States, International Legal Materials*, march, 1999, *op. cit.*, p. 313, núm. 29. Las “medidas provisionales” dictadas por la Corte fueron adoptadas de acuerdo al artículo 41 del Estatuto y 75, párrafo 1 de su Reglamento de 1978, como fue solicitado por Alemania. Dada la extremada urgencia (*greatest urgency*) del asunto en cuestión, la Corte puede en todo momento examinar de oficio (*provisional measures 'proprio motu'*) la indicación de medidas provisionales que las partes, o una sola de ellas, debería tomar o ejecutar.

## XI. DECLARACIÓN DEL JUEZ SHIGERU ODA

El juez Shigeru Oda acompañó al texto de la Providencia del 3 de marzo de 1999 una “Declaración”, sosteniendo que si bien había votado a favor, lo había hecho con gran vacilación y recelo, en virtud de que la Corte Internacional de Justicia, no podía convertirse en un Tribunal Criminal de Apelación, y tampoco llegar a ser una instancia para admitir recursos de *habeas corpus*.

De acuerdo al juez S. Oda, la Corte no posee jurisdicción para decidir asuntos relativos a la pena capital y su ejecución, y no debe de estar interviniendo en este tipo de diferendos. Decidir si la pena de muerte es contraria al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es un asunto que deba ser determinado o resuelto por la Corte de La Haya, o por lo menos, no el presente caso y bajo la actual hipótesis.

La indicación de medidas provisionales que deban ser tomadas, cuando la Corte así lo considere conveniente para resguardar los derechos de las partes, son medidas para preservar —dice S. Oda— derechos de los Estados soberanos, expuestos éstos a una inminente violación, la cual sería por sí misma irreparable, de no recaer en tal providencia.

Si la Corte interviene directamente en el destino de un individuo, esto ya está implicando una cierta desviación de la función encomendada al órgano judicial principal de Naciones Unidas, que no es otra, sino la de dirimir controversias interestatales, relativas a los derechos y deberes de los Estados soberanos.<sup>56</sup>

## XII. OPINIÓN SEPARADA DEL PRESIDENTE SCHWEBEL

Para el juez Stephen M. Schwebel, presidente en turno de la Corte Internacional de Justicia, la providencia emitida el 3 de marzo de 1999 por la Corte, y conforme a la cual se dictaban las “medidas provisionales” solicitadas por Alemania, no tiene precedente en los anales de la jurisprudencia, y hace votos para que esta decisión no sienta precedente en lo futuro.

<sup>56</sup> Véase, “*Declaration of Judge ODA*”, *CIJ Germany vs. United States, op. cit.*, pp. 314-315. “...*Given the fundamental nature of provisional measures, those measures should not have been indicated upon Germany’s request. I reiterate and emphasize that I voted in favour of the Order, solely for humanitarian reasons*”. *Ibidem*, p. 315, núm. 7.

De acuerdo al juez S. Schwebel, esta decisión relativa a la indicación de medidas provisionales fue emitida por la Corte a petición de una de las partes, pero sin haber escuchado a la otra parte, y esto infringe una regla básica del procedimiento judicial.

De conformidad con el artículo 75, párrafo 1, del Reglamento de la Corte, ésta misma tiene la facultad en todo momento de examinar de oficio (*d'office; proprio motu*), si las circunstancias del caso así lo exigen, la indicación de medidas provisionales (*mesures conservatoires; provisional measures*) que deban adoptar o cumplir las partes, o una de ellas.

Esta facultad que puede ser ejercida “de oficio”, sin escuchar a las partes, es un poder extraordinario que debe ser ejercido por la Corte, bajo el cuidado más extremo y la mayor de las cautelas, y en el caso presente, dice Schwebel, no se tipifica la hipótesis del artículo 75 (1), ya que esta disposición no contempla el dictar tales medidas a petición de una de las partes, *i. e.* Alemania.<sup>57</sup>

### XIII. OPINIÓN CRÍTICA ACERCA DE LAS “MEDIDAS PROVISIONALES”

El incidente consistente en indicar medidas cautelares es una facultad de la Corte, que ésta ejerce cuando, en un momento dado, considera que los derechos objeto de la demanda pueden estar siendo amenazados por un daño o perjuicio irreparable.

La práctica judicial de la Corte misma otorga la protección mencionada, antes de haber definitivamente fallado sobre la competencia y sobre el fondo, cuando la acción de una parte *pendante lite* es susceptible de causar a los derechos de un tercero un daño de tal naturaleza que no sería posible restablecer plenamente tales derechos, o llevar a cabo una reparación del *status quo ante*, a través de un simple fallo favorable, dictado tiempo después, sobre el fondo de la controversia.

Así, por ejemplo, en su providencia del 15 de diciembre de 1979, relativo al “Caso del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Therán”, la Corte consideró que:

57 Véase, “Separate Opinion of President Schwebel”: *CII Germany vs. United States. International Legal Materials*, marzo, 1999, *op. cit.*, pp. 315-316. El juez Stephen M. Schwebel se cuestiona además sobre la conveniencia misma de la facultad otorgada a la Corte de emitir de oficio, medidas precautorias. “...*There may be room to question whether sovereign States should be subjected to the Court's restraints 'pendente lite', without giving them the opportunity to be heard*”, *ibidem*, p. 316, párrafo 2.

...La persistencia de la situación que hace el objeto mismo de la demanda, expone a los seres humanos en cuestión, a una serie de privaciones, a una vida dolorosa y angustiante, e incluso a verse confrontados a peligros hacia su propia vida y su salud, y por consiguiente a una posibilidad muy seria de un perjuicio irreparable, por lo que la Corte concluye en la necesidad de indicar las medidas provisionales.<sup>58</sup>

Es cierto que la Corte no puede indicar medidas cautelares, cuando ésta es “manifiestamente incompetente”. Pero la urgencia siempre asociada a las demandas de medidas cautelares no permite el que se pueda establecer en forma definitiva la competencia de la Corte, antes de indicar las medidas en cuestión.

Por ello, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en aceptar que la Corte ha establecido una jurisprudencia que le atribuye la facultad de indicar medidas provisionales, si los motivos de competencia invocados por el demandante parecen constituir, *prima facie*, una base sobre la cual podría fundamentarse la propia competencia de la Corte.<sup>59</sup>

El juez Eduardo Jiménez de Aréchaga en su opinión individual relativa a la Demanda en indicación de medidas provisionales del 11 de septiembre de 1976, sostuvo:

Este artículo (41) constituye el fundamento de la facultad de la Corte para actuar con respecto a una solicitud de medidas provisionales. Es una disposición que ha sido aceptada por todas las partes del Estatuto, y en esa aceptación radica el elemento de consentimiento de los Estados a esta forma especial de jurisdicción. Se le ha calificado como jurisdicción incidental, porque se trata de una competencia que la Corte está llamada a ejercer como un incidente en procedimientos ya incoados ante ella. Desde este punto de vista, puede compararse con la jurisdicción conferida por el artículo 36 (6) del Estatuto.<sup>60</sup>

58 Véase, “Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Thérán”, *Mesures conservatoires. Ordonnance du 15-XII-1979. CIJ, Recueil*, 1979, p. 17.

59 En este terreno uno de los estudios más lúcidos sigue siendo el de *sir* Gerald Fitzmaurice: “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure”, *The British Yearbook of International Law*, vol. XXXIV, London, Oxford University Press, 1958, pp. 1-162.

“...The power of the Court to indicate interim measures falls into the same category as its ‘competence de la compétence’. Both are an exercise of incidental jurisdiction, necessary in the case of the ‘compétence de la compétence’ to enable the Court to function at all, and, in the case of the power to indicate interim measures, to prevent its decisions from being stultified”, *ibidem*, p. 116.

60 Véase, “Opinion Individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, Président, Affaire du Plateau Continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie), Demande en Indication de Mesures Conservatoires.

#### XIV. SENTENCIA DEL 1 DE OCTUBRE DE 1999

El 1 de octubre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por México, respecto a: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de hacer una síntesis, en su parte conducente, de las observaciones escritas y argumentos orales de los Estados participantes en el procedimiento (México, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Honduras, El Paraguay, Costa Rica y Estados Unidos) así como de la Comisión Interamericana respecto a la consulta formulada por México, se abocaría primeramente al aspecto de la “competencia” de la propia Corte para conocer del asunto.<sup>61</sup>

La Corte va a determinar, en ejercicio de sus facultades inherentes para precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean (OC-7 de 1986):

...que la presente Opinión Consultiva tendrá como presupuestos fácticos que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son Miembros de la OEA, han suscrito la Declaración Americana, han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y son Parte(s) en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, independientemente de haber o no ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>62</sup>

Este punto era importante que lo esclareciese la Corte, puesto que el gobierno estadounidense siempre sostuvo, tanto en sus presentaciones orales como escritas, que en realidad el objeto de la consulta solicitada por México era cuestionar la conformidad de la legislación y práctica estadounidenses con normas de derechos humanos, y dado que dicho go-

Ordonnance du 11 Septembre 1976”. *Recueil des Arrêts...*, 1976, p. 16, párr. 2. En este Caso, si la Corte denegó las medidas provisionales fue en razón, de que la Corte consideró ya necesario pronunciarse acerca de su jurisdicción sobre el fondo, ni siquiera en forma preliminar. *Ibidem*, p. 13, núms. 43-467.

61 CIDH “Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos” pp. 1-43. En su escrito de 18 de mayo de 1999, Estados Unidos de América, reiteró que “... conforme a su punto de vista, la Corte no debe emitir una interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que es un tratado con vocación universal relativo a las relaciones consulares entre Estados y que no crea derechos humanos”, *ibidem*, p. 41. Texto oficial mimeografiado.

62 “Opinión Consultiva OC-16/99”, *op. cit.*, p. 46, párr. 42.



bierno no era, hasta la fecha, Estado parte en la Convención Americana, la Corte Interamericana no podía gozar de competencia para conocer de la solicitud en cuestión.

Pero la Corte Interamericana, como veíamos, hizo a un lado este argumento, ya que para fundar su competencia, lo importante era la vinculación jurídica que se desprendía de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la cual era parte el gobierno estadounidense, así como Estado miembro de la OEA.<sup>63</sup>

Por otro lado, y de acuerdo a su propia jurisprudencia, la Corte debe examinar, si al emitir una eventual opinión consultiva no estaría desvirtuando la naturaleza de este particular régimen.

Uno de los parámetros, dice la Corte, que pueden ser utilizados por la misma al realizar el examen de este punto,

...se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, un Estado miembro obtenga prematuramente un pronunciamiento que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un contencioso. Sin embargo, esta Corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, *per se*, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.<sup>64</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, no va a pronunciarse sobre “presuntos cargos o pruebas contra un Estado”, porque la función consultiva de los tribunales internacionales no es la determinación o esclarecimiento de hechos controvertidos, sino el esclarecimiento sobre el alcance y fin de normas específicas sobre derechos humanos.

En una importante opinión consultiva de 1997, la propia Corte Interamericana, en el asunto relativo a: “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 Convención Americana sobre De-

63 Véase, *Written Observations of the United States of America. June 1, 1998*: “...the present case is patently an attempt to subject the United States to the contentious jurisdiction of this Court, not with standing that the United States is nor a party to the American Convention and has not accepted the contentious jurisdiction of the Court under Article 62”. *Observaciones presentadas en el Procedimiento Consultivo, OC 16, op. cit.*, pp. 6-7 (Jurisdiction II, pp. 3-7).

64 Véase, CIDH, “Opinión Consultiva OC 16/99 del 1 oct 1999, *op. cit.*, p. 48, párr. 45. En este sentido la Corte recuerda su jurisprudencia en casos tales como: “Restricciones a la pena de muerte” O.C.-3/83 del 8 sept. 1983, serie A, núm. 3, párr.38; “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, OC-11/90, serie A. núm. 11, párr. 3; “Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8-2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OC-12/91 de 6 diciembre 1991, serie A, núm. 12, párr. 28.

rechos Humanos)”, precisó la diferencia entre lo que es su competencia contenciosa, en los siguientes términos:

...La competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es *la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos*. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados miembros de la OEA y órganos principales de ésta, establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte... Además, aun cuando la opinión consultiva no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene en cambio, efectos jurídicos innegables.<sup>65</sup>

Para los fines de la opinión solicitada por México, la Corte Interamericana debía ahora determinar si la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 puede considerarse como un tratado, que aun y cuando su objeto principal no sea estrictamente la protección de los derechos humanos, su artículo 36 contiene disposiciones aplicables precisamente a la protección de los derechos humanos en los territorios de los Estados partes.

Del artículo 36-1, apartado (b), de la Convención de Viena de 1963, se desprende el derecho del extranjero privado de libertad a ser informado “sin dilación” de que posee:

1. Derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular respectiva sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y
2. Derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida “sin demora”.

De lo anterior, la Corte va a razonar como sigue:

65 Véase, “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, *Opinión Consultiva OC 15/97 de 14 de noviembre 1997, serie A, núm. 15, párr. 25 y 26*. Es cierto que México hizo mención de varios casos concretos, en que mexicanos condenados a muerte en Estados Unidos no habían sido informados en ningún momento de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, pero esto lo hizo en forma ilustrativa, a manera de ejemplo, lo cual no desvirtúa en un ápice el carácter consultivo de su solicitud. Véase, *Transcripción de la Audiencia Pública. Presentación inicial de México*, p. 15.

...el ejercicio de este derecho (comunicación consular) sólo está limitado por la voluntad del individuo, que puede oponerse “expresamente” (36.1 inciso c) a cualquier intervención del funcionario consular en su auxilio. Esta última circunstancia reafirma la naturaleza individual de los referidos derechos reconocidos en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Por lo tanto, la Corte Interamericana concluye que el artículo 36 de la multicitada Convención de Viena:

...reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Esta interpretación se confirma por la historia legislativa del artículo citado... La comunicación consular a la que se refiere el Artículo 36...efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquél.<sup>66</sup>

En cuanto a la pregunta realizada por México en el sentido de si la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el artículo 36 a los extranjeros, por parte de los interesados frente al Estado receptor, estaría subordinada a las protestas del Estado de su nacionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asentó que el cumplimiento del deber del Estado en relación a la notificación consular, no estaba en forma alguna supeditado al requisito de “protesta previa” del Estado que envía.

La Corte en forma impecable razonó como sigue:

El derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente a la voluntad del Estado interesado... El cumplimiento inmediato de los deberes del Estado receptor responde al objeto mismo de la notificación consular. En efecto, ésta atiende al propósito de alertar al Estado que envía sobre una situación de la cual, en principio, éste no tiene conocimiento. Por lo tanto, *sería ilógico supeditar el ejercicio o cumplimiento de estos derechos y de-*

66 Véase, CIDH, “Opinión Consultiva OC-16/99”, *op. cit.*, pp. 60-61, párrs. 83, 84 y 87. El gobierno estadounidense siempre adujo que no era posible que una disposición inserta en una convención tan extensa, pudiera convertir a dicho tratado, en “concerniente” a la protección de los derechos humanos en América. “*Ultimately, each State decides for itself what it can will do in aid of its nationals. Thus neither the text nor the negotiating history nor state practice supports the existence of a ‘right to consular assistance’. On no basis, therefore could this Court find that consular assistance is a human right, in any context*”. Véase, *Written Observations of the United States of America*, junio 1, 1998, *op. cit.*, p. 18.

*beres a las protestas de un Estado que ignora la situación en que se encuentra su nacional.*<sup>67</sup>

En cuanto a la expresión “sin dilación”, contenida en el artículo 36.1 (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y a propósito de la cual México preguntó si debería interpretarse en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido, por delitos sancionables o no con la pena de muerte, de los derechos que le confiere la Convención, en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión, la Corte sostendrá que la obligación de informar “sin dilación” había sido inserta como una medida que permitía asegurar que el detenido estuviera consciente de sus derechos de asistencia consular.

La Corte Interamericana, en este punto, va a esclarecer el significado del concepto “sin dilación” de conformidad con un principio general de interpretación de los tratados; esto es, el principio del “efecto útil”.

El principio del *effet utile* en materia de interpretación significa que una cláusula debe, en caso de duda, ser interpretada en un sentido que la haga plenamente operante, dándole el efecto compatible con su razón de ser.

El profesor Charles De Visscher sostenía que si debíamos, en principio, interpretar un tratado de manera tal que le fuese permitido alcanzar el fin perseguido por las partes, la búsqueda de este fin no podría degenerar en un razonamiento abstracto alrededor de un objetivo que se supondría haber sido el buscado por los Estados parte.<sup>68</sup>

Así pues, la Corte Interamericana, con mucha precisión, sostendrá que para la determinación del concepto “sin dilación”, se deberá de acuerdo al principio del efecto útil (conocido también en el coloquio *ut res magis valeat quam pereat*) apearse a la finalidad a la que supuestamente sirve la notificación consular.

Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél (el inculpado) disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la

67 CIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99, op. cit.*, pp. 62-63, párrs. 90 y 92 (énfasis añadido).

68 De Visscher, Charles, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 2a. ed., París, A. Pédone, 1955, p. 313.

notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.<sup>69</sup>

Otro de los puntos relevantes que debía desahogar la Corte Interamericana era el relacionado con el derecho a la información sobre la asistencia consular y su relación con las garantías mínimas del “debido proceso legal”.

En este capítulo, México había preguntado a la Corte, *inter alia*, si debía entenderse que el artículo 14 (derecho al debido proceso legal) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos debía aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión “todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo”, contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas, y que tratándose de extranjeros acusados e inculpados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluía la inmediata notificación al detenido o procesado, por parte del Estado receptor, de los derechos que le confería el artículo 36 1.b) de la Convención de Viena sobre Derechos Consulares.

Después de advertir que el examen de esta cuestión debía iniciarse por la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados (Convención de Viena de 1969) y “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”, la Corte sostendrá sin sombra de ambigüedad alguna que:

...para que exista “debido proceso legal”, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables... El desarrollo histórico del proceso, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales... Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correctiva prohibición de discriminación... En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.<sup>70</sup>

69 CIDH, *Opinión Consultiva OC 16/99, op. cit.*, p. 66, párr. 106. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de las *Zonas Francas de la Alta Saboya*, sostuvo con toda claridad “En la duda, las cláusulas... deben... ser interpretadas de manera tal que les permita desarrollar sus efectos útiles”, Serie A/B núm. 35, p. 13. *Arrêt*, du 7 juin 1932.

70 CIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99, op. cit.*, pp. 71-73, párr. 115, 117, 119 y 122. El ilustre jurista y juez, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado, anexa a esta opinión consultiva, sostuvo con toda precisión lo siguiente: “...Lo que conocemos como el ‘debido proceso penal’,

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tendrá que analizar cuáles podrían ser las consecuencias jurídicas que deberían derivarse respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (artículo 36, 1.b), y ello dentro del marco del derecho internacional general; del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; y de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana.<sup>71</sup>

La Corte Interamericana, después de recordar varios casos del Comité de Derechos Humanos de la ONU, relativos a la aplicación de la pena de muerte, y donde se sostuvo que en estos supuestos, se exigía rigurosamente que tanto las leyes sustantivas como procesales no fueran en nada contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos implicando, además, al respeto irrestricto de las garantías procesales, razonó de la forma siguiente:

...la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero..., afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos... con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.<sup>72</sup>

columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia... y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional... Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento... *Ibidem*, p. 1-4, párr. 4 y 13. En contra de esta apreciación del *due process of law*, véase la opinión parcialmente disidente del juez Oliver Jackman: “...It is difficult to see how a provision such as that of Article 36.1.b) of the Convention... can be elevated to the status of a fundamental guarantee, universally exigible as a ‘*conditio sine que non*’ for meeting the internationally accepted standards of *due process*”, *ibidem*, p. 3, párr. 9.

71 CIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99, op. cit.*, pp. 72-73. Es cierto que de las preguntas formuladas por México “no se desprendía con claridad”, si nuestro gobierno solicitaba a la Corte interpretar los “efectos de la omisión”, por parte del Estado receptor, de informar al detenido extranjero de los derechos que le confería la Convención, o si México se estaba refiriendo sólo a los casos en que el detenido habría expresado su deseo de que se informase al funcionario consular sobre su detención, y el Estado receptor se hubiere negado a ello. Con toda atingencia, la Corte resolverá que por el contexto general de la Solicitud, ésta se circunscribía, “al primero de los supuestos citados”. *Ibidem*, p. 74, párrs. 126-127.

72 CIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99, op. cit.*, p. 77, párr. 137. En el voto concurrente emitido

La sentencia sobre esta importante opinión consultiva solicitada por México, sería dictada el 1 de octubre de 1999 y leída en sesión pública en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el 2 de octubre del mismo año.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos decidirá antes que nada y por unanimidad, que es competente para emitir la Opinión Consultiva en cuestión, y que es de la opinión:

Por unanimidad,

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

Por unanimidad,

2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

Por unanimidad,

3. Que la expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

Por unanimidad,

4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

Por unanimidad,

5. Que los artículos 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

por el juez Antonio A. Cançado Trindade, a propósito de esta opinión consultiva, podemos leer lo siguiente: “estamos pues, ante un fenómeno más profundo que el recurso tan sólo y *per se* a reglas y métodos de interpretación de tratados. El enlace entre el derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos, da testimonio del reconocimiento de la centralidad, en este nuevo *corpus juris*, de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos... Se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular..., hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario”, Véase: “Voto Concurrente del juez A. A. Cançado Trindade”, en *OC-16/99, op. cit.*, p. 13, párrs. 34 y 35.

Por unanimidad,

6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

Por seis votos contra uno,

7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v. g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4o.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6o.), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación. Disiente el juez Jackman.

Por unanimidad,

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

Esta importante opinión consultiva, que es sin duda de una gran trascendencia para la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, revela como pocas otras opiniones, que la política jurisprudencial de una corte internacional debe en muchas ocasiones no ser solamente la construcción pretoriana de una concepción rígida del derecho, sino también y paralelamente la adaptación de ciertas reglas formales al medio normativo existente, sobre todo, si estamos inmersos en el campo de los derechos humanos.

No cabe duda que el derecho internacional de los derechos humanos deja atrás la contradicción inherente al derecho internacional clásico, se-



gún el cual la protección del individuo no podía ser garantizada más que a través del sesgo de un derecho interestatal hecho por y para los Estados.

Este reconocimiento otorgado a todo ser humano —como dice Frédéric Sudre—, en toda época y todo lugar, de un mínimo consistente de derechos fundamentales, coloca la base de un nuevo derecho común internacional, en donde se pretende expresar ciertos valores que constituyen un fondo común a todo tipo de civilización contemporánea.<sup>73</sup>

73 Véase, Sudre, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 21-53. La unidad y la intemporalidad del derecho internacional de los derechos humanos, puede sintetizarse en la fórmula siguiente: “*Parce que l'homme est partout le même, les mêmes règles doivent valoir pour tout homme, à toute époque et en tous lieux*”, *ibidem*, p. 37.

## CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 29 DE MAYO DE 1993, SOBRE LA PROTECCIÓN DE MENORES Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

*A don Manuel, un homenaje más que merecido.  
Con cariño*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Normatividad*.  
IV. *Conclusiones*. V. *Bibliohemerografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda, y así nos lo expresan los especialistas, que el entorno familiar es el más adecuado para proporcionar al niño seguridad, desarrollo, estabilidad, tanto afectiva como emocional, que les permita, a su vez, satisfacer sus necesidades, en un ambiente de afecto y seguridad material y moral. Para ello, para conseguir tales fines, las familias necesitan tener, en su entorno social, los elementos y recursos que les permitan cubrir sus necesidades vitales.

La pobreza de algunos de los sectores de nuestra sociedad, entre otras cuestiones, provoca que existan niños abandonados; menores que se encuentran en situación de riesgo social.<sup>1</sup>

1 Por un lado podemos vislumbrar entre los factores de riesgo en los niños los siguientes: niños no deseados por sus padres; niños nacidos de una unión anterior y rechazados por el nuevo cónyuge; niños que han estado separados de sus padres, sobre todo en los primeros años de vida; niños que presentan algún déficit, ya sea psíquico, físico o sensorial; niños que padezcan algún tipo de enfermedad crónica; niños con problemas de conducta, hiperactivos, etcétera. Otros factores de riesgo, pero ahora en la familia, serían: familias desestructuradas (por separación, abandono, muerte,...); familias monoparentales con cargas económicas y responsabilidades familiares no compartidas; conflictividad permanente en el hogar (riñas, peleas, ...); conducta anómala en algunos de los miembros de la familia (alcoholismo, drogadicción, delincuencia, prostitución, ...); presencia de enfermedades crónicas en la familia; presencia de enfermedades mentales; inestabilidad emocional de la familia; falta de competencia y habilidades sociales de los padres para la crianza y educación de sus hijos; excesivo número de hijos, o hijos no queridos; falta de recursos económicos y culturales para

Ante tales situaciones, al Estado le cabe un papel preponderante, ayudando, por ejemplo, a esos padres a mantener al niño en su familia de origen.

Diferente al supuesto de extrema pobreza, son los casos de guerra, con su secuela de disolución familiar; así tenemos la experiencia en Corea, Indochina, Vietnam, y la ex Yugoslavia,<sup>2</sup> por ejemplo.

En las últimas décadas, y ante situaciones como las descritas, ha surgido el convencimiento de que la sociedad tiene la obligación de velar por los derechos de los menores, el reconocimiento social del niño como persona y, por tanto, sujeto de derechos; así como de buscar las mejores formas para asegurar su desarrollo integral, especialmente en aquellos casos en el que el niño no se encuentra bajo el amparo del núcleo familiar.

De hecho, la evolución y desarrollo de los derechos de la infancia se corresponde con el nivel de desenvolvimiento alcanzado en la sociedad en lo referente a los derechos humanos y derechos sociales.<sup>3</sup>

No hay que olvidar, además, que la institución de la adopción ha sufrido una importante transformación en los últimos años<sup>4</sup> desde el punto de vista jurídico y social. En el campo sociocultural-económico, al cambio contribuyó el control preventivo de los embarazos, la no estigmatización de las madres solteras, la planificación familiar, entre otros.

La orientación moderna, que caracteriza a la adopción en la actualidad, considera la adopción como el sistema de protección por excelencia para el menor carente de familia propia, y además, está avalada por un cuerpo, cada vez mayor, de conocimiento científico que ha demostrado

hacer frente a las necesidades básicas de la familia; inmadurez, familias muy jóvenes (madres adolescentes); aislamiento social, falta de relaciones sociales y redes de apoyo; historia personal de maltrato o abandono infantil. Y, por último, factores de riesgo del contexto: insuficiencia de recursos; falta de vivienda; hacinamiento y deficientes condiciones de habitabilidad; inmigración o cambios de residencia; internamientos prolongados y/o repetidos (hospitalización, encarcelamiento, etcétera). Véase Junta de Andalucía, *La atención a la infancia en Andalucía*, Sevilla, España, Edit. Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales, Dirección General de Atención al Niño, 1995, pp. 24 y 25.

2 Véase Wilde, Zulema D., *La adopción nacional e internacional*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1996, p. 25.

3 Véase Junta de Andalucía, *La atención de la infancia ...*, cit., supra.

4 Véase Campà i de Ferrer, Xavier, "Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, España, año VIII, núm. 351, 16 de julio de 1998, p. 1; así como Esquivias Jaramillo, José Ignacio, "La adopción internacional", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, España, núm. 1809, y Esplugues Mota, Carlos, "Reconocimiento en España de las adopciones simples constituidas en el extranjero", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, España, núm. 250, de 13 de junio de 1996, cit. por Campà i de Ferrer, Xavier, "Las adopciones internacionales ...", cit., supra, p. 5.

las ventajas que ofrece esta medida para el bienestar e interés del niño desamparado. La doctrina está sintetizada en el principio: “dar una familia al niño que no la tiene”.<sup>5</sup>

El deseo, legítimo y humano, de tener un hijo por parte de una pareja está supeditado al interés superior del menor.

Estos cambios culturales han supuesto una reorientación de la atención y protección a la infancia, asumidas como responsabilidad pública, y objeto, por tanto, de una política global que garantice el bienestar de la población infantil, fomentando el desarrollo de sus potencialidades y de sus derechos individuales y sociales.<sup>6</sup>

La noble función social del derecho y de la justicia es, además, dar a cada quien lo que le corresponde y nadie puede negar que es un derecho inalienable el que todo ser humano tenga una familia.

Muchos supuestos, como paternidad irresponsable, padres no sanos o con estados emocionales y psicológicos muy particulares que les impiden hacerse cargo de la crianza del menor, pueden provocar situaciones de desamparo<sup>7</sup> en el menor, lo que generará la necesidad de buscar otra familia en el Estado de origen. De no ser posible mantener al niño en su familia biológica, se deberá tratar de encontrar una familia en el mismo Estado de origen, “y si no fuera posible (tampoco) hallar otra familia local, en un plazo prudencial, admitir la adopción internacional, entendiendo que el mejor desarrollo de un niño se produce cuando éste crece dentro de una familia”.<sup>8</sup>

De esta manera, y entrando en contexto, un sector no muy numeroso pero bastante elocuente de la doctrina entiende por adopción internacional el acto jurídico que celebran personas con residencia habitual fuera del territorio nacional, independientemente de que sean ciudadanos de otro país o no. Bastará que tenga su residencia habitual fuera del territorio nacional para que se considere adopción internacional, como ejemplo se puede citar el caso de un ciudadano mexicano que reside en España y que tendrá, obligatoriamente, que acatar las leyes y tratados de los cuales sea

5 Véase Pilotti, Francisco, *Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva*, Madrid, Instituto Interamericano del Niño, 1990, pp. 23 y ss.

6 Véase Junta de Andalucía, *La atención a la infancia ...*, cit., supra, p. 7.

7 “La carencia del medio familiar idóneo, que no satisface las necesidades básicas del menor es lo que caracteriza el desamparo”, véase Wilde, Zulema D., *La adopción nacional e internacional...*, cit., supra, p. 25.

8 *Idem*.

parte España, con la finalidad de que este Estado reconozca y dé validez al proceso de adopción realizado en territorio mexicano.

Según Pilar Brioso, se entiende que la “adopción será internacional, y por ello relevante para el derecho internacional privado, cuando exista un elemento de extranjería en la relación, que puede ser: o bien la nacionalidad extranjera de una de las partes, o que alguna de ellas tenga su domicilio o su residencia en el extranjero, o que algunos actos ocurran en el extranjero”.<sup>9</sup>

La doctrina mayoritaria, considera que cualquier diferencia ya sea de nacionalidad, domicilio o residencia entre las partes, supondrá la internacionalidad de la institución. Que no sólo se base en los elementos personales sino que, atendiendo al lugar de celebración de los actos, basta con que alguno de ellos, no todos, se hayan celebrado en el extranjero para que la adopción se considere internacional.<sup>10</sup>

Por lo tanto, se considera que la adopción será internacional, cuando se determine la nacionalidad extranjera, o el domicilio o residencia en el extranjero, del adoptante, del adoptado, o de ambos.

Son muchos ya los tratados, pactos o convenios internacionales, que tienen relación directa con la protección de menores; ello es indicativo de la conciencia internacional, de la preocupación internacional hacia la protección, nunca desmedida, de nuestros menores. No sólo los intereses, a nivel mundial, están volcados en los acuerdos comerciales y/o políticos, sino que aquellas cuestiones privadas, como bien puede ser la adopción internacional, está en el “candelero” y en las “agendas” de nuestros gobernantes.<sup>11</sup>

La Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, viene a llenar este vacío al reglamentar las adopciones internacionales, tomando en cuenta, desde luego, los intereses de los adoptantes, pero, en forma primordial, el superior interés del niño y el respeto a sus derechos fundamentales, cuya protección compete tanto a los Estados como a la comunidad internacional.<sup>12</sup>

9 Véase Brioso Díaz, Pilar, *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*, Madrid, Edit. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, p. 15.

10 Otro concepto jurídico sería la adopción por extranjeros, que no trataremos en este momento.

11 Cfr. Brena Sesma, Ingrid, “Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre, 1995, p. 87.

12 *Ibidem*, p. 91.

A través de la Convención mencionada, se implementan varias medidas, entre las que destacamos:

- Un reconocimiento y proyección para el desarrollo armónico de la personalidad del niño. El niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.
- Se emplaza a las autoridades competentes a tomar medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen.
- Se reconoce que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen.
- Implementar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan en consideración el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.<sup>13</sup>

Tales medidas o funciones son difíciles de llevar a cabo, debido al desconocimiento de las adopciones internacionales.

No obstante, y aunque parezca una contradicción, destacamos que son numerosas las causas que determinan el incremento de las adopciones internacionales. Una de las causas es la multiplicación de los movimientos migratorios, que supone un gran volumen de transferencias de trabajadores de un país a otro, lo que determina la existencia en los Estados con alta tasa de inmigrantes, de un gran número de posibles adoptantes y adoptados, cuya nacionalidad no corresponde al país donde se encuentran y que por lo tanto generarán adopciones internacionales. Asimismo, el turismo fomenta, también, la aparición de elementos de extranjería en la adopción. Y por último, el desequilibrio de las condiciones socioeconómicas de la sociedad internacional potencia el crecimiento de las adopciones internacionales, ya que la prosperidad económica de un determinado país suele ir unida a la reducción del crecimiento demográfico en el mismo,<sup>14</sup>

13 Véase González Martín, Nuria, “Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto, 1998, pp. 577 y 578.

14 “En España, con cincuenta mil abortos legales al año, sólo hay niños para formalizar mil adopciones.... Hoy la salida más fácil de miles de familias es recurrir a la adopción internacional.... En España no hay niños para adoptar. Miles de familias viven incluidas en listas de espera creadas por las Comunidades Autónomas ante la fuerte demanda para dar un hogar, amor y calor, a bebés y niños desamparados. En Andalucía, Cataluña y Madrid esas listas ya están cerradas”. Fernández-Cuesta, Juan, “En España, con cincuenta mil abortos legales al año, sólo hay niños para formalizar mil adopciones”, *ABC*, España, Domingo 20 de septiembre de 1998, p. 54.

y a la inversa, en los países menos desarrollados económicamente, la explosión demográfica es mayor.<sup>15</sup>

El análisis de dicha convención resulta por demás interesante, no sólo por ser la normativa internacional actual, sino porque permite marcar los avances que en materia legislativa se han obtenido.

## II. ANTECEDENTES

Las medidas internacionales para la protección a la infancia fueron prácticamente inexistentes hasta el siglo XX. Es a partir de entonces cuando se inicia un desarrollo normativo internacional que será progresivamente ratificado e incorporado al marco legal de los diferentes Estados.<sup>16</sup>

La Convención de 1993 que comentamos se inspiró en los precedentes de acuerdos informales, en la Convención de La Haya y en las directivas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Niños,<sup>17</sup> para tratar de establecer un equilibrio entre la salvaguarda de la vida cultural del menor, manteniendo su propia personalidad, y la necesidad de su inserción en un hogar.

Las pautas volcadas en esta Convención de 1993 indican que cada Estado deberá tomar, prioritariamente, las medidas necesarias para mantener al niño en su familia de origen.

Con fecha de 29 de mayo de 1993 se concluyó en La Haya, Países Bajos, la Convención elaborada bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en su décimo séptima sesión. Las razones para incluir con prioridad la adopción internacional en el “sumario” de la décimo séptima sesión de la Conferencia fueron resumidas por la Secretaría General en los términos siguientes:

i) el dramático incremento de las adopciones internacionales ocurrido en muchos Estados desde finales de la década de 1960 hasta el punto que la adopción internacional se ha convertido en un fenómeno mundial que en-

15 Cfr. Brioso Díaz, Pilar, *La constitución de la adopción...*, cit., supra, p. 6.

16 La adopción internacional es un fenómeno que comienza después de la Segunda Guerra Mundial con los primeros desplazamientos importantes de menores europeos, japoneses y chinos a Estados Unidos de América o a Suecia. Años más tarde, tras las guerras de Vietnam y Corea, miles de niños asiáticos fueron adoptados e integrados en familias estadounidenses y europeas.

17 Véase Pérez Vera, Elisa, “El Convenio sobre los derechos del niño”, VV.AA., *Garantía internacional en los derechos sociales*, Madrid, Edit. Ministerio de Asuntos Sociales. Documentos Internacionales, 1990, pp. 169-185.

vuelve la movilización de menores a través de distancias geográficas muy grandes, de una sociedad y cultura a otro ambiente completamente distinto;

- ii) serios y complejos problemas humanos, en parte ya conocidos pero agravados como consecuencia de los recientes desarrollos, en parte nuevos, que conllevan numerosas dificultades, entre otras, de carácter jurídico, y
- iii) la insuficiencia de los instrumentos legales, internos e internacionales, y la necesidad de un enfoque multilateral.<sup>18</sup>

Firmaron el acta final de la Convención, 36 países miembros y 30 países no-miembros que fueron invitados a participar en la Conferencia Diplomática. La totalidad de ellos firmó el Acta final que contenía el texto definitivo.

El instrumento quedó abierto a la firma de los Estados participantes el mismo día.<sup>19</sup>

La Convención fue firmada por el plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado *ad referendum*, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de julio de 1993 y aprobada por el gobierno, a través de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el 22 de junio de 1994, ratificada por México el 14 de septiembre de 1994, y el decreto de promulgación de la misma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 24 de octubre de 1994.

Como ya dejamos entrever, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada en la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional, de 3 de diciembre de 1986, así como en la Convención que estamos comentando, relativa a la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional —todos firmados y ratificados

18 Véase Van Loon, J.H.A., “Report on Intercountry Adoption”, documento preliminar núm. 1, de abril de 1990, pp. 6-7, *Hague Conference on Private International Law, Proceedings of the Sixteenth Session (1988)*, tomo I, *Miscellaneous Matters*, La Haya, 1991, pp. 181-185; *Hague Conference on Private International Law. Proceedings of the Seventeenth Session, 10 to 29 May 1993*, t. II, *Adoption-Cooperation*, La Haya, 1994, pp. 10-119. *Cit.*, por Parra-Aranguren, Gonzalo, “La Convención de La Haya de 1993 sobre la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Boletín de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, España, segunda época, núm. 6, verano-otoño 1994, pp. 155 y 156.

19 Véase Siqueiros, José Luis, “La Convención relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, p. 313.



por México—, se desarrolla un sistema de cooperación a través de un reparto de responsabilidad entre los Estados contratantes,<sup>20</sup> tratando de:

- Satisfacer las necesidades básicas de la infancia, proporcionando al niño atención sanitaria, educación y formación, seguridad social, oportunidades de juego y recreo;
- Proteger al niño contra toda forma de crueldad y explotación: maltrato y abandono, tortura, pena de muerte, consumo y tráfico de drogas, explotación laboral y sexual, etcétera;
- Ayudar a la familia, respetando sus responsabilidades y sus derechos y deberes, y creando servicios de atención a la infancia, para que atiendan convenientemente las necesidades de sus hijos;
- Dedicar una atención especial a los niños particularmente vulnerables, tales como los niños impedidos, refugiados, los pertenecientes a minorías étnicas e indígenas, niños víctimas de malos tratos, abandono, conflictos armados, niños sin familia, etcétera;
- Permitir al niño expresar su opinión en los asuntos que le conciernen, profesar su religión, buscar y difundir informaciones y asociarse, todo ello en función de su edad y madurez.<sup>21</sup>

### III. NORMATIVIDAD

La Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, regula la tramitación a seguir en las adopciones internacionales a través de las autoridades competentes de cada país, y éstas, a su vez, pueden contemplar la acreditación y participación de organismos privados como, por ejemplo, agencias de colaboración de adopción internacional que se ocupan de la mediación con el país elegido y de informar sobre los requisitos que exija el mismo, entre otras funciones, lo cual agiliza, sustancialmente, la adopción internacional.

#### 1. *Preámbulo*

La Convención, en su preámbulo, incluye una serie de principios contenidos en la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre

20 Véase González Martín, Nuria, “Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación ...”, *cit., supra*, p. 577.

21 Véase Junta de Andalucía. *La atención a la infancia ...*, *cit., supra*, p. 10.

los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en aquellos expresados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional.

Con base en dichos principios, los Estados signatarios fundamentan la necesidad de elaborar un marco jurídico para asegurar el respeto a dichos derechos fundamentales y la adopción de medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor.<sup>22</sup>

El preámbulo destaca que la Convención insiste en el papel de la familia en la crianza y evolución del niño, como una especie de hábitat donde se forma y desarrolla su personalidad.<sup>23</sup>

En el segundo párrafo del preámbulo, se afirma la importancia de la familia biológica, no solamente por consideraciones psicosociales y jurídicas. Asimismo se recuerda el carácter subsidiario de la adopción internacional.<sup>24</sup>

Hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Los Estados signatarios de la presente Convención,

Reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión,

Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,

Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,

Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan un lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños,

Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Dere-

22 Véase Siqueiros, José Luis, "La Convención relativa a la protección de menores ...", *cit.*, *supra*, p. 314.

23 Véase Parra-Aranguren, Gonzalo, "La Convención de La Haya de 1993 sobre la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional", *cit.*, *supra*, p. 158.

24 *Ibidem*, pp. 158 y 159.

chos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y por la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, de 3 de diciembre de 1986).

## 2. *Ámbito y objeto de aplicación*

La Convención se aplica en los casos de adopción internacional, es decir, como ya apuntamos y ahora corroboramos, en aquellas adopciones en que el niño y los adoptantes tienen su residencia habitual en diferentes Estados.<sup>25</sup> La finalidad de la Convención es asegurar en las adopciones internacionales el respeto de los derechos fundamentales del niño y establecer la cooperación entre los Estados contratantes para evitar la sustracción, venta y tráfico de menores (artículos 1o., 2o. y 3o.).

Se refieren, dichos artículos, al objeto del Convenio, que consiste:

- a) En establecer garantías para que la adopción internacional considere el interés superior del niño y sus derechos fundamentales;
- b) Instaurar un sistema de cooperación entre Estados parte, y
- c) El reconocimiento de las adopciones realizadas en cumplimiento del Convenio. Si la adopción no se reconoce en el extranjero tiene poco sentido establecer las garantías adecuadas para la protección del menor y convenir en un sistema de cooperación entre los Estados contratantes.<sup>26</sup>

Además, la citada Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ha sido, es o va a ser, desplazado a otro Estado contratante.

En este momento sería conveniente destacar que conforme al artículo 23 de la Convención, que veremos más adelante, una adopción certificada como conforme a la Convención por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar la adopción tendrá reconocimiento; si bien tendrá que haber correspondencia de efectos de la adopción constituida por el extranjero, respecto a lo previsto en la legislación del país de recepción.

25 Nos unimos a la primera de las definiciones que expusimos en la introducción.

26 Véase Parra-Araguren, Gonzalo, “La Convención de La Haya de 1993...”, *cit.*, *supra*, p. 161.

Está dirigida, la Convención, a adopciones que establezcan exclusivamente un vínculo de filiación para el niño que va a ser desplazado a otro Estado contratante, la idea subyacente es tan sólo restringir el ámbito de la Convención a esas clases de adopciones, pero sin negar la eficacia o ignorar otras posibilidades para el cuidado de los niños.<sup>27</sup>

Trata, por todos los medios, de evitar adopciones clandestinas o con fines distintos al interés superior de los menores.

Tal como nos dice Parra-Aranguren, “Es preciso recordar que la Convención no persigue impedir en forma directa, sino indirecta, la sustracción, la venta o el tráfico de niños, por cuanto se espera que el cumplimiento de sus disposiciones traiga consigo la eliminación de tales abusos”.<sup>28</sup>

## Capítulo I. Ámbito de aplicación del Convenio.

### Artículo 1o.

La presente Convención tiene por objeto:

- a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;
- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con la Convención

### Artículo 2o.

1. La Convención se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

2. La Convención sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

### Artículo 3o.

La Convención deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de 18 años.

27 *Idem*.

28 *Ibidem*, p. 160.

### 3. Condiciones de las adopciones internacionales

En el capítulo segundo se establecen los requisitos que deben ser cumplidos por todas las adopciones internacionales, pero debe tenerse siempre presente, para evitar cualquier clase de confusiones, que los Estados contratantes mantienen toda su libertad para añadir todas las condiciones que consideren aconsejable para autorizar la adopción, así nos lo manifiesta el artículo 28 de la Convención. Por consiguiente, sería un error entender que ésta es la única condición que puede ser añadida, porque, según se ha dicho, los requisitos mencionados por la Convención representan un *minimum* y no un *maximum*.<sup>29</sup>

En el Estado de origen, las autoridades competentes deben asegurarse de la conveniencia de la adopción y que ésta responda a los intereses superiores del niño. También deben asegurarse de que todos los consentimientos necesarios para la adopción, incluso los de los menores,<sup>30</sup> han sido otorgados en los términos legales requeridos y después de haber sido ampliamente informados y asesorados quienes los otorgan (artículo 4o.).

En el Estado de recepción, las autoridades deben asegurarse de que los futuros padres adoptivos sean idóneos y aptos. En este orden de ideas, los presuntos adoptantes deberán, además, cubrir los requisitos que establece la Convención de La Haya y que son:

- Certificado de idoneidad. Es el documento por medio del cual la autoridad central del país de recepción declara la aptitud de los presuntos adoptantes para realizar la adopción de uno o más menores en el país de origen, de acuerdo con los estudios que les fueron practicados;
- La autorización que expide el Estado de recepción a efecto de que ingrese y resida en el mismo el menor que se pretende adoptar.

Asimismo, las autoridades del Estado de recepción, deberán asegurarse que los padres adoptivos han sido debidamente asesorados y que el

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>30</sup> En este sentido, el artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, dispone que los menores de 18 años no tienen capacidad de disponer de su persona, por lo tanto, proponemos que la obligación sea solamente de que el menor sea oído, en su proceso de adopción, para no conculcar el derecho consagrado en el artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño, la cual establece o enumera una serie de elementos que sirven al juzgador para tener la convicción de dictar sentencia atendiendo al interés superior del menor.

niño tiene los permisos necesarios para entrar y residir permanentemente en dicho Estado (artículo 5o.).

Este capítulo establece, en definitiva, cuándo puede aplicarse la Convención y que es necesario que las autoridades de cada Estado hayan establecido que el niño es adoptable, que conozcan las consecuencias de otorgar la adopción y que den el consentimiento en forma libre, legal y por escrito, sin obtener pago alguno.

## Capítulo II. Condiciones de las Adopciones Internacionales.

### Artículo 4o.

Las adopciones consideradas por la Convención sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen:

- a) Han establecido que el niño es adoptable;
- b) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

c) Se han asegurado de que:

- 1) Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

- 2) Tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,

- 3) Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y

- 4) El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño;

d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que:

- 1) Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción cuando éste sea necesario,

- 2) Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,

- 3) El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y

- 4) El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

#### Artículo 5o.

Las adopciones consideradas por la Convención sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción:

- a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;
- b) Se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y
- c) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

#### 4. *Autoridades centrales y organismos acreditados*

La Convención se fundamenta en la cooperación recíproca entre los Estados contratantes, y la idea subyacente es la de promover la confianza y asegurar una relación efectiva de trabajo entre el Estado de origen y el Estado de recepción, sobre la base del respeto mutuo y la observancia de reglas muy estrictas, profesionales y éticas. La realización práctica de estas finalidades impuso la designación de una autoridad central por cada Estado contratante, encargada de cumplir las obligaciones que le asigna la Convención.<sup>31</sup>

El objeto de las autoridades centrales designadas por cada uno de los Estados parte es la de asegurar la protección de los menores, ejecutando, controlando y cooperando en todos los aspectos del procedimiento adoptivo. Para cumplir esta misión, las autoridades centrales, tanto del Estado de origen como del de recepción, deben proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción; informarse plenamente de la situación de los niños y de los futuros padres adoptivos, y facultar, seguir y activar el procedimiento de la adopción (artículos 6o. a 9o.).

En las declaraciones efectuadas por México, al depositar el documento de ratificación, se establecieron como autoridades centrales: el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia con jurisdicción exclusiva en el Distrito Federal y subsidiaria en las 31 entidades federativas de la República Mexicana y a la Secretaría de Relaciones Exteriores como consultora jurídica para la recepción de documentos provenientes del extranjero.

Los organismos acreditados por las autoridades centrales deben perseguir fines no lucrativos, estar dirigidos y administrados por personas

31 Véase Parra-Aranguren, Gonzalo, “La Convención de La Haya de 1993 ...”, *cit., supra*, p. 162

expertas en materia de adopción internacional, ser de reconocida calidad moral y someterse a las autoridades competentes del Estado que lo acredite (artículo 11).

Los organismos acreditados, como las agencias o entidades de colaboración de adopción internacional (ECAI) tienen reconocimiento o potestad para determinadas tareas concretas de la tramitación, tales como realizar funciones en territorio nacional y en el extranjero, y funciones posteriores a la constitución de la adopción, entre la que destacamos, entre otras muchas:

— Asesoramiento previo a los futuros adoptantes. Verdaderamente la cuestión burocrática supone, para la mayoría de las personas que deciden adoptar, una carrera de obstáculos; por ello, cada vez con más frecuencia se solicita la intervención de la correspondiente ECAI acreditada en el país elegido para la adopción y así, con su colaboración recopilar la documentación necesaria como pudiera ser, por ejemplo:

- Documento de comparecencia ante el juez de lo familiar en cualquier momento del procedimiento;
- Copia certificada del acta de matrimonio y copias certificadas de las actas de nacimiento de los solicitantes;
- Dos certificados de constancia de no antecedentes penales;
- Dos certificados médicos de buena salud de los solicitantes;
- Documentos referentes a la constancia de trabajo: declaración jurada sobre los ingresos de los solicitantes acompañado de copia de la declaración del impuesto sobre la renta;
- Certificado de la policía donde se indican los requisitos exigidos para la entrada en España de menores extranjeros adoptados;
- Dos cartas de recomendación;
- Certificado de idoneidad, en el que se incluye los estudios socioeconómicos y psicológicos;
- Fotografías de cada uno de los cónyuges, así como de la casa y del entorno familiar.

El número de documentos varía según lo solicitado por el país de origen del niño.

En caso de ser considerados aptos por el Estado de origen, los futuros padres deben desplazarse al extranjero e iniciar los trámites con la presenta-



ción de la demanda de adopción e iniciar un tiempo de convivencia con su futuro hijo/a (alrededor de un mes o mes y medio) y una vez cumplido el proceso con la sentencia favorable y firme, la familia puede regresar a su hogar con el acta de nacimiento de su hijo/a, pasaporte y/o visados.

- Cursos de formación. Aquí subrayamos la importancia, a veces no valorada, de la formación y preparación, pre y post adoptiva, de los futuros adoptantes para afrontar responsabilidades, ansiedades, pavores, que, sin lugar a dudas, provoca una nueva situación, una adopción. “No es una decisión mediata, se dispone de tiempos diferenciados para ir madurándola. Se trata de un caso privilegiado de paternidad responsable. No cabe el desliz, ni la aventura. Hay mucho tiempo para sopesar los pros y los contras”.<sup>32</sup>
- Efectuar el seguimiento del proceso de integración entre el menor y su nueva familia, así como dar traslado del mismo a la Dirección General de Atención al Niño, del Estado concreto, conforme a las directrices de ésta;
- Remitir al organismo competente del Estado de origen del menor, cuando así lo requiera y con la periodicidad que señale, los informes de seguimiento, y
- Asesorar a los adoptantes en relación con la inscripción de la adopción, de acuerdo con lo previsto en la legislación reguladora del registro civil.

Además, las agencias deben cumplir las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; deben estar capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

Con respecto a los organismos acreditados o entidades colaboradoras, es importante señalar que en nuestro país, México, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, DIF-Nacional, en su calidad de autoridad central en materia de adopción internacional ha acreditado como entidades colaboradoras a las siguientes:<sup>33</sup>

32 Véase González González, Pilar y Mozos Salcedo, Antonia, “La familia frente a la adopción”, *Cuadernos. Crítica*, España, noviembre 1997, p. 35.

33 Los Estados contratantes no están obligados convencionalmente a consentir la intervención en su territorio de organismos acreditados debidamente en el extranjero, pueden permitirlo o no, según lo consideren conveniente.

## A. España

- *Asociación Andaluza de Ayuda a la Infancia Iberoamericana*, acreditada para la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a su vez, para los Estados Unidos Mexicanos con fecha de 17 de septiembre de 1997.
- *Fundación en Defensa del Derecho de la Infancia a la Adopción* (Addia), acreditada en las siguientes comunidades autónomas: Castilla-León; Aragón, Cataluña, Valencia, Islas Baleares y Castilla-La Mancha, con fecha 17 de septiembre de 1997.
- *Asociación Puente para la Adopción Internacional*, acreditada en la Comunidad de Andalucía.

## B. Dinamarca

- *Adoption Center*.

La finalidad de autorizar a las agencias, sin ánimo de lucro, para colaborar con la administración, es la de luchar, como dice la Convención, contra el tráfico de niños y evitar que nadie obtengan beneficios indebidos relacionados con las adopciones. Además, uno de los objetivos principales de la protección del menor es la promoción del bienestar social; todos los niños tienen derecho a crecer en una familia, sólo cuando no es posible la ubicación de ese niño dentro de su país, por razones de variada índole, pero fundamentalmente sociales, la adopción por extranjeros se concibe como un beneficio para el niño.

Es necesario destacar que las mencionadas ECAIS están puestas a disposición de las autoridades competentes, y serán consideradas como tales, aquellas asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, legalmente constituidas, en cuyos estatutos figure como fin la protección de menores que, de reunir los requisitos previstos en la normatividad, obtengan la correspondiente acreditación para intervenir en funciones de mediación en adopción internacional.

Asimismo, las ECAIS respetarán en su actuación los ordenamientos jurídicos de ambos Estados parte, así como los convenios internacionales, relativos a menores, ratificados también por ambos. Velarán, igualmente, para que en todo el proceso de tramitación, quede garantizado el cumplimiento de las normas.

Por último, reiterar que la Convención subraya que la adopción deber ser concebida, en todo caso, como un recurso de protección para aquellos

niños y niñas que no pueden permanecer en su propia familia o que, simplemente, no la tienen; para que se cumpla esta función, los Estados deben arbitrar todos los mecanismos necesarios para garantizarle al niño unos padres capaces de asegurar las atenciones propias de la función parental; así como garantizar y prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños, y ahí es donde intervienen las mencionadas agencias de colaboración de adopción internacional o ECAIS, que nacen con claros objetivos que van en la misma dirección de la presente Convención y lo loable de su actividad.<sup>34</sup>

Este capítulo, en resumidas cuentas, se refiere a que cada Estado parte designará una autoridad central que se encargue de dar cumplimiento a las obligaciones que la Convención establece y de cooperar entre ellos, para que así se tenga un mejor control de los menores que se encuentren en otro Estado.

En caso de un Estado federal, podrán nombrarse más de una autoridad central, pero determinando cuál es la competente dentro de ese Estado.

### Capítulo III. Autoridades centrales y organismos acreditados.

#### Artículo 6o.

1. Todo Estado contratante designará una Autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que la Convención le impone.

2. Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un Estado con unidades territoriales autónomas puede designar más de una Autoridad central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uso de esta facultad, designará la Autoridad central a la que puede dirigirse toda comunicación para su transmisión a la Autoridad central competente dentro de ese Estado.

#### Artículo 7o.

1. Las Autoridades centrales deberán cooperar entre ellas y promover una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos de la Convención.

2. Tomarán directamente todas las medidas adecuadas para:

a) Proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios;

34 Véase González Martín, Nuria, “Convención sobre la Protección de Menores ...”, *cit.*, *supra*, pp. 578 y 579.

b) Informarse mutuamente sobre el funcionamiento de la Convención y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación.

Artículo 8o.

Las Autoridades centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos de la Convención.

Artículo 9o.

Las Autoridades centrales tomarán, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado, todas las medidas apropiadas, en especial para:

a) Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción;

b) Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción;

c) Promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones;

d) Intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional;

e) Responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes particulares de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades públicas.

Artículo 10.

Sólo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles.

Artículo 11.

Un organismo acreditado debe:

a) Perseguir únicamente fines no lucrativos, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las autoridades competentes del Estado que lo haya acreditado;

b) Ser digno y administrado por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional, y

c) Estar sometido al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

Artículo 12.

Un organismo acreditado en un Estado contratante sólo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

### Artículo 13.

La designación de las Autoridades centrales y, en su caso, el ámbito de sus funciones, así como el nombre y dirección de los organismos acreditados, serán comunicados por cada Estado contratante a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

## 5. Condiciones de procedimiento de las adopciones internacionales

El capítulo cuarto persigue establecer un procedimiento que proteja los intereses fundamentales de todas las partes involucradas en una adopción internacional, en particular, el niño, los padres biológicos y los futuros padres adoptivos.<sup>35</sup>

Quienes deseen adoptar un niño deben presentar, personalmente o a través de una ECAI, su solicitud a la autoridad central y ésta remitirla al Estado que recibirá al menor, la que si considera aptos y adecuados a los solicitantes preparará un informe referente a su identidad, capacidad jurídica y económica, situación personal, familiar, etcétera, el llamado expediente de idoneidad, y que dirigirá a la autoridad central del Estado de residencia del niño. Esta última, si considera al niño susceptible de ser adoptado, transmitirá a su vez a la autoridad central del Estado solicitante un informe sobre el niño, que contendrá básicamente: su idoneidad para ser adoptado, sus condiciones culturales; su origen étnico, religioso; historia médica de él y su familia; las pruebas de que todos los consentimientos necesarios se han obtenido y la motivación de su colocación, es el llamado informe de adoptabilidad (artículos 14 a 16).

Si alguna vez, el niño o su representante deseara conocer esa información y la ley de su Estado lo permitiera, deberá asegurarse el acceso a la misma, con el debido asesoramiento.

Las autoridades deben ser extremadamente exigentes a la hora de establecer los procesos de adopción y asegurarse la capacidad e idoneidad de los futuros padres adoptantes, garantizando la intervención de las autoridades administrativas y judiciales en la tramitación de dichos procesos, “el derecho del menor a recibir una buena familia debe, por lo tanto, ser lo principal, mientras que los deseos de tener hijos de los solicitantes viene a ser la secundaria”.<sup>36</sup>

35 Véase Parra-Aranguren, Gonzalo, “La Convención de La Haya de 1993...”, *cit.*, *supra*, pp. 163 y 164.

36 Véase el Manual de Adopciones Internacionales elaborado por el Consejo Nacional Sueco, “The Swedish National Board for Intercountry Adoptions”, 1991. *Manual for Municipal Social Wel-*

La idoneidad de los adoptantes constituye un requisito jurídico formal contemplado de forma expresa en el artículo 15 de la Convención de La Haya, sin el cual no puede proseguir la tramitación del expediente en los países que han ratificado dicha Convención, siendo competente para su emisión la entidad pública del domicilio del adoptante.<sup>37</sup>

Cuando la adopción es consular,<sup>38</sup> siendo el adoptante extranjero y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular, el citado precepto prevé que la idoneidad de los adoptantes junto a la propuesta previa sea formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante dentro de los dos últimos años al de la adopción. De rebasar este período, el cónsul deberá recabar de las autoridades del lugar de residencia de aquél, informes suficientes para valorar su idoneidad.<sup>39</sup>

Las autoridades centrales de ambos Estados deben mantenerse siempre informadas del procedimiento de adopción y deben tomar todas las medidas para el desplazamiento del niño, así como para su ingreso y residencia permanente en el Estado de residencia de sus padres adoptivos (artículo 20).

En relación con los informes de seguimiento, cabe decir que constituyen un compromiso formal con las autoridades del país de origen, en virtud de tratados o protocolos suscritos entre el Estado receptor y el de origen. Hay países que exigen cumplimentar los informes de seguimiento con periodicidad trimestral, hasta cinco años después de la adopción. Si bien es comprensible la exigencia de unos primeros informes exhaustivos cuando el menor es recibido por su nueva familia en el país receptor, para constatar el acoplamiento, tal exigencia pierde intensidad legal una vez reconocida e inscrita la adopción en el lugar de recepción, ya que el adoptado ha roto cualquier vínculo con su familia natural, habiendo incluso adquirido la nacionalidad del país de recepción. Una vez realizados, durante un tiempo, varios informes de seguimientos, se suele solicitar informes de escolaridad, médicos, fotografías, que sustituyen los informes de

*fare Committees*, Estocolmo, *cit.*, por Campà i de Ferrer, Xavier, “Las adopciones internacionales...”, *cit.*, *supra*, p. 2.

37 Véase Campà i de Ferrer, Xavier, “Las adopciones internacionales ...”, *cit.*, *supra*, p. 2.

38 Con respecto a la adopción constituida en el extranjero por cónsul español. Véase Esplugues, Carlos, “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, Italia, Anno XXXIII, núm. 1, Gennaio-Marzo 1997, pp. 54-58.

39 Véase Campà i de Ferrer, Xavier, “Las adopciones internacionales ...”, *cit.*, *supra*, p. 3.

seguimiento iniciales, siendo menos gravoso y aceptado más fácilmente por los adoptantes.<sup>40</sup>

Es importante señalar que los artículos 17 y 21 de la Convención establecen la posibilidad de que haya un período de prueba y el niño sea trasladado con quienes desean adoptarlo. Si la permanencia es conveniente se continuará con el procedimiento adoptivo, o bien, en caso contrario, si no responde a sus intereses se retirará al niño de esa familia, se le buscará una nueva colocación y si ésta no es posible se deberá asegurar su retorno a su país de origen.

Para que el niño salga del Estado de origen y entre con residencia permanente en el Estado de recepción, la autoridad central del Estado de origen habrá confirmado previamente que los futuros padres adoptivos han expresado su acuerdo y que el mismo ha sido aprobado por la autoridad central de su residencia.

El desplazamiento del niño se hará en las mejores condiciones de seguridad y, si es posible, acompañado por los futuros padres adoptivos. Puede requerirse un período probatorio en el cual las autoridades centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción.

En la Convención también se permite que las funciones de las autoridades centrales puedan ser realizadas por autoridades públicas, personas y organismos acreditados que demuestren sus conocimientos, experiencia, capacitación y calidad ética en materia de adopción internacional (artículo 22).<sup>41</sup>

#### Capítulo IV. Condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales.

##### Artículo 14.

Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual.

##### Artículo 15.

1. Si la Autoridad central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los moti-

40 *Idem.*

41 Véase *supra*, inciso 4. Autoridades centrales y organismos acreditados.

vos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.

2. Esta Autoridad central transmitirá el informe a la Autoridad central del Estado de origen.

#### Artículo 16.

1. Si la Autoridad central de Estado de origen considera que el niño es adoptable:

a) Preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de sus familia, así como sobre sus necesidades particulares;

b) Se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural;

c) Se asegurará de que se han obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4o., y

d) Constatará si, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación prevista obedece al interés superior del niño.

2. Esta Autoridad central transmitirá a la Autoridad central del Estado de recepción su informe sobre el niño, la prueba de que se han obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

#### Artículo 17.

En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si:

a) La Autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo;

b) La Autoridad central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad central del Estado de origen;

c) Las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y

d) Se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5o., que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

#### Artículo 18.

Las Autoridades centrales de ambos Estados tomarán todas las medidas necesarias para que el niño reciba la autorización de salida del Estado de origen, así como de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción.



#### Artículo 19.

1. Sólo se podrá desplazar al niño al Estado de recepción si se han observado las exigencias del artículo 17.

2. Las Autoridades centrales de ambos Estados se asegurarán de que el desplazamiento se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y, cuando sea posible, en compañía de los padres adoptivos o de los futuros padres adoptivos.

3. Si no se produce el desplazamiento del niño, los informes a los que se refieren los artículos 15 y 16 serán devueltos a las autoridades que los hayan expedido.

#### Artículo 20.

Las Autoridades centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como sobre el desarrollo del período probatorio, si fuera requerido.

#### Artículo 21.

1. Si la adopción debe tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y la Autoridad central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior, esta Autoridad central tomará las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para:

a) Retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional;

b) En consulta con la Autoridad central del Estado de origen, asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero; la adopción del niño sólo podrá tener lugar si la Autoridad central del Estado de origen ha sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos;

c) Como último recurso, asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.

2. Teniendo en cuenta especialmente la edad y grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se obtendrá su consentimiento en relación a las medidas a tomar conforme al presente artículo.

#### Artículo 22.

1. Las funciones atribuidas a la Autoridad central por el presente capítulo pueden ser ejercidas por autoridades públicas o por organismos acreditados conforme al Capítulo III, en la medida prevista por la ley de este Estado.

2. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario de la Convención por los artículos 15 a 21, y podrán también ser ejercidas en ese Estado, dentro de los límites permitidos por la ley y bajo el control de las autoridades competentes de dicho Estado, por persona u organismo que:

a) Cumplan las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado; y

b) Estén capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en el ámbito de la adopción internacional.

3. El Estado contratante que efectúe la declaración prevista en el párrafo segundo informará con regularidad a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de los nombres y direcciones de estos organismos y personas.

4. Todo Estado contratante podrá declarar ante el depositario del Convenio que las adopciones de niños cuya residencia habitual esté situada en su territorio sólo podrán tener lugar si las funciones conferidas a las Autoridades Centrales se ejercen de acuerdo con el párrafo primero.

5. A pesar de que se haya realizado la declaración prevista en el párrafo segundo, los informes previstos en los artículos 15 y 16 se prepararán, en todo caso, bajo la responsabilidad de la Autoridad central o de otras autoridades u organismos de acuerdo con el párrafo primero.

## 6. Reconocimiento y efectos de la adopción

La Convención establece que una adopción certificada y aprobada conforme a la misma, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados parte. Esta certificación se hará por las autoridades competentes, las cuales serán designadas por cada Estado contratante al momento de firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a la Convención (artículo 23).

La adopción internacional no será reconocida si en un Estado contratante, es contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño (artículo 24).

No olvidemos que la naturaleza del orden público internacional es excepcional, por cuanto la ley extranjera debe contradecirla de modo grave y además siempre ante un caso en concreto.

“Las leyes de orden público internacional son imperativas y territoriales, y para decidir si una ley tiene tal carácter en un momento determinado, es necesario tener en cuenta las fluctuaciones de la opinión general y de la judicial de cada Estado”.

Existen las concepciones *apriorística* y *a posteriori* del orden público. La primera es la que indica el legislador declarando que una ley es o no de orden público.

Lo segundo significa que, ante un caso concreto, el juez analiza la ley extranjera indicada por su regla de conflicto y resuelve si está o no en presencia del orden público.

La concepción a posteriori tiene la ventaja de adaptarse mejor a los cambios legislativos, pero requiere fueros especiales o jueces especialistas para no confundir orden público interno con orden público internacional.

“El orden público internacional es un concepto funcional y excepcional en situaciones donde puede aplicarse eventualmente el derecho extranjero y que debe ser rechazado en defensa de principios fundamentales comunes a toda la humanidad”.

La diferencia con el orden público interno es que éste responde a un mecanismo positivo que se refiere a normas rígidas o de aplicación inmediata.

Por otra parte, una disposición importantísima es la contenida en el artículo 26, que señala que el reconocimiento de la adopción implica:

- a) Vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;
- b) La responsabilidad de los padres adoptivos respecto del hijo;
- c) La ruptura del vínculo de filiación entre el niño y sus padres, si la adopción tiene esos efectos en su país de origen.

Ese mismo artículo establece que en caso de que la adopción tenga como efecto la ruptura del vínculo del niño con sus padres naturales, el niño gozará en el Estado de recepción y en todos los demás Estados que reconozcan la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados. Estos efectos no impiden la aplicación de disposiciones más favorables al niño, vigentes en el Estado de recepción. Esto quiere decir, en definitiva, que toda adopción certificada conforme a la Convención será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. Así como la Convención autoriza a un tercer Estado contratante a denegar el reconocimiento de la adopción, si ésta fuera manifiestamente contraria al orden público, con sólo un límite a esta facultad que es el de tomar en consideración el interés superior del niño.

En el caso de que la adopción realizada en el Estado de origen no tenga por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, el artículo 27 de la Convención prevé que pueda ser convertida en una adopción que produzca tal efecto en el Estado de recepción, si la ley del Estado de recepción lo permite y los consentimientos exigidos han sido otorgados para tal adopción, en cuanto a las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera o en cuanto al menor cuando sea necesario.

En estos casos, se han aportado estos consentimientos, y debiera el juez encargado del registro civil central, reconocer e inscribir dichas adopciones, directamente sin necesidad de que se constituyan *ex novo* ante la autoridad judicial competente. Esto ocurriría en países como el nuestro, México, en donde sus estados federados no contemplaban otra adopción que la simple o semiplena. Sin embargo, al ser un país que ha ratificado la Convención de La Haya, la entidad pública del Estado receptor debía tomar la precaución de solicitar la ampliación de los consentimientos a los efectos de lo previsto en el mencionado artículo 27;<sup>42</sup> además, para resolver ciertas cuestiones, en México, según el Decreto por el que se reforma y adiciona al Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal y al Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de mayo de 1998, se expresa que las adopciones internacionales serán plenas, esto quiere decir que la adopción sí crea una relación jurídica del adoptado con los parientes de los adoptantes, en virtud de que éste adquiere todos los derechos y obligaciones de un hijo biológico. En la adopción plena es un derecho del adoptado llevar los apellidos de las personas que lo adoptan; el adoptado rompe con el vínculo de filiación tanto el de los padres biológicos como el de su familia de origen; además marca las restricciones o impedimentos para contraer matrimonio.<sup>43</sup>

En cuanto al registro de la adopción en la plena, el artículo 86 del Código Civil para el Distrito Federal, en su segundo párrafo, establece que el oficial del registro civil deberá levantar una acta “como si fuera de nacimiento”, en iguales términos en los que se expide para los hijos consanguíneos; en este orden de ideas diremos que el acta que se levanta en la adopción plena es una acta de nacimiento sin ninguna diferencia al acta de nacimiento de un hijo biológico.

El reconocimiento de la adopción implica reconocer el vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos y la responsabilidad que éstos tienen hacia su hijo, así como la ruptura del vínculo de filiación preexistente, si la adopción produce este efecto en cada uno de los estados contratantes.

Cuando la adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de re-

42 Véase Campà i de Ferrer, Xavier, “Las adopciones internacionales...”, *cit.*, *supra*, p. 3.

43 Véase artículos 410 A y 156, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal.

cepción que reconozca la adopción de acuerdo a la Convención se podrá convertir en una adopción que produzca tal efecto, lo que tiene relación con lo que expresa el artículo 4o., inciso c), subinciso a), en cuanto a las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiere para la adopción, han sido convenientemente asesorados y debidamente informados en particular, en relación al mantenimiento o ruptura de los vínculos jurídicos ente el niño y su familia de origen.

#### Capítulo V. Reconocimiento y efectos de la adopción.

##### Artículo 23.

1. Una adopción certificada como conforme a la Convención por la Autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes. La certificación especificará cuándo y por quién han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c).

2. Todo Estado contratante, en el momento de la firma, la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificará al depositario de la Convención la identidad y las funciones de la autoridad o autoridades que, en dicho Estado, son competentes para expedir la certificación. Notificará asimismo cualquier modificación en la designación de estas autoridades.

##### Artículo 24.

Sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

##### Artículo 25.

Todo Estado contratante puede declarar ante el depositario de la Convención que no reconocerá en virtud de las disposiciones del mismo las adopciones hechas conforme a un acuerdo concluido en aplicación del artículo 39, párrafo segundo.

##### Artículo 26.

1. El reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento:

- a) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;
- b) De la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;
- c) De la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.

2. Si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los

que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.

3. Los párrafos precedentes no impedirán la aplicación de disposiciones más favorables al niño que estén en vigor en el Estado contratante que reconozca la adopción.

#### Artículo 27.

1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme a la Convención dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si:

a) La ley del Estado de recepción lo permite; y  
b) Los consentimientos exigidos en el artículo 4o., apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción.

2. El artículo 23 se aplicará a la decisión sobre la conversión de la adopción.

### 7. Disposiciones generales

Destacan las disposiciones generales referentes a la no afectación de las leyes del Estado de origen del niño que exija que la adopción se realice en dicho Estado o las que prohíban su colocación o desplazamiento antes de ser aprobada la adopción (artículo 28).

También se establece que los futuros padres adoptivos no tendrán contacto alguno con los padres del niño o quienes los tengan bajo su guarda, sino hasta que se cumplan los requisitos antes señalados, salvo que sean familiares o se cumplan los requisitos exigidos por la autoridad competente del Estado de origen del niño (artículo 29).

Así también se establece que la Convención no admitirá reserva alguna (artículo 40).

El artículo 45 de la Convención se refiere al caso de los Estados con dos o más unidades territoriales en las que se apliquen diferentes sistemas jurídicos en materia de adopción, casos en los que dichos Estados podrán declarar al momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la Convención, que la misma se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrán modificar esta declaración en cualquier momento. Si un Estado no hace declaración alguna, la Convención se aplicará a la totalidad de su territorio.

La última parte de la Convención se refiere al procedimiento para la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la Convención, a la cual

puede adherirse cualquier Estado, después de su entrada en vigor (artículos 43 a 48).

La Convención no afecta a la ley de un Estado de origen que exija que la adopción se produzca en ese mismo Estado, o que prohíba el desplazamiento del niño al Estado de recepción antes de la adopción.

La Convención impide el contacto entre los futuros padres adoptivos y los padres o guardadores de éste, hasta que la autoridad central haya establecido que el niño es adoptable, que eso responde a su interés superior y que se hayan obtenido los consentimientos de las autoridades centrales de ambos países, de los futuros padres adoptivos con probada aptitud para adoptar, de la madre del niño luego de su nacimiento y a veces del niño propio.

Queda expresamente determinado que no pueden obtenerse beneficios materiales indebidos por parte de quienes intervengan en la adopción. Quiere decir que sólo podrán reclamarse costos y gastos directos incluyendo honorarios profesionales adecuados.

## Capítulo VI. Disposiciones Generales

### Artículo 28.

La Convención no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o de desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción.

### Artículo 29.

No habrá contacto alguno entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido las condiciones de los artículos 4o., apartados a) a c) y del artículo 5o., apartado a), salvo cuando la adopción del niño tenga lugar entre familiares o salvo que se cumplan las condiciones que establezca la autoridad competente del Estado de origen.

### Artículo 30.

1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia.

2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado.

#### Artículo 31.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, los datos personales que se obtengan o transmitan conforme a la Convención, en particular aquellos a los que se refieren los artículos 15 y 16, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron.

#### Artículo 32.

1. Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional.

2. Sólo se podrán reclamar y pagar costes y gastos directos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción.

3. Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados.

#### Artículo 33.

Toda autoridad competente que constate que no se ha respetado o que existe un riesgo manifiesto de que no sea respetada alguna de las disposiciones de la Convención, informará inmediatamente a la Autoridad central de su Estado.

Dicha Autoridad central tendrá la responsabilidad de asegurar que se toman las medidas adecuadas.

#### Artículo 34.

Si la autoridad competente del Estado de destino de un documento así lo requiere, deberá proporcionarse una traducción auténtica. Salvo que se disponga lo contrario, los costes de tal traducción correrán a cargo de los futuros padres adoptivos.

#### Artículo 35.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes actuarán con celeridad en los procedimientos de adopción.

#### Artículo 36.

En relación a un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables en distintas unidades territoriales:

a) Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado;

b) Toda referencia a la ley de dicho Estado se entenderá referida a la ley vigente en la correspondiente unidad territorial;

c) Toda referencia a las autoridades competentes o a las autoridades públicas de dicho Estado se entenderá referida a las autoridades autorizadas para actuar en la correspondiente unidad territorial;



d) Toda referencia a los organismos acreditados de dicho Estado se entenderá referida a los organismos acreditados en la correspondiente unidad territorial.

Artículo 37.

En relación a un Estado que tenga, en materia de adopción, dos o más sistemas jurídicos aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se entenderá referida al sistema jurídico determinado por la ley de dicho Estado.

Artículo 38.

Un Estado contratante en el que distintas unidades territoriales tengan sus propias normas en materia de adopción no estará obligado a aplicar las normas de la Convención cuando un Estado con un sistema jurídico unitario no estaría obligado a hacerlo.

Artículo 39.

1. La Convención no derogará a los instrumentos internacionales en que los Estados contratantes sean partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por la presente Convención, salvo declaración en contrario de los Estados vinculados por dichos instrumentos.

2. Todo Estado contratante podrá concluir con uno o más Estados contratantes acuerdos para favorecer la aplicación del Convenio en sus relaciones recíprocas. Estos acuerdos sólo podrán derogar las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 16 y 18 a 21. Los Estados que concluyan tales acuerdos transmitirán una copia de los mismos al depositario de la presente Convención.

Artículo 40.

No se admitirá reserva alguna a la Convención.

Artículo 41.

La Convención se aplicará siempre que una solicitud formulada conforme al artículo 14 sea recibida después de la entrada en vigor de la Convención en el Estado de origen y en el Estado de recepción.

Artículo 42.

El secretario general de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocará periódicamente una comisión especial para examinar el funcionamiento práctico de la Convención.

## 8. Cláusulas finales

En principio la Convención podrá ser firmada por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y por los demás Estados participantes.

Después de su entrada en vigor, el 1 de mayo de 1995, cualquier Estado se podrá adherir, pero la Convención no tendrá efecto para el adherente en relación al Estado contratante que formule objeción a la adhesión dentro de los seis meses de notificada o en el momento de la ratificación.

Consideramos importante, en este momento, citar cuáles son los Estados contratantes que a la fecha han ratificado la Convención de La Haya y la fecha que entró en vigor.

Estado contratante	En vigencia desde:
1. Andorra	1 mayo 1997
2. Australia	1 diciembre 1998
3. BurKina Fasso	1 mayo 1996
4. Canadá <sup>44</sup>	1 abril 1997
5. Colombia	1 noviembre 1998
6. Chipre	1 junio 1995
7. Costa Rica	1 febrero 1996
8. Dinamarca	1 noviembre 1997
9. Ecuador	1 enero 1996
10. España	1 noviembre 1996
11. Filipinas	1 noviembre 1995
12. Finlandia	1 noviembre 1996
13. Francia	1 julio 1997
14. Lituania	1 octubre 1998
15. México	1 mayo 1995
16. Moldavia	10 agosto 1998
17. Noruega	1 enero 1998
18. Países Bajos	1 octubre 1998
19. Panamá	1 julio 1998
20. Paraguay	1 octubre 1998
21. Perú	1 enero 1996
22. Polonia	1 octubre 1995
23. Rumania	1 mayo 1995
24. Sri Lanka	1 mayo 1995
25. Suecia	1 agosto 1997
26. Venezuela	1 mayo 1997

44 Cabe aclarar que tres provincias canadienses no ratificaron dicha Convención: Quebec, Ontario y Nueva Escocia.

Las personas residentes en estas provincias no realizarán los trámites de adopción en el marco jurídico de la Convención de La Haya.

Cuando un Estado tenga varias unidades territoriales con sistemas jurídicos diferentes en cuestiones de adopción, podrá indicar en qué unidades se aplicará la convención y en cuáles no.

La Convención, como mencionamos, entró en vigor el 1 de mayo de 1995, de acuerdo con su artículo 46, debido a la ratificación hecha por México, Rumania y Sri Lanka; posteriormente ha sido firmada, pero no ratificada, además, por Costa Rica, Brasil, Colombia, Uruguay, Israel, Reino Unido, Estados Unidos de América y Suiza, entre otros.

## Capítulo VII. Cláusulas finales

### Artículo 43.

1. La Convención estará abierta a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado cuando se celebre su Decimoséptima sesión y de los demás Estados participantes en dicha sesión.

2. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositarios de la Convención.

### Artículo 44.

1. Cualquier otro Estado podrá adherirse a la Convención después de su entrada en vigor, en virtud del párrafo 1 del artículo 46.

2. El instrumento de adhesión se depositará en poder del depositario.

3. La adhesión sólo surtirá efecto en las relaciones entre el Estado adherente y los Estados contratantes que no hubiesen formulado objeción a la adhesión en los seis meses siguientes a la recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del artículo 48. Podrá asimismo formular una objeción al respecto cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación de la Convención posterior a la adhesión. Dichas objeciones serán notificadas al depositario de la Convención.

### Artículo 45.

1. Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por la presente Convención, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva.

2. Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario de la Convención y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que la Convención será aplicable.

3. En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente artículo, la Convención se aplicará a la totalidad del territorio de dicho Estado.

#### Artículo 46.

1. La Convención entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación previsto en el artículo 43.

2. En lo sucesivo, la Convención entrará en vigor:

a) Para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

b) Para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación de la Convención de conformidad con el artículo 45, el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

#### Artículo 47.

1. Todo Estado Parte en la presente Convención podrá denunciarlo mediante notificación por escrito dirigida al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de doce meses después de la fecha de recepción de la notificación por el depositario de la Convención. En caso de que en la notificación se fije un período más largo para que la denuncia surta efecto, ésta tendrá efecto cuando transcurra dicho período, que se contará a partir de la fecha de recepción de la notificación.

#### Artículo 48.

El depositario de la Convención notificará a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado así como a los demás Estados que se hayan adherido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44:

a) Las firmas, ratificaciones, aceptaciones y aprobaciones a que se refiere el artículo 43;

b) las adhesiones y las objeciones a las mismas a que se refiere el artículo 44;

c) la fecha en la que la Convención entrará en vigor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46;

d) las declaraciones y designaciones a que se refieren los artículos 22, 23, 25 y 45;

e) los acuerdos a que se refiere el artículo 39;

f) las denuncias a que se refiere el artículo 41.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado la presente Convención.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Con el presente estudio no queremos dar una imagen errónea de la realidad que circunscribe la adopción internacional.

2. La dura realidad a la que se enfrenta la infancia en la mayor parte del mundo no puede dejar a nadie indiferente y obliga a reconocer la urgente necesidad de establecer controles aún más estrictos en materia de adopción.

3. Convenciones como la presente, son medidas necesarias, creadas por los Estados, precisamente para tratar de erradicar cuestiones tan delicadas como tráfico de menores para diferentes fines, ninguno de ellos, protectores de nuestros menores ni con una idea de supremacía del bienestar de nuestros infantes.

4. A través de la Convención de La Haya se han establecido férreas condiciones administrativas y jurídicas, así como la intervención de agencias, asociaciones o entidades colaboradoras para la adopción internacional, ECAIS, sin ánimo de lucro y autorizadas por los gobiernos de los países en los que operan.

5. Los menores, nuestros menores en situaciones con factores de riesgo, ya sea de índole individual, social o cultural, ven obstaculizados su desarrollo normal; son, como decimos, situaciones de riesgo que hacen necesarias intervenciones específicas adaptadas a cada situación; para ello, en primer lugar, hay que prevenir, detectar y atender con el objeto de evitar situaciones de mayor gravedad o daños irreparables para el menor.

6. El control de la comunidad internacional es de extrema necesidad y la voluntad y la actuación sin fines de lucro es un hecho, que esperamos que poco a poco no sea la excepción sino la regla.

7. Buscar la adopción como instrumento de integración familiar y el interés superior del menor adoptado.

8. Con Convenciones como la que analizamos y con reformas, por ejemplo, como la del Código Civil para el Distrito Federal de 28 de mayo de 1998, se trata de dotar al menor de un marco jurídico adecuado de protección y garantías, en relación con la complejidad de las adopciones internacionales, otorgando el debido papel a las entidades públicas en ga-

rantía de la aplicación de los principios que informan la adopción internacional.

9. Tanto las adopciones nacionales y, con mayor razón, las adopciones internacionales exigen la expedición de un certificado de idoneidad y, cuando el país de origen del menor lo solicite, el compromiso de entregar con periodicidad informes de seguimientos que aseguren el bienestar del menor.

10. El certificado de idoneidad constituye el documento público que posibilita el inicio de los trámites del expediente de adopción en el país de origen del menor, y es consecuencia directa del proceso de estudio y valoración de los solicitantes de adopción, que concluye con el informe psicosocial elaborado por unos equipos técnicos. Contra la resolución declarando la no idoneidad pueden los solicitantes recurrir ante la jurisdicción ordinaria mediante el pertinente procedimiento de jurisdicción voluntaria.<sup>45</sup>

11. La adopción internacional, como nos dice Operti, no es un tema fácil de legislar, se debe advertir de la necesidad de legislar sobre ella con mucho cuidado, a sabiendas que el interés de los futuros adoptantes deja de lado, en muchos casos, la exigencia formal que pueda entorpecer su decisión de adoptar un niño. Por esta razón, también es preciso no hacer del trámite de la adopción un proceso kafkiano, como suele decirse, pues esto aumentará el número de adopciones ilegales o, en el mejor de los casos, irregulares.<sup>46</sup>

12. Por último, la Convención quizás hubiera debido considerar la creación de un registro nacional de adopciones, en el que se determine el origen legítimo del adoptado, así como su situación en el país de destino. También sería muy oportuno disponer de una base de datos o, asimismo, un registro nacional de posibles adoptados, para poder integrar los diferentes expedientes de adopciones internacionales sólo en aquellos países que, según sus estadísticas o bases de datos, tengan la viabilidad y disponibilidad de menores, con la consecuente descarga y no acumulación de expedientes en aquellos países en los que no es viable, en ese momento, asignar a un menor.

45 Véase Campà i de Ferrer, Xavier, "Las adopciones internacionales...", *cit.*, *supra*, p. 2.

46 Véase Operti Badán, Didier, "La adopción internacional", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Montevideo, Uruguay, núm. 6, 1991, p. 68.

V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- BRENA SESMA, Ingrid, “Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre 1995, pp. 87-91.
- , “La adopción y los convenios internacionales”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre 1997, pp. 31-45.
- BRIOSO DÍAZ, Pilar, *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*, Madrid, Edit. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, 161 pp.
- CAMPÁ I DE FERRER, Xavier, “Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, Año VIII, núm. 351, pp. 1-5.
- CARRILLO GUDIÉL, Jorge Armando *et. al.*, “Bases para un tratado tipo sobre adopciones internacionales”, *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*, Guatemala, núm. 37, enero-junio 1993, pp. 35-46.
- ESPLUGUES, Carlos, “El ‘nuevo régimen’ jurídico de la adopción internacional en España”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, Italia, anno XXXIII, núm. 1, gennaio-marzo 1997, pp. 33-74.
- FERNÁNDEZ-CUESTA, Juan, “En España, con cincuenta mil abortos legales al año, sólo hay niños para formalizar mil adopciones”, *ABC*, España, domingo 20 de septiembre de 1998, p. 54.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Pilar y MOZOS SALCEDO, Antonia, “La familia frente a la adopción”, *Cuaderno, Crítica*, España, noviembre 1997, pp. 31-38.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto 1998, pp. 577-580.
- JUNTA DE ANDALUCÍA. *La atención a la infancia en Andalucía*, España, Edit. Junta de Andalucía. Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales. Dirección General de Atención al Niño, 1995, 51 pp.
- PÉREZ VERA, Elisa, “El Convenio sobre los derechos del niño”, VV.AA., *Garantía internacional en los derechos sociales*, Madrid, Edit. Mi-

- nisterio de Asuntos Sociales. Documentos Internacionales, 1990, 259 pp.
- OPERTTI BADÁN, Didier, “La adopción internacional”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Montevideo, Uruguay, núm. 6, 1991, pp. 67-73.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo, “La Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Boletín de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, España, segunda época, núm. 6, verano-otoño 1994, pp. 155-169.
- PILOTTI, Francisco, *Manual de procedimientos para la formación de la familia adoptiva*, Madrid, Edit. Instituto Interamericano del Niño, 1990, 240 pp.
- SERRANO, Ignacio y BLANCO, Carmen, “La adopción en España”, *Cuaderno, Crítica*, España, noviembre 1997, pp. 24-27.
- SIQUEIROS, José Luis, “La Convención relativa a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, p. 313.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, “La protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional”, *Tapia*, Madrid, España, año XIII, núm. 75, marzo-abril 1994, pp. 79-85.
- WILDE, Zulema D., *La adopción nacional e internacional*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1996, p. 25.



## USOS Y COSTUMBRES EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES DE OAXACA

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA

SUMARIO: I. *El ámbito internacional antes que el nacional.* II. *La historia es más avanzada que el presente.* III. *Las leyes locales avanzan antes que las federales.* IV. *El proceso electoral municipal de 1995 en Oaxaca.* V. *La triste excepción de Chiapas.*

### I. EL ÁMBITO INTERNACIONAL ANTES QUE EL NACIONAL

A pesar del acendrado nacionalismo mexicano, muchas instituciones jurídicas, políticas y sociales adoptadas en nuestro país provienen de convenciones internacionales y de acciones impulsadas por organismos internacionales o países extranjeros. Esto ha sido cierto desde la creación de México como país independiente, donde la Constitución política fue modelada a partir de la experiencia de Estados Unidos y donde la reforma legislativa fue tomada del movimiento codificador francés. En la actualidad, la globalización es ineludible, en tanto que la integración mundial constituye una tendencia clara en los años por venir. Algunas de estas influencias provenientes de los tratados internacionales, sin embargo, son benéficas, como la relativa a la protección de los derechos indígenas.

De esta manera, contamos con el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado el 27 de junio de 1989 por 328 países que asistieron a la 76 Reunión de la OIT, entre los que se encontraba México con su voto favorable.

Al ratificarse dicho Convenio por el Senado de la República el 11 de julio de 1990, México fue el primer país latinoamericano que ratificó el Tratado, por lo que fue publicado el 3 de agosto de 1990 en el *Diario Oficial de la Federación*. El documento de ratificación fue registrado

ante la organización internacional correspondiente, el 4 de septiembre de 1990, entrando en vigor al año posterior.

A diferencia del Convenio 107 de la misma organización, que versó sobre el mismo objeto, y que también fuera aprobado por México en 1957, el nuevo Convenio 169 supone que los pueblos indígenas constituyen un factor permanente de la población nacional dentro de cada país y no un elemento transitorio, cuya tasa de natalidad decreciente haría desaparecer a la etnia aborigen.<sup>1</sup> Este criterio, por demás engañoso, se aprecia en los hablantes de algún idioma indígena que si bien han disminuido con el tiempo, en términos reales se han incrementado en algunos estados como Chiapas y Oaxaca.<sup>2</sup>

México cuenta con una población indígena de aproximadamente el equivalente al 10.7% de su población total, lo cual en el contexto de América del Norte resulta ser el mayor índice registrado, aunque sea moderado frente a otros países de Centro y Sudamérica.<sup>3</sup> No obstante, la tasa de crecimiento poblacional en comunidades predominantemente indígenas se calcula en el 2.7%, por lo que hacia 1997 se estimó la población indígena mexicana en 10,597,488 habitantes.<sup>4</sup>

A pesar de la importancia cultural e histórica de la población indígena para México, la realidad jurídica y política es que estas comunidades han sido marginadas y su tratamiento ante la ley es titubeante y vago; altamente dubitativo frente a la carga de un liberalismo histórico que no desea hacer excepciones al principio de igualdad de todos ante la ley, pero que la obvia desigualdad social de los indígenas obliga a recapacitar sobre las políticas estatales hacia ellos.

1 Gómez, Magdalena, *Derechos indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1995, p. 12.

2 Por ejemplo, para el censo de 1895, había una población total de 2,734,712 hablantes indígenas, mientras que cien años después hay 5,483,555 hablantes indígenas. En Chiapas había 120,942 hablantes en 1895, mientras que en 1995, se contaron con 768,720 hablantes; y lo mismo en Oaxaca que había 471,439 hablantes indígenas en 1895 y 1,027,847 cien años después. *Estadísticas históricas de México*, 4a. ed., México, Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, 1999, t. I, pp. 115-118.

3 Los países americanos de mayor población indígena son: Bolivia (71%), Guatemala (66%), Perú (47%) y Ecuador (43%), mientras que los de menor número son los países de América del Norte con los cuales nuestro país comparte la región, como son Canadá (1.40%) y Estados Unidos (0.65%), además de Brasil (0.20%) y Uruguay (0.016%) en Sudamérica. Gómez, *op. cit.*, pp. 45-46.

4 En 1995 se calculaba que de los 2,434 municipios del país, por lo menos 2,315 contaban con hablantes de lengua indígena, y 556 municipios tenían una composición de un 70% o más pobladores indígenas, <http://www.sedesol.gob.mx/ini/infbas.htm>.

Ante la carencia de una ley federal de pueblos indígenas y el escaso desarrollo legislativo sobre esta materia en las entidades federativas, el Convenio 169 destaca como un instrumento de avanzada, que ha producido consecuencias en el gobierno federal mexicano, con la aprobación de la reforma constitucional al artículo 4o. En efecto, el 28 de enero de 1992, algunos meses después de la entrada en vigor del Convenio 169, se reformó pálidamente el artículo 4o. de la Constitución federal de México, para determinar que la sociedad mexicana es “pluricultural”, por lo que no necesariamente “pluriétnica”, y que la ley tenderá a garantizar, no reconocer, las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas de organización social, que no política.

El contraste y la tardanza de la Constitución mexicana con respecto al Convenio 169 es dramático. Mientras que el convenio reconocido por México establece en 44 artículos los derechos de los pueblos indígenas y tribales, nuestra carta magna, en una porción de un párrafo, pretende incluir el reconocimiento de los usos y costumbres, junto con el derecho a la vivienda, a la salud y a la seguridad familiar, entre otros. Y aunque se podría pensar que no resulta necesario reproducir en la Constitución federal, el contenido del tratado internacional referido, puesto que ya de por sí es “ley suprema de toda la Unión”, la realidad es que los tratados no son aplicados de manera directa por las autoridades mexicanas y la jurisprudencia ha dictado tesis aisladas inaceptables y poco respetuosas del sistema jurídico interno.<sup>5</sup>

El Convenio 169 determina, en su artículo 8o., que en la aplicación de la legislación nacional deberán tomarse en cuenta las costumbres de

5 Tesis LXXVII/1999 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aparecida en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* correspondiente al mes de noviembre de 1999: *Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal*. pp. 46-48. La tesis cuyo rubro se cita es similar a la tesis de George Sutherland, quien renunció a la Suprema Corte de Estados Unidos en 1938, por lo “descabellado” (*unfashionable*) de sus opiniones. Una de ellas fue expuesta en el caso *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 304 (1936), donde asienta “poderes inherentes” del presidente en materia de relaciones internacionales, que implican la facultad presidencial de llevar a cabo tratados internacionales en materias no expresamente previstas en la Constitución. Por supuesto, la procedencia de este criterio debe entenderse en el contexto de la propia Constitución de Estados Unidos y de su interpretación constitucional, como en el caso de *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316 (1819), que determina un federalismo con facultades concurrentes, por lo que no es del todo aceptable tratándose de nuestro sistema federal, que observa como regla general, una distribución rígida de competencias, según el artículo 124 constitucional. “*Curtiss-Wright Export Corp., United States v.*”, y “*Sutherland, George*”, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford, Kermit L. Hall (editor), 1992.

los pueblos, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales reconocidos en los órdenes jurídicos, tanto nacional como internacional. Esto, además de ser un principio, constituye la fijación de límites de aplicación de los usos y costumbres.

En consecuencia, si los cargos públicos municipales, según los usos y costumbres de Oaxaca, son gratuitos y duran un año por lo general;<sup>6</sup> esta contravención a la legislación electoral es compatible con la Constitución federal y el Convenio 169, ya que la remuneración de un cargo público y el término de tres años, no es un derecho fundamental. Aun a pesar de que el término prescrito por la Constitución federal y local estuviera claramente determinado en su período para las autoridades municipales, en virtud de que esta disposición no atañe a los derechos fundamentales, no deberá prevalecer sobre la costumbre de un solo año, protegida por el artículo 4o. de la Constitución federal y 16 de la Constitución de Oaxaca.<sup>7</sup>

Podríamos aseverar que cualquier disposición orgánica de la Constitución y de las leyes está subordinada a la garantía de usos y costumbres, que es por sí misma un principio constitucional, así como por virtud del Convenio 169 que es ley fundamental según el artículo 133 de la Constitución federal. La única limitación a esta garantía es que dicha costumbre fuera violatoria de otro derecho fundamental, en los términos del propio convenio aludido; como sería, por ejemplo, el derecho que se reconoce en el artículo 11 del mismo convenio que dice:

“La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos”.

Disposición que pudiera conflictuar con el tequio o la faena, que es una costumbre ampliamente observada por los pueblos indígenas y que, para el caso de Oaxaca, es requisito y base del sistema electoral para la provisión de cargos, pues las autoridades tradicionales deben mostrar una trayectoria de servicios personales hacia la comunidad, los cuales son

6 El artículo 98 de la Constitución de Oaxaca determina que los concejales electos por el sistema de usos y costumbres servirán el cargo por el tiempo “que sus tradiciones y prácticas democráticas determinen, pero que no podrá exceder de tres años”. López Bárcenas, Francisco, *Entre lo propio y lo ajeno*, s.p.i., pp. 93, 95-97.

7 La misma opinión sustenta Magdalena Gómez en *op. cit.* p. 68. El artículo 16 de la Constitución oaxaqueña reincide en la misma omisión del artículo 4o. de la Constitución federal, ya que establece como obligación única del Estado, a través de la ley, el promover el desarrollo de las formas específicas de la organización social, mas no política, de las comunidades indígenas.

obligatorios y generalmente no remunerados. Actualmente, la propia Constitución de Oaxaca y las leyes locales, consideran al tequio no como un trabajo forzoso, que sería contrario al artículo 5o. de la Constitución federal y 11 del Convenio 169, sino una contribución que como tal, es obligatoria para todos, según el artículo 31, fracción IV, de la Constitución federal, que establece como obligación de todos los mexicanos contribuir para los gastos del municipio, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes; entre las cuales están la propia Constitución oaxaqueña, en cuyo artículo 16, establece la obligación del tequio como una contribución del habitante para la comunidad donde habite.

Otro caso de mayor complejidad es la filtración religiosa en las elecciones, según los usos y costumbres de los pueblos oaxaqueños, por ser éstas actos comunitarios cuya más profunda esencia de solidaridad tiene un sustento religioso. Todo este simbolismo de carácter religioso provoca tensiones al aplicar la legislación electoral. A pesar de ello, la garantía constitucional e internacional permite armonizar este derecho consuetudinario, consistente en bastones de mando, ofrendas ante la iglesia y otras conductas fundamentalmente católicas que, sin embargo, podrían transgredir la libertad de culto de futuras generaciones y, en consecuencia, el derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución federal.<sup>8</sup>

Los conflictos político-religiosos de las comunidades indígenas, representan, en nuestro país, un grave problema social que se ha manifestado en formas violentas, como la masacre de Acteal, verificada el 22 de diciembre de 1997, donde una autoridad municipal, con nexos e identificación partidista, de credo presbiteriano, es involucrada en el homicidio y lesiones de un grupo católico, denominado “Las Abejas”, afiliado también a otro partido político diferente.<sup>9</sup> De la misma manera, se han dado casos de juicios de amparo, promovidos por miembros de sectas protestantes, cuyo tequio se les ha exigido en la forma de actividades relaciona-

8 La Comisión Estatal de Derechos Humanos ha conocido recientemente de algunos casos que merecen mención: 1) La recomendación 7/96 contra el presidente municipal de Santa María Tlahuitoltepec, Zacatepec, quien propició que se expulsara a 35 familias por pertenecer a la secta evangélica. El presidente municipal no ha acatado la recomendación; y 2) El caso de negativa para inhumar el cuerpo de un menor, contra el presidente municipal de Santa María Tlahuitoltepec, quien condicionó la inhumación a la celebración de una misa del rito católico, al padre del menor que también era evangélico. El 29 de julio de 1999 se aceptó la inhumación, a condición de que el cuerpo pasara frente a la iglesia católica.

9 Izquierdo, Ana Luisa (editora), “Presentación”, *Memorias de la jornada académica: Chia-pas a partir de Acteal*. En prensa.

das con la Iglesia católica, por lo que se han visto forzados a no cumplirlo por motivos religiosos.

Otra complicada faceta la constituye la práctica de algunas comunidades indígenas, mediante las cuales la mujer no vota o declina su voto por el de su cónyuge, haciendo así un verdadero voto corporativo o clánico. Por ejemplo, en San Andrés Huayapan, las mujeres no acostumbran votar pues declinan este derecho a favor de sus esposos, por ser los legítimos poseedores o propietarios de la tierra, transformándose esta práctica en un verdadero voto censitario y discriminatorio a la igualdad de la mujer, consagrada en el mismo artículo 4o. de la Constitución federal y en el artículo 12 de la Constitución de Oaxaca. Esta costumbre podría estar en el supuesto de contravenir derechos fundamentales y susceptible de ser eliminado por inconstitucional.

Por lo anterior convendría ampliar la regulación constitucional de este derecho consuetudinario, para apuntalar las soluciones a problemas que plantean los usos y costumbres frente a los derechos fundamentales previstos en la propia Constitución, ya que tal como está el artículo 4o. resulta precaria la referencia hacia estos problemas políticos y sociales.

No obstante, hasta antes de la reforma constitucional, las comunidades indígenas sólo eran notorias para el derecho agrario, como comunidades con derechos reales sobre los terrenos ocupados. Desde este punto de vista, poco habíamos avanzado desde el amparo colonial o el interdicto posesorio de las tierras comunales, que fue limitado aún más con la Ley de Desamortización de 1856, hasta 1992.

La modernidad olvidó al indígena y tuvo que intervenir la comunidad internacional para despertar la atención del legislador y político mexicano sobre el tema, a través del Convenio 169. Las mejores respuestas provinieron de algunas de las entidades federativas, como Oaxaca y Quintana Roo, pero no de las más necesitadas como Chiapas o de la misma Federación, las cuales no han prestado la atención debida a este llamado internacional.

## II. LA HISTORIA ES MÁS AVANZADA QUE EL PRESENTE

Pareciera asombroso, pero cada vez es una constante más persistente, que el derecho histórico nos brinda más claridad en las instituciones y soluciones más simples, que el derecho contemporáneo.

En la época colonial, las comunidades indígenas fueron reconocidas como “Repúblicas de Indios”, desde las Leyes de Burgos, a principios del siglo XVI (1512). Estas leyes elaboradas por los Reyes Católicos para los indios de San Juan, propusieron autonomía judicial y protección a sus usos y costumbres.<sup>10</sup> Estas repúblicas fueron diferenciadas de los ayuntamientos y ciudades españolas y, en un principio, se evitó la interrelación étnica con los mestizos, negros y mulatos, prohibiendo que éstos habitaran los pueblos de indios, aislando así virtualmente a las comunidades indígenas, mediante ordenanzas como la del 25 de noviembre de 1568, ordenando que no viviesen entre los indios, los mestizos, mulatos ni negros, “porque además de que los tratan mal (a los indios), y se sirven de ellos, les enseñan sus malas costumbres y ociosidad”;<sup>11</sup> siendo refrendada esta prohibición en la Ley XXII, del 30 de julio de 1646.<sup>12</sup>

Desde la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1681 se compilaron como derecho vigente en las colonias ultramarinas, las normas de reconocimiento de los usos y costumbres de los pueblos aborígenes de América. De esta manera, la ley del 12 de julio de 1530, expedida por Carlos V, ordenó a los gobernadores el cuidado de los buenos usos y costumbres de los indios, que fueran acordes con la religión católica;<sup>13</sup> de la misma manera, en la ley de agosto de 1555 se reconoció íntegramente a “las leyes” que los indios tenían antiguamente para su gobierno y las que se hiciesen de nuevo,<sup>14</sup> lo cual es interesante pues confirma la concepción de que las

10 Borah, Woodrow, *Justice by insurance. The General Indian Court of Colonial Mexico and the legal aides of the Half-Real*, University of California Press, Berkeley, 1983, p. 21.

11 Vásquez, Genaro V., *Doctrinas y realidades en la legislación para los indios*, México, Departamento de Asuntos Indígenas, 1940, p. 225.

12 *Ibidem*, p. 98. En Estados Unidos, en el caso *Worcester v. Georgia* (31 US 515, 1832), se discutió en el siglo XIX, si un Estado de la Unión Americana, podía prohibir el que un ciudadano norteamericano pudiera vivir en la reservación de los indios cherokees; dicha ley fue considerada contraria al tratado firmado entre el gobierno federal y la “nación” cherokee, por lo que debería prevalecer el tratado frente a la ley local. Worcester era un misionero que deseaba vivir entre los indígenas para evangelizarlos.

13 “Libro V, título II, ley XXII: Que los gobernadores reconozcan la policía que los indios tuvieran y guarden sus usos en lo que no fueren contrarios a nuestra Sagrada Religión, y hagan que cada uno ejerza bien su oficio y la tierra esté abastecida y limpia y las obras públicas reparadas. Los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención el orden y la forma de vivir de los indios, policía y disposiciones en los mantenimientos, y avisen a los virreyes o audiencias, y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fueren contra nuestra Sagrada Religión”. *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, 2a. ed., Madrid, Antonio Balbas, 1756, t. II, foja 149.

14 “Libro II, título I, ley IV: Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno y las que se hicieren de nuevo. Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión, ni

costumbres no son estáticas, sino que evolucionan con el tiempo. De la misma manera, se dictaron varias leyes dirigidas a los jueces para que aplicasen los usos y costumbres de los pueblos indios, en toda controversia en la que se vieses envueltos.<sup>15</sup>

El origen histórico de las repúblicas ha motivado que, después de cuatro siglos, el municipio no haya sido totalmente asimilado a las comunidades indígenas, cuyas costumbres de gobierno y organización social sean distintas a la institución de los ayuntamientos. En el México independiente:

“El funcionamiento adecuado del municipio libre fue factible sólo en las comunidades indígenas aculturadas; mas en aquéllas otras donde el proceso de cambio no ha logrado modificar realmente los patrones tradicionales, ese funcionamiento es precario o nulo”.<sup>16</sup>

Aunque ciertamente las Leyes de Indias reconocieron los usos y costumbres indígenas, tal como lo acabamos de mencionar, también tuvieron una tendencia contraria a algunos de ellos; sin embargo, las autoridades españolas se mostraron liberales frente al gobierno y las elecciones de autoridades indígenas tradicionales.

De esta manera, prohibieron la poligamia,<sup>17</sup> la venta de hijas para contraer matrimonio,<sup>18</sup> y sobre todo, las prácticas ligadas a prácticas religiosas, como la Ley XXXVII del 24 de agosto de 1529 sobre “la bebida del pulque usada por indios de la Nueva España”, ratificada en posteriores decretos del 24 de enero de 1545, 3 de octubre de 1607 y del 26 de

con las leyes de este Libro y las que se han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten, y siendo necesarios por la presente, las aprobamos y confirmamos”. *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias. Mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey Don Carlos II*, 2a. ed., Madrid, Antonio Balbas, 1756, t. I, foja 126 vuelta.

15 “Libro II, título XV, ley LXXXIII (Compila leyes de 1542, 1550, 1563, 1571 y 1596): Que las Audiencias tengan cuidado del buen tratamiento de los indios y brevedad de sus pleitos. En los pleitos entre indios o con ellos, se hagan procesos ordinarios ni haya dilaciones, como suele acontecer, por la malicia de los abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos y que tengan las audiencias cuidado, que así se guarde por los otros jueces inferiores”. *Op. cit.*, fojas 200 y 200 vuelta.

16 Aguirre Beltrán, Gonzalo y Pozas A., Ricardo, “Instituciones indígenas en el México actual”, *Métodos y resultados de la política indigenista en México*, México, Ediciones del Instituto Nacional Indigenista, 1954, p. 260.

17 Ley IV del 13 de julio de 1530: “Que los indios o indias que se casaren con dos mujeres o maridos, sean castigados”. Vásquez, *op. cit.*, p. 70.

18 Ley VI del 29 de septiembre de 1628: “Que los indios no puedan vender a sus hijas para contraer matrimonio”. Vásquez, *op. cit.*, p. 70. Práctica que todavía es común entre los triquis. De ser cierto, esta práctica podría también ser contraria a los derechos fundamentales de la persona, y por ende, contraria al Convenio 169.



julio de 1672,<sup>19</sup> o la Ley I del 18 de octubre de 1569 para los indios del Perú “que trabajan en la coca”, para que sean bien tratados y “no usen de ella en supersticiones y hechicerías”.

Pero por otra parte, hay cédulas que muestran un respeto hacia otros usos y costumbres más relacionadas con el gobierno indígena, como la Ley X del 19 de octubre de 1514, para que los pleitos de indios se actúen y resuelvan a verdad sabida, es decir, de acuerdo a las costumbres de su comunidad.

El privilegio que le fue otorgado a los tlaxcaltecas sentó el precedente en lo que sería nuestro país, del reconocimiento de la Ley XLII del 17 de abril de 1585, para que sus gobernadores sólo fuesen escogidos de entre los naturales. Ya la ordenanza expedida el 4 de septiembre de 1551 había permitido que los indios que poblasen tierras no colonizadas tendrían el privilegio de no pagar tributos y de poder elegir a sus propias autoridades, de acuerdo a sus costumbres, durante los siguientes diez años, con la condición de que levantasen una iglesia y no permitiesen la entrada de ningún español, salvo que fuera sacerdote.<sup>20</sup>

Por otra parte, la Ley XVII del 19 de agosto de 1631 dispuso que en los corregimientos de indios no hubiese alguaciles mayores, así como que en cada pueblo se nombrase a un indio alguacil.

No obstante, la cédula real del 20 de enero de 1596, refrendada en 1664, había sido específica para Oaxaca, en el sentido de que los corregidores para pueblos de indios en la Antequera fuesen escogidos de entre los vecinos de la entidad y no residiesen en la ciudad de México, “a más de 80 leguas de distancia”.<sup>21</sup>

Particularmente, en la mixteca oaxaqueña había un claro gobierno dividido en distintos niveles en la época colonial, donde en el nivel local, o sea el gobierno de las comunidades y municipales, se permitió la supervi-

19 “Usan los indios de la Nueva España de una bebida llamada pulque, que destilan los magueyes, plantas de mucho beneficio para diferentes efectos, y aunque bebida con templeza se podría tolerar, porque ya están acostumbrados a ella, se han experimentado notables daños, y perjuicios de la forma con que la confeccionan, introduciéndole algunos ingredientes nocivos a la salud espiritual y temporal, pues con pretexto de conservarla, y que no se corrompa la mezcla con ciertas raíces, agua hirviendo y cal, con que toma tanta fuerza, que les obliga a perder el sentido, abraza los miembros principales del cuerpo, y los enferma, entorpece, y mata con grandísima facilidad, y lo que más es, estando enajenados cometen idolatrías, hacen ceremonias y sacrificios de la gentilidad, y furiosos traban pendencias, y se quitan la vida, cometiendo muchos vicios carnales, nefandos, e incestuosos, con que han obligado a que los prelados eclesiásticos fulminen censuras”. Vázquez, *op. cit.*, pp. 80-81

20 Vázquez, *op. cit.*, pp. 221-222.

21 *Ibidem*, p. 455.

vencia de cacicazgos y repúblicas, de acuerdo a las tradiciones indígenas. Según Ronald Spores:

En los antiguos imperios de los aztecas y los tarascos, que eran los más grandes, amplios y altamente evolucionados de los sistemas políticos en México, el poder y la posición de los jefes políticos tradicionales fueron eliminados y sustituidos por las instituciones y los administradores españoles. Sin embargo, en la Mixteca, muchos elementos de gobierno tradicional sobrevivieron, los caciques continuaron siendo reconocidos y apoyados como las figuras de mayor categoría social y política en sus dominios, continuando en la conservación de sus prerrogativas tradicionales y en el ejercicio de los poderes del gobierno mucho después de la Conquista.<sup>22</sup>

De esta manera, observa el mismo autor, la institución española del cabildo, se combinó con los caciques indígenas y desde los siglos XVI y XVII, las principales posiciones de los ayuntamientos mixtecas fueron ocupadas por caciques y principales. Para el siglo XVIII, el ayuntamiento integrado de esta manera, siempre cuidó de su autonomía frente al gobierno provincial de Oaxaca.<sup>23</sup> Lo mismo se puede afirmar respecto de los zapotecas, quienes desde la Conquista recibieron un tratamiento especial, donde los caciques conservaron sus prerrogativas y continuaron gobernando sus comunidades, adaptándose a la forma municipal y evolucionando con mayor participación de los macehuales o del pueblo común, al ser electivos los cargos municipales.<sup>24</sup> Quizá ésta sea parte de la armonización del municipio en el Oaxaca indígena, proceso que no se dio en Estados como el de Chiapas, según veremos.

Juan de Palafox y Mendoza, en su carácter de virrey, emitió la Ordenanza del 23 de agosto de 1642, relativa a elecciones en los pueblos indios, en la que se lee lo siguiente:

Por cuanto por mandamiento del gobierno está dispuesto y ordenado que en las elecciones que los indios de los pueblos de esta Nueva España, no intervenga la justicia ni ministro de doctrina que le violente, ni perturbe la libre elección que deben hacer de los indios, los más capaces y útiles al bien de su República y que después de hechas las presenten ante su Justi-

22 Spores, Ronald, *The mixtecs in ancient and colonial times*, University of Oklahoma Press, Norman, 1984, p. 166.

23 *Ibidem*, pp. 167-179.

24 Whitecotton, Joseph W., *Los zapotecos. Príncipes, sacerdotes y campesinos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 208-215.

cia para que, poniendo en ellas un auto, las remitan al Gobierno informando si los sujetos tienen contradicciones, delitos u otros impedimentos o causas para no ser confirmados por los Señores Virreyes; y habiéndose este estilo generalmente, he sido informado que de algún tiempo a esta parte no se hace con la puntualidad debida y que se han introducido españoles, mestizos y mulatos y otros de nación mezclada a ser electos en estos oficios en daños de los naturales, para servirse de ellos sin dar haciendas y tener granjerías de que resultan muchos inconvenientes, a cuyo remedio conviene recurrir.<sup>25</sup>

Estas palabras no se consideran fuera de época, ante la intervención de los partidos políticos en los pueblos que han adoptado usos y costumbres, pues en ocasiones, los miembros de dichos partidos manipulan, intervienen y subrepticamente imponen el esquema nacional de elecciones por partidos políticos a que se refiere el artículo 41 de la Constitución federal, pero que es antitético al artículo 4o., que permite el desarrollo de los usos y costumbres apropiados a la organización social de los pueblos indígenas.<sup>26</sup>

### III. LAS LEYES LOCALES AVANZAN ANTES QUE LAS FEDERALES

Oaxaca ha demostrado una actitud racional hacia sus comunidades indígenas, pues su legislación ha contemplado y respondido mejor que ninguna otra entidad a la problemática de dichas comunidades.

A semejanza del procurador de pobres, instalado en San Luis Potosí por Ponciano Arriaga en 1847, el 4 de octubre de 1852 fue creado el Abogado de Pobres en Oaxaca, encargado de la defensa de las clases menesterosas, que coinciden con los indígenas.<sup>27</sup> La institución tiene un origen

25 Vázquez, *op. cit.*, pp. 298-299.

26 Cordero Avendaño de Durand, Carmen, *La vara de mando. Costumbre jurídica en la transmisión de poderes*, Ayuntamiento de Oaxaca de Juárez, 1997, pp. 122-123. De la misma autora "Renovación de ayuntamientos en los municipios de elección por usos y costumbres", *Pueblos indígenas y derechos étnicos. VII Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 1999, pp. 107-111.

27 El abogado de pobres sustituyó en esta fecha a un procurador de pobres, de origen no identificado en Oaxaca, y fue la respuesta liberal al problema indígena, ya que al no querer reconocer tratamientos diferenciados, basados en razones étnicas, la desigualdad económica y social fue la única realidad que permitiría excepciones al principio de igualdad ante la ley. El 13 de septiembre de 1858 se expidió una nueva ley reglamentaria de justicia, en cuyo capítulo XI se reguló al abogado de pobres, como funcionario de la Corte de Justicia de Oaxaca, y hasta el 11 de marzo de 1861 se estableció que su nombramiento sería efectuado por el gobierno en terna de la Corte de Justicia del Estado, sufriendo la primer reforma el 24 de marzo de 1862, donde se le contempla como defensor de oficio,

colonial muy antiguo, reconocida en el protector de indios, encargado de representar a los indígenas en sus causas ante la justicia colonial. Esta peculiar institución, sin paralelo en el Nuevo Mundo, fue promovida por Bartolomé de las Casas y Juan de Zumárraga en el siglo XVI, con gran acierto y energía. En la cédula del 2 de agosto de 1530 le otorgó facultades a dicho funcionario para la investigación de los abusos cometidos contra los indios, de cuyos resultados tenía que informar a la Audiencia correspondiente.

De la misma manera, durante la Colonia se creó el cargo de procurador general de indios, que tenía como objetivo ser el abogado ante la Audiencia para sustanciar las peticiones de libertad de esclavos entre los indios.<sup>28</sup>

El liberalismo implantado en la Constitución de Cádiz de 1812, eliminó los privilegios de los polos de la sociedad novohispana, tanto de las élites como de los indios, pues ambos fueron afectados en pos de una igualdad ante la ley, por lo que las anteriores figuras desaparecieron. El cargo de Protector de Indios fue así suprimido por Cédula Real del 11 de enero de 1821, por “incompatibilidad con el sistema constitucional”.<sup>29</sup>

No obstante, las raíces profundas de la institución permitieron que con el gobierno independiente se volviera a establecer y se desarrollara en la actualidad el defensor público.

Las instituciones propias de cada provincia han permitido que sus leyes fuesen más progresistas que las leyes generales, y de acuerdo con las condiciones de su propia identidad. Éste ha sido el espíritu y una de las ventajas del sistema federal. Tal fue el caso de la legislación electoral.

Desde la Ley Electoral para los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Estado de Oaxaca del 25 de febrero de 1920, los partidos políticos no fueron considerados como los únicos con capacidad para presentar candidatos a elecciones populares, sino que autorizó la candidatura de postulados independientes, desligando así las elecciones de los partidos políticos y dando así mayor flexibilidad para la elección por el sistema de usos y costumbres,<sup>30</sup> así mismo, en dicha ley se dispuso incluso una multa

siendo transformado en su función. Hacia el 10 de julio de 1867 se “reestablece” la plaza de “abogado procurador”, con duración de dos años, según el decreto del 16 de diciembre de 1885.

28 Borah, *op. cit.*, pp. 62-63.

29 Cutter, Charles R., *The Protector de Indios in Colonial New Mexico. 1659-1821*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1986, p. 99.

30 El artículo 15 de esta ley refería: “Los candidatos no dependientes de partidos políticos ten-

para aquellos ciudadanos que no votasen, lo cual es una práctica todavía presente en algunas comunidades.<sup>31</sup>

La siguiente Ley Electoral del 13 de julio de 1922, que fue expedida por el gobernador Manuel García Vigil, conservó a los candidatos independientes y estableció el principio de que el secreto del voto era potestativo para el elector,<sup>32</sup> con lo cual se facilitaba la existencia de usos y costumbres, ya que los candidatos no tendrían que pertenecer a un partido político y la propia comunidad podía reunirse en asamblea para votar levantando la mano o sufragando de viva voz, sin guardar el secreto que se requiere en las elecciones ordinarias. Era pues, un buen sistema que hacía compatibles los usos y costumbres, con el sistema electoral partidista que conocemos.

Un avance más lo constituyó la Ley de Plebiscitos Municipales, contenida en el decreto número 50, del 11 de febrero de 1933, y su reglamento de fecha 3 de noviembre del mismo año de 1933. Mediante esta ley, la figura de participación ciudadana denominada como plebiscito, permitió armonizar los usos y costumbres indígenas con las formas del procedimiento electoral normal. En esta sencilla ley de 12 artículos se contempló al plebiscito como solución de conflictos electorales en los municipios, como una especie de nueva elección por segunda vuelta, cuando se cuestionara la nulidad de elecciones,<sup>33</sup> prevista en la Ley Electoral de Ayuntamientos del 21 de noviembre de 1924.

drán los mismos derechos conferidos a los candidatos de éstos, siempre que estén apoyados por 50 ciudadanos del distrito que hayan firmado su adhesión voluntaria en acta formal, que tengan un programa político al que deben dar publicidad y que se sujeten a los requisitos prevenidos en las fracciones VII y VIII del artículo anterior” (registros en plazos fijados por la ley y representantes ante casillas).

31 Artículo 62: “Los ciudadanos que injustificadamente dejaren de votar en los términos que dispone esta ley, sufrirán una multa de uno a cincuenta pesos y quedarán suspensos en sus derechos políticos por el término de dos años”.

32 Artículo 99: “Requisitos para los candidatos independientes: I. Que sean postulados por un número de ciudadanos igual, cuando menos, al de los miembros del partido político reconocido, que tenga menor número. II. Que publiquen un programa político en el distrito en que deba efectuarse la elección. III. Que la postulación sea hecha tres meses antes del día de la elección”.

33 Artículo 60: “Son causas de nulidad en las elecciones: I. Error o fraude en la computación de votos, II. La intervención de la violencia física o moral o el cohecho, III. Haberse instalado la casilla electoral, contra lo dispuesto en esta ley. IV. La falta de algún requisito legal en el electo ya sea anterior a la elección o superviniente hasta el momento de hacerse la computación definitiva o la declaración de los electos, V. Error sustancial respecto de la persona nombrada, VI. No haberse permitido a los partidos políticos o a los candidatos independientes la intervención que la ley les concede en las elecciones. No haberse instalado más de la mitad del número de casillas que debieron instalarse”. En San Luis Potosí, el gobernador Rafael Nieto introdujo la figura de segunda vuelta en las elecciones municipales hacia 1923.

A solicitud de los propios ciudadanos residentes en el municipio, el gobierno del estado convocaría a un plebiscito a celebrarse en fecha cercana. Esta convocatoria se tendría que publicar en el *Periódico Oficial* del estado y en el periódico de mayor circulación en el municipio en cuestión, con una anticipación no menor de diez días, antes de la celebración del plebiscito.

El representante del gobierno del estado conduciría la celebración del plebiscito, cerciorándose de que los votantes fuesen residentes del mismo municipio y preguntando sobre las planillas en contienda. Una vez celebrado el acto, y computados los votos en el mismo acto el candidato ganador tomaría de inmediato posesión de su cargo.

Este plebiscito era, en consecuencia, una forma de celebrar nuevas elecciones a la usanza de las comunidades involucradas; aunque en segunda vuelta, consistía en una elección más acorde con las costumbres indígenas, por lo que fue ampliamente practicado en los municipios indígenas. Su vigencia fue larga si se compara con la brevedad de las leyes electorales, pues este plebiscito municipal perduró hasta la Ley Electoral, del 6 de enero de 1962, que constituyó un grave retroceso frente a los logros alcanzados después de la Revolución en Oaxaca.

La Ley Electoral de 1962 es una típica ley electoral, formalista y cerrada hacia los usos y costumbres, pues elimina las candidaturas independientes y rigidiza el carácter de elector a quien tenga credencial solamente. A partir de este año, el derecho consuetudinario electoral es parcialmente eliminado en el Estado y las leyes respectivas se concentran más en el monopolio de los partidos políticos y su control sobre el proceso electoral, en detrimento de la libertad política de los indígenas.

El 9 de agosto de 1990 se presentó una iniciativa del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca conteniendo el proyecto de reformas a la Constitución del estado, anticipándose a cualquier otra reforma de esa naturaleza en el país. En esa ocasión, el gobernador Heladio Ramírez expresó que:

las leyes surgidas de nuestros procesos políticos no han incorporado plenamente los diferentes paisajes de nuestra realidad social (pues) es muy significativo que en Oaxaca, siendo el Estado más pluriétnico del país, nuestra Constitución no mencione, en ninguna de sus partes, la situación relativa a las minorías étnicas que integran y forman la sociedad oaxaqueña. Por el contrario, pareciera que los diversos textos de las Constitucio-

nes que han regido los destinos del Estado, deliberadamente soslayaron tal realidad.<sup>34</sup>

La iniciativa consideró que el reconocimiento de los derechos indígenas implicaba en afirmar el federalismo y el nacionalismo mexicanos. En su texto incorporó los temas que se consideraban fundamentales como: a) educación, b) igualdad de las etnias, c) planeación del desarrollo, d) reconocimiento formal del tequio, e) responsabilidades de los municipios y f) conciliación de los conflictos agrarios.

La motivación principal de la iniciativa se expresó de la siguiente manera:

Consideramos necesario que la realidad étnica plural de Oaxaca sea reconocida en la Constitución Política de nuestro Estado. Somos un haz de naciones, un conjunto de etnias con idiomas, tradiciones, usos, costumbres y creencias propias. Y somos también un gran pueblo mestizo que comparte esa herencia profunda.<sup>35</sup>

De la exposición de motivos de la iniciativa, también se da cuenta de la reforma al artículo 39 de la Constitución del Estado, en los siguientes términos:

“Al mismo tiempo, en esta materia, es necesario considerar las peculiaridades propias de nuestras regiones, por lo que proponemos que la ley, al desarrollar este precepto, tome en cuenta las prácticas democráticas de las comunidades indígenas, respetando sus tradiciones”.<sup>36</sup>

De esta manera, se propuso la reforma al artículo 12 de la Constitución de Oaxaca para instaurar a las autoridades municipales en garantes de la preservación del tequio como expresión de solidaridad comunitaria, según los usos de cada región étnica; al artículo 16, para consagrar el régimen de protección genérico de los usos y costumbres de las comunidades indígenas; al artículo 39, en su fracción V, para establecer el principio de que la ley respete las prácticas democráticas de las comunidades indígenas y proteja sus tradiciones, entre otras disposiciones reformadas.

34 Discurso del gobernador de Oaxaca, licenciado Heladio Ramírez López, el 9 de agosto de 1990 en la Cámara de Diputados, con motivo de la presentación de la iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, para ser admitida a discusión por el Congreso del Estado. Versión estenográfica, p. 6.

35 *Ibidem*, p. 12.

36 Exposición de motivos a la iniciativa de reformas a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, del 9 de agosto de 1990, p. 16.

Después de la organización de foros de análisis por parte de la Legislatura del Estado, la Comisión de Estudios Constitucionales consideró la reforma al artículo 12, relativa al tequio, como “de las más importantes”. El dictamen rendido no soslaya la problemática constitucional de esta institución:

En los foros organizados por esta LIV Legislatura, se manifestó la inquietud sobre si el tequio estaría en oposición al artículo 5o. de la Constitución Federal. No existe tal oposición. El texto federal garantiza la libertad de trabajo. El tequio elevado a rango constitucional, no se contrapone al precepto federal, porque es una antigua tradición de solidaridad comunitaria en que todos disfrutan de sus beneficios. No se da en el tequio la relación laboral en la que existen contraprestaciones recíprocas entre el trabajador y el patrón; el tequio es una aportación a la comunidad.<sup>37</sup>

La comisión dictaminadora propuso que las disposiciones sobre usos y costumbres electorales se traspasaran del artículo 39, fracciones IV y V, de la iniciativa donde estaban propuestas, al nuevo artículo 25, sexto párrafo, para que dijera: “En la ley se establecerán el respeto a las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas”.

El dictamen fue puesto a discusión en la sesión del 26 de octubre del mismo año de 1990 y, siendo aprobado por todos los partidos políticos, fue publicada la reforma el 29 de octubre en el *Periódico Oficial* del estado.

Esta fue una iniciativa de gran mérito, pues, a diferencia de la mayoría de las reformas que se han implantado en los estados, ésta no obedeció a una reforma previa de la Constitución federal, sino como lo reconoció una posterior reforma de 1994: “La Constitución del Estado de Oaxaca se adelantó inclusive a la Nacional al establecer la protección de la cultura y lenguas indígenas”.<sup>38</sup> En esta reforma se reconocieron expresamente quince lenguas indígenas y se estableció como obligación del Estado la de impartir la educación en las lenguas de las comunidades bilingües.<sup>39</sup>

Gracias al análisis y propuesta legislativa de una comisión especial que se formó al interior del Congreso, denominada Comisión Especial de Análisis de Propuestas para la Reforma de la Legislación Electoral del

37 *Dictamen de la Comisión de Estudios Constitucionales de la LIV Legislatura del Congreso del Estado*. Sala de Comisiones. 25 de octubre de 1990. Dictamen elaborado por los diputados Crispín Carrera Rayón, Pedro Salinas Guzmán y Felipe Martínez Chávez, p. 4.

38 *Dictamen de la Comisión de Estudios Constitucionales de la LV Legislatura del Estado Libre y Soberano de Oaxaca*. Sala de sesiones del Congreso del Estado. 2 de junio de 1994. Dictamen rendido por los diputados Carlos Santiago Carrasco, Mauro Pedro Francisco Méndez y Jacobo Sánchez López.

39 Esta reforma fue publicada en el *Periódico Oficial* el 9 de julio de 1994, mediante decreto núm. 195. El 21 de enero de 1995 apareció la fe de erratas a dicho decreto.



Estado,<sup>40</sup> presentó el 8 de mayo de 1995 una iniciativa de reformas tanto a la legislación electoral como a la Constitución del Estado.

La reforma de 1990 desencadenó, en la última década del siglo XX, una serie de reformas fundamentales emprendidas por el Estado, hacia sus comunidades indígenas. El 21 de marzo de 1998 fue entregada una iniciativa del gobernador, Diódoro Carrasco, al Poder Legislativo local, que reformó nuevamente la Constitución de la entidad. En la misma fecha se envió al Congreso una iniciativa de Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado.<sup>41</sup> En la exposición de motivos de la iniciativa se lee:

Por muchos años, las prácticas políticas y culturales de los pueblos y comunidades indígenas de Oaxaca, basadas en sus tradiciones ancestrales, fueron toleradas por el gobierno. Estaban vigentes, lo mismo para constituir sus autoridades que para administrar justicia, pero siempre expuestas a una acción discrecional que podría impugnarlas, puesto que los derechos indígenas, ejercidos cotidianamente por ellos, no estaban reconocidos en nuestras leyes.

En una tendencia innovadora, que la iniciativa de 1998 reconoce, y con fundamento en los resultados de la Consulta Nacional sobre Derechos y Participación Indígena de 1996, se plasmó, el 6 de junio de 1998, la autodeterminación de los pueblos indios, el carácter del tequio como equivalente al pago de contribuciones en especie, según el artículo 12 de la Constitución de Oaxaca, el establecimiento de una autoridad y su procedimiento para resolver las controversias derivadas de la prestación del tequio; se reconocieron, además, en el artículo 16 de dicha Constitución: “los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como (la) jurisdicción a las autoridades tradicionales de los mismos”, lo cual es una interpretación respecto a la “jurisdicción del Estado”, o los tribunales comunes, que reconoce innecesariamente el artículo

40 Integrada pluralmente por los diputados Carlos Santiago Carrasco (PRI), Carlos Felguérez Jiménez (PFCRN), Efraín Arturo López Alvarado (PAN), Erasto Melgar García (PPS) y José María Yáñez Gatica (PRD).

41 Dicha iniciativa complementaría la reforma constitucional referida. La iniciativa toma en consideración los Acuerdos de San Andrés Larrainzar del 16 de febrero de 1996, según se desprende del considerando décimo del dictamen de la Comisión de Asuntos Indígenas, emitido el 17 de junio de 1998. Esta comisión estuvo integrada por los diputados Jaime Bailón Corres, Leopoldo De Gyves de la Cruz, Fausto Mijangos Reyes, Abel Alvarado Vásquez, Rosalío Mendoza Cisneros, Tomás José Acevedo Rosas, Teódulo Domínguez Nolasco, Delfino Santiago Pérez, Cristóbal Carmona Morales y David León Ramírez.

40. de la Constitución federal,<sup>42</sup> pues sustituye el fuero común a los métodos de composición social de dichas comunidades, lo cual es el reconocimiento del fuero indígena, que ciertamente resulta un avance, sólo experimentado en Oaxaca y Quintana Roo hasta el momento.<sup>43</sup>

Esta iniciativa de gran interés fue dictaminada por la Comisión de Estudios Constitucionales el 29 de mayo de 1998, integrada por cinco diputados,<sup>44</sup> donde se hace referencia al Convenio 169 de la OIT y se adoptan las mismas palabras de la exposición de motivos del gobernador para consultar la aprobación de la reforma.

Una vez aprobadas por la LVI Legislatura del Congreso del Estado, las reformas se promulgaron el 4 de junio y fueron publicadas el 6 de junio de 1998.

Una reforma previa, producto de la participación de una asociación por la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, fechada el 25 de febrero de 1997, se había recogido en los artículos 29 y 98 de la Constitución de Oaxaca, reforma contenida en el decreto número 153 y publicado el 8 de marzo de 1997. Dicha reforma contiene una excepción al sufragio secreto en la elección de los ayuntamientos regidos por el sistema de usos y costumbres, así como al periodo de duración en su cargo, para adecuarse totalmente a sus tradiciones y prácticas democráticas.

#### IV. EL PROCESO ELECTORAL MUNICIPAL DE 1995 EN OAXACA

En dicho año, por vez primera, el 72% de los municipios en Oaxaca eligieron a sus autoridades de acuerdo al sistema de usos y costumbres, lo cual representa que 412 municipios hicieron realidad toda la estructura legal e histórica que se ha reseñado. El resultado es exitoso y merece reconocimiento. Durante ese proceso sólo se presentaron 36 recursos de impugnación, por lo que repartidos entre los 570 municipios oaxaqueños, representan 0.06 recursos por municipio.<sup>45</sup>

42 Esta referencia a la jurisdicción del Estado en este precepto de la Constitución federal, es innecesaria, ya que el artículo 17 de dicha Constitución garantiza a todos los habitantes el acceso a tal jurisdicción.

43 González Oropeza, Manuel, "El fuero indígena", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Antropología Jurídica*, UNAM, México, 1995, pp. 121-130.

44 Manuel Pérez Morales, Elpidio Concha Arellano, Javier Jiménez Herrera, Germán Rojas Walls y Abel Alvarado Vásquez.

45 Instituto Estatal Electoral, *Memoria de los procesos electorales de diputados y concejales, 1995*, Oaxaca, 1996, p. 11.

A partir de la reforma del 14 de septiembre de 1995 al Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca, en su título cuarto, aprobado originalmente el 30 de enero de 1992, el reconocimiento de los usos y costumbres en materia electoral no implicaba la descripción de los procedimientos reconocidos como tales para celebrar el proceso electoral. Esta deficiencia fue subsanada en la reforma al Código correspondiente al 1o. de octubre de 1997, en su artículo 109.

El peso del convenio 169 se aprecia en la exposición de motivos de la reforma al título cuarto del Código Electoral:

A nivel internacional se ha reconocido en múltiples foros y declaraciones el derecho de los pueblos y comunidades a preservar sus formas de organización y sus instituciones sociales, económicas, culturales, religiosas y políticas dentro de las estructuras nacionales... Más allá de las simples declaraciones, la Organización Internacional del Trabajo, aprobó en 1989 el convenio 169... Un elevado número de municipios oaxaqueños elige, hasta el día de hoy, a sus autoridades municipales acudiendo a mecanismos que se basan en las costumbres observadas desde tiempo inmemorial. Estas formas de organización social han funcionado como un importantísimo factor de cohesión social al interior de las comunidades. En este sentido, atendiendo a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, es necesario elaborar normas que promuevan la preservación de las instituciones y tradiciones de las costumbres... la reforma propuesta no entra en detalles. En cambio, se deja en libertad a las comunidades de decidir, tal como lo han venido haciendo hasta ahora, todos los aspectos relacionados con los procedimientos para elegir a sus autoridades.<sup>46</sup>

Como no había definición sobre cuántos ni cuáles municipios se registrarían por el sistema de usos y costumbres en 1995, la selección se dio en un proceso de consenso ante la autoridad electoral estatal, presidida por Cipriano Flores Cruz, y los propios partidos políticos, el 23 de septiembre al 15 de octubre de 1995; método poco ortodoxo, pero necesario, para iniciar el nuevo sistema. De tal suerte, que los partidos políticos reconocieron inicialmente 390 municipios sujetos a tales características y concedieron que habría otros 30 por definir, “en tránsito”. De ellos, se definirían posteriormente 18 más en una segunda fase de consenso y, finalmente, habría

46 Decreto 328 por el que se reforma la denominación del libro cuarto, título único y el artículo 136, párrafo primero del Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca, publicado en el *Periódico Oficial* de Oaxaca el 14 de septiembre de 1995. Véase, Instituto Estatal Electoral, *op. cit.*, pp. 40-43.

cuatro más que se agregarían para resultar un total de 412 municipios que celebrarían sus históricas elecciones según sus usos y costumbres, plenamente reconocidos por la avanzada ley oaxaqueña.

Con las dificultades propias de cualquier proceso electoral, se lleva a cabo las elecciones municipales de 1995:

Haciendo a un lado sus diferencias, los actores políticos de Oaxaca contribuyeron a que ese México profundo se manifestara y se reconociera, con entereza, como componente activo de nuestra vida política. Se exhibió una extraordinaria esencia y sincretismo; en ellas, se respetó la vigencia de naturales concepciones y prácticas tradicionales de la democracia comunitaria.<sup>47</sup>

En las elecciones por el sistema de usos y costumbres no hay candidatos propiamente dichos, sino que la población elige a las autoridades, después de haber sido seleccionadas por la instancia social de mayor respeto, que en la mayoría de las ocasiones es el Consejo de Ancianos o de personas de respeto en la comunidad. Generalmente, el reconocimiento que hace la población, reunida en asamblea, de las autoridades seleccionadas se hace con el absoluto consenso; sin embargo, en 1995 sólo hubo ocho casos en el que la asamblea no ratificó a la autoridad propuesta para el cargo.<sup>48</sup>

Existen 25 distritos electorales locales en Oaxaca, distribuidos a lo largo de los 570 municipios. El éxito de las elecciones por usos y costumbres en 1995, se dio en un entorno en el cual predominan las pequeñas localidades (7,210), rurales en su casi totalidad (98.14%), que no llegan a dos mil quinientos habitantes. Abundando, el 56.7% de la población habita en localidades menores a los dos mil habitantes, lo cual es un reto para la organización de los procesos electorales, que por tales circunstancias se dificulta, aún más, por la orografía y las distancias del estado.

Las elecciones en los 158 municipios que se rigieron por el sistema de partidos políticos se llevaron a cabo el 12 de noviembre de 1995 y en su celebración hubo incidentes lamentables en algunos municipios, como el homicidio de una persona en el municipio de Mazatlán villa de Flores, en Teotitlán, así como de otra en el de Asunción Ixtaltepec. Adicionalmente, el Tribunal Electoral conoció de recursos que afectaban los resul-

47 Instituto Estatal Electoral, *op. cit.*, p. 17.

48 *Ibidem*, 34.

tados en el 25% de los 158 municipios, por lo que hubo inconformidad en cerca de cuarenta de estos municipios.

Por lo que respecta a los 412 municipios que se rigieron por el sistema de usos y costumbres, las elecciones se realizaron en fechas distintas: 128 municipios las efectuaron antes del 15 de septiembre de 1995, 172 en el período que abarca del 15 al 30 de septiembre, 101 dentro del periodo del 1o. de octubre al 12 de noviembre y sólo 11 después de la última fecha, habiendo sido el municipio de San Antonio Nanhuatipam el último en celebrar su elección, el 26 de mayo de 1996.<sup>49</sup> Ninguno de los lamentables incidentes que se reportaron en las elecciones ordinarias se reportan en estos municipios regidos por usos y costumbres, aunque llama la atención la disparidad en las fechas de elecciones.

La presencia de los partidos políticos ha sido un factor perturbador que la doctrina ha criticado ampliamente en la elección por usos y costumbres. En este aspecto, habrá que considerar que si bien la legislación separa y deslinda la presencia y actividad de dichas organizaciones políticas, no es posible su completo destierro del panorama de los municipios oaxaqueños, pues además de las elecciones municipales, el mapa electoral de cualquier estado se encuentra superpuesto con elecciones locales y federales que los comités municipales de dichos partidos deben atender. El reto pues se presenta para evitar las influencias nocivas que se presentan en las elecciones municipales por usos y costumbres, como su posicionamiento y activismo respecto de algunos usos y costumbres, como sucedió en Huautla de Jiménez, cuando el Partido Popular Socialista promovía la discusión de la gratuidad en la faena o tequio, a principios de los años setenta.<sup>50</sup> Considero que estas interferencias en los usos y costumbres no son válidas y deben ser consideradas incompatibles con el régimen de usos y costumbres. Lo anterior en virtud de que si bien dicho sistema puede evolucionar y cambiar en algunos aspectos fundamentales como el del tequio o la faena, dicho cambio debe darse en el contexto de la evolución social propia de la comunidad, y no forzada por organizacio-

49 Instituto Estatal Electoral, *op. cit.*, pp. 206-207. El caso del municipio de Nanhuatipam, con una población de 1,352 habitantes resultó especial, pues aunque se seleccionó a sus autoridades por el sistema de usos y costumbres, se presentaron el día de la elección dos planillas, donde abiertamente cada una era apoyada por un partido político, lo cual es una incongruencia, que puede explicar la confusión y dilación que provocó su elección, *op. cit.*, p. 221.

50 Santibáñez, Juan José y Varela, Gonzalo, "Municipios y tradiciones. Las costumbres jurídicas del pueblo mazateco", *Tradiciones y costumbres jurídicas en comunidades indígenas de México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, p. 21.

nes políticas cuyos métodos de consenso pueden ser muy forzados y directos para una sociedad que, precisamente, por tradición no está habituada a ello.

Por otra parte, habrá que reconocer que los partidos políticos en ocasiones han asumido la defensa misma de los usos y costumbres, tal como se aprecia en el caso del municipio de San Sebastián Tutla, que fue un municipio en transición en 1998, cuando la autoridad electoral del Estado decidió cambiar su régimen por el de partidos políticos. El Partido Revolucionario Institucional apeló la resolución ante el Tribunal Electoral del Estado, con base en la falta de fundamentación del acto reclamado, ya que no se había ponderado adecuadamente, a su entender, los elementos que hacen a un municipio susceptible de regirse por el sistema de usos y costumbres, tal como lo prescribe el artículo 110 del Código Electoral. El recurso de apelación fue resuelto favorablemente al municipio, por lo cual conservó su régimen de usos y costumbres, el 5 de septiembre de 1998. Aunque este caso es ejemplar, resulta paradójico que la defensa del municipio por conservar sus usos y costumbres en materia electoral tuviera que ser asumida por un partido político, y no por canales apropiados que el mismo municipio tuviera a su disposición. Lo único que hizo el municipio de referencia fue dirigir una carta abierta y publicarla en los periódicos, por lo que cabría la pregunta sobre si la rigidez en la legitimación procesal le cierran las puertas de la justicia electoral a los municipios por usos y costumbres.

Con base en la elección de 1995, los partidos políticos, más que los propios municipios, siguieron siendo los actores más relevantes en el proceso de actualización de régimen que se abrió, para preparar las siguientes elecciones que tendrían verificativo el 2 de agosto de 1998. Decenas de municipios fueron revisados a petición de cuatro partidos políticos, de los cuales, el Partido de Acción Nacional fue el más abundante en solicitar la revisión de 35 municipios, pues lo que consideraban era que la práctica inveterada de usos y costumbres en la elección de sus autoridades tradicionales no estaba aclarada debidamente.

La revisión se hizo pausada y mesuradamente, y en la gran mayoría de los casos los municipios mantuvieron el sistema de usos y costumbres o, incluso cambiaron su régimen de partidos políticos, por el de usos y costumbres. Sólo un municipio, simpatizante del PAN, cambió el régimen de usos por el de partidos políticos, y fue el de Ayoquezco de Aldama.

Al final, para la elección de 1998 hubo 418 municipios por el sistema de usos y costumbres, seis más que en 1995,<sup>51</sup> y sólo 152 municipios por el régimen de partidos políticos. La decisión de futuros cambios en el régimen electoral de los municipios, debiera estar más anclada en los métodos de participación ciudadana que empiezan a ser aceptados en todo el país. La presión que puede llegar a hacerse sobre la autoridad electoral en esta materia es desproporcionada, por lo que si después del consenso, dictamen antropológico y consulta a los organismos no gubernamentales, no resulta clara la resolución definitiva, debiera utilizarse el plebiscito que ya en la década de los treinta fue utilizado en materia electoral municipal, para consultar a la población directamente, del municipio en cuestión, si opta o no por un cambio de régimen, sin ninguna participación de los partidos políticos o de personas que puedan influir sobre la decisión popular.

## V. LA TRISTE EXCEPCIÓN DE CHIAPAS

Cuna de célebres juristas, Chiapas a través de su gobierno no ha tenido o querido tener la capacidad de adaptar las instituciones hacia su grave problemática indígena, como lo demuestra su vecino, el Estado de Oaxaca. Además, desde 1994, se aprecia que el gobierno estatal ha evitado responsabilizarse de sus pueblos indígenas y, con el pretexto de la violencia interior en que vive desde ese año, ha preferido que la Federación le preste el auxilio y se haga cargo, con las fuerzas armadas permanentes, de resolver institucionalmente el problema indígena de los Altos del Estado. Esta actitud fue condenada desde 1870 por Benito Juárez, cuando en su informe al Congreso de la Unión manifestó que los problemas políticos de los Estados no pueden resolverse con el auxilio federal del ejército.

Pero, además, esta actitud ha sido ineficaz, pues los problemas están latentes en el Estado y no se han reglamentado en el nivel federal los usos y costumbres a que se refiere el artículo 4o. de la Constitución federal. De la misma manera, las negociaciones federales con el grupo beligerante del Ejército Zapatista de Liberación Nacional se encuentran suspendidas. Los Acuerdos de San Andrés de 1996, que han sido criticados, no han tenido

51 Dichos municipios fueron: San Pedro Ixtlahuaca, Santa María Guelacé, San Agustín Chayuco, Santa Catarina Mechoacán, Santa María Camotlán y San Sebastián Tecomaxtlahuaca.

ninguna consecuencia en el ámbito de las instituciones federales, aunque jurídica ni políticamente es procedente su desconocimiento.<sup>52</sup>

La premisa más elemental en Chiapas es reconocer en su orden jurídico interno la existencia de una verdadera autonomía en los municipios indígenas para que se rijan de acuerdo a sus usos y costumbres. La ley chiapaneca debiera ser, todavía, más flexible en cuanto a la caracterización de sus municipios, pues sus pueblos mayas, a diferencia de los indígenas de Oaxaca, son pueblos que no se han aculturado de la misma manera que el resto del país.

En Chiapas existe aproximadamente un cuarto de millón de habitantes que no hablan español, y siendo la lengua el factor de medición más importante para determinar el grado de aculturamiento, resulta entonces que los indígenas chiapanecos son los menos integrados al país. Por ello, desde 1925, el enviado presidencial y exdiputado constituyente, Amado Aguirre, le expresó al titular del Poder Ejecutivo, después de haber realizado un viaje de investigación sobre el área maya, lo siguiente:

Sujetos los indios al Supremo Gobierno de la República y obedeciendo las leyes siempre que se les impone un mandato conforme a ellas, correría empero su autonomía peligro, y no tienen organización ninguna conforme a nuestras leyes, porque no existe el municipio entre ellos, ni han adoptado organización conforme a las leyes de la República, sino que conservan cierta autonomía en su gobierno, cuya autoridad unitaria la asume el jefe de la tribu (*sic*), independientemente de las otras dos y la autoridad es omnímoda porque él sólo falla sin apelación y según su propio criterio, en todo asunto civil o penal.

Lo mismo fue apreciado en 1954 por los distinguidos antropólogos Gonzalo Aguirre Beltrán y Ricardo Pozas<sup>53</sup> para los pueblos indígenas que habitan los Altos de Chiapas.

La organización municipal puede traer problemas endémicos en la aplicación de usos y costumbres, tal como sucedió con los triquis de Copala en Oaxaca, cuando en 1948, por reacción hacia su belicosidad se les suprimió como un municipio y se les hizo depender de la cabecera muni-

52 Nahmad Sitton, Salomón, "Autonomía indígena y soberanía nacional: El caso de la ley indígena de Oaxaca", *Alteridades*, núm. 9, 1999, p. 118; González Oropeza, Manuel, "La constitucionalidad de los Acuerdos de San Andrés", *Memorias de la jornada académica: Chiapas a partir de Acteal*, México, UNAM, 2000, pp. 73-81.

53 Véase nota 15.



cipal de Juxtlahuaca, de otra etnia. De esta manera, los triquis quedaron supeditados administrativa y judicialmente a ese municipio cuyos habitantes no compartían sus usos y costumbres, infringiendo así, mediante un simple reacomodo de geografía política, el derecho consuetudinario triqui.<sup>54</sup>

La reacción del gobierno de Guatemala hacia los pueblos mayas ha sido congruente con las anteriores apreciaciones, por lo que a partir del *Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas*, suscrito en marzo de 1995 entre el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, se comenzó una reforma legislativa profunda, al estilo de Oaxaca, en la cual se otorga plena autonomía a los municipios indígenas, liberándolos de los partidos políticos.

Por otra parte, se puede colegir que la codificación de las costumbres indígenas puede ser nociva, ya que se rigidizarían los usos, tal como lo explicó Savigny en sus escritos sobre la teoría histórica del derecho, y en la actualidad se aprecia, con la opinión de Rachel Sieder, que compartimos absolutamente: “La costumbre no puede ser congelada en el tiempo o en la ley”.<sup>55</sup>

Por ello, la solución de un derecho alternativo, es decir, el reconocimiento de los usos y costumbres de trascendencia jurídica por parte del derecho mexicano, es el principio de un proceso meditado y lento, que no se agota con la elaboración de una ley genial que sustraiga los principios detrás de cada uso y costumbre proveniente de cada etnia que habita en un Estado o en un país.

La legislación debe ser el fundamento que permita a un sistema judicial indígena, armonizar ambos órdenes jurídicos, con base en casos concretos que permitan fijar precedentes de aplicación del derecho nacional, hacia los usos y costumbres en concreto;<sup>56</sup> o mejor dicho, de la manera en que lo expresó Gonzalo Aguirre Beltrán en una opinión vertida en julio de 1989: “La cuestión étnica es sumamente compleja para resolverla con una simple reforma constitucional en un país que no tiene la tradición de respetar estrictamente las normas sancionadas por la comunidad nacio-

54 Cordero Avendaño, Carmen, *Contribución al estudio del derecho consuetudinario de los Triquis*, Oaxaca, Instituto de Administración Pública de Oaxaca, 1977, p. 65.

55 Sieder, Rachel, *Customary Law and Democratic Transition in Guatemala*, University of London, Research papers, núm. 48, 1997, p. 55. Santibáñez y Varela, *op. cit.*, p. 14.

56 Millán Valenzuela, Henio, “Democracia y derechos indígenas: ¿Un conflicto entre tradición y modernidad?”, *Revista del Tribunal Electoral del Estado de México*, Toluca, núm. 11, mayo-junio 1999, p. 642.

nal”.<sup>57</sup> Hacia ese rumbo apunta el decreto número 79 del 6 de agosto de 1997 de Quintana Roo, por el cual se crea una administración de justicia indígena.

No obstante lo anterior, con la reforma constitucional del 4 de mayo de 1999, Chiapas comienza, con un retraso notorio y en una demostración formalista, el reconocimiento de los derechos de los pueblos mayas a su cultura. No obstante, en el artículo 13 de su Constitución se reconoce: “el derecho de las comunidades indígenas para elegir a sus autoridades tradicionales de acuerdo a sus usos, costumbres y tradiciones”. De la misma manera, se reconoce en dicho artículo la solución de controversias en “los municipios con población de mayoría indígena”, conforme a sus usos, costumbres, tradiciones y valores culturales.

Ya Oaxaca lo había reconocido en la reforma al artículo 16 de su Constitución el 6 de junio de 1998, en términos todavía más amplios, según mencionamos en páginas anteriores.

57 Citado por Salomón Nahmad, *op. cit.*, p. 120.

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL\*

SUMARIO: *Preámbulo. I. El derecho a la salud. Marco jurídico. II. La responsabilidad profesional. III. Responsabilidad profesional del médico. IV. Responsabilidad penal. V. La culpa. VI. Lex artis. VII. Comisión por acción. VIII. Comisión por omisión. IX. Consentimiento.*

### PREÁMBULO

La responsabilidad penal del médico constituye en la actualidad un tema que debe ser abordado, con toda puntualidad, por iuspenalistas y médicos. Esta necesidad obedece a que la sociedad se ha vuelto más receptiva y atenta a los problemas que la aquejan. Es una sociedad más exigente con el cumplimiento de los deberes que cada quien tiene en el proceso de desarrollo social.

En este contexto, el profesionista debe estar cada vez mejor preparado para cumplir con el rol que tiene dentro de la sociedad. De esta forma, la actividad del médico a quien se le confía la salud y la vida de las personas se ha visto, en los últimos años, en la mira de la sociedad, que exige más responsabilidad y eficiencia en la atención de los pacientes.

En México se empezó a ver que día a día crecían los casos de demandas o denuncias por las deficiencias en el ejercicio profesional de los médicos. El reclamo se acrecentó tanto que hubo necesidad de crear la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.<sup>1</sup>

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de junio de 1996. En el mismo año aparece el Reglamento de dicha Comisión, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 12 de septiembre.

## I. EL DERECHO A LA SALUD. MARCO JURÍDICO

El derecho a la salud está reconocido como una garantía consagrada en la Constitución. El artículo 4o. postula: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, y explicita: “La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

En cuanto a leyes secundarias, la Ley General de Salud reglamenta el derecho a la protección de la salud, que tiene toda persona, y establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud (artículo 1o.). Define los servicios de salud como “todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad” (artículo 23). Prescribe, como derechos de los usuarios de los servicios de salud: “obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares” (artículo 51). Prevé que las autoridades sanitarias y las propias instituciones de salud establecerán procedimientos para orientar y asesorar a los usuarios sobre el uso de los servicios de salud que requieran y sobre los mecanismos para que presenten sus quejas y reclamaciones respecto de los servicios y de la falta de probidad, en su caso, de los servidores públicos (artículo 54).

Entre otras leyes, también hay referencias a los derechos de salud en la Ley Federal del Trabajo y en la Ley General del Equilibrio Ecológico.

## II. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

El Código Civil, en relación a la responsabilidad profesional, dispone, en términos generales: “El que preste servicios profesionales sólo es responsable hacia las personas que sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezcan en caso de delito” (artículo 2615). Regula, además, la prestación de servicios profesionales, en los artículos 2606 a 2615.

Es obvio que la responsabilidad profesional sólo puede derivar del ejercicio profesional. La Ley General de Profesiones señala que:

Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de esta Ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará como ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con el propósito de auxilio inmediato (artículo 24). La misma Ley de profesiones puntualiza que para el ejercicio profesional se requiere el título correspondiente (artículo 25).

### III. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO

Para hablar de la responsabilidad profesional del médico, debe partirse de una premisa insoslayable: el médico debe contar con el título que lo acredite como tal. A este respecto la Ley General de Salud establece: “Para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina [...] se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes” (artículo 79).

La responsabilidad del médico frente al paciente y frente a la sociedad es, tan sólo, un capítulo de la responsabilidad profesional, pero quizá el capítulo más trascendente. Dicha responsabilidad puede definirse como “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de la profesión”.<sup>2</sup>

La responsabilidad del médico, como es sabido, tiene dos vertientes: la responsabilidad civil<sup>3</sup> y la responsabilidad penal. La primera tiene como consecuencia, únicamente, la reparación de daños y perjuicios. Vale señalar que en la mayoría de los casos la responsabilidad penal trae aparejada la responsabilidad civil, pero esto no acontece de manera inversa.

La responsabilidad penal, que es a la que se refiere este estudio, tiene como consecuencia la aplicación de una pena (prevista en el Código Penal).

<sup>2</sup> Gisbert, J. A., citado por Carrillo Fabela en *Responsabilidad profesional del médico*, México, Porrúa, 1998, p. 5.

<sup>3</sup> Etcheberry anota que la responsabilidad civil opera cuando se reúnen tres elementos: “un hecho que ha causado un daño, que no estaba autorizado por la ley y que se haya realizado con culpa o dolo”. “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, núm. 2, mayo-agosto, 1986, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 271-272.

#### IV. RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal del médico sólo puede presentarse cuando la conducta (acción u omisión) está prevista en una norma penal.

Los códigos penales, tanto federal como para el Distrito Federal, contienen un título (decimosegundo) destinado a regular la responsabilidad profesional. Dentro de este título hay un tipo penal que recoge la hipótesis en que los médicos, “habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente”. En este supuesto el médico se hace acreedor a una sanción penal siempre y cuando el abandono se realice. Este delito (en la legislación mexicana) sólo es sancionable en su forma dolosa; esto en virtud de que la comisión culposa no está incluida en el catálogo de delitos culposos (artículo 60, párrafo segundo).

Como puede advertirse, este delito no presenta complejidad alguna. Cosa distinta ocurre cuando el médico, en el ejercicio de su actividad, causa un daño al paciente, daño que puede consistir en lesionar la salud o la integridad personal<sup>4</sup> o en lesionar la vida (causar la muerte). Los delitos que pueden presentarse son los de lesiones, homicidio o aborto. La forma (voluntad) de realización de tales delitos, en la problemática que se analiza, sólo puede ser culposa, en virtud de que si un médico lesiona o priva de la vida dolosamente a una persona, aunque dicha actividad se ejecute con motivo de la profesión del médico, ninguna relevancia (para efectos de tipicidad) tiene la calidad de ser médico ni la situación en que se ejecuta la conducta (acción u omisión).

En este espacio los puntos centrales que deben resolverse son:

- a) La forma culposa de realización.
- b) La *lex artis*.
- c) La existencia de una actividad o de una inactividad, ejecutada en el ejercicio de la profesión del médico.

4 Muñoz Conde comenta: En realidad, como dice Berdugo (1982, p. 24), si se entiende la salud en un sentido amplio, lo que se trata de proteger en estos delitos es un solo bien jurídico: la salud (física o psíquica), que incluye también la integridad corporal, pues la salud es susceptible de ser atacada “tanto produciendo una alteración en su normal funcionamiento durante un período de tiempo mayor o menor —supuesto de enfermedad o incapacidad temporales—, como causando un menoscabo en el sustrato corporal”. *Derecho Penal, parte especial*, Valencia, Tirant lo blanch libros, 1996, p. 97.

- d) La producción de un resultado material y, como consecuencia, la lesión de bienes jurídicos (no la puesta en peligro, pues la tentativa no tiene cabida);
- e) Que exista relación de causalidad entre la actividad y el resultado material o relación normativa entre la inactividad y el resultado acaecido;
- f) La relevancia del consentimiento.

## V. LA CULPA

El tema de la culpa, en este contexto, es de especial trascendencia, porque ahí está inmerso el problema de la responsabilidad penal del médico.

Los códigos penales (federal y del Distrito Federal) prescriben: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

Un grupo numeroso de iuspenalistas, al estudiar la culpa, se refieren a la imprudencia,<sup>5</sup> negligencia e impericia.

Welzel, desde su punto de vista finalista, considera que “el disvalor de acción de los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos”.<sup>6</sup>

Jescheck apunta que actúa imprudentemente “quien realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía o considerándolo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se produciría”.<sup>7</sup>

Etcheberry considera que “la culpa se presentará cuando no se prevé el riesgo, siendo éste previsible, o cuando habiéndolo previsto el sujeto no toma las medidas necesarias y posibles para evitarlo y reducirlo”.<sup>8</sup>

5 Roxin, Jescheck.

6 *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1956, pp. 136 y 137.

7 *Tratado de derecho penal, parte general*, Barcelona, Bosch, 1981, vol. II, p. 776.

8 “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, núm. 2, mayo-agosto de 1986, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, p. 279.

La culpa “tiene como presupuesto que el autor omita el cuidado que de acuerdo con las circunstancias y a sus capacidades y conocimientos personales se halle obligado (y en condiciones) a poner”.<sup>9</sup>

La doctrina distingue entre culpa consciente, con previsión o con representación (Maurach a la previsión le llama reconocibilidad), o inconsciente, sin previsión o sin representación.

Zaffaroni afirma que la culpa consciente es “aquella en que el sujeto activo se ha representado la posibilidad de la producción del resultado, aunque la ha rechazado en la confianza de que llegado el momento lo evitará o no acontecerá”. En la inconsciente, el sujeto activo “ha podido y debido representarse la posibilidad de producción del resultado y, sin embargo, no lo ha hecho”.<sup>10</sup>

Maurach habla de culpa consciente “cuando el autor ha reconocido la posibilidad de la producción del resultado, mas como consecuencia de una sobrevaloración de su capacidad de dirección final y de una minusvaloración de las reglas de cuidado, ha confiado poder evitar el resultado”. Por cuanto a la inconsciente, dice que aparece “cuando el autor ni siquiera ha llegado a prever la posibilidad de realización del tipo”.<sup>11</sup>

Mir Puig anota que:

la culpa *consciente* se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se *confía* en que no dará lugar al resultado lesivo. La culpa *inconsciente* supone, en cambio, que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro.<sup>12</sup>

Jescheck puntualiza:

En la culpa inconsciente (*negligencia*) el autor no piensa, a causa de la vulneración del cuidado debido, en la posibilidad de que pueda realizar el tipo legal, mientras que en la culpa consciente (*luxuria*), aunque advierte la concurrencia del peligro concreto para el objeto de la acción protegido, confía, por una infravaloración del grado de aquél o por una excesiva valo-

9 Maurach, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, 1995, p. 180.

10 *Manual de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1985, pp. 436 y 437.

11 *Op. cit.*, p. 180.

12 *Derecho penal, parte general*, Barcelona, PPU, 1996, p. 270.



ración de sus propias fuerzas, o, simplemente, confiando indebidamente en su suerte, en que el tipo legal no va a realizarse.<sup>13</sup>

Por otra parte, es importante anotar que un número considerable de iuspenalistas destaca, como elemento primordial de la culpa, “la inobservancia del deber de cuidado” y, al lado de ésta, le conceden especial relevancia a los riesgos a los que se expone el bien jurídico, en cuanto a su lesión. Se ocupan del “riesgo permitido” y, en relación a éste, hablan de creación del riesgo, de incremento del riesgo y de disminución del riesgo.

Con base en el “modelo lógico del derecho penal”, la construcción es, en algunos aspectos, distinta.

Existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir (en la acción), o en su caso evitar (en la omisión), la lesión típica, previsible y provisible, se haya o no previsto.

Los conceptos que fundamentan la culpa y que derivan del tipo son: la previsibilidad, la provisiabilidad y la ausencia de provisión. La previsión es irrelevante, ya que con previsión o sin previsión, siendo previsible y provisible la lesión del bien jurídico, habrá culpa.<sup>14</sup>

Esto significa que si falta la provisiabilidad es imposible que el sujeto ponga en juego el cuidado posible y adecuado en el caso concreto. La provisiabilidad depende de las circunstancias del caso concreto. Tratándose de la situación del médico, aunque éste pudiera contar con todos los medios para actuar con éxito, si se presenta un suceso imprevisible (como una reacción a un medicamento, hasta ese momento desconocida por la ciencia médica), será imposible saber con precisión los cuidados que hay que desplegar.

En cuanto a la falta de provisiabilidad, es decir, a la carencia de la posibilidad de proveer efectivamente todo el cuidado posible y adecuado, tampoco podrá ser cuidadoso.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 782.

<sup>14</sup> Maurach indica al respecto: “La división de las formas de culpa, según el grado de conocimiento, carece básicamente de importancia para la cuestión de la culpabilidad”, *op. cit.*, p. 181.

Por su parte, Mir Puig afirma que: “La distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente no tiene hoy la importancia que durante el imperio de la teoría psicológica de la culpabilidad se le atribuyó. No obstante, sigue siendo necesaria para la distinción de dolo eventual e imprudencia...”, *op. cit.*, p. 270.

Jescheck considera que “en ambas clases de imprudencia, que en la práctica no pueden a menudo distinguirse con nitidez, el contenido de injusto y de culpabilidad radica en una falta de la debida atención”, *op. cit.*, p. 181.

En relación a la problemática del médico esto es muy claro: si el profesionista, por las circunstancias desfavorables en que tiene que actuar o por la imposibilidad de actuar por la falta del instrumental quirúrgico necesario, no puede desempeñar su actividad con el cuidado posible y adecuado, no habrá culpa. Su actuar cuidadoso está en función de la posibilidad que tenga de prever la lesión del bien jurídico y de la posibilidad de proveer el cuidado (posible y adecuado) para que no se produzca la lesión al bien jurídico; esto es, para no causar un daño a la salud o para no causar la muerte del paciente.

Concretamente, el actuar cuidadoso del médico está en función de los conocimientos (capacidad profesional) y experiencia que posea, del contexto tecnológico en el que se encuentra y, en general, de todos los medios<sup>15</sup> con los que cuente en el momento en que va a actuar (circunstancias concretas en que se actúa). Aquí es necesario tener presente que el cuidado que se exige es el “posible”, ya que a lo imposible nadie está obligado.

“Un mandato que impusiera al hombre el deber de evitar perjuicios fortuitos no dominables de bienes jurídicos estaría errando su objetivo”, ya que el objeto de la norma “sólo puede estar constituido por acciones dominables que permitan impedir y evitar perjuicios de bienes jurídicos”.<sup>16</sup>

En resumen: el médico puede actuar culposamente: a) por falta de capacidad profesional (falta de preparación técnica) en el caso concreto. Para evitar riesgos, el médico debe ser consciente de sus limitaciones profesionales y, en una actitud responsable, debe informar al paciente de la situación real, y, si es necesario, ha de remitir al paciente con otro médico especialista o con más conocimientos; b) por descuido; ejemplo: no ordena los estudios necesarios y suficientes para poder diagnosticar correctamente, sabiendo bien cuáles son los estudios completos, pero confiando en que con los que ordenó será suficiente.

Para valorar con precisión si existe o no culpa se deben tener en cuenta todas las circunstancias en que actúa el médico, como son: la gravedad del paciente, la clase de enfermedad, si dicha enfermedad es muy conocida o poco conocida, los antecedentes del paciente, el lugar en que se desarrolla la actividad: urbano o rural, hospital o lugar inadecuado y, si

15 Etcheberry señala que “en este terreno la previsión teórica debe ir unida a la consideración de las circunstancias concretas en que la actuación médica se desarrolla”, *op. cit.*, p. 279.

16 Maurach, *op. cit.*, p. 120.

es hospital, si cuenta con los adelantos técnicos e instrumentales, si se tenía o no la posibilidad de escuchar la opinión de otro médico o de realizar una junta de médicos, la urgencia del caso.

## VI. *LEX ARTIS*

La actividad médica, por la trascendencia que tiene, está regida (limitada) por reglas técnicas de carácter médico. A estas reglas de procedimiento o de método se les ha llamado *lex artis*.<sup>17</sup>

A propósito de la *lex artis*, se puede citar el artículo 14 de la Ley de Salud, que establece:

Para los efectos de esta ley, se entiende por norma técnica el conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, emitidas por la Secretaría de Salubridad y Asistencia, que establezcan los requisitos que deben satisfacerse en la organización y prestación de servicios, así como en el desarrollo de actividades en materia de salubridad general, con el objeto de uniformar principios, criterios, políticas y estrategias.

La *lex artis* no es estática; por el contrario, es cambiante y sus cambios obedecen a los adelantos médicos.

No obstante la existencia de estas reglas, que de alguna manera delimitan el ejercicio profesional del médico, debe tenerse presente la necesaria inventiva del profesionista y la necesaria aplicación de tratamientos médicos en fase experimental, mismos que constituyen una posibilidad de avance de la tecnología.<sup>18</sup> Claro está que tales actividades representan un

17 Montealegre Lynett entiende la *lex artis* como “Las reglas técnicas que va decantando la experiencia profesional, aplicables a situaciones técnicas que se repiten en el tiempo y en el espacio [que] determinan... el grado de cuidado que es necesario observar *si se quiere* evitar una determinada lesión o puesta en peligro... de un bien jurídico”. “La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, 1987, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 293.

18 Romeo Casabona explica que “la técnica quirúrgica que se ha de estimar válida es aquella que, siendo reconocida mayoritariamente o minoritariamente, se muestra eficaz para la situación concreta y, dado el caso, para un *gran número de situaciones semejantes* o “típicas”. La vinculación del médico a una u otra técnica (la mayoritaria o la minoritaria) viene determinada, y aun exigida, por su propio convencimiento, objetivamente fundado, de cuál sea la más conveniente para el enfermo en cuestión... Por tanto, lo correcto, la actuación correcta, no es necesariamente coincidente con la aplicación de las reglas generalmente reconocidas...”. *La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 237. Quintano Ripollés anota, al respecto: “No es tan seguro... que el mero hecho de faltar a las normas científicas generalmente admitidas por las autoridades académicas sea en sí integrante de culpa... Pues esto equivaldría a privar al facultativo de toda iniciativa pro-

riesgo, pero cuando las expectativas de éxito son mayores que el posible fracaso y la intervención del médico es necesaria, no podría reprocharse la actuación del médico.<sup>19</sup>

La valoración de la conducta (acción u omisión) del médico, orientada a saber si éste ha obrado conforme a las reglas médicas o no, debe hacerse en cada caso concreto. Las reglas pueden ser rígidas, pero la valoración de la conducta, en cuanto a si se apega o no a ellas, varía en los casos concretos de acuerdo a muy variados factores; así, por ejemplo: la situación del paciente; las posibilidades reales de practicarle los estudios indicados, que dependen de múltiples factores, entre los cuales está el propio paciente, la urgencia del caso, el lugar en que se atiende al paciente o se realiza la operación, el personal médico que tenga que intervenir, la oportunidad con que se otorga el consentimiento, etcétera.

Cuando en el ejercicio de la actividad del médico, en sus distintas fases (diagnóstico, tratamiento u operación quirúrgica), se presenta un defecto en la aplicación de la *lex artis* se dice que hay un “fallo técnico”. “El fallo técnico es la realización de una conducta, de acción o de omisión del médico en el sentido contrario a la técnica curativa. El fallo técnico consiste en un enfrentamiento con las reglas del arte y ciencia médica reconocidas como tales con generalidad”.<sup>20</sup>

El fallo técnico no implica, sin más, que el médico haya incumplido su deber de cuidado. Esta determinación depende de la valoración de las circunstancias del caso concreto y, especialmente, de la previsibilidad.

pia obligándole a un proceso rutinario que contradice los más elementales principios del espíritu científico. El médico puede legítimamente apartarse de las sendas tradicionales y acoger innovaciones que le parezcan más eficaces al caso a tratar, siempre y cuando, naturalmente, que sean susceptibles de discusión científica”. *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1958, pp. 508 y 509.

19 Como lo apunta González-Salas Campos: “lo esencial es únicamente que las perspectivas de éxito dominen objetivamente a los riesgos, en el sentido que, esas perspectivas favorables sean, con probabilidad, rayando en la certeza, mayores que los riesgos que podrían producirse con la omisión de la intervención”. *Criminalia*, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXIV, núm. 2, mayo-agosto, 1998, p. 143.

20 González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 160. Künsemüller indica que el error o fallo técnico supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas, procedimientos en las distintas fases de la actuación del médico, especialmente: un tratamiento médico no indicado; aplicación de un tratamiento indicado, pero no realizado conforme a la técnica curativa adecuada al caso concreto y a la finalidad perseguida; omisión del tratamiento adecuado, necesario y posible de realizar. “Responsabilidad penal del acto médico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, núm. 2, mayo-agosto, 1986, pp. 265-266.

## VII. COMISIÓN POR ACCIÓN

La responsabilidad penal del médico puede provenir tanto de una acción como de una omisión. En otras palabras el médico puede incurrir en responsabilidad penal lo mismo por un actuar descuidado (actuación defectuosa) que por una omisión de la actividad indicada.

### 1. *Acción*

La acción es una actividad dolosa o culposamente realizada.<sup>21</sup>

La actividad descrita en un tipo penal de consumación es, siempre, un movimiento corporal que debe reunir determinadas propiedades, tales como: a) idónea para producir la lesión del bien jurídico; b) no sufre interferencia alguna idónea para impedir la lesión del bien jurídico; c) por tanto, produce la lesión del bien jurídico. Estas propiedades están necesariamente delimitadas por el verbo contenido en el tipo; esto es, se trata de una actividad contextualizada.

La actividad que genera responsabilidad penal para el médico es una actividad que o bien produce la muerte del paciente o bien produce la alteración de la salud o de la integridad corporal.

La actividad que produce la muerte es un movimiento corporal que necesariamente ha de reunir las propiedades ínsitas en el verbo del tipo: a) idónea para privar de la vida a una persona; b) no interferida por causa alguna que impida la muerte; c) por tanto, priva realmente de la vida (destruye la vida).

Nótese que no se trata de una actividad cualquiera, sino exclusivamente de una actividad que tiene la propiedad de privar de la vida; cualquier otra actividad, queda al margen del tipo (no está contemplada en el tipo) y, por ende, no interesa en el análisis específico del homicidio.

La actividad que produce alteración de la salud o de la integridad corporal es, como ya se explicó en relación al homicidio, una actividad contextualizada por el tipo de lesiones correspondiente.

### 2. *Resultado material*

El resultado material es el efecto natural de la actividad, previsto en el tipo. No todos los tipos contienen resultado material; su inclusión en el

21 El concepto de acción, en doctrina, ha ido variando en función de las distintas teorías hasta ahora planteadas: concepto causal de acción, concepto final, concepto social, concepto negativo, y los diversos conceptos personales.

tipo depende de su necesidad e idoneidad para que se produzca la lesión del bien jurídico.

El resultado material puede estar presente tanto en los tipos dolosos como en los culposos. Para Welzel, el resultado, en los tipos culposos, tiene “la sola función de conceder relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma de cuidado, cuya gravedad no aumentaría ni disminuiría con la presencia o ausencia del resultado”.<sup>22</sup> Otros autores consideran que el resultado tiene una función de garantía indiciaria.

La actividad del médico, en este marco, sólo es relevante cuando se produce un daño como consecuencia de la actividad; esto es, cuando se causa un resultado material previsto en un tipo penal y, por ende, se lesiona un bien jurídico.<sup>23</sup> Esto quiere decir que, aunque se actúe culposamente, si el resultado no acaece, o sea, si el tratamiento u operación quirúrgica resulta satisfactorio, no habrá posibilidad de sanción penal. El resultado material, en este contexto, no puede ser otro que la muerte del paciente o bien la alteración de la salud o de la integridad corporal.

El resultado material, en el homicidio, consiste en la privación de la vida humana, es decir, en la muerte del paciente causada precisa y únicamente por la actividad (del médico) que tiene la propiedad de privar de la vida. La muerte producida por una causa diferente está al margen del tipo y, consecuentemente, nada tiene que ver con la responsabilidad del médico.

El resultado material, en las lesiones, es, como en el caso del homicidio, una alteración de la salud o de la integridad corporal contextualizadas por el respectivo tipo penal.

Ahora bien, es imprescindible considerar que el médico no puede garantizar, para todos los casos, los mismos logros (consecuencias o resultados) del tratamiento. Puede acontecer que el mismo tratamiento aplicado a diversos pacientes con la misma enfermedad, dé por resultado respuestas distintas, esto es, se aplique con éxito en diez casos y en el caso deci-

22 Citado por Mir Puig, *op. cit.*, pp. 280-281.

23 De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva del resultado: sólo le será imputado el resultado al autor de la conducta cuando con ésta se haya causado un riesgo prohibido (no permitido por la norma) o al menos se haya producido un aumento del riesgo permitido. “Mientras el ciudadano se mantenga dentro de los límites del peligro socialmente tolerado (riesgo permitido), toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que se ocasione en el desarrollo de su actividad no puede ser considerada ilícita”. En el caso del médico, si éste actúa conforme a la *lex artis* y “a pesar de su observancia se produce un daño en la vida o integridad física del paciente, *el resultado se encuentra dentro del riesgo permitido* y por consiguiente no puede imputársele al médico”. Montealegre Lynett. “La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, 1987, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 293.

mprimero los beneficios sean nulos y hasta puedan presentarse efectos dañinos; por eso hay que delimitar muy bien las reglas para no cometer injusticias en cuanto a la responsabilidad del médico.

### 3. *Nexo causal*

Para explicar el nexo causal y resolver los problemas inherentes a esa relación, la doctrina, en forma casi unánime, postula como teoría acertada, la llamada teoría de la *conditio sine qua non* o teoría de la equivalencia de las condiciones.

Esta teoría proviene de la definición de causa eficiente, de Galileo Galilei, quien pretendía dilucidar (en la ciencia y no en la filosofía) las nociones de causa eficiente, causa formal, causa material y causa final.

Galileo define la causa eficiente como la condición necesaria y suficiente para la aparición de algo: “aquella, y no otra, debe llamarse causa, a cuya presencia siempre sigue el efecto y a cuya eliminación el efecto desaparece”.

La definición de Galileo, a primera vista satisfactoria, es, sin embargo, inadecuada en varios aspectos: 1) Implica un conjunto integrado por un número indefinido de factores, que, en rigor, llega hasta el infinito; 2) La causa del efecto es el estado que guardaba el universo entero en el momento inmediato anterior al efecto; 3) Los análisis causales son imposibles en razón del considerable número de factores conjeturablemente integrantes de la causa; 4) La prueba empírica de la causalidad es imposible, precisamente por el número interminable de factores que serían materia de la constatación; 5) No se tiene la tecnología ni los técnicos necesarios para realizar la prueba empírica; 6) La relación causa-efecto queda en la completa nebulosidad.

La teoría de la equivalencia de las condiciones no es más que un trasplante, con distinto nombre, de la teoría de la causa eficiente (de Galileo) al campo de la doctrina penal; por lo mismo le son plenamente aplicables las críticas anotadas en el párrafo anterior.

En la ciencia de finales de siglo XX la causación es una conexión constante, unívoca, y de carácter genético entre acontecimientos naturales.

Constante, porque la conexión se produce necesariamente. Unívoca, por la correspondencia recíproca uno a uno entre la causa y el efecto. Genética, porque el efecto es engendrado por la causa.

Esta concepción científica de la causación es exactamente aplicable en derecho penal. Los tipos penales no recogen el conjunto de las condiciones y tampoco una cualquiera de ellas. Los tipos describen, únicamente, la actividad humana que engendra necesaria y unívocamente el resultado material. Obviamente, la actividad no genera de modo inmediato el resultado material, sino, en rigor, da lugar a una cadena causal. En esta cadena, la causa está dada por la actividad; la causación (nexo causal), por la cadena causal.

En resumen: causa, en derecho penal, es la actividad del autor directo o material en adecuación a la semántica del verbo dado en el tipo. Nexo causal, o causación, es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado material.

En la responsabilidad penal del médico, la única actividad que interesa es la que realiza el médico, siempre y cuando tenga la propiedad de engendrar la muerte (privar de la vida) del paciente. Ambos sucesos naturales: actividad (causa) y muerte (efecto) están descritos en el tipo, y ambos han de estar causalmente conectados entre sí; por ende, el nexo causal también está descrito en el tipo.

El mismo razonamiento vale, *mutatis mutandis*, para las lesiones.

## VIII. COMISIÓN POR OMISIÓN

La inactividad no es un suceso natural que genere efectos naturales. La inactividad es un producto de la cultura; por ello, su fuente generadora es alguna normatividad, de cualquier índole, excepto la normatividad penal. Esto último porque las normas penales no son creadoras de inactividades: las normas penales sólo son prohibitivas de inactividades previamente generadas por normas de otra índole.

Los juristas, en su mayoría, aceptan dos clases de omisión: la omisión simple, también conocida como omisión propia u omisión pura, y la comisión por omisión u omisión impropia.

En los tipos de omisión propia se prohíbe la simple omisión o se ordena una acción específica. El tipo no contiene un resultado material.<sup>24</sup>

24 Jescheck dice que los delitos de omisión propios son: “hechos punibles que se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley”, *op. cit.*, p. 832. Por su parte, Stratenwerth considera que la omisión propia aparece en “los casos en que el supuesto del hecho típico penal está descrito como la omisión de una acción mandada”. *Derecho penal, parte general*, I, *El hecho punible*, Madrid,



Estos tipos no tienen relevancia en relación a la responsabilidad penal del médico, por no contener resultado material.

Los tipos de comisión por omisión surgen fatalmente de los tipos de acción con resultado material; pero en la comisión por omisión el resultado material no es producido por la inactividad, sino que ocurre naturalmente y el sujeto simplemente no lo evita. Lo que se ordena al sujeto es la evitación del resultado material. En la comisión por omisión, la causalidad no tiene cabida, en razón de que la omisión (inactividad) no es idónea para generar (causar) ningún efecto natural, y no lo es porque el nexo causal es una conexión entre sucesos naturales y la inactividad no es un suceso natural. El nexo en la comisión por omisión es un nexo normativo.<sup>25</sup> El resultado material se conecta normativamente a la inactividad por la posición de garante que tiene el sujeto en relación con el bien jurídico.

Por otra parte, en esta clase de omisión es donde aparece la calidad de garante.<sup>26</sup>

El Código Penal Federal regula la comisión por omisión en el párrafo segundo del artículo 7o., de la manera siguiente:

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDR, 1982, p. 290. Bacigalupo considera que los delitos propios de omisión “se agotan en la infracción del mandato de acción, sin que tenga importancia el resultado que de esto se siga”. *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 150.

25 Muñoz Conde precisa que “la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión...”, en la comisión por omisión es la constatación de una causalidad hipotética”. *Op. cit.*, pp. 258-259.

26 Jescheck apunta: “En el delito de omisión impropio el resultado típico se imputa al garante que no ha evitado su producción igual como si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo”. *Op. cit.*, p. 835. Romeo Casabona define los delitos impropios de omisión como: “la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico...”. “Límites de los delitos de comisión por omisión”, *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al profesor Claus Roxin, por la Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia del Interior y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994, p. 33.

La posición de garante, que en estos casos se requiere, es una relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien jurídico singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.<sup>27</sup> Es una calidad que se adquiere por algún hecho o circunstancia de la vida. En México sólo proviene de fuentes rígidas y formales como la ley, el contrato o el propio actuar precedente.

Finalmente para que la inactividad sea penalmente relevante no basta la calidad de garante; es necesario, además, que el sujeto, tenga la posibilidad real y concreta de realizar la acción ordenada que ha de evitar el resultado y que esa inactividad sea equivalente, en su eficacia, a la actividad definitoria de la comisión por acción. Esto último significa que si la actividad omitida se hubiera realizado, el resultado no se hubiese producido.

En cuanto al comportamiento del médico, la comisión por omisión debe ser muy bien delimitada porque con motivo de una inactividad imprudente se le va a imputar un resultado material (daño a la salud o a la integridad corporal o la muerte) que no causó, pero que debió haber evitado en virtud de ser garante de los bienes jurídicos correspondientes.

En esta situación lo primero que debe determinarse es en qué casos y en qué momento el médico adquiere la calidad de garante.

La ley, como fuente de la calidad de garante para el médico, no entra en juego en razón de que no existe norma jurídica general y abstracta que imponga al médico el deber de evitar el resultado material. Las normas existentes, en tal caso, imponen al médico, únicamente, el deber de atender a los enfermos.

En cuanto al propio actuar precedente, como fuente de la calidad de garante, es inoperante en el campo de la responsabilidad penal del médico. Véase: 1) El actuar precedente doloso no es fuente porque, siendo un actuar doloso, configura una comisión por acción dolosa; 2) El actuar precedente culposo o fortuito, combinado con una posterior omisión dolosa, da lugar a una comisión por omisión dolosa, ajena a la responsabilidad penal del médico; 3) El actuar precedente culposo, combinado con

27 Welzel manifiesta que “la posición de garante comprende los elementos decisivos de autor, que convierte al que omite evitar el resultado típico en un autor de omisión, en el sentido del tipo de mandato de garante equiparado al delito de comisión. Esta posición de garante es una especial y estrecha relación vital, unida íntimamente con el bien jurídico lesionado”. *Op. cit.*, pp. 292 y 293. Mir Puig afirma que la posición de garante “se da cuando corresponde al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico* afectado o una *función personal de control de una fuente de peligro* en ciertas consideraciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en “garante” de la indemnidad del bien jurídico correspondiente”. *Op. cit.*, p. 305.

una posterior omisión culposa, genera, por razones ónticas, una comisión por acción culposa.

En relación al contrato, éste sí puede generar la calidad de garante en el médico, cuando cumpla con los requisitos de existencia y validez, aunque no esté formalizado por escrito.

Por otra parte, constatada la calidad de garante, es necesario que el médico, en el caso concreto, tenga la posibilidad real de realizar la actividad que ha de evitar el resultado.

En tercer lugar habrá de constatarse que la inactividad del médico (garante del bien jurídico y en real posibilidad de realizar la acción ordenada) sea equivalente a la actividad productora del resultado material.

## IX. CONSENTIMIENTO

A) La actividad profesional del médico es una actividad curativa necesaria para el desarrollo social. Dicha actividad tiene como finalidad la atención del enfermo a través de la opción que mejor le proporcione bienestar y salud.

El médico, desde los inicios de la medicina, se rige por principios éticos que lo obligan a tener una conducta honesta con el paciente y con la sociedad y hasta una mística de absoluta y responsable dedicación al enfermo.<sup>28</sup>

En este marco, el comportamiento del médico es una actividad lícita que no requiere de ninguna justificación.

Por otra parte, hay que tener presente que “en numerosos campos, la conducta humana trae consigo, por lo regular, el peligro de dañar intereses jurídicamente protegidos e incluso bienes jurídicos que gozan de protección penal, en especial, cuando esa conducta sirve al progreso técnico, médico, social o de otra índole”.<sup>29</sup> Específicamente, en relación con la

28 Künsmlüller dice que “el enfermo recurre normalmente al médico para que lo cure, lo alivie o lo tranquilice, impulsado por la necesidad de depositar en manos de un experto su salud deteriorada. El tratamiento que se le brinda persigue prevenir o modificar una situación de alteración o deterioro de la salud, dicho brevemente, procura preservar o mejorar en el plano biológico la calidad de la vida”. *Op. cit.*, p. 260. “La principal responsabilidad del médico es mantener el valor esencial del acto médico, cuyo objetivo es la curación o el alivio del enfermo mediante el conocimiento del enfermo, su circunstancia y su enfermedad”. Laín, Entralgo P., citado por Tenorio González en “Responsabilidad profesional del médico”, *La responsabilidad profesional y jurídica de la práctica médica*, México, Academia Mexicana de Cirugía y Comisión Nacional de Arbitraje Médico, 1999, p. 13.

29 Maurach, *op. cit.*, p. 146.

conducta médica, el peligro o riesgo de daño (lesión de bienes jurídicos) está aparejado con el tratamiento u operación quirúrgica, en otras tiene que ver, directamente, con la situación o condición del paciente.<sup>30</sup>

Como un tercer punto, es importante recordar que los tipos penales describen, únicamente, acciones u omisiones antisociales, nunca acciones u omisiones aprobadas por la sociedad y que, además, son necesarias para el bienestar de los seres humanos. Las acciones u omisiones de los médicos en ejercicio legítimo de la profesión, pertenecen a la clase de las conductas aprobadas por la sociedad. En consecuencia, no siendo antisociales, quedan al margen de las descripciones contenidas en los tipos penales.<sup>31</sup>

B) Con base en todo lo apuntado, el consentimiento, como causa de exclusión del delito, carece de sentido y es impertinente en relación a las conductas legítimamente ejercidas por el médico.

Obviamente, en el ejercicio de la medicina es necesario el consentimiento para definir la facultad concedida por el paciente al médico y el alcance de esa facultad. Esto significa que el consentimiento otorgado por el paciente al médico es para ser tratado médicamente y, en algunos casos específicos, para que se le practique alguna necesaria mutilación, precisamente para salvar la vida o mejorar la salud.

Se sobreentiende que se trata de un consentimiento otorgado al médico para la realización de una conducta plenamente apegada a las reglas médicas existentes (*lex artis*) y, además, ejecutada con todo el cuidado posible y adecuado que se requiere en el caso concreto.

De lo anterior se sigue que la conducta médica realizada sin la observancia de la *lex artis* o sin la observancia de los cuidados inherentes al caso concreto, ya no es una conducta aprobada socialmente o, lo que es lo mismo, se trata ya de una conducta antisocial que, por tanto, sí está comprendida en las conductas descritas por los correspondientes tipos pena-

30 Teke Schlicht plantea que “la acción médica conlleva un riesgo que podemos enmarcar dentro del concepto de lo previsible y lo imprevisible... Algunos riesgos son inherentes al procedimiento mismo (en biopsia de útero al pinzar el cuello se puede producir un paro cardíaco). Otros riesgos son inherentes al propio paciente (relación alérgica). Muchos de estos riesgos se pueden prevenir y eventualmente controlar”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, núm. 2, mayo-agosto de 1986, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 248.

31 Künsemüller apunta que “el médico cuando opera trata de sanar o aliviar, no persigue como meta de su acción lesionar la integridad corporal del paciente..., la intervención médica, llevada a cabo conforme a las reglas del arte y con finalidad curativa, no llena ningún tipo delictivo aun en caso de resultado funesto..., medicar es curar y curar puede implicar lesionar corporalmente, pero sólo en un sentido material o físico, no en un sentido jurídico-penal”. *Op. cit.*, p. 263.

les. En relación a estas conductas el consentimiento es irrelevante, pues con él o sin él la conducta es típica.

La doctrina, al tratar la responsabilidad penal del médico, invariablemente aborda el consentimiento entendido desde el punto de vista penal y, consecuentemente, se ocupa de la correspondiente discusión sobre la disponibilidad de los bienes jurídicos (vida, salud personal e integridad corporal), la naturaleza del consentimiento (justificante o no justificante), sus requisitos legales, sus vicios, sus consecuencias jurídicas, la capacidad del otorgante, etcétera. Esta manera de abordar el consentimiento tiene su origen en la creencia errónea de que la conducta médica es típica, y esto como consecuencia de que considera, sin análisis crítico alguno, que toda conducta de inferir lesiones está comprendida en un tipo penal de lesiones. No advierte que hay conductas de lesiones que están aprobadas socialmente y que, por lo mismo, en ningún caso serán típicas y menos aún delictivas, y son precisamente estas conductas las que se relacionan con un consentimiento que nada tiene que ver con el consentimiento a que se refieren los códigos penales y la doctrina penal.

Valgan dos ejemplos para clarificar la situación: Piénsese en el caso concreto del médico que, habiendo informado al paciente sobre su enfermedad y las consecuencias de ella, le propone practicar una operación quirúrgica para la cual cuenta con todo lo que se requiere y, además, es sabido que el médico tiene fama bien ganada en esa clase de operaciones. En estas condiciones el paciente otorga su consentimiento: éste sería un consentimiento no penal para una conducta socialmente aprobada.

Véase el caso inverso: el médico le informa al paciente que carece de los conocimientos médicos necesarios o que no cuenta con el instrumental quirúrgico indispensable (sin ser un caso de urgente intervención), o que (por su afición al alcohol) no garantiza el cuidado requerido. Parece obvio que, en este caso, las lesiones o la muerte que se produzcan son antisociales y, por ende, son típicas y delictuosas. En este caso el paciente no va a otorgar el consentimiento y, en el caso inverosímil de que lo otorgara, éste sería completamente irrelevante.

Con todo lo apuntado, es claro que el consentimiento es necesario para evitar los problemas de responsabilidad civil en que se ha visto inmerso el médico en el ejercicio de su profesión.

Ahora bien, si se enfoca la atención directamente sobre el consentimiento, hay que puntualizar algunos aspectos:

- 1) El consentimiento debe ser otorgado previamente a la realización de la conducta médica (tratamiento u operación quirúrgica).
- 2) El consentimiento está estrechamente vinculado a la información exacta y clara que el médico debe dar al paciente sobre su enfermedad y su situación específica, sobre el tratamiento u operación quirúrgica que va a realizar, los riesgos que éstos tienen y lo que se espera de ellos. El consentimiento, en esta forma otorgado, se denomina “consentimiento informado”.<sup>32</sup>

Esto debe tenerse presente porque el médico no debe decidir por el paciente, salvo casos excepcionales en que el médico, para salvar al paciente, toma la responsabilidad.

Habrà de tenerse bien claro que, independientemente de que los bienes jurídicos (vida o salud) se consideren disponibles o no disponibles, se deberá investigar si el médico actuó descuidadamente o desplegó el cuidado posible y adecuado en el caso particular. Si actuó descuidadamente, el consentimiento no lo exime de la pena; y si, por el contrario, actuó siguiendo todas las reglas que aconseja la *lex artis*, puso en juego todo el cuidado posible y adecuado y su voluntad era la de curar, aun sin el consentimiento del paciente, no habrá responsabilidad penal.

Grave sería que no se sancionara al médico que con su conducta descuidada causara la muerte del paciente que previamente había consentido en una amputación (por ejemplo de un pie).

Muñoz Conde, al respecto afirma que el consentimiento del paciente es presupuesto general del tratamiento médico (salvo en casos excepcionales de tratamiento obligatorio o de estado de necesidad), pero esto no conduce a “admitir que el consentimiento legitime en todo caso el tratamiento médico”. Ello podría dar lugar a prácticas inmorales y atentatorias a la dignidad humana.<sup>33</sup>

32 “El consentimiento informado se ha convertido en una condición indispensable para enfrentar posibles demandas... Obedece, también, a una relación médico paciente más respetuosa que lleva a una decisión compartida”. Rivera Serrano, “Secreto profesional y consentimiento bajo información”, *Revista de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico*, año 3, México, núm. 9, octubre-diciembre, 1998, p. 8. Muñoz Conde indica al respecto: “El correlativo del consentimiento del paciente es, por parte del médico, el *deber de informarle* sobre las consecuencias y riesgos del tratamiento... y sus posibles alternativas. Lógicamente la información ha de ser más precisa, cuanto mayor sea el riesgo de la intervención o del tratamiento”. *Op. cit.*, p. 106.

33 *Derecho Penal, parte especial*, Valencia, Tirant lo blanch libros, 1996, p. 105.

## ABOGACÍA, FUNCIÓN JUDICIAL Y JURISPRUDENCIA

José Manuel LASTRA LASTRA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La abogacía*. III. *La enseñanza de los valores fundamentales*. IV. *Derecho y realidad social*. V. *Vinculación entre la teoría y la práctica*. VI. *La función judicial*. VII. *La jurisprudencia*.

### I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio profesional de la abogacía es muy antiguo, de ello nos da cuenta la historia. A través de ella y con el prodigio de la recreación intelectual del pasado humano, se tienen noticias del perfil del abogado y la importancia que la humanidad le ha otorgado en todos los tiempos. El ejercicio de la práctica forense, en defensa de intereses, no sólo individuales, nos recuerda el antiguo aforismo latino *In advocatorum tutela, non privatorum duntaxat, sed et reipublicae salus continetur* (No sólo los intereses privados, sino hasta la salud de la república se pone bajo el patrocinio de los abogados).

En esta ocasión se han preparado diversos estudios jurídicos para rendir merecido homenaje a un distinguido miembro del foro y la judicatura de nuestro país: don Manuel Gutiérrez de Velasco, por lo que las reflexiones que haremos intentarán inducir en la práctica forense y la función judicial, a la que don Manuel dedicó, con éxito, gran parte de su vida.

### II. LA ABOGACÍA

Existe un viejo aforismo que se atribuye a Paulo (1. 77, D., *de procuratoribus*, 3,3.) que nos recuerda, en parte, la función del abogado: *Om-*

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*nis, qui defenditur, boni viri arbitratu defendendus est* (Todo el que es defendido, debe serlo al arbitrio de buen varón).

Al destacar la importancia pública de la abogacía, Piero Calamandrei expresaría que ésta es “tribuna de libertad y de dignidad”.<sup>1</sup>

El vocablo *perfil*, deriva del latín *per*, por, y *filum*, línea; y el concepto abogado, también del latín *advocatus*, de *advocare*, convocar, llamar, interceder. El abogado es el profesional que intercede para: defender, patrocinarse, asesorar en juicio los derechos e intereses sobre cuestiones legales sometidas a su consulta.

Los antiguos griegos y romanos conocieron esta profesión, Atenas fue la primera escuela del foro, y Pericles, el primer abogado profesional.

Los griegos, al comparecer ante el *aeropago* o ante los demás tribunales, acostumbraban solicitar la presencia de algún abogado.

En Roma, esta profesión también fue desempeñada por mujeres hasta que les fue prohibido por edicto, debido a que “Caya Afrania, demasiado viva de genio, acostumbraba molestar al pretor con la violencia de sus arengas”.<sup>2</sup>

El traje que utilizaron los abogados en Roma era la toga blanca; y la edad mínima exigida por el *Digesto*, para ejercer la abogacía era la de diecisiete años (lib. III, tit I, frag. 1,5). Los nombres de los abogados autorizados para actuar, se inscribían en una tabla, por orden correlativo de su admisión y podían ser borrados de ella por justa causa, cuando cometían alguna falta.

En España, Alfonso “el Sabio” honró la profesión de los letrados: erigió la abogacía en oficio público, con el requisito de que esta actividad no pudiera ser “ejercida por nadie sin preceder examen y aprobación por el magistrado y juramento de desempeñar bien el cargo e inscripción de su nombre en la matrícula de abogados”.<sup>3</sup>

En México, al crearse la Real Audiencia por cédula de 3 de diciembre de 1527, se dieron instrucciones para solicitar del emperador Carlos V, los “servicios de abogados”<sup>4</sup> y con la fundación de la Universidad de

1 Calamandrei, Piero, *Chiovenda, recuerdo de juristas*, Buenos Aires, EJE, 1959, p. 215.

2 García Máynez, Eduardo, *Discurso pronunciado en el senado de la República*, al recibir la medalla de honor Belisario Domínguez, en 1987.

3 *Idem*.

4 Mendieta y Núñez, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1975, p. 23.



México se crearon siete cátedras, entre ellas “Cánones y Leyes, el 25 de enero de 1553”.<sup>5</sup>

### III. LA ENSEÑANZA DE LOS VALORES FUNDAMENTALES

El abogado debe cimentar con gran solidez su formación profesional y, en general, normar su conducta en ¡los valores fundamentales de la ciencia jurídica!

El estudio del derecho dirige en todo momento sus finalidades para procurar la mejor convivencia y armonía social, por ello promueve: la igualdad, la seguridad jurídica, el bien común, la libertad y el más elevado de todos los valores, la justicia que debe ser siempre la estrella más luminosa hacia la cual, el abogado, el jurista, el cultivador de la ciencia jurídica debe encaminar sus mejores afanes y luchar por ella siempre ¡Sin tregua ni claudicaciones! Debe vivir la justicia y también padecerla, para que pueda “aprender a amarla”.<sup>6</sup>

### IV. DERECHO Y REALIDAD SOCIAL

En la formación jurídica no debemos perder de vista enseñar el derecho positivo vigente, fundamentalmente, ¿pero acaso esto sería suficiente? ¡No!, porque a veces ocurre que existe desarticulación entre normas y realidad, como es bien sabido y en muchos casos, las predicciones o pretensiones de la norma no pueden cumplirse por estar alejadas de la realidad social. Radbruch, gran jurista alemán, nos enseñaría que aun cuando el derecho expresa realidades, no puede crearlas. Es conocido por todos que existen un sinnúmero de disposiciones legales positivas que desajustan con la realidad social a pesar de ser vigentes, veamos algunos casos a guisa de ejemplo: el Código Civil para el Distrito Federal, previene el supuesto del derecho de caza y, por tanto, el ejercicio del mismo en el Distrito Federal e inclusive menciona el llamado *acto venatorio* (artículos 856; 858; 860 etcétera), también incluye los casos en que el cazador puede “apropiarse de la pieza de caza”. Yo me pregunto ¿cómo y adónde podríamos dar cumplimiento a esta disposición? También se establece en

5 *Ibidem*, p. 32.

6 Oderigo, Mario A., *El problema del juez*, Argentina, Abeledo Perrot, 1957, p. 43.

dicho Código la posibilidad de “la pesca y el buceo de perlas” (artículo 868) pero, ¿en qué aguas?, ¿de qué ríos y lagos?

Por otra parte encontramos que la Ley Federal del Trabajo con insistencia menciona la “estabilidad en el empleo” como un principio fundamental que debemos preservar. ¿Cómo y en qué medida lo hemos hecho? Cuando existe un saldo de 9 o 10 millones de mexicanos ¡sin empleo!; por último, la norma laboral nos indica que el salario debe ser “decoroso”, suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia en el orden “material, social y cultural” y, por si esto fuera poco, agrega que debe promover a la educación obligatoria de los hijos.

Yo pienso que, seguramente, todos aceptamos la buena intención de tal predicción jurídica —pocos o ninguno, quizás— se opondrían a ellas. ¿Pero cómo, con qué salario vamos a dar satisfacción a esta aspiración de la norma vigente? ¿Con un salario de \$18.00? Absurdo e irrealizable, siempre he dicho a mis alumnos que México es un país formidable, en lo especial así lo creo, pero con el salario mínimo no hemos podido ni podremos hacer ningún milagro, a pesar del gran ingenio de nuestro pueblo.

Hay pues que enseñar norma y realidad, por muy dolorosa que ésta pueda ser. Busquemos enseñar y formar al abogado del siglo XXI con una gran identificación y vinculación de la realidad hacia la que tiene que servir con eficiencia y ética profesional.

## V. VINCULACIÓN ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA

El derecho es un producto social: evoluciona con la sociedad, el mundo cambia y también las formas de vivir y comportarse, para poder permanecer en él, el derecho regula la conducta y el comportamiento humano, ¡no debemos olvidar esto!

El profesional del derecho es y debe ser un intransigente defensor de los supremos valores de la vida social, pero debe prepararse para enfrentar retos y desafíos y poder salir airoso en la contienda, en la lucha por el derecho —como lo expresara Ihering— existe la necesidad de incluir nuevas asignaturas y no porque se deba estar a la moda en el derecho, esto no debe preocuparnos, sino el buscar y encontrar la última verdad.

Sin embargo, es útil y necesario emplear las herramientas técnicas que los vertiginosos avances de la ciencia nos proporciona, para realizar con mayor eficiencia nuestro trabajo.

La informática jurídica es una de las asignaturas que deben ser incluidas para preparar al profesional del derecho del siglo XXI. Pero, también gran parte del quehacer del abogado transcurre en redactar y promover, por escrito, en la mayoría de las instancias, todas sus actuaciones, por tanto proponemos un taller de redacción jurídica, intenso. También debemos fortalecer la enseñanza con métodos más adecuados del derecho procesal en todas sus ramas.

Con profunda tristeza observamos, con frecuencia, la mala utilización del lenguaje jurídico y el gran desconocimiento del idioma —en este caso— español.

## VI. LA FUNCIÓN JUDICIAL

En la función judicial, el juez recibe la ley de manos del legislador y debe aplicarla en todos los casos, la considere buena, regular o mala. Es misión y virtud del juez “obrar y dejarse guiar por la prudencia”.<sup>7</sup>

El juez debe aplicar las leyes y solucionar los conflictos que surjan en la sociedad, siempre con la férrea voluntad de restablecer el imperio del derecho. El juez permanece ligado a la ley, siempre ha existido un “miedo social” a las libertades absolutas de los jueces, o a la excesiva discrecionalidad de que puedan disponer para resolver conflictos, de allí la imperiosa necesidad de vincular al juez a la exacta aplicación de la ley. El trabajo judicial debe ser cuidadoso, paciente, lógico y desapasionado. El razonamiento equilibrado es parte de la esencia de la función judicial, ésta no se reduce a la mera acción de decir el derecho, *jurisdictio*, supone un proceso complejo mediante el cual el juez aplica una norma preexistente y al mismo tiempo contribuye “al proceso de crear, interpretar e integrar las normas que aplicar”.<sup>8</sup> El juez apasionado puede representar un permanente peligro para las partes, porque sin serenidad no se puede sostener en equilibrio el fiel de la balanza y tampoco estará garantizada la administración de la justicia. En muchas ocasiones, los jueces están expuestos a diversas contingencias, pero con el auxilio de la inteligencia, equilibrio y serenidad pueden tener la pretensión de hacer justicia. A menudo olvidamos que también los jueces son seres humanos y, por lo tanto, falibles. No se engañe nadie pensando que la

7 Guzmán Brito, Alejandro, “La función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea”, *La función judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 232.

8 Montoro Ballesteros, Alberto, “Ideologías y fuentes del derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 40, julio-agosto, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 66.

función judicial sólo depara satisfacciones, elogios y adulaciones almibaradas, por el contrario, produce angustias e insomnios. En ocasiones, los sentidos engañan a la razón con falsas apariencias y las pasiones del alma turban el buen juicio del juzgador, quien, indeciso, a veces le tiembla la mano, invadido por el temor, al firmar una sentencia. Las resoluciones judiciales no deben fundamentarse en los sentimientos del juez sino en el raciocinio, aun cuando tenga que condenar y le parezca doloroso, su función siempre consistirá en tratar de ser justo. Hay quienes opinan que en el ejercicio de la trascendente tarea judicial, es útil “vivir la justicia y padecerla, para aprender a amarla”.<sup>9</sup>

La actividad judicial únicamente está sometida a la voluntad de la ley, no existe, para el juzgador, mayor compromiso que “el expresado por la ley”.<sup>10</sup> Todos los órganos jurisdiccionales, quedan sujetos al orden jurídico, esto es, sometidos a la ley. En tal sentido, la función judicial supone la existencia de un Estado de derecho, de una delimitación adecuada en sus competencias. La trascendente función de administrar y procurar justicia, debe estar acompañada para lograr plena eficacia de los siguientes principios y requisitos, comúnmente fundamentados por la independencia del Poder Judicial en los diversos ámbitos; tales como: el político, económico, funcional, selectivo, inamovible, exclusivo, pleno y uniforme, para desempeñar su importante misión.

En síntesis, el Estado de derecho es aquel sometido a las leyes, como expresión de la voluntad general, pero además a la Constitución que es el proyecto de vida de un pueblo; no otorgarle a la Constitución la importancia, jerarquía y respecto, implicaría por parte del juzgador “no dársele al derecho”.<sup>11</sup> Los jueces son llamados para “aplicar el derecho a los casos concretos”.<sup>12</sup> Por tal circunstancia, tienen la oportunidad de “superar las deficiencias, lagunas e imprecisiones de la ley mediante la jurisprudencia”.<sup>13</sup> La jurisprudencia es actividad judicial, o actividad jurídica de los jueces consistente en crear normas individuales de derecho. Las cuales “originan figuras jurídicas particulares del derecho positivo”<sup>14</sup> y pue-

9 Oderigo, Mario A., *op. cit.*, p. 43.

10 Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 4a. ed., Barcelona, Bosch, 1975, p. 575.

11 Rodríguez Aguilera, Cesáreo, *El Poder Judicial en la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 15.

12 Reale, Miguel, *Introducción al derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1989, p. 129.

13 Ponce de León Armenta, Luis, *La nueva jurisprudencia agraria sistematizada*, México, Porrúa, 1996, p. 3.

14 Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 579.

den crear e innovar la ciencia jurídica, puesto que la norma individualizada de la sentencia o de la resolución contiene ingredientes nuevos que no se dan en la norma general, por tal motivo, la función judicial “tiene, necesariamente, dimensiones creadoras”.<sup>15</sup> Las normas individualizadas, sólo se aplican a uno o varios miembros, individualmente determinados, de la clase comúnmente designada por el concepto-sujeto de los preceptos generales que les sirven de base. Entre ellas se consideran: “las resoluciones judiciales y administrativas, los testamentos y los contratos; y, en el orden internacional, los tratados”.<sup>16</sup> Éstas existen siempre, sobre la “base de las normas vigentes”.<sup>17</sup>

En términos generales, podemos decir que la función judicial tiende, preferentemente, a preservar, interpretar y aplicar el derecho, persigue su eficacia. Corresponde a la jurisdicción hacer “que se respete la legislación”,<sup>18</sup> defender la constitución y “garantizar el orden frente a sus enemigos”.<sup>19</sup> El fundamento del sistema jurídico radica en la Constitución, tanto en el aspecto formal como en el material, por ello no puede prescindirse de ella en la aplicación e interpretación; debemos acudir a la norma fundamental para “cumplir la función de aplicar el derecho”.<sup>20</sup>

Somos conscientes de que el derecho no es sólo la ley y que las normas jurídicas tampoco pueden prevenir todas las situaciones y modalidades de conflictos en las relaciones humanas. De ahí que surja la necesidad de facultar a los jueces para interpretar y aplicar, rectamente, las leyes.

## VII. LA JURISPRUDENCIA

### 1. *Concepto*

El vocablo jurisprudencia, en algunas de sus connotaciones significa “interpretación de la ley hecha por los jueces... conjunto de sentencias que determinan un criterio jurídico”.<sup>21</sup>

15 Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 197.

16 García Máynez, Eduardo, 45a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 75.

17 Reale, Miguel, *op. cit.*, p. 130.

18 Schmitt, Carl, *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 46.

19 Otto Pardo, Ignacio, *Defensa de la constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 14.

20 Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 121.

21 Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, 9a. ed., Buenos Aires, Editorial He- liasta, 1976, t. II, p. 474.

También ha sido entendida como el “conjunto de soluciones dadas por los tribunales”.<sup>22</sup> Ulpiano, célebre jurista de la antigüedad, definió a la jurisprudencia en estos términos: “*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*” (Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto). Pero, también para los antiguos jurisconsultos de Roma, la “*Iurisprudentia docet iustum discernere ab iniusto; iustum praecipiens, iniustum prohibens*” (La jurisprudencia enseña a discernir lo justo de lo injusto, mandando lo primero y prohibiendo lo segundo). En tal sentido, las respuestas y opiniones de los jurisconsultos a quienes se permitía fijar el derecho (*Responsa prudentum sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere*). Con frecuencia se pretende enlazar e identificar a la ciencia jurídica con la idea de jurisprudencia. Incluso, muchas escuelas, de enseñanza jurídica, adoptaron en el siglo pasado y en el presente el concepto jurisprudencia, ejemplo de ello fue el de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho).

Por jurisprudencia, no debemos entender cualquier aplicación aislada del derecho, sino la repetida, constante, uniforme y coherente, de tal forma que revele un criterio o pauta general en la aplicación de las normas jurídicas. La jurisprudencia se inspira en el propósito de obtener una interpretación uniforme del derecho, en los casos que la realidad presenta a los jueces. Por tales circunstancias, pensamos que el órgano autorizado para expedirla debe ser único y el de mayor jerarquía, si es que pretendemos otorgar a ésta un carácter de auténtica obligatoriedad y no permitir en ningún caso, por ningún motivo, que tribunales inferiores en el Poder Judicial con frecuencia contradigan, no apliquen o desestimen los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte, quien ostenta, jerárquicamente, el más alto rango de la escala judicial.

## 2. Objetivo de la jurisprudencia

La interpretación que ordinariamente hacen los tribunales de las leyes es a lo que, comúnmente, se denomina jurisprudencia. Por ello es tan importante la elevada misión del juzgador y de la función judicial; puesto que los jueces deben ser peritos en derecho, como antaño lo sentenciaría el viejo aforismo latino “*Iurisconsultus est peritus in legibus et consuetudinibus civitatis*” (Jurisconsulto es el perito en las leyes y costumbres de una localidad).

22 *Diccionario Jurídico Espasa-Calpe*, Madrid, 1991, p. 556.

A pesar de la clara concepción de la jurisprudencia por parte de los excelsos juristas de Roma, existen algunas que son discrepantes, como la de J. H. Von Kirchmann, célebre y polémico jurista alemán, del pasado siglo, quien al pronunciar su controvertida conferencia, en una sociedad jurídica de Berlín, en 1847, con enérgica diatriba negó el carácter científico de la jurisprudencia al expresar:

“¡Qué cúmulo de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica!”<sup>23</sup>

La vehemente conferencia de Kirchmann estremeció la conciencia de los juristas alemanes, después de su famosa perorata, en la que negaría el carácter científico a la jurisprudencia, no sin antes agregar que “bastarían tres palabras rectificadoras del legislador para convertir bibliotecas enteras en basura”.<sup>24</sup>

Es claro que el jurista alemán, del siglo pasado, equiparaba a la legislación positiva con el derecho, no obstante que ésta es solamente una parte integrante del todo, y no la totalidad del derecho como ciencia.

Sin embargo, recordemos que el derecho, en su carácter de ciencia, tiene una valoración universal, pretender encerrar a la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta las teorías y prácticas de juristas extranjeros nos limitaría las posibilidades del conocimiento. El derecho, en todo caso, partiendo de su carácter científico, no puede ser estudiado al igual que otras ciencias exclusivamente desde “una perspectiva puramente nacional... el nacionalismo jurídico es más bien provincialismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico”.<sup>25</sup>

¿Cuál es la fuerza vinculatoria que la jurisprudencia representa para el derecho positivo mexicano?

### 3. La jurisprudencia y su obligatoriedad

En México nuestra Constitución expresa, en uno de los párrafos del artículo 96, que será la ley quien fije los términos en que sea *obligatoria*.

23 Von Kirchmann, J. H., *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. de Antonio Truyol Serra, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 7.

24 *Ibidem*, p. 29.

25 David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1973, p. 8.

Así lo manifiesta el artículo 192 de la Ley de Amparo, al establecer que “La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria”. La obligatoriedad de la jurisprudencia —según don Rafael de Pina— contraviene “uno de los principios fundamentales de la Constitución federal, el de la división de Poderes, aunque, inexplicablemente, ésta la imponga como obligatoria”.<sup>26</sup> Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas, por lo menos, por ocho ministros.<sup>27</sup>

En cuanto a la elaboración de la jurisprudencia por salas, ésta no fue modificada en relación al número de ministros que deban emitirla, pues la reforma correspondiente, aun cuando redujo —como ya se dijo— el número de salas y ministros, conservó, en la Ley Orgánica, el requerimiento de que sean cinco ministros en cada una de ellas y la exigencia de que “basta la presencia de cuatro para funcionar” (artículo 15, Ley Orgánica del Poder Judicial Federal).

Antes de que surja la obligatoriedad dirigida a observar los criterios de interpretación judicial establecidos por la jurisprudencia, no existe la posibilidad de imponer estas reglas a los tribunales ni a la propia Corte.

La expresión “se interrumpe”, vigente a la fecha en el artículo 194 de la multicitada Ley de Amparo, no es correcta en opinión del maestro García Máynez, quien señala: “Al dictarse una ejecutoria discrepante la jurisprudencia no se interrumpe ni se modifica, sino se deroga”.<sup>28</sup> Lo cual equivale a la extinción de la obligatoriedad general.

#### 4. Tesis contradictorias

Nuestro sistema jurídico acepta la posibilidad de que puedan existir tesis contradictorias, en el artículo 107, fracción XIII, constitucional y en

26 Pina, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa, 1972, p. 145.

27 A pesar de que la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación fue substancialmente reformada por decreto presidencial, en el mes de mayo de 1995, el artículo 192 de la Ley de Amparo expresa, aún, que constituyen jurisprudencia las resoluciones aprobadas por catorce ministros funcionando en Pleno. Contrario a lo que establece la Ley Orgánica en su artículo décimo quinto transitorio, en virtud de que ahora ha quedado integrada por once, tal y como lo dispone, actualmente, el artículo 94 de nuestra carta magna. No obstante lo anterior, la Ley de Amparo preserva en espera de ser reformadas algunas disposiciones que mencionan la existencia de cuatro salas, cuando existen únicamente dos y, en lugar de veintidós ministros, el número se redujo a once.

28 García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 45a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 71.



el artículo 197 de la Ley de Amparo, sustentadas tanto por los Tribunales Colegiados de Circuito, como por las Salas de la Suprema Corte en los juicios de amparo de su competencia, faculta al procurador general de la República o a las partes que intervinieron en los juicios para denunciar las contradicciones, y corresponderá al Pleno de la Suprema Corte decidir cuál de las tesis debe prevalecer. En todo caso dichas resoluciones no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción. El Pleno de la Suprema Corte deberá dictar la resolución correspondiente en un plazo de tres meses y deberá ordenar su publicación y remisión. (Artículo 195 L.A.)

### 5. *Épocas de la jurisprudencia*

La interpretación judicial en México ha transcurrido desde sus inicios por diversas épocas. El periodo histórico o no aplicable, correspondiente al quehacer hermenéutico del Poder Judicial en el siglo pasado, cuando aún era vigente la Constitución de 1857, comprende cuatro épocas; y la jurisprudencia aplicable, que inicia en la quinta época a partir de 1917 a la fecha, consta de cinco, hasta ahora, que suman un total de nueve épocas.

Por decreto del 8 de diciembre de 1870, don Benito Juárez crea el *Semanario Judicial de la Federación*, para que en él sean publicadas “todas las sentencias definitivas, pronunciadas por los Tribunales Federales, desde el restablecimiento del orden legal en 1867 y las que se pronunciaran en lo sucesivo”.<sup>29</sup>

El semanario de referencia cumpliría la función de satisfacer la importante necesidad de publicar sistemáticamente las ejecutorias de los tribunales federales, con la intención de unificar los criterios judiciales; en aquel tiempo, no existía en nuestro país el “actual concepto de jurisprudencia obligatoria”.<sup>30</sup>

Resulta ilustrativo y de gran importancia conocer la trayectoria y evolución de nuestra jurisprudencia a través de sus diferentes épocas. Así, la primera época, integrada por seis tomos, comprende los periodos de enero de 1871 a diciembre de 1874. Durante esta época algunas ejecutorias aparecieron publicadas en periódicos —no oficiales— como *El Dere-*

29 Guerrero Lara, Ezequiel, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, México, UNAM, 1982, p. 12.

30 *Ibidem*, p. 12.

*cho, El Diario Oficial y El Foro.* En cada uno se evidenciaron diversos estilos, podría decirse que realizaron sus mejores esfuerzos para difundir la interpretación judicial. Cabe agregar que, además, suplieron la ausencia del *Semanario Judicial*, el cual dejaría de publicarse de 1875 a 1880. La Ley de Amparo de 1882 fue la que fijó en su artículo 70 el criterio de establecer jurisprudencia por cinco ejecutorias.

La segunda época está compuesta de diecisiete tomos, los cuales contienen resoluciones del Poder Judicial de la Federación, pronunciadas de enero de 1881 a diciembre de 1889. En este periodo coinciden diversos estudiosos en apuntar que la jurisprudencia resurgió gracias a la intervención y brillantez del destacado jurista Ignacio L. Vallarta, motivo por el cual esta época es conocida como época Vallarta.

La tercera época está compuesta por doce tomos que contienen las resoluciones del Poder Judicial de la Federación, pronunciadas de enero de 1890 a diciembre de 1897. Entre los aspectos sobresalientes están los relacionados con la “leva” y la jurisprudencia castrense; éstos originaron la aparición de dos corrientes entre los militares. Una siguió el principio de la estricta obediencia a las órdenes de sus superiores. En la otra, los militares estimaron que la “leva” provocaba un clima de inseguridad para buena parte de los habitantes de nuestro país y alteraba el orden público, por tales razones dejaron de cumplir las instrucciones recibidas.

Como consecuencia de lo anterior, los seguidores de la segunda corriente eran enjuiciados y sentenciados, por delitos de orden militar. En estas circunstancias, la Suprema Corte tendría que resolver los juicios de amparo promovidos en contra de los actos realizados por los tribunales militares, en los que, por regla general, en la mayoría de los casos, el amparo fue concedido.

En la cuarta época, sobresalen la ejecutoria pronunciada el 19 de septiembre de 1910, en relación con el juicio de amparo promovido por don Francisco I. Madero y don Roque Estrada, en contra de actos del juez propietario de Distrito de Nuevo León, quien los había enjuiciado por los delitos de ultrajes a funcionarios del Estado y de la Federación, ellos exponían que, en realidad, se les procesaba por “manifestar ideas políticas”, las cuales no debían ser objeto de inquisición judicial.

También destaca en esta época, el acuerdo extraordinario celebrado en la tarde del miércoles 19 de febrero de 1913, con motivo del oficio de Victoriano Huerta, dirigido al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para comunicarle que había asumido el Poder Ejecutivo,

con objeto de “cimentar la paz”; que tiene detenidos en el Palacio Nacional al señor Francisco I. Madero y a su gabinete; y “espera que ese alto tribunal tome en consideración todo lo manifestado y la propia Corte se sirva resolver lo que estime conveniente, pues así lo requiere el bien de la Patria, para la que cualquier sacrificio es corto”.<sup>31</sup> La Suprema Corte dio contestación en los siguientes términos: que se ha enterado de la nota dirigida por el general Victoriano Huerta, en su calidad de “encargado del Poder Ejecutivo y dentro de la órbita de sus atribuciones procurará llenar la esencial función de administrar justicia”.

La cuarta época comprende veintitrés tomos del *Semanario Judicial* que incluyen el periodo de 1898 a 1906. Después, en 1907, fueron publicados los tomos XXIX al LII para incluir las ejecutorias, pronunciadas en juicios de amparo en 1910. Por esas fechas estalló la Revolución de 1910 y Venustiano Carranza desconoció a los tres poderes, el Poder Judicial fue disuelto y clausuradas sus oficinas el 14 de agosto de 1914. La clausura trajo como consecuencia la segunda interrupción del *Semanario Judicial*, durante el periodo de enero de 1911 al 14 de julio de 1914. El citado semanario publicó en general las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, correspondientes “al rezago” de 1908 a 1910. No se tienen noticias de los fallos emitidos por la Suprema Corte, durante los años 1911-1914.

Después de los sucesos sangrientos de la Revolución, nuestro país viviría la experiencia de la restauración de la paz y el orden jurídico, a partir de 1917, cuando el Constituyente de Querétaro expidió una nueva Constitución, promulgada el 5 de febrero, con fecha de iniciación de vigencia hasta el primero de mayo del mismo año. Durante este tiempo fueron electos los ministros que deberían integrar la Suprema Corte, la cual empezaría a funcionar el primero de junio de 1917.

Fue hasta el 15 de abril de 1918, cuando apareció el primer número de la quinta época, del *Semanario Judicial de la Federación*, para continuar hasta el 30 de junio de 1957, fecha en la que concluyó. En 1919 fue expedida la Ley de Amparo promulgada el 18 de octubre, con la denominación de Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal. Correspondió a la Suprema Corte, por conducto de sus ejecutorias, fijar los alcances y características de su jurisprudencia. Ésta precisó que las tesis de jurisprudencia no derogan la ley ni siquiera cuando la declaran inconstitucional, porque sus resoluciones sólo se contraen

31 *Ibidem*, p. 25.

al caso que resuelven y, por tanto, únicamente contienen opiniones particularizadas; interpretar “lo contrario sería facultar al Poder Judicial para invadir funciones propias del legislador”.<sup>32</sup>

La sexta época inicia en el mes de julio de 1957, consta de 138 volúmenes, la compilación observó los lineamientos señalados en la época anterior, pero adoptó la división en cinco partes, la primera correspondiente al Pleno; la segunda, a la Primera Sala; la tercera, a la Segunda Sala; la cuarta, a la Tercera Sala y, la quinta, a la Cuarta Sala, y agregó una sexta de jurisprudencia común, al Pleno y a las Salas.

La séptima época transcurre a partir del mes de enero de 1969. Las bases que la establecieron fueron aprobadas en sesiones del Pleno, de la Suprema Corte, el 18 de febrero de 1969 y el 28 de enero de 1971.

La tercera de esas bases cambió sustancialmente su contenido con relación a la época anterior:

III. Los Secretarios de Estudio y Cuenta del Pleno, de las Salas y de los Tribunales Colegiados de Circuito, entregarán a los Secretarios de Acuerdos respectivos, para que éstos las envíen al Semanario Judicial de la Federación, las tesis y las copias correspondientes a las ejecutorias que se dicten, inmediatamente después de dictadas, debidamente autorizadas con su firma, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla, así como aquéllas que la Corte funcionando en Pleno, las Salas o los citados Tribunales, acuerden expresamente, o que contengan votos particulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 197 de la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 constitucionales.

A partir de las bases señaladas, el *Semanario* se publicaría mensualmente, y sus índices de manera semestral.

El Pleno de la Suprema Corte creó, en sesión celebrada el 8 de enero de 1964, el *Boletín del Semanario Judicial de la Federación*, en él se darían a conocer las tesis sobresalientes del Pleno y de las Salas. El *Boletín*, en sus 12 números iniciales, dio publicidad a los criterios de la Suprema Corte y, a partir del XIII, a los Tribunales Colegiados de Circuito.

En el año de 1975 fue editado el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, que comprende las tesis de ejecutorias de 1917 a 1975. También continuaron las publicaciones de informes anuales, tanto del Pleno como de las Salas.

32 *Ibidem*, p. 50.

Por acuerdo del Pleno en sesión privada, celebrada el jueves 4 de febrero de 1988, dio inicio la octava época, con la publicación de las ejecutorias dictadas a partir del día 15 de enero de 1988.

Finalmente haremos referencia a la novena época del *Semanario Judicial de la Federación*, la cual se inicia por acuerdo Núm. 5/1995, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte, con fecha 13 de marzo, publicado en el *Diario Oficial* el día 20 del citado mes, para señalar la iniciación de la novena época, con la publicación de las tesis jurisprudenciales del Tribunal Pleno y de las Salas de la Suprema Corte, de los Tribunales Colegiados de Circuito; las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los ministros y magistrados de los Tribunales Colegiados, emitidas a partir del 4 de febrero de 1995.

En suma, podemos agregar que la jurisprudencia se integra por actos colegiados y conceptos técnicos. Su obligatoriedad no llega al extremo de vincular a los órganos encargados de producirla, pues, como es sabido, éstos pueden modificar sus criterios y se puede extinguir “intraorgánicamente, cuando el Poder Judicial varía su criterio”.<sup>33</sup> La interrupción provoca que no sea obligatoria, esto puede ocurrir tanto en el Pleno como en Salas y, en tratándose de Tribunales Colegiados, la falta de unanimidad.

Es importante advertir que la jurisprudencia es creadora de derecho, de ahí su carácter de fuente. Pero, además, otorga certidumbre jurídica por la manera de interpretar determinados supuestos jurídicos en su elevada misión de expresar el derecho.

Sin embargo y en opinión de un conocedor del tema, como lo es Ezequiel Guerrero Lara, no es “una panacea que cure todos los males de la ignorancia jurídica sino el resultado de estudios y esfuerzos casi siempre profundos”.<sup>34</sup>

33 Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1990, p. 380.

34 Guerrero Lara, Ezequiel, *op. cit.*, p. 48.

## NOTAS PARA EL ESTUDIO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E IMPRENTA EN MÉXICO

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN

*A don Manuel Gutiérrez de Velasco  
Quijote y hombre probo*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La libertad de imprenta en la legislación liberal española*. III. *El camino hacia la Independencia*. IV. *De la Independencia al último gobierno de Santa Anna*. V. *La Constitución de 1857*. VI. *La Constitución de 1917 y la Ley de Imprenta de 1917*.

### I. INTRODUCCIÓN

Las libertades de expresión e imprenta están al centro de un debate de capital importancia para el país. Libertades esenciales para la democracia y el Estado de derecho, se encuentran desafiadas por las innovaciones tecnológicas y la introducción de las nuevas condiciones de operación y función de los medios de comunicación al inicio del siglo XXI. En estas notas hemos querido volver la mirada y recuperar su historia a lo largo del siglo XIX, ciertos de que la plena comprensión de su alcance y razón de ser, sólo pueden alcanzarse mediante el estudio de su accidentada historia en nuestro país. Ello nos dará mejores elementos para enfrentar su reformulación<sup>1</sup> que garantice, de manera plena, los valores esenciales que protegen y tutelan.

El estudio de la historia de estas libertades presenta algunas dificultades. Quizá la más importante es la falta de estudios históricos de conjunto

<sup>1</sup> Véase López Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en *Derecho a la información y derechos humanos*, coord. por Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, México, UNAM, 2000, pp. 157-181.

sobre estas libertades<sup>2</sup>. Sin duda esta cuestión amerita investigaciones posteriores que permitan profundizar en aspectos que nosotros podremos señalar sólo en forma superficial, tales como la realidad informativa del México del siglo XIX, la interpretación jurisprudencial de estos principios, su aplicación práctica, etcétera. Las notas que a continuación presentamos son una modesta aportación al estudio de esta materia.

El trabajo se divide en varias secciones. En la primera nos referimos a la constitucionalización de la libertad de imprenta en España. Lo anterior se justifica en la medida que es el antecedente directo de estas libertades en el derecho mexicano. Enseguida se repasarán las condiciones que llevaron a las Cortes de Cádiz a establecer la libertad de imprenta, así como su naturaleza, extensión y limitaciones a través de las Juntas de Censura. Posteriormente, nos referiremos de manera breve a la época colonial en México, en especial a la actitud de las autoridades virreinales ante la legislación liberal española.

Todo lo anterior nos servirá de marco de referencia para adentrarnos en el estudio de las libertades de expresión e imprenta en la legislación mexicana del siglo XIX. Cabe aclarar que no nos ceñiremos en forma estricta a esta materia, sino que pretendemos abarcar aspectos relacionados, tales como los decretos que crean los primeros archivos y bibliotecas, la concepción que se tenía en aquél tiempo de la información, así como de

2 Existen pocos estudios relativos a la historia de la libertad de expresión e imprenta en México. Principalmente podemos señalar Montiel y Duarte, Isidro, *Estudios sobre garantías individuales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1979 (edición facsimilar a la de 1873). Miguel Ángel Granados Chapa en el artículo "Bibliografía mexicana de periodismo I", en *Examen de la comunicación en México*, México, El Caballito, 1981 señala los trabajos de García Nuñez, Luz Ma., *La legislación de imprenta en México*, 1939; Basulto Jaramillo, Enrique, *La libertad de imprenta en México*, 1934. Por desgracia no tuvimos acceso a estos trabajos. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1985, dedica una breve reseña histórica a estos aspectos. Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, FCE, 1982, dedicó parte de los ts. I y III a las libertades que analizamos. Otras monografías pueden encontrarse en la *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales: historia de la prensa en México*, año XXVIII, núm. 109, julio-septiembre 1982. Sin duda los mejores estudios que se han hecho se deben a Luis Castaño. Éstos se encuentran en sus libros *Régimen legal de la prensa en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1962; *La libertad de pensamiento y de imprenta*, México, UNAM, 1967; "Historia de la libertad de prensa en México", en Pinto Mazal, Jorge (ed.), *Régimen legal de los medios de comunicación colectiva*, México, UNAM, 1977. Recientemente, la tesis doctoral de López Sala, Rafaela, *La libertad de expresión en el derecho constitucional mexicano*, Universidad Veracruzana-Instituto de Investigaciones Jurídicas, junio de 1998, realiza una buena revisión de conjunto de la historia de estas libertades. Parte del material legislativo se encuentra en Cámara de Diputados, LV Legislatura, *Los derechos del pueblo mexicano*, t. II, México, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1996. El resto se localiza en Dublán y Lozano, *Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta de Comercio de Dublán y Chávez, 1876-1882.

las indispensables referencias a la realidad política y social que determinaron la aplicación de estos preceptos.

Finalmente, y después de analizar los principios que las constituciones de 1857 y 1917 elaboran sobre la materia que nos ocupa, realizaremos un breve análisis de la Ley de Imprenta de 1917, bajo cuya vigencia se gestan las actuales estructuras de la información y la comunicación en México.

## II. LA LIBERTAD DE IMPRENTA EN LA LEGISLACIÓN LIBERAL ESPAÑOLA

### 1. *Las Cortes de Cádiz*

España fue ocupada en 1810 por el ejército francés. Las abdicaciones de Carlos IV y Fernando VII en favor de José Bonaparte, dan origen al movimiento que llevó a reunir en Cádiz a las Cortes Extraordinarias. Las circunstancias que dan lugar a su convocatoria y reunión ponen de manifiesto que, para la realidad política española, significaron la revolución del constitucionalismo enmarcado en el pensamiento liberal de la época. El movimiento español, contra lo que se afirma con frecuencia, no se limitó a copiar lo hecho en Francia años antes, pues tiene peculiaridades y fuentes propias. El núcleo fundamental de su doctrina se inspira en la escuela jurídica española<sup>3</sup>; por ello el resultado de las Cortes es una obra original y revolucionaria<sup>4</sup>.

Para América, estas Cortes tienen especial importancia pues en su convocatoria se incluyó, por primera vez en la historia de las colonias, a representantes de las diversas partes que la componían. El territorio que hoy ocupa México tuvo una representación de 21 diputados, entre suplentes y propietarios. De éstos, catorce eran eclesiásticos, dos militares, un abogado y dos funcionarios<sup>5</sup>. Figuran entre ellos hombres como Miguel

3 En los diarios de debates, los diputados se refieren con frecuencia a autores como Victoria, Suárez, Belamino, Menchaca y el Padre Mariana. *Cfr.* Barragán, José, *Temas del liberalismo gaditano*, México, UNAM, 1978.

4 Esta Constitución tuvo influencia no sólo en la América Española, sino también en Brasil y en varias partes de Europa, especialmente Portugal, Italia, Bélgica y Rusia. *Cfr.* Barragán, José, "La Constitución Política de la Monarquía Española de marzo de 1812", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1983, t. II, p. 269.

5 *Ibidem*, p. 267.



Ramos Arizpe, quienes participarán activamente en la conformación del marco jurídico y político del México independiente.

Al iniciar las Cortes sus sesiones fueron dos las cuestiones prioritarias; hacer frente al invasor y, aprovechando la coyuntura, intentar reformar la legislación tradicional. Esto no significaba otra cosa que elaborar una constitución que encuadrara el sistema bajo el nuevo marco del Estado de derecho.<sup>6</sup>

Así, desde el inicio de las sesiones, una cuestión fundamental fue el pronunciamiento de las Cortes sobre la libertad de imprenta. En efecto, tres días después de instaladas, el diputado Agustín Argüelles habló de la importancia y necesidad del punto de la libertad de imprenta, sugiriendo la formación de la comisión correspondiente.<sup>7</sup>

José Barragán señala que fueron dos los motivos principales que tuvieron las Cortes para abordar de inmediato este problema. El primero, de carácter estratégico, era el de hacer frente a Napoleón, pues se consideró que, entre otras razones, la falta de la libertad de imprenta permitió a Bonaparte invadir y mantener el dominio sobre España.<sup>8</sup>

El segundo, quizá de mayor trascendencia, fue el de tener en cuenta que “cuantos conocimientos se han extendido por Europa han nacido en esta libertad”<sup>9</sup>. Esta misma libertad debería servir también para instruir al pueblo y que luchara contra el despotismo “pues uno de los fines de la libertad era la enmienda de los gobernantes”<sup>10</sup>.

Lo anterior generó una fuerte oposición al establecimiento de la libertad de imprenta. Se intentó retrasar la discusión y se argumentó en su contra. Se dijo, entre otras cosas, que la libertad era criminal, antisocial y antipatriota; que era opuesta a la religión católica, y por lo tanto detestable institución; que debían dejarse para más tarde consultando antes a ciertas corporaciones (fundamentalmente la Iglesia); que desataría pasiones y sembraría la confusión; que la nación no se encontraba preparada para recibir dicha libertad.<sup>11</sup>

6 Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 4.

7 *Idem.*

8 *Idem.*

9 Declaración del diputado Argüelles, *cit.*, por Torero Conde de, *Historia del levantamiento, sueño y revolución de España*, t. III. Véase Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

10 Declaración del diputado mexicano Guridi y Alcocer, *Diario de sesiones de las Cortes*, impreso en 1811, sesión del 25 de junio de 1811, t. IV, p. 150, *cit.*, por Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

11 Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 6.

Aunque la posición de los oponentes era clara y decidida, no lo fue menos la de los defensores de la libertad, quienes sostuvieron que ésta era la base de la ilustración y del progreso; que era un arma magnífica contra el despotismo y a favor del pueblo; que ante la opresión general no podía menos que sentirse la obligación de reclamar dicha libertad; que la prohibición o la censura eran perjudiciales a la cultura; que la libertad era compatible con el amor más puro hacia los dogmas y doctrinas de la Iglesia.<sup>12</sup> Hubo muchos más argumentos que pugnaron por el establecimiento de la libertad de imprenta; baste el siguiente ejemplo del diputado Juan Nicasio Gallego:

Libertad es el derecho que todo hombre tiene de hacer lo que le parezca, no siendo contra las leyes divinas y humanas. Lo contrario es esclavitud; y esclavitud existe dondequiera que los hombres estén sujetos sin remedio a los caprichos de otros... ¿Cómo puede según eso, ser la imprenta libre, quedando dependiente del capricho, las pasiones o la corrupción de uno o más individuos? ¿Y por qué tanto rigor y precauciones para la imprenta, cuando ninguna legislación las emplea en las demás cosas de la vida y acciones de los hombres no menos expuestas al abuso?<sup>13</sup>

Finalmente, y tras largos debates, se aprobó el Decreto de Libertad Política de Imprenta del 10 de noviembre de 1810, en cuyo preámbulo encontramos en síntesis la concepción que se tuvo al expedirlo:

Atendiendo las Cortes generales y extraordinarias a que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas es, no sólo un freno a la arbitrariedad de los gobernantes, sino también un medio de ilustrar a la nación en general, y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública, han venido a decretar lo siguiente.<sup>14</sup>

El Decreto estableció en su artículo primero la declaración general de libertad de imprenta en los siguientes términos:

Artículo 1o. Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquiera condición y estado que sean, tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna

12 *Ibidem*, pp. 7-9.

13 Intervención de Juan Nicasio Gallegos, *cit.*, por Torero, Conde de, *op. cit.*, nota 9, p. 154.

14 Decreto de Libertad Política de Imprenta de 10 de noviembre de 1810.

anteriores a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que se expresan en el siguiente decreto.

El artículo segundo abolió los juzgados de imprenta y la censura previa de las obras políticas. Sin embargo, el artículo 6o. estableció la censura en materia de religión en los siguientes términos:

“Artículo 6o. Todos los escritos sobre materias de religión quedan sujetos a la previa censura de los ordinarios eclesiásticos según lo establecido en el Concilio de Trento”.

El artículo primero del Decreto pasó a ser el artículo 371 de la Constitución Política de la Monarquía Española del 19 de marzo de 1812. Este artículo está ubicado en el Título IX “De la Instrucción Pública”. Se respeto íntegramente la redacción del Decreto salvo en la última frase para decir “bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes”.

La protección constitucional en materia de imprenta se completó con la facultad que se les dio a las Cortes de proteger la libertad de imprenta. Al efecto, el artículo 31 estableció:

“Artículo 31. Las facultades de las Cortes son: Vigésimacuarta. Proteger la libertad de imprenta”.

Esta facultad fue de gran importancia pues se procuró hacer del Poder Legislativo la máxima garantía del orden constitucional. Las Cortes fueron la última instancia en cualquier conflicto sobre la libertad de imprenta constituyendo su máxima garantía cuando fallaran otras instituciones, en especial las Juntas de Censura o los tribunales. De hecho, las Cortes tuvieron especial celo en su protección y dejaron sus puertas abiertas para recibir cualquier queja. El diario de debates documenta diversos casos.<sup>15</sup>

Como veremos adelante, la idea de darle al Poder Legislativo la facultad de ser el protector máximo de la libertad será retomada en la legislación mexicana especialmente en la Constitución de Apatzingán de 1814, la Constitución Federal de 1824 y el Acta de Reformas de 1847.

## 2. *Naturaleza y extensión de la libertad de imprenta*

Examinemos a continuación la naturaleza y extensión de la libertad de imprenta. En primer lugar, podemos señalar que para los diputados ga-

15 Cfr. Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 23.

ditanos ésta sería un derecho inherente a la persona humana, connatural a su naturaleza sociable y por ello imprescriptible.<sup>16</sup>

Ahora bien, el artículo 1o. se refiere a ideas políticas. ¿Cual es el alcance de esta expresión? Al respecto existen dos versiones. La primera, en voz del diputado Argüelles, quién sostuvo que la comisión limitó el proyecto a la libertad de publicar escritos sin censura previa sólo a opiniones políticas. Así, “en esta limitación se hacía un doloroso sacrificio a la libertad de imprenta en obsequio del clero exclusivamente ...”<sup>17</sup>.

Esta afirmación no parece del todo exacta. Parece ser, que la expresión “ideas políticas” se utilizó en contraposición a la de “ideas religiosas”, comprendiendo las primeras ideas científicas, literarias y aún religiosas cuando se refirieran al dogma. En este sentido la interpretación que hace Eugenio Tapia en la sesión del 17 de julio de 1820 cuando se examinaban las materias en que podía ejercerse la libertad. Debe recordarse que Tapia fue miembro de la Junta Suprema de Censura. Así:

Según el texto de la ley (se refería al Decreto de Libertad Política de Imprenta de 1810) se concede esta libertad para publicar las ideas políticas, lo cual es poco exacto, ni pudo ser la intención de los legisladores excluir las materias científicas y literarias, que son de suyo inocentes. Creo pues, que sólo se mencionan en la ley las ideas políticas por contraposición a las religiosas, las cuáles quedan sujetas a la previa censura del Ordinario. Y en esta parte de materias religiosas ...la intención de los legisladores fue sin duda la de sujetar las previas censura eclesiástica los escritos que versaren sobre la Sagrada Escritura, teología dogmática, moral cristiana, y la mística o ascética, en las cuales podían caber funestos errores contra nuestra sagrada religión; pero no los puntos que traten de puntos controvertibles de disciplina eclesiástica.<sup>18</sup>

La consecuencia de lo anterior sería que el artículo 6o. del Decreto que establece la censura previa en materia religiosa debe de interpretarse en sentido restringido. Tan es así que, como veremos adelante, las Juntas Protectoras de Libertad de Imprenta podían intervenir en materia de censura religiosa. Por lo demás, es evidente que en muchos casos la expresión “ideas políticas” se interpretó, erróneamente, como una libertad limitada.

16 *Ibidem*, pp. 7-9.

17 Diario de Sesiones; sesión del 10 de octubre de 1810, *cit.*, por Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 10.

18 Diario de Sesiones; sesión del 17 de julio de 1820, *cit.*, por Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 11.

Otro problema es si la libertad que estudiamos se reducía a la imprenta o bajo este término se reconocía el derecho a difundir el pensamiento bajo cualquier forma. Ya hemos mencionado que la libertad se entendió en forma amplia, al ser la imprenta el medio técnico más importante de la época para la difusión del pensamiento. En este sentido la intervención del diputado Romero Alpuente en las sesiones de 1820:

“Por ventura no dice nuestra Constitución en su artículo 371 que todo español tienen la libertad de escribir —aquí está la pluma—, de imprimir —aquí está la imprenta—, y de publicar —aquí está la lengua y todas las maneras de publicar el pensamiento—”<sup>19</sup>.

En suma, la intención de los diputados de 1810 no fue otra que la de limitar lo relativo al dogma católico otorgando un principio general de libertad de expresión e imprenta. Esto se confirma considerando que en 1820 el derecho de asociación política se fundamentó en el de libertad de expresión, tal como ha demostrado el profesor Antonio de Ibarra en su libro *El origen del derecho de asociación política en España*<sup>20</sup>.

Resta por analizar lo relativo a los límites de la libertad. Además de la materia religiosa que ya mencionamos, el artículo 4o. del Decreto estableció que:

“Artículo 4o. Los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y los contrarios a la decencia pública y a las buenas costumbres serán castigados con la pena de la ley, y las que aquí se señalan”.<sup>21</sup>

Esta disposición se completa con el artículo 3o. que estableció la responsabilidad de autores e impresores, con la diferencia de que los primeros tenían responsabilidad directa, y los segundos sólo sufrían una pena pecuniaria en proporción al exceso cometido, teniendo únicamente responsabilidad directa si no constará quien era el autor o editor de la obra. (artículos 7o. al 12).

Las restricciones eran pues similares a las que establecían las legislaciones de otros países. Los problemas se presentaban durante su aplicación por las dificultades que implicaba determinar las conductas y que se prestaba a abusos de la autoridad. Sin embargo, en España se crearon las

19 Diario de Sesiones; sesión del 4 de septiembre de 1820, *cit.*, por Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 12.

20 Ibarra, Antonio de, *El Origen del derecho de asociación política en España*, Valencia, Facultad de Derecho de Valencia-Cátedra Fadrique Furio Ceriol, 1974.

21 Decreto de Libertad Política de Imprenta de 10 de noviembre de 1810.

Juntas de Censura, órganos especializados para calificar estos problemas y que representaron, por las características que señalaremos adelante, un avance en la protección de esta libertad.

### 3. *Las Juntas de Censura*

Estas Juntas, contra lo que pudieran parecer, eran las encargadas de la defensa de la libertad de imprenta. En efecto, el artículo 13 del Decreto de 1810 estableció que:

“Artículo 13. Para asegurar la libertad de imprenta, y contener al mismo tiempo su abuso, las Cortes nombrarán una Junta Suprema de Censura, que deberá residir cerca del Gobierno, compuesta de nueve individuos, y a propuesta de ellos otra semejante en cada capital de provincia compuesta de cinco”.

El artículo 14 determinó que tres de los nueve y dos de los cinco individuos fueran eclesiásticos.

Años más tarde, el 13 de junio de 1813, se decretan dos importantes ordenamientos que precisan la integración y actuación de las Juntas de Censura. El primero es un Decreto que adiciona la Ley de Libertad de Imprenta y el segundo es el Reglamento de las Juntas de Censura.

El primero de estos ordenamientos, modificó la composición original de las Juntas estableciendo que no podrían formar parte de ellas los preladados eclesiásticos, los magistrados y los jueces, ni otras persona que ejercieran jurisdicción civil o eclesiástica (artículo 3o.). Además el artículo 13 introdujo la figura del Fiscal cuando estableció que:

Los Ayuntamientos constitucionales de los pueblos en que celebren sus sesiones las Juntas de Censura de Provincia, designarán anualmente un letrado que hará las funciones de Fiscal, cuya obligación será denunciar al Juez de impresos que juzguen comprendidos en el artículo 4o. del decreto de 10 de Noviembre de 1810, y VII del presente; a cuyo fin los editores deberán pasarle un ejemplar de cuantos papeles se imprimieren en la Provincia

El mismo Decreto que comentamos estableció los principios de actuación de las Juntas. El primero de ellos, se refiere a que las Cortes acogieron bajo su inmediata protección a dichas Juntas, de manera que ninguna autoridad pudiera ejercer violencia ni presión sobre las calificaciones (artículo 10). El segundo es que sujetaba a estrecha responsa-

bilidad la actividad de las Juntas cuando en el ejercicio de sus funciones contravinieren a la Constitución o a los Decretos de Libertad de Imprenta (artículo 8o.).

Además se prohibía que las Juntas actuaran de oficio, ni siquiera cuando se tratara de impresos que atentaran o injuriaren a las mismas. Es decir, las Juntas siempre actúan *a posteriori*. Hay que anotar además que las Juntas no tenían facultades jurisdiccionales, sino simplemente se limitaban a calificar el escrito de que se tratara para determinar si se ajustaba a las disposiciones en vigor. Sólo en caso de que el impreso fuera calificado como contrario a las leyes, la Junta lo remitiría junto con su calificación a los tribunales para que éstos resolvieran lo procedente. Todo lo anterior está previsto es un complicado procedimiento regulado por los artículos 15 a 34 del Decreto que estudiamos.

De todo lo anterior podemos concluir que las Juntas tenían dos funciones principales. La primera, proteger a la libertad de imprenta contra los abusos de las autoridades civiles o eclesiásticas, asegurando la libre circulación de los impresos, aún en contra de la voluntad de dicha autoridad. La segunda, es que eran una garantía contra el posible ejercicio abusivo de esta libertad. En todos los casos, la última instancia eran las Cortes quienes tenían la última palabra.<sup>22</sup>

#### 4. *La Legislación del Trienio Liberal*

La Constitución de 1812 tuvo corta vida pues, como se sabe, fue desconocida por Fernando VII en 1814. Resurgirá años más tarde después de la revuelta de Riego cuando el mismo Fernando VII se ve obligado a restablecerla en marzo de 1820. Durante este periodo conocido como el “Trienio Liberal”, las Cortes se encargaron de darle nueva vitalidad a la libertad de imprenta mediante la promulgación de una importante legislación en la materia que tendrá una gran influencia en México.

En efecto, el 22 de octubre de 1820 se expidió el Reglamento acerca de la Libertad de Imprenta; el 7 de junio de 1821 las Reglas para el Procedimiento en los Delitos de los Diputados por los Abusos de la Libertad de Imprenta; el 23 del mismo mes y año el Reglamento de las Juntas Protectoras de Libertad de Imprenta que sustituye al de 1813 modificando el nombre de las antiguas Juntas de Censura.

22 Cfr. Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, pp. 15-18.

De los anteriores, el primer Decreto tiene especial importancia pues, además de ser un cuerpo normativo muy completo en materia de imprenta, servirá de referencia a la legislación mexicana especialmente durante la primera mitad del siglo XIX. Por las anteriores razones, hemos creído conveniente hacer una breve reseña de su contenido.

El Reglamento consta de IX títulos y 83 artículos. El título I determina la extensión de la libertad de imprenta, dándole un carácter amplio al establecer que todo español tendría el derecho de imprimir y publicar sus pensamientos sin necesidad de previa censura (artículo 1o.) exceptuando de esta disposición general, los escritos que versarán sobre la Sagrada Escritura y los dogmas de la religión. Como es fácil observar, ya no se utilizó la controvertida expresión “ideas políticas” y delimitó la censura en materia de religión, siguiendo la misma concepción que en 1810, expresada con mayor claridad.

Estableció además, que en materia de religión, y en caso de existir censura del Ordinario eclesiástico, el interesado podría acudir ante la Junta de protección de libertad de imprenta para que revisara la situación y, en caso de violaciones a las disposiciones en esta materia, hacerlo del conocimiento de las Cortes que, como ya mencionamos, eran las máximas protectoras de esta libertad.

El título II determinó los abusos de la libertad, las cuales consistían en destruir o trastocar la religión del Estado o la Constitución monárquica; excitar a la rebelión o la perturbación de la tranquilidad pública o la desobediencia a las leyes y autoridades; publicar obscenidades o textos o grabados contrarios a las buenas costumbres; injuriar, difamar o escribir contra el honor o la reputación de las personas (artículo 6o.).

El título III daba una detallada calificación de los escritos según los abusos que se cometieran. Estos podrían ser subversivos o sediciosos en primero, segundo y tercer grado (artículos 11 al 13); incitadores a la violencia en primer o segundo grado (artículo 14); obscenos o contrarios a las buenas costumbres (artículo 15); libelos infamatorios (artículo 16); y finalmente injuriosos (artículo 17).

El título IV estableció las penas correspondientes a los abusos de acuerdo a su clasificación, siendo aquéllas de carácter privativo de la libertad o pecuniario según la gravedad. Además las obras serían recogidas.

El título V señalaba a las personas responsables, mismas que eran el autor o editor y subsidiariamente el impresor (artículos 26 y 27). Estableció además la obligación del impresor de poner su nombre, el lugar y el



año de impresión (artículo 28) y determinó las sanciones pecuniarias en caso de faltar estos requisitos (artículos 30 y 31).

El título VI especificaba a las personas que podían denunciar los impresos, creando una acción popular en caso de delitos de subversión o sedición (artículo 32). Los títulos VII y VIII establecían por su parte el procedimiento a través de una especie de jurado popular constituido por los llamados “jueces de hecho”, electos anualmente por el Ayuntamiento (artículo 37), ciudadanos mayores de 25 años en ejercicio de sus derechos y residentes en las capitales de provincia (artículo 39). No podían ser jueces los que ejercieran jurisdicción civil o eclesiástica, los jefes políticos, los intendentes, los comandantes generales de armas, los Secretarios de despacho, los empleados de secretarías o palacios y los Consejeros de Estado (artículo 34). El procedimiento era muy complejo, por lo cual omitimos entrar en detalles, aunque resultaría de sumo interés, realizar un estudio comparativo de éste con el que se desarrolló posteriormente con el jurado popular para delitos de imprenta.

Finalmente el título IX regula las Juntas de protección de la libertad de imprenta, nombre que substituye al de Juntas de Censura y que es más exacto respecto de sus funciones. Estas Juntas serían nombradas cada dos años por las Cortes, debiendo existir una en Madrid y otras tres ubicadas en México, Lima y Manila. Las tres últimas estaban subordinadas a la primera (artículo 78).

Las funciones de estas Juntas eran informar a las Cortes sobre las dudas que se presentaran en materia de libertad de imprenta, así como de las quejas de los editores en materia de censura eclesiástica; debían presentar asimismo al principio de cada legislatura una exposición del estado de la libertad, los obstáculos y abusos. Tenían además funciones de control y vigilancia sobre los procesos en materia de abusos a la libertad (artículo 81).

La regulación de las Juntas se complementó con su Reglamento expedido el 23 de junio de 1821 que determinó su integración y funcionamiento. Junto con lo anterior una Ley adicional del 12 de febrero de 1822 extendió las reglas de la legislación en materia de imprenta a los dibujos, pinturas y grabados; aumentó las limitaciones y redujo las penas pecuniarias de privación de la libertad previstas en 1820.

Todo lo anterior, nos da un panorama general de espíritu y contenido de la legislación liberal española en materia de libertad de imprenta, cuya influencia será determinante en la conformación de la legislación mexicana.

### III. EL CAMINO HACIA LA INDEPENDENCIA

#### 1. *Las Leyes de Indias*

La imprenta fue introducida en México en 1539, algunos años después de la Conquista y cuando ésta comenzaba a consolidarse. Su marco jurídico fue establecido por las disposiciones promulgadas por la Corona para las colonias o Leyes de Indias, mismas que se recopilaron en 1680, y que se complementaban con la legislación ordinaria de Castilla. A la época colonial, corresponde pues la etapa de las medidas de censura aplicadas en toda Europa, y que fue tanto para España como para sus colonias sumamente rigurosas, a decir de Luis Castaño “quizá las más duras y las más radicales de su tiempo”.<sup>23</sup> Basten los siguientes ejemplos de la legislación indiana:

“Ley ja: Que no se imprima libro de Indias sin ser vistos y aprobado por el Consejo. Don Felipe II y la Princesa Gobernadora en Valladolid a 21 de Septiembre de 1556 y el mismo en Toledo a 14 de agosto de 1560”.

“Ley ij: Que ninguna persona pueda pasar a las Indias libros impresos, que traten de materias de Indias sin licencia del Consejo, Felipe II”.

“Ley iij: Que no se consientan en las Indias libros profanos y fabulosos. El Emperador D. Carlos y el príncipe gobernador en Valladolid a 29 de septiembre de 1543”.

“Ley Va: Que en los registros de libros para pasar, a las Indias, se pongan específicamente y no por mayor. El Emperador D. Carlos y los Reyes de Bohemia Gobernadores de Valladolid a 5 de septiembre de 1550”.

“Ley Vj: Que a las visitas de Navíos se hallen los Provisores con los oficiales Reales, para ver y reconocer los libros: Don Felipe II en Madrid a 18 de Enero de 1585”.

“Ley Vij: Que los Prelados, Audiencias y Oficiales Reales reconozcan y recojan los libros prohibidos, conforme a los expurgatorios de la Sta. Inquisición”.<sup>24</sup>

23 Castaño, Luis, *Régimen legal de la prensa en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1962, p. 16.

24 El texto de estas leyes puede verse en *Recopilación de las leyes de los Reynos de Indias*, mandados imprimir por Carlos II en 1680, 4a. reimp., ed. Vda. de Don Joaquín de Ibarra 1791, *cit.*, por Castaño, Luis, *op. cit.*, nota 23, pp. 15-55.

De este modo en la Nueva España y en América en general, la expresión del pensamiento estaba sujeta no sólo a la vigilancia civil y eclesiástica —no olvidar que dentro de esta última se encontraba la inquisición— sino que además los libros que trataran sobre temas relacionados con las colonias deberían de ser aprobados por el Consejo de Indias, cuyos criterios eran tan severos que, por ejemplo, la “Historia de México” del ilustre jesuita Francisco Xavier Clavijero no obtuvo la licenciatura para ser impresa en España.<sup>25</sup>

## 2. *El gobierno virreinal y la legislación liberal española*

No obstante lo anterior y como sucedió en Europa, el pensamiento liberal se difundió en México, sobre todo entre los criollos que comenzaron a buscar la independencia y esperaban el momento oportuno para declararla. A principios del siglo XIX Napoleón invadió España y, como ya señalamos, se produjo como respuesta la convocatoria a las Cortes en Cádiz.

Una de las primeras acciones de las Cortes, a las que llegan 21 diputados mexicanos<sup>26</sup> fue promulgar el Decreto de Libertad Política de Imprenta de Noviembre de 1810, y cuyo principio fundamental pasó al artículo 371 de la Constitución jurada en España en marzo de 1812 y en la Nueva España el 30 de Septiembre del mismo año.<sup>27</sup> Sin embargo, la libertad de imprenta tuvo que recorrer un difícil camino antes de alcanzar vigencia en la Nueva España.

Para mediados de 1811 el Decreto de Libertad Política de Imprenta de 1810 se había puesto en práctica en España y sus provincias, excepto en México. Lo anterior, según Lucas Alamán,<sup>28</sup> porque el virrey Francisco de Xavier Venegas pensó que en las circunstancias del país la libertad de imprenta daría un fuerte impulso a la “Revolución”. Así, aprovechando la muerte de uno de los miembros de la Junta de Censura, se abs- tuvo de implantarlo.

Creemos que esta interpretación no es completa. Junto con la razón dada por Alamán, fue notorio el descontento que las medidas liberales causaron entre los españoles establecidos en México, especialmente los grandes comerciantes, hacendados y el alto clero. Éstos seguramente pre-

25 Cfr. Alamán, Lucas, *Historia de México*, México, Imprenta de Victoriano Agüeros y Cía., 1884, p. 217.

26 Cfr. Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 267.

27 Véase *supra*, sección II.

28 Cfr. Alamán, Lucas, *op. cit.*, nota 3, p. 267.

sionaron a Venegas para que impidiera el establecimiento del Decreto y la Junta de Censura, pues, como ya señalamos (véase *supra*), ésta era la institución responsable de guardar por la libertad de imprenta. Lo anterior puede ser corroborado mediante la intervención de Ramos Arizpe en el diario de debates de las Cortes cuando se percató de la situación que prevalecía en México:

Puso de manifiesto lo importante que era que en el populoso reino de México se llenaran estos grandes objetos (los de la libertad de imprenta), para la cual tenía una justicia incontestable sus fidelísimos habitantes. Añadiendo que era muy extraña en la ilustración del virrey Venegas semejante dilación; aunque completaba que dimanaría de que sin duda algunos cuerpos o individuos habrían representado en contra, haciendo toda su oposición que encontró el mismo Congreso, y que hubiera prevalecido si S.M. no hubiera aplicado toda su autoridad, la que se necesitaba ahora para dar impulso y sostener a la del expresado virrey.<sup>29</sup>

El mismo Ramos Arizpe propone que se dirija de nuevo el Decreto de noviembre de 1810 a la Nueva España, previendo a sus autoridades que si aún no lo han ejecutado, que lo publiquen y cumplan de inmediato.

Esta proposición no fue aceptada, pero otro diputado, el nicaragüense López de Plata, sugirió que se preguntara a la Regencia si se había dado o no cumplimiento al Decreto en Nueva España. Esta contestó adjuntando una carta personal del virrey Venegas, fechada el 21 de marzo. En ella alegaba la falta de constitución de la Junta de Censura por la muerte de uno de sus integrantes. Ofrecía asimismo, el cumplimiento del Decreto.

En vista de lo anterior, Ramos Arizpe propuso se ordenara al virrey que pusiera en ejecución el Decreto y a la junta con 4 vocales, instando a las Cortes a que nombraran sustituto. La proposición anterior fue discutida. Los diputados españoles argumentaron que no habían pruebas suficientes para demostrar la no-ejecución del Decreto; y recordaron las facultades extraordinarias que tenía el virrey para que hiciera frente a la lucha contra la insurgencia. Por su parte, los diputados mexicanos señalaron que había evidencias de que el Decreto no se había ejecutado. Fue de nuevo Ramos Arizpe quien llevó la batuta en la defensa de la libertad de imprenta para México, señalando que si bien había guerra en México, Es-

29 Diario de Sesiones de las Cortes; sesión de 16 de enero de 1812., *cit.*, por Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 19.

paña estaba en la misma situación cuando se expidió el decreto, añadiendo más tarde que:

“Grande cosa es hacer leyes justas y sabias, pero es mayor el sostenerlas y hacer que se ejecuten, y nada hubiera adelantado con su sanción, si se hubiera de dejar a la voluntad de las autoridades constituidas para su cumplimiento el ejecutarlas o no”<sup>30</sup>

Finalmente, el Decreto de Libertad Política de Imprenta se publicó en la Nueva España el 5 de octubre de 1812; sin embargo, sus peripecias no terminan ahí. Tres meses después, el 5 de diciembre de 1812, por acuerdo del mismo virrey Venegas se suspendió la libertad de imprenta. Del texto de este acuerdo podemos hacer las siguientes observaciones: fue casi unánime (11 de los 12 ministros y 2 de los 3 fiscales, amén de la opinión del propio virrey) la posición que consideró:

...que el inminente peligro en que se halla este Reyno, y la funesta y temible variación que ha hecho en el espíritu público de la libertad de Imprenta, en el poco tiempo que lleva de establecida obligan imperiosamente a que su Exa... se sirva mandar suspender dicha libertad por ahora y mientras duren los motivos que precisan a tomar esta providencia.<sup>31</sup>

La opinión anterior no fue compartida por todos, así se desprende del dictamen de uno de los ministros así como de uno de los fiscales, quienes no consideraron conveniente la supresión de la libertad y sugirieron al virrey que si bien existían escritos que atentaban contra las leyes fundamentales de la monarquía, contenido de proposiciones falsas y calumniosas correspondía: “se dirija a la Junta de Censura de esta Capital para que lo califique, y en su consecuencia, se proceda conforme a lo mandado en el referido Reglamento...”<sup>32</sup>

Se señaló que el Reglamento perseguía dos objetivos: el primero, remediar el mal que causaba la lectura de los escritos, lo cuál se conseguía mediante la calificación que haría la Junta. El segundo, consistía en el castigo al delincuente. En este punto llegamos al centro de la argumentación y donde se señala al virrey que:

30 Diario de Sesiones de las Cortes; sesión de 1 de febrero de 1812., *cit.*, por Barragán, José, *op. cit.*, nota 3, p. 22.

31 Véase Acuerdo en Pleno del Virrey Venegas de 4 de diciembre de 1812 sobre la suspensión de la libertad de imprenta en *Los derechos del pueblo mexicano*, México, Congreso de la Unión-Porrúa, 1978, t. III, p. 538.

32 *Ibidem*, p. 539.

para conciliar el interés del bien común, y de la seguridad pública, que exigen el castigo pronto de tales delinquentes, según las leyes, con lo determinado en los artículos ciento treinta y uno y trescientos setenta y uno de la Constitución, y teniendo también presente lo pedido por los tres fiscales en el Exped. sobre libertad de Imprenta, se nombren inmediatamente por su Exs., en uso de sus altas facultades individuos de conocida literatura y demás calidades requeridas en el Reglamento, que compongan aquí una Junta Suprema o Superior de Censura...<sup>33</sup>

En otras palabras, se sostenía que el ejercicio de la libertad se vería protegido y garantizado con la instalación de la Junta de Censura, ratificando el carácter protector que anteriormente le habíamos señalado, y la que el virrey se había sistemáticamente negado a instalar. La tesis minoritaria, desde todos los puntos de vista correcta y acorde al espíritu de las Cortes, fue desechada, si bien queda constancia de ella como prueba de que no fue sólo una interpretación incorrecta la que determinó la supresión de la libertad en la Nueva España, sino el espíritu conservador que prevaleció en los círculos dominantes de México, y a los cuales fue grato sin lugar a dudas la vuelta de Fernando VII al trono y la derogación de la legislación liberal en 1814.

La libertad de imprenta fue restablecida por la Gaceta Extraordinaria del Gobierno de México (La Audiencia) el 19 de junio de 1820 y se suspendió de nuevo el 5 de junio de 1821. Lo anterior corresponde a los vaivenes de los movimientos políticos y constitucionales de España.

Ahora bien, y en contra de la opinión de Luis Castaño, quien considera que la Constitución de Cádiz no estuvo nunca en vigor ni en México ni en España,<sup>34</sup> consideramos que si bien los periodos durante los cuales esta legislación se consideró formalmente vigente fueron cortos, los principios y los reglamentos, especialmente el Reglamento Acerca de la Libertad de Imprenta de 22 de octubre de 1820, tuvieron, como proponemos demostrarlo más adelante, una significativa influencia en la formación de la Constitución de 1824 y se consideraron como legislación aplicable en lo general hasta el año de 1836. Para corroborar lo anterior comenzaremos nuestro recorrido histórico de la libertad de imprenta a partir de 1810.

33 *Ibidem*, pp. 539 y ss.

34 *Cfr.* Castaño, Luis, *op. cit.*, nota 24, p. 24.

#### IV. DE LA INDEPENDENCIA AL ÚLTIMO GOBIERNO DE SANTA ANNA

##### 1. *La Independencia*

Para 1810 las ideas independentistas tomaron vida en el movimiento iniciado por Hidalgo. Como generalmente se coincide en afirmar, Hidalgo no tenía la intención de darle a México una Constitución; sin embargo, el movimiento pronto superó sus intenciones iniciales y para 1811 se formulan por Ignacio López Rayón los “Elementos Constitucionales”, que son el primer documento que contiene principios generales sobre la organización política para el nuevo país. En el punto 29 se refiere a la libertad de imprenta:

“Habrá una absoluta libertad de imprenta en puntos puramente científicos y políticos, con tal que estos últimos observen las miras de ilustrar y no zaherir las legislaciones establecidas”.<sup>35</sup>

Lo anterior muestra como, desde los primeros documentos que habrían de constituir más tarde el marco constitucional de México, la libertad de imprenta aparece como uno de los puntos capitales. Por otro lado, la declaración anterior, aparentemente influida por el Decreto de Libertad Política de Imprenta de 1810 (si bien éste no había sido publicado oficialmente todavía), tiene en germen los puntos que se mantendrán como característicos de la libertad durante la primera mitad del siglo XIX, a saber:

- i) Una declaración genérica de libertad circunscribiéndola a las ideas políticas (y aquí Rayón añade “científicas” en un intento de ampliar lo que seguramente consideró demasiado estrecho. Sin embargo, lo político, como hemos visto en realidad se oponía a lo religioso).
- ii) La preservación de la censura en materia religiosa.
- iii) Los límites a la libertad están dados en la legislación, comprendiendo el respeto a la vida privada, la moral, el orden público y la seguridad nacional.

La Constitución de Apatzingán de 1814 tuvo una declaración de derechos basada en la Constitución Francesa de 1793. El artículo 40 establece que:

35 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, México, Congreso de la Unión-Porrúa, 1978, t. III, p. 538.

“Artículo 40; ... la libertad de hablar, de discurrir y de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus producciones ataque el dogma, turbe la tranquilidad pública u ofenda el honor de los ciudadanos”.<sup>36</sup>

A su vez, el artículo 119, del mismo modo que el artículo 131 fracción 24 de la Constitución Española,<sup>37</sup> establece como facultad exclusiva del Congreso:

“Artículo 119. Al Supremo Congreso pertenece exclusivamente: Proteger la libertad política de la imprenta”.<sup>38</sup>

Consumada la independencia en 1821 estaba vigente en México la legislación de Cádiz, específicamente el Reglamento Acerca de la Libertad de Imprenta de 22 de octubre de 1820 al que nos hemos referido anteriormente. Desde luego que no todo era aplicable y para hacerlo compatible la Soberana Junta Provisional Gubernativa expidió el Reglamento Adicional para la Libertad de Imprenta el 13 de diciembre de 1821.<sup>39</sup> En el artículo 1o. declara las bases fundamentales del Imperio, a saber: la unidad de la religión católica, apostólica y romana; la independencia; la unión; la igualdad de derechos, goces y opciones de los nacidos en el continente o del otro lado de los mares; la monarquía hereditaria constitucional; el gobierno representativo y la división de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En el artículo segundo se señala que los escritores o editores que atacarán las Bases serán juzgados con arreglo a la Ley de 12 de noviembre de 1820 sobre libertad de imprenta, señalando posteriormente las sanciones (artículo 3o.).<sup>40</sup>

Algunos días después de que se dictó el Reglamento que mencionamos, el 18 de diciembre de 1822, se suscribió el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.<sup>41</sup> Este Reglamento tuvo importantes consecuencias en materia de prensa. En él se advierte la fuerte influencia del pensamiento conservador que privó entre quienes consumaron la independencia como una forma de prorrogar prebendas y privilegios, contras-

36 *Ibidem*, p. 540.

37 Artículo 131. Las Facultades de las Cortes son: Vigésimo cuarta: proteger la libertad política de imprenta. Véase punto 4.2.1. de este trabajo.

38 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano, cit.*, nota 35, p. 540.

39 *Ibidem*, p. 538.

40 No pudimos localizar esta ley de 12 de noviembre de 1820 aunque creemos que en realidad se trata de la de octubre de 1820.

41 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano, cit.*, nota 35 p. 542.



tando con las normas de Corte más liberal que regían a España en aquel momento. En efecto, si bien el artículo 17 estableció que “Nada más conforme a los derechos del hombre que la libertad de pensar y manifestar sus ideas” añadió enseguida que:

por tanto, así como se debe hacer un racional sacrificio de esta facultad, no atacando directa ni indirectamente, ni haciendo uso, sin previa censura, uso de la pluma en materia de religión y disciplina eclesiástica, monarquía moderada, persona del Emprendedor, independencia y unión, como principios fundamentales, admitidos y jurados por toda la nación desde el pronunciamiento del Plan de Iguala...

El mismo artículo continúa señalando que el gobierno protegerá la libertad empeñando su poder en alejar los impedimentos que puedan ofender este derecho. Como puede observarse en realidad se permitía una amplia posibilidad de censurar escritos previamente en un sinnúmero de materias, (—recuérdese que en España la censura sólo era para los escritos religiosos y las Juntas de Protección actuaban *a posteriori*—) entre ellas “la persona del Emperador” que no era otro sino Agustín de Iturbide y que en este Decreto encontró un magnífico argumento para acallar la oposición que se presentó.<sup>42</sup>

## 2. La Constitución de 1824

Cuando se desplomó el Imperio se planteó la necesidad de reformular el sistema de gobierno que debería adoptar México, proceso que llevó finalmente a la Constitución Federal de 1824. Analizaremos enseguida los aspectos relativos a la libertad de imprenta en este texto y en sus antecedentes inmediatos. Es necesario advertir que, en contra de la opinión que se ve en este texto una fuerte influencia norteamericana, nosotros encontramos que en materia de libertad de imprenta la Constitución de Cádiz fue mucho más determinante.

La Base primera del Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana del 16 de mayo de 1823 estableció que:

42 Baste señalar que en 1823 Iturbide ordenó cerrar “El Hombre Libre” por externar su opinión en favor de la República. Véase Fernández Christlieb, Fátima, *Los medios de difusión masiva en México*, México, Juan Pablo, 1982, p. 16.

La nación mexicana es la sociedad de todas las provincias del Anáhuac o N. España, que forma un todo político.

Los ciudadanos que la componen tienen derechos y están sometidos a deberes.

Sus derechos son: 1o. El de libertad, que es el de pensar, hablar, escribir, imprimir y hacer todo aquello que no ofenda los derechos de otro.<sup>43</sup>

El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de Enero de 1824<sup>44</sup> establece en su artículo 31 el principio de libertad de imprenta que sigue en lo fundamental la redacción de el artículo 316 de la Constitución Española de 1812.<sup>45</sup>

“Artículo 31. Todo habitante de la federación tiene libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad de las leyes”.

El artículo 13 establece por su parte que:

“Artículo 13. Pertenece exclusivamente al Congreso general dar leyes y decretos:

IV. Para proteger y arreglar la libertad de imprenta en toda la federación”.

En octubre de 1824, y basada en los principios del Acta Constitutiva, se expidió la Constitución Federal.<sup>46</sup> Como es bien conocido ésta no tuvo una declaración de derechos humanos dejando la materia a los Estados.<sup>47</sup> Sin embargo, en materia de libertad de imprenta y siguiendo el modelo de Cádiz, mismo que contenía el Acta Constitutiva, estableció que:

Artículo 50: Las facultades exclusivas del Congreso General son las siguientes:

III. Proteger y arreglar la libertad política de imprenta, de modo que jamás se pueda suspender su ejercicio y mucho menos abolirse en ninguno de los Estados ni territorios de la federación.

Artículo 161: Cada uno de los Estados tienen la obligación:

43 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 542.

44 *Idem*.

45 Véase *supra*, sección II.

46 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 542.

47 Al respecto puede mencionarse la declaración del Estado de Oaxaca de 10 de enero de 1825, así como la de los Estados de Chiapas y Jalisco en los que se establecía la libertad de imprenta. Cfr. Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 3a. ed., México, UNAM, 1979.

IV. De proteger a sus habitantes en el uso de la libertad que tienen de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación anterior a la publicación; cuidando siempre de que se observen las leyes generales de la materia.

Montiel y Duarte, comentando estos preceptos, dice que si bien se impuso al Poder Legislativo la obligación de proteger y arreglar la libertad de imprenta, se habló con tanta vaguedad, que no se puede saber si se propuso otorgar una amplia libertad de imprenta, la que en todo caso quedó determinado cuando se “refiere a ideas políticas”<sup>48</sup> incurriendo en el mismo defecto que tenía la legislación española.<sup>49</sup> Creemos, como ya lo hemos señalado anteriormente, que en realidad la expresión “ideas políticas” se usó en la legislación española en contraposición a las religiosas y de hecho se otorgaba la libertad en sentido amplio. Este fue sin duda el sentido del legislador mexicano. Probablemente, la expresión fue más obra de la copia que de la reflexión, quedando por otro lado fundamentada nuestra hipótesis cuando en el artículo 161 fracción IV sigue fundamentalmente la redacción del artículo 371 de la Constitución Española de 1812.

Montiel señala asimismo que otorgarle la facultad al Congreso de proteger y arreglar la libertad de modo que no pudiera suspenderse ni abolirse fue determinando por algún motivo de suspensión o de abolición de esta garantía en alguno de los Estados, aunque este hecho no pueda determinarse.<sup>50</sup> Si bien esto pudo haber sido una razón, creemos que en este aspecto la influencia de Cádiz vuelve a darnos la clave de la explicación. Como ya analizamos en el artículo 131 en ésta estableció la facultad de las Cortes de proteger la libertad política de imprenta. Probablemente esta fue la idea en el constituyente de 1824, máxime si recordamos que algunos diputados a las Cortes estuvieron presentes en el Congreso Constituyente de 1824.

Lo anterior nos lleva al problema de la legislación aplicable en materia de imprenta. Puede sorprender que aparentemente nunca se legisló. Lo que sucedió fue que la legislación española, en especial el Decreto de Octubre de 1820, se consideró aplicable y fue de hecho el marco de referencia. Así se desprende de la lectura de las Crónicas del Soberano Congreso

48 Cfr. Montiel y Duarte, Isidro, *Estudios sobre garantías individuales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1979 (edición facsimilar de la de 1873), pp. 227 y ss.

49 *Ibidem*, p. 254.

50 *Ibidem*, p. 255.

Constituyente en la sesión del 12 de enero de 1824, cuando se discutía el artículo adicional que presentó la comisión de Constitución como cuarta atribución del Congreso y que lo facultaba para “proteger y arreglar la libertad de imprenta en toda la federación” y en donde

El señor Zavala preguntó, si se entendía quedar derogada por el Acta Constitutiva toda la Constitución española, pues en tal caso era necesario añadirle muchas cosas, y de lo contrario podía omitirse la facultad de que se trata.

El señor Becerra contestó, que de la Constitución española debía entenderse derogado lo que fuese contraria al Acta, pero que era preciso poner la facultad que se discute porque no se creyera que su contenido correspondía a los congresos particulares<sup>51</sup>

De lo anterior se desprende que la legislación española era vigente pues no era contraria a los principios del Acta y posteriormente de la Constitución y, por el contrario, se basaba en los mismos principios. Por otro lado, nos demuestra una vez más cómo el legislador mexicano tenía en mente la Constitución española y su significado.

En este mismo orden de ideas, y como un argumento más a favor de nuestra tesis, podemos mencionar un Decreto del 23 de junio de 1823, expedido después del acta constitutiva, en que el Soberano Congreso Mexicano conforme al artículo 78 del Reglamento sobre Libertad de Imprenta, nombra a los individuos que compondrían la Junta de Protección de Imprenta, mismos que deberían presentarse antes del día 25 del mismo mes para prestar juramento.<sup>52</sup>

El 14 de octubre de 1828 se expidió un Decreto que derogó el título VI de la Ley de las Cortes Españolas<sup>53</sup> variando los procedimientos en los juicios de jurados formados para castigar los delitos de imprenta<sup>54</sup> y cuyo artículo 1o. dice:

51 Cfr. Cámara de Diputados XLIX Legislatura, *Crónica del Acta Constitutiva de la Federación*, México, 1974, p. 295.

52 Decreto de 23 de junio de 1823.

53 Dublán, Manuel y Lozano, José María (comps.), *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas, expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio, 1876-1882, ts. I-XII, núm. 585 (cuando hagamos referencia a esta obra citaremos el número con que aparece el documento referido).

54 Para ver la evolución del jurado popular para delitos de imprenta, véase Ovalle Favela, José, “Antecedentes del jurado popular en México”, *Estudios de derecho procesal*, México, UNAM, 1981.

“Interín se concluye definitivamente el Reglamento de Imprenta que conviene a los Estados Unidos Mexicanos, se deroga el título 7 del que rige actualmente, sustituyendo en su lugar los artículos siguientes”.

Este artículo sugiere que quizá se pensaba elaborar un Reglamento de Imprenta que substituyese en su totalidad a la legislación española, sin embargo no existe mayor evidencia para confirmarlo. Montiel señala que este mismo Decreto dejó vigentes los títulos 8 y 9 (relativos a la apelación y a las juntas protectoras de libertad de imprenta) del Decreto Español de octubre de 1820.<sup>55</sup> Creemos que no sólo estos títulos sino el resto del mismo en lo que no se opusiera a la legislación constitucional, y que como ya lo hemos dicho, en lo fundamental estaba apoyada en los mismos principios.

Fue hasta dos años después, el 4 de septiembre 1829, cuando se emitieron nuevas disposiciones en materia de prensa. Esto consta de un Decreto<sup>56</sup> en el que se declaró responsables de delitos de imprenta a los autores, editores o impresores de escritos que directa o indirectamente protegieran las miras de cualquier invasor de la República; o que auxiliarán en algún cambio del sistema federal adoptado; o atacaran calumniosamente a los supremos poderes de la Federación o los Estados (artículo 1o.). Se decretó asimismo, que contra estos delitos se procedería gubernativamente en los Estados, Distritos y Territorios (artículo 2o.); siendo los responsables sometidos a juicio por los gobiernos respectivos dando cuenta al Gobierno de la Federación del resultado (artículo 3o.). El 11 de septiembre se da un Decreto aclarando el contenido del de 4 del corriente.<sup>57</sup>

Esta legislación, producto de las circunstancias históricas (la invasión de Barradas y los constantes golpes de Estado), es calificada por Montiel, y con razón, como una “monstruosa determinación”. En efecto, las disposiciones anteriores derogan disposiciones en materia de delitos de imprenta, en particular en cuanto al procedimiento, y otorgan a la autoridad facultades para juzgar en tan delicada materia. La disposición que obliga a dar cuenta al gobierno de la Federación del resultado puede verse, bien como una decisión de mayor control o bien como una reminiscencia gaditana que procuraba limitar los excesos que pudieran cometerse. Faltan datos para interpretar.

55 Montiel y Duarte, Isidro, *op. cit.*, nota 48, p. 256.

56 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 694.

57 *Ibidem*, núm. 700.

El 14 de mayo de 1831 se expidió una Ley sobre Libelos Infamatorios Impresos.<sup>58</sup> En ésta se estableció que:

Artículo 1o. El agraviado por libelos infamatorios puede usar a su arbitrio, o de la acción que produce este abuso de la libertad de imprenta, o de injurias ante los tribunales competentes.

Artículo 2o. En este caso podrá presentarse directamente al juez de primera instancia para que previa su calificación de ser en efecto injurioso el impreso denunciado, exija al impresor que manifieste la persona que dio su firma en la imprenta, con el objeto de que el acusador pueda ocurrir a intentar la conciliación.

Lo interesante de estos preceptos es que, en el caso de injurias, se priva al acusado del procedimiento ante el jurado popular, cuestión que se consideraba como una garantía de la libertad.

Hay una curiosa Ley de 10 de diciembre de 1831<sup>59</sup> que estableció:

“Artículo único. Se permite la introducción de libros, sea cualquiera su origen y lugar de su impresión, quedando siempre vigentes las reglas a que está sujeta la introducción de estos efectos”.

La existencia de este precepto permite suponer que la importación de libros en ciertas materias y probablemente de algunos países estuviera prohibida. Lo anterior debido quizá a reminiscencias de la legislación española durante la época colonial, recuérdese *e.g.* que ningún libro podía ser introducido a las Indias sin previa sanción del Consejo. Esta prohibición, si bien no era contraria a la letra de la legislación liberal, sí lo era contra su espíritu, pues no permitía la difusión de la producción científica y cultural en otros países y equivaldría, en cierto modo, a una forma de censura.

### 3. *Los bandos de Policía en materia de imprenta*

Resultan interesantes, y bien podrían ser objeto de una monografía, la gran cantidad de bandos de policía en que se prohíbe el voceo de papeles. Haremos simplemente una enumeración de los que hemos podido localizar y que dan una buena idea de la situación que privó durante aquellos años en México.

58 *Ibidem*, núm. 933

59 *Ibidem*, núm. 995.

Del primero que tenemos noticias es el del 24 de diciembre de 1823 en el que se “prohíbe el voceo de papeles, cuidando escrupulosamente de su observancia con toda la energía y vigor correspondientes, de manera que por ningún motivo se pregonen los papeles impresos, ni se dé motivo a que la tranquilidad y sosiego público se alteren, como ya ha sucedido de resultas de los abusos que se han cometido en esta parte”.<sup>60</sup> El 2 de noviembre de 1826 hay otro bando en el que se dice que teniendo el presidente en consideración

los males de todas clases que produce el voceo de papeles impresos y que no pueden tolerarse las violaciones a disposiciones dictadas en otras épocas, sobre todo la voluntad nacional manifestada por el Congreso General en su decreto de 23 de diciembre de 1823 y en vista de que la prudencia del gobierno no ha sido bastante para contener a los infractores de aquellas importantes providencias dentro de los límites del respeto y de lo justo, declara en su artículo 1o. que se renueva la prohibición del voceo de papeles, y en su consecuencia se encargará a los alcaldes, regidores y auxiliares, celen el cumplimiento de este artículo aprehendiendo a los vocedores, y poniéndolos a disposición del alcalde primero.<sup>61</sup>

En los artículos siguientes se establecen penas para los infractores, siendo para los hombres mayores de 18 años un mes de obras públicas y para las mujeres la cárcel.

El 29 de noviembre de 1829 se publicó un Bando de Previsiones de Policía de Tranquilidad Pública en que se renuevan los artículos 1o. y 2o. del bando de 19 de febrero de 1825 en el que prohíben manuscritos y pasquines sediciosos bajo la irremisible multa de 25 pst. la primera vez, 50 la segunda y 100 la tercera. Se prohíben también caricaturas y dibujos alusivos con anuncios de papeles o rótulos insultantes en que se injurien a las personas.<sup>62</sup>

Un mes después, el 31 de diciembre de 1829, otro bando renueva la prohibición del voceo de papeles dirigidos a contener los abusos de la libertad de imprenta y en el que hace referencia a otro de 29 de abril de 1829, al que no pudimos tener acceso.<sup>63</sup>

60 Bando de policía del 24 de diciembre de 1823.

61 Bando de policía del 2 de noviembre de 1826.

62 Bando de policía del 29 de noviembre de 1829.

63 Bando de policía del 31 de diciembre de 1829.

Un importante bando de 2 de junio de 1833<sup>64</sup> prohíbe la circulación de impresos cuyo rubro sea fraudulento y establece que exigiendo las circunstancias adoptar providencias que conduzcan a que la tranquilidad y orden público no sean alteradas, se cree conveniente declarar con toda su fuerza las prohibiciones publicadas en diversas épocas (se refiere a los bandos que hemos señalado anteriormente) siendo la:

1a. La circulación de los impresos cuyo rubro no corresponda al cuerpo de ellos.

2a. El voceo de papeles, que generalmente con títulos pomposos alarman a los incautos y a todos aquellos que careciendo de arbitrios para leerlos, forman su opinión y concepto solo la aparente importancia que quieren darle sus autores, haciendo que los vendedores se dispersen por las calles gritándolos a voz en cuello.

Los infractores estaban sujetos a las penas de los Bandos de 23 de diciembre de 1823 y 2 de noviembre de 1826.

La cuestión no acaba aquí. El 22 de marzo de 1834<sup>65</sup> se expidió otro bando que contiene medidas para impedir el voceo de papeles impresos, así como para impedir que se fijen en parajes públicos pasquines o caricaturas insultantes. Resulta sumamente interesante, la lectura de la exposición de motivos de este bando, pues es una radiografía de las concepciones y problemas que aquejaban a México en aquella época. Lo reproducimos pues, íntegramente:

El supremo gobierno, en nota oficial del día 20 ha manifestado su extrañeza por el aumento del voceo de papeles impresos, que en su concepto fomenta la holgazanería y la consiguiente depravación de costumbres (*sic*). En todas épocas se han dictado varias procedencias para contener un abuso que tanto ha contribuido a extraviar la opinión, y que ha ejercido no pequeña influencia en el aumento de los odios políticos y personales. Pero el abandono con que de tiempo en tiempo se ha visto el cumplimiento de una medida reconocida universalmente como útil y aun urgente, ha alentado a los que por una ganancia miserable se atreven a atacar los fundamentos de la sociedad y el honor de los ciudadanos. Se ha voceado por las calles en nuestros días algún impreso en que se proclama la muerte del Congreso nacional, y se han voceado otros impresos abiertamente sediciosos, subver-

64 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 1194.

65 *Ibidem*, núm. 1387.



sivos de la buena moral, y calculados, al parecer, para arrancar a los mexicanos su reputación, y a la nación entera su buen nombre y decoro.

Finalmente podemos citar el bando del 13 de octubre de 1834 sobre permiso para vender papeles impresos en lugares públicos de la capital.<sup>66</sup>

Ahora bien, y alejándonos un poco de los problemas de la libertad de imprenta en sentido estricto, el 24 de octubre de 1833 se expidió el Decreto sobre la Organización de una Biblioteca Nacional.<sup>67</sup> Creemos que este Decreto es muy importante, pues implica el reconocimiento público de la necesidad de conservar la memoria nacional a través de una biblioteca y que nunca había aparecido, hasta entonces, en la legislación del México independiente. La biblioteca comenzaría a formarse de conformidad con el Decreto, con la librería del extinto Colegio de San de Santos y de la también extinta Universidad (artículo 3o.). Asimismo, se destinarían del fondo general de enseñanza pública la cantidad de tres mil pesos para la compra de obras (artículo 4o.).

#### 4. *El gobierno de Gómez Farías*

Retomando el hilo histórico en nuestra exposición, debemos recordar que para 1833, y después de una serie de movimientos y luchas por el poder, llega Valentín Gómez Farías a la Presidencia de la República estableciéndose el primer gobierno plenamente liberal, con un programa establecido que iba a dar una serie de importantes reformas. El punto primero del programa de la administración de Gómez Farías estableció la libertad absoluta de opiniones y la supresión de las leyes represivas de la prensa.<sup>68</sup> Profundizando un poco más, y según cita Montiel y Duarte, podemos recurrir a la opinión de José Luis Mora, quien con claridad expresa el sentido que tiene el punto antes señalado:

Nadie es hoy reconvenido en México por la simple expresión de sus ideas políticas o religiosas, emitidas por la vía de la palabra; éste es un hecho general y consumado de algunos años atrás, que ha venido a establecer una posesión a la que no podía atentarse sin poner en riesgo el orden social. Pero contra esta posesión y contra el hecho que la funda, existen leyes vigentes, cuya ejecución se halla confiada al clero y a sus tribunales, que na-

66 *Ibidem*, núm. 1464.

67 *Ibidem*, núm. 1270.

68 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 543.

die desconocerá, son los menos imparciales, previsivos y conocedores del estado moral de la nación.<sup>69</sup>

Es evidente que a las leyes a las que se refería Mora, nos dice Montiel, son el Decreto de Libertad Política de Imprenta de las Cortes de 1820 y la mexicana de 1828, que si bien no están expresamente derogadas, es un hecho que estaban olvidadas<sup>70</sup> pero que en ocasiones se usaban para incurrir en abusos desvirtuando con esto su sentido original.

Las reformas liberales no pudieron ser llevadas a cabo, pues el gobierno de Gómez Farías duró poco tiempo y transcurrió entre diversos pronunciamientos que lo mantuvieron ocupado. Quizá por lo anterior, no se produjo ninguna reforma substancial en materia de prensa y casi no hay producción legislativa en la materia. A excepción de los Bandos que mencionamos antes, sólo hay una Ley de 23 de mayo de 1835 sobre prevenciones relativas a responsabilidad de imprenta<sup>71</sup> en la que se establece que los impresores en el ejercicio de su actividad tipográfica no admitirán responsabilidad de vagos, presos, sentenciados, enfermos consuetudinarios residentes en hospitales ni hombres cuyo domicilio, moneda y modo de vivir sea desconocido (artículo 1o.). Esta ley no introdujo así ninguna modificación sustancial en el régimen de responsabilidad.

## 5. La etapa centralista

El año de 1836 marca una nueva etapa centralista. En efecto, en 1835 con Santa Anna como presidente, se expidió una convocatoria para un nuevo Congreso, mismo que tuvo una clara tendencia conservadora. Una vez instalado, se declaró investido de poderes extraordinarios y se convirtió en un Congreso Constituyente, expidiendo en octubre de 1835 un decreto que reformó la Constitución y estableció el estado central. Obra de este mismo Congreso son las famosas siete leyes. La primera de ellas, dada en diciembre de 1835, contuvo una declaración de derechos humanos de “los mexicanos”, alejándose de la doctrina universal. En materia de imprenta, el artículo 2o. fracción VII señaló:

69 Palabra pronunciadas al hacer la exposición de motivos de los principios políticos de la Administración. Horc, José Ma., *Obras sueltas*, t. I, p. XLII, *cit.*, por Montiel y Duarte, Isidro, *op. cit.*, nota 48, p. 228 y ss.

70 Montiel y Duarte, Isidro, *op. cit.*, nota 48, p. 229.

71 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 1572.

Artículo 2o. Son derechos del mexicano:

VII. Poder imprimir y circular, sin necesidad de previa censura, sus ideas políticas. Por los abusos de este derecho, se castigará cualquiera que sea culpable de ellos, y así en esto como en todo lo demás, quedan estos abusos en la clase de delitos comunes; pero con respecto a las penas, los jueces no podrán excederse de las que imponen las leyes de imprenta, mientras tanto no se dicten otras en la materia.<sup>72</sup>

Junto con lo anterior se mantiene la censura en materia religiosa.

A primera vista se quiso introducir una innovación al sacar a los delitos de imprenta de su campo específico para confundirlos con los comunes. Las penas, sin embargo, estarían sujetas a lo señalado por las leyes especiales de imprenta, que para este momento eran el Decreto de 1820, el Decreto de 1828 y los Bandos reseñados anteriormente, amén de otra serie de disposiciones menores que constituían un panorama complejo y fragmentado. Sin embargo, el año de 1836, según nos señala Montiel, la Comisión del Congreso denominada “Comisión de Reorganización”, al fijar el alcance del artículo 2o. fracción VII, dio un dictamen que señala que los delitos de imprenta no son delitos comunes; por que se separan de éstos en cuanto al procedimiento, el juez, la pena, y sobre todo, la calificación de los que deban reputarse delincuentes; porque en derecho común se castiga siempre al autor del delito, mientras que la legislación especial de prensa deja impune al verdadero autor del delito, siempre que se presente la responsiva de otro; porque en el derecho penal se castiga al que franquee instrumentos para cometer un delito, mientras “que en el derecho peculiar de la prensa en pocos casos castiga al impresor; sin embargo, en casi todos tiene una punible culpabilidad (*sic*)”.<sup>73</sup>

Otras resoluciones siguieron a la anterior en las que se señala, entre otras cosas, que en delitos de imprenta podía procederse por acusación, denuncia o de oficio, que tenían lugar los fueros privilegiados (cabe señalar que la legislación española de 1813 en su artículo 74 había señalado que no había fuero privilegiado en este delito, cosa que pasó por alto el legislador mexicano); que los impresores, vendedores y cualquiera otro que contribuyera a la propagación del escrito debería ser castigado; que el derecho constitucional sólo dejó vigente la parte de la legislación especial

72 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 543.

73 Montiel y Duarte, Isidro, *op. cit.*, nota 48, p. 229.

de la prensa; y que el procedimiento en las causas por delitos debían ser igual al de los casos seguidos por delitos comunes.<sup>74</sup>

El cuadro anterior presenta un panorama complejo y hasta contradictorio, pues si bien en la primera resolución argumenta en las razones para considerar a los delitos de imprenta como distintos a los comunes, (y en lógica consecuencia debería dárseles un tratamiento especial como lo había hecho la legislación hasta entonces), insiste en que los procedimientos deberían ser los mismos que en los delitos comunes. Hemos visto anteriormente cómo el procedimiento especial en estos delitos estaba inspirado en la idea de garantizar la libertad de expresión e imprenta. Una legislación como la anterior no hace sino sentar las bases para una actuación represiva y contraria a la libertad. Esto queda corroborado por las disposiciones emitidas en estas resoluciones que tienden a restringir el ámbito de la libertad sancionando y extremando las responsabilidades, estableciendo los fueros y, en suma, conformando un panorama que dejaba totalmente derogada la legislación liberal.

Las intenciones y disposiciones legislativas de este periodo reafirman lo dicho anteriormente. Luis Castaño nos señala un proyecto de Ley de Imprenta de esta época (1836), el cual señalaba en su artículo 1o. que:

“En ningún punto de la República podrá establecerse imprenta alguna sin que el dueño o dueños, previamente y ante la autoridad política superior del lugar, presten caución bastante de estar a derecho en los casos de responsabilidad que designen las leyes vigentes en la materia”.<sup>75</sup>

Este proyecto no entró en vigencia, pues se hubiera retrocedido en el tiempo. Sin embargo, otras disposiciones nos dan idea del control que se pretendió ejercer y de las disposiciones contradictorias que se expidieron.

El 12 de marzo de 1837 se expidió un bando que prohibía, bajo multa, fijar avisos y rotulones impresos o manuscritos, cualquiera que fuera su objeto, si no es con licencia de la autoridad política del lugar, encargada de la policía.<sup>76</sup> No es difícil imaginar que la disposición anterior equivalía a una calificación previa de los impresos. Y no debemos perder de vista que, en la época, este tipo de escritos fijados en las paredes de ciudades y aldeas, constituía un importante medio de información. El 8 de abril de 1839 hay una circular sobre el modo de proceder contra los autores y cómplices de impresos en que se abuse de la libertad de im-

74 *Idem.*

75 Castaño, Luis, *op. cit.*, nota 24, p. 29.

76 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 1336.

prenta.<sup>77</sup> Es muy significativo el preámbulo de ésta, pues después de lamentarse del estado precario y ruinoso a que está sometida la sociedad añade:

y considerando que la causa principal de tanto desorden ha sido el abuso tan continuo como escandaloso que se ha hecho siempre de la libertad de imprenta, por cuyo medio se han sembrado y fomentado doctrinas revolucionarias procurando hacer dudosa la legitimidad o conveniencia de todo sistema constitucional y legislativo, atribuyendo a los depositarios del poder una constante tiranía, concitando al pueblo a la desobediencia y rebelión, para que jamás esté tranquilo y satisfecho ni pueda gozar de los bienes de la civilización y de la paz, se ha llegado a convencer S. E. de que mientras no se reprima con mano fuerte el procaz libertinaje que se ha hecho de la prensa, será imposible restablecer el equilibrio de la mutua confianza, seguridad y respeto que deben existir entre las autoridades y los ciudadanos, ni las leyes y la justicia podrán recobrar y ejercer libremente su imperio.

Lo absurdo de los argumentos anteriores fue evidente aún para el común de aquel tiempo, tanto así que tres meses después, el 29 de julio del mismo año se dictó una circular que revoca la del 8 de abril y en la que se lee:

Animado el E. Sr. Presidente de los sentimientos que deben prevalecer en el jefe de una nación gobernada por un sistema representativo, deseoso por lo mismo de restaurar la observancia de las leyes fundamentales y convenido íntimamente de que este acto de justicia y de respeto a la Constitución, lejos de producir los males que tanto ha lamentado la República, afianzará sobre bases más firmes y sólidas la tranquilidad y se ha servido revocar en Consejo de Ministros la circular del 8 de abril...<sup>78</sup>

Algunos días más tarde se promulga una ley (2 de agosto de 1839) en la que el Supremo Poder Conservador, excitado por la Suprema Corte de Justicia, declara nula la circular de 8 de abril relativa a los abusos de la libertad de imprenta por ser contraria al párrafo VII, artículo 2o. de la Primera Ley Constitucional y al artículo 18 de la Cuarta.<sup>79</sup>

77 *Ibidem*, p. 2043

78 Circular del 29 de junio de 1839. Ministerio del Interior.

79 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 2076.

Para mediados de 1940 se elaboró un proyecto de reformas a las leyes constitucionales cuyo artículo 9o. fracción XVII repite en lo fundamental lo dicho en la primera ley de 1836.

“Artículo 9o. Son derechos del mexicano:

XVII. Que pueda imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia ni censura previa, bajo las restricciones y responsabilidades que prescriban las leyes”.<sup>80</sup>

Vale la pena destacar el voto particular del diputado José Fernández Ramírez sobre este punto, quien expresó que siempre estuvo por la libertad de imprenta, pues que estaba convencido de que cualquier traba anterior a la publicación de un impreso era destruir la libertad de escribir y quebrantar sustancialmente el artículo constitucional. Señaló que aunque no se había encontrado un medio que pudiera contener los abusos que se cometieran entre los extremos de la libertad y su supresión, era difícil que hubiera país en que no sean mayores las ventajas que trae al público la libertad de imprenta. Añadió que sería un agravio a su país si lo incluyeran en el número de los que no merecen disfrutarla, amén de que se podía demostrar hasta la evidencia que aún en medio de los abusos exagerados que se le atribuían, había producido grandes bienes. Después de señalar que era un error creer que pudiera hacerse felices a las naciones por la fuerza y que no había más camino que la libertad de imprenta para el convencimiento, formuló que no pretendía que ésta fuera absoluta, ya que la extensión de sus objetos estaba limitada en la religión y la vida privada de cualquier persona. Sostuvo que no debía confundirse los abusos a la vida privada con la actuación de los funcionarios en el desempeño de sus funciones, lo cual, en lugar de ser un abuso, era uno de los objetos de la libertad de imprenta. Finalmente señaló que si bien debían corregirse los abusos, esto debería estar a cargo de una junta de censura, y más tarde, podría establecerse con utilidad al jurado.<sup>81</sup>

La situación inestable del gobierno desembocó en las Bases de Tacubaya de 1841, que traen de nuevo a Santa Anna al poder y dieron por terminada la vigencia de la Constitución de 1836 y convocaron a un nuevo Congreso Constituyente. Obra de éste son los distintos proyectos de Constitución de 1842. Tanto el de mayoría (centralista y conservador), como el de minoría (federalista y liberal), contienen declaraciones de derechos, si bien presentan diferencias en materia de libertad de imprenta.

80 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 543.

81 *Idem*.

El proyecto de mayoría, más explícito en esta materia, establece en su artículo 7o., fracción III, que nadie podía ser molestado por sus opiniones; que todos tenían derecho a publicarlas; que jamás podría establecerse la censura, la calificación previa ni ponerse más trabas a escritores, editores o impresores, que las necesarias para asegurarse de la responsabilidad de los escritores. La fracción IV por su parte señala que se abusa de la libertad atacando la religión y la moral, y que estos abusos serán juzgados por jurados de imprenta; los que se cometieren atacando la vida privada, serán considerados y tratados como delitos comunes.<sup>82</sup>

El proyecto de minoría, mucho más concreto expresó en su artículo 5o. fracción III, párrafo 9a., que la libertad de imprenta no tendría más límites que el respeto a la vida privada y a la moral. Que jamás podría establecerse la censura, ni exigir fianza de autores, editores o impresores, ni hacer que la responsabilidad pase a otro que el que firme el escrito, o al culpado de que éste no tenga responsable.<sup>83</sup>

La principal diferencia entre los proyectos estriba en la distinta concepción sobre los límites de la libertad de imprenta. Mientras unos consideran que se abusa de la libertad atacando a la religión, los otros no lo establecen así. Hay otras diferencias menores de matices, tanto en materia de responsabilidad como de procedimiento. El tercer proyecto, fruto de la negociación, media entre estos dos formulando en su artículo 13 que ninguno puede ser molestado por sus opiniones y todos tienen derecho a publicarlas; (fracción IX); que jamás podrá establecerse la censura o calificación previa, ni exigirse fianza, ni ponerse más trabas que las necesarias para asegurarse de la responsabilidad de los escritores. Que solamente se abusa de la libertad de imprenta, atacando directamente el dogma religioso o la moral pública. Que estos abusos serán juzgados y castigados por jurados de imprenta, conforme a lo que dispongan las leyes (fracción X). Por su parte el artículo 70, fracción XXV establece, —y aquí se recupera la tradición española—, que corresponde exclusivamente al Congreso proteger la libertad política de imprenta, bajo las bases generales establecidas en la Constitución de manera que jamás pueda impedirse su ejercicio.<sup>84</sup>

Este proyecto nunca tuvo vigencia. Un pronunciamiento de Nicolás Bravo disolvió el Congreso, se convocó a una Junta de Notables como

82 *Ibidem*, p. 544.

83 *Ibidem*, p. 545.

84 *Idem*.

Junta Nacional Legislativa, misma que quedó instalada el 6 de enero de 1843. Las circunstancias y la filiación centralista y conservadora del nuevo gobierno no se hicieron esperar las consecuencias en materia de libertad de imprenta. El 16 del mismo mes y año hay una circular del Ministerio de Relaciones en que se declaró la vigencia de la Circular del 8 de abril de 1839 sobre abusos de libertad de imprenta,<sup>85</sup> la misma que el Supremo Poder Conservador había considerado contraria a la ley de 1836.

La obra de este gobierno fueron las Bases Orgánicas de la República mexicana, sancionadas el 12 de junio de 1843.<sup>86</sup> Éstas contienen una detallada declaración de derechos en su artículo noveno y en materia de libertad de imprenta establecen:

Artículo 9o. Derechos de los habitantes de la República:

II. Ninguno puede ser molestado por sus opiniones: todos tienen derecho para imprimirlas y circularlas sin necesidad de previa calificación, o censura. No se exigirá fianza a los autores, editores o impresores.

III. Los escritos que versen sobre el dogma religioso o la Sagrada Escritura, se sujetarán a las disposiciones de las leyes vigentes en ningún caso será permitido escribir sobre la vida privada.

IV. En todo juicio sobre delitos de imprenta intervendrán jueces de hecho, que harán la calificación.

A primera vista las Bases Orgánicas parecen razonables, sin embargo en un contexto más amplio, no se puede olvidar que tiene como inspirador a Santa Anna que buscaba dar una organización en que todo dependiera de la voluntad del Ejecutivo. Con razón Luis Castaño afirma que estas disposiciones sobre libertad de imprenta fueron en la realidad letra muerta.<sup>87</sup>

## 6. *El paréntesis federalista de 1847*

Las ideas conservadoras imperaron durante estos años de confusión y anarquía, agravados por la situación internacional. Varias facciones militares se disputaron el ejercicio despótico del poder y configuraron una de las épocas más difíciles de nuestra historia. La situación no podía sostenerse así por mucho tiempo y en 1846 el pronunciamiento del general

85 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 2502

86 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano, op. cit.*, nota 35, p. 546.

87 Castaño, Luis, *cit.*, nota 24, pp. 25 y 26.



José Mariano de Salas, en la Ciudadela, aboga por la reunión de un nuevo constituyente, desconoce las bases orgánicas del 43 y reinstala la vigencia de la Constitución de 1824. Resulta muy interesante la preocupación, producto de las circunstancias, que existe en materia de libertad de imprenta y de modo más amplio por la información. En efecto, una de las primeras acciones de este gobierno fue un decreto de agosto de 1846 que deroga todas las leyes y órdenes represivas de la libertad de imprenta por considerar que ésta: “es una de las principales garantías del hombre en sociedad y uno de los principales fundamentos del sistema representativo”.<sup>88</sup>

La medida anterior, si bien representativa de las intenciones del nuevo gobierno, no especifica a qué leyes se refiere. Podemos pensar sin embargo, y con fundamento como veremos más adelante, que se pensaba en la legislación producida de 1836 a la fecha de este Decreto. La necesidad de legislar en esta materia por razones obvias —reinaba la confusión en cuanto a las normas aplicables— lleva a que el 14 de noviembre del mismo año se expida el Reglamento de la Libertad de Imprenta.<sup>89</sup> Este Reglamento es una copia modificada del Reglamento de Libertad de Imprenta española de 1820 —segunda edición diría Montiel y Duarte—,<sup>90</sup> pero que presenta características que conviene señalar brevemente.

En sus considerandos resumen la experiencia mexicana en materia de libertad de imprenta. Señala así, que la facultad de expresarse por medio de la imprenta es uno de los primeros derechos del hombre y la libertad de ejercerlo una de las más preciosas prerrogativas de los ciudadanos en un sistema representativo (primero); que sin embargo, los escritores pueden abusar de la imprenta así como los encargados del poder encadenarla para acallar la voz de la opinión que pide cuenta de sus actos (segundo); y que si bien es difícil acertar con los medios eficaces de combinar libertad de imprenta con el respeto a las autoridades, es indispensable el establecimiento de normas que garanticen al pueblo en ejercicio de este derecho y arme al poder con el poder necesario para reprimir los abusos (tercero). Que la Cámara de Diputados aprobó un Reglamento que si bien tiene defectos, consigna la principal garantía de la libertad de imprenta que es el juicio por jurados<sup>91</sup> (cuarto); señala finalmente, que muy pronto se abrirá la discusión sobre las leyes fundamentales del país y otros muchos puntos

88 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 2889.

89 *Ibidem*, núm. 2920.

90 Montiel y Duarte, Isidro, *op. cit.*, nota 48, p. 262.

91 No tuvimos acceso a este reglamento.

de vital importancia para la República, (quinto). Aquí podemos recordar que , las distancias guardadas, fue ésta una de las razones que llevaron a los diputados de Cádiz a discutir y establecer como uno de sus primeros actos la libertad de imprenta en 1810. Es interesante observar asimismo, cómo en cuanto a los problemas se plantean básicamente en términos políticos, resultados de los vaivenes a que estaba sujeta la sociedad mexicana.

En cuanto a su contenido, el Reglamento reproduce en su mayor parte las disposiciones, en ocasiones de modo literal, del Reglamento español de noviembre de 1820. Declara por principio general y absoluto que ninguno podía ser molestado por sus opiniones, y que todos tenía el derecho para imprimir y circularlas, sin necesidad de previa calificación o censura (artículo 1o.); que en todo juicio sobre delitos de imprenta intervendrán jueces de hecho que harán las calificaciones de acusación y sentencia (artículo 2o.); que en este tipo de delitos no hay complicidad de impresores a menos que no se aseguren en la forma legal de la responsabilidad del editor o escritor (artículo 3o.); señala que se abusa de la libertad publicando escritos contra la religión católica, la forma de gobierno republicano, representativo, popular y contra la moral y las buenas costumbres, así como excitando a la rebelión o a la perturbación de la tranquilidad, o incitando a la desobediencia de alguna ley o autoridad legítima (artículo 4o.).

De este modo, los títulos I, II, III, IV y V tienen sus correspondientes, con modificaciones menores, en el reglamento español de 1820. Respecto del título V debemos anotar que introduce en materia de responsabilidad las disposiciones contenidas en la ley del 23 de mayo de 1835.<sup>92</sup> El título sexto, relativo al procedimiento, reproduce por su parte la ley de 14 de octubre de 1828.<sup>93</sup> Cabe señalar que no se legisla en lo relativo a las juntas protectoras de la libertad de imprenta, aspecto que se dejó totalmente fuera.

Hay otra serie de disposiciones en materia de información que son muy importantes de señalar. El 19 de noviembre de 1846 se expide el Reglamento del Archivo General de la Nación en el que podemos leer:

Que considerando que el Archivo General de la Nación es un establecimiento sumamente importante no sólo como... sino como un depósito de todos los descubrimientos, invenciones y luces no comunes en la historia,

92 Véase *supra*, p. 523.

93 Véase *supra*, p. 517.

en las ciencias y en la industria; que ordenado por la conveniente claridad a la vez que pueda servir de norte a los supremos poderes de la República para acertar en sus disposiciones más difíciles o delicadas, sirve también para la ilustración, prosperidad y engrandecimiento de la nación; que desde el año de 1823, en que fue creado tan grandioso establecimiento, se ha visto con el más lamentable abandono; siendo de admirar, que no solamente se haya descuidado de su arreglo para que alguna vez sirviera a los importantes fines de su institución, sino que se ha permitido escandalosas y punibles extracciones de innumerables documentos preciosísimos, y la destrucción de otros muchos que ni se pueden calcular, con evidente agravio de la ilustración y notable perjuicio de los particulares y de la nación entera; y en fin, que estos males necesitan un pronto y eficaz remedio, sin embargo, de los gravísimos asuntos que ocupan al gobierno en las críticas circunstancias actuales, he creído mi deber poner a coto a aquel desorden y disponer lo necesario para que a la mayor brevedad se organice una oficina que no solamente es útil, sino por mil aspectos necesaria, en cualquier país civilizado...<sup>94</sup>

Una disposición semejante del 30 de noviembre del mismo año decreta el establecimiento de una biblioteca nacional en el que se expresa:

Que considerando que nada es más conveniente en un país regido por instituciones liberales, que facilitar y multiplicar los establecimientos en que las clases menos acomodadas de la sociedad puedan adquirir y perfeccionar su instrucción sin gravamen; que el pleno conocimiento de los deberes de los ciudadanos, es la garantía más eficaz para asegurar la libertad y el orden público; que este conocimiento se logra fácilmente por medio de la lectura de obras útiles, reunidas en bibliotecas públicas a que tengan acceso todas las personas que lo deseen; que estos establecimientos brindan con su entretenimiento útil a las personas que, teniendo algún tiempo desocupado, apetecen emplearla en su instrucción.<sup>95</sup>

Resultan realmente impresionantes los documentos que citamos, tanto por su concepción como por las circunstancias en que fueron emitidos. Respecto de lo primero señalan la importancia y trascendencia individual y social de contar con acervos de información; señalan sus dimensiones políticas, culturales e históricas y no contentos con esto insisten en la necesidad del acceso a todas las personas que lo deseen a estas fuentes.

94 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 2922.

95 *Ibidem*, núm. 2929.

Por otro lado apuntan un mal que por desgracia hasta nuestros días persiste, el descuido y la escandalosa extracción y aun destrucción de documentos de gran valor. Con todo, estos documentos representan un antecedente de gran valor para la comprensión y tratamiento de funciones y problemas en materia de información.

Las circunstancias en que fueron expedidos estos documentos no podrían ser peores; la invasión norteamericana; el desgaste interno por la lucha por el poder; un gobierno que se debatía en la incertidumbre y un país revuelto, inseguro y amenazado.

El Acta Constitutiva y de Reformas de mayo de 1847 establece que ninguna ley podrá exigir a los impresores fianza previa para el libre ejercicio de su arte, ni hacerlos responsables de los impresos que publiquen, siempre que aseguren en la forma legal la responsabilidad del editor.

Señala que todos los delitos de imprenta serán juzgados por jueces de hecho y castigados sólo con pena pecuniaria o de reclusión (artículo 26). Exceptúa de esto la difamación hecha por medio de la prensa, situación que fue regulada mediante decreto del 21 de junio de 1848<sup>96</sup> en el que se reglamenta el juicio de difamación hecho por medio de la prensa (artículos 5o.-16).

Algunos preceptos resultan interesantes. El artículo 2o. establece que es difamatorios todo escrito en el cual se ataque el honor o la reputación de cualquier particular, corporación o funcionario público, o se le ultraje con sátiras, invectivas o apodos, pero que en los casos del artículo anterior no se comprende el libre examen de la conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones para dilucidar su legalidad o su conveniencia (artículo 3o.). Por su parte, el artículo 17 dice que todo periódico que en el espacio de seis meses fuera tres veces condenado por delito de difamación o atentado contra la moral pública, sería suprimido.

En enero 16 de 1850 se expidió una orden que establece se remitan dos ejemplares de cada impreso al Ministerio de Relaciones con objeto de que se tuviera conocimiento de los papeles, folletos y obras que se imprimieran en la capital. El Ministerio cubriría en el acto su valor.<sup>97</sup> Esta disposición constituye un antecedente del depósito legal. El 19 de abril del mismo año se expidió un Decreto en el que se ordenó se nombraran fiscales de imprenta de acuerdo al artículo veinte del Decreto de

96 *Ibidem*, núm. 3967.

97 *Ibidem*, núm. 3392.

1846, mientras se expidió la ley constitucional sobre arreglo a la libertad de imprenta.<sup>98</sup>

### 7. *El último periodo de Santa Anna y la Ley Lares*

Vuelto Santa Anna al poder en 1853 implantó un régimen centralista y conservador de lo más despótico que pueda tenerse memoria. Prueba de esto, es el Decreto sobre Imprenta de 25 de abril de 1853, conocido también como Ley Lares por haberlo elaborado el jurista Teodosio Lares en el que coartó la libertad de imprenta de tal manera que, como dice Luis Castaño, se antoja volver a los tiempos de la censura.<sup>99</sup> En este Decreto<sup>100</sup> se obligó a los impresores a registrarse, bajo pena de cuantiosas multas, ante las autoridades políticas del lugar donde estuvieran establecidas (artículo 2o.); los impresores deberían de poner a la puerta de su establecimiento un letrero que indicara la existencia de una imprenta y el nombre de su dueño (artículo 3o.); antes de proceder a la publicación de cualquier impreso se entregaría un ejemplar al gobierno o primera autoridad política y otro a los promotores fiscales. Estos ejemplares estarían firmados por el autor o editor, y por el impresor, quien por este acto serían responsables de la identidad de la persona del autor o editor (artículo 5o.); los expendedores de impresos deberían de obtener licencia por escrito dada por la primera autoridad política del lugar (artículo 7o.).

Como puede verse, hay una serie de graves restricciones, incluso medidas equiparables a la censura, que contravenían los principios establecidos en la legislación de 1846. El resto del Decreto señala las diversas clases de impresos y reglas sobre su publicación, califica a los escritos de subversivos, sediciosos, inmorales, injuriosos y calumniosos y establece las multas y correcciones.

## V. LA CONSTITUCIÓN DE 1857

Durante el último periodo de Santa Anna al frente del gobierno, México pasó por una de las etapas más anárquicas de su historia. La situación alcanzaba los extremos cuando en 1854 se suscribió el Plan de Ayutla, mismo que marca el inicio de una nueva etapa de la historia. Santa

98 *Ibidem*, núm. 3422.

99 Castaño, Luis, *op. cit.*, nota 24, p. 28.

100 Dublán y Lozano, *op. cit.*, nota 55, núm. 3811.

Anna derrotado, quedó al frente del gobierno Juan Álvarez, quien nombró a un gabinete liberal. Pocos meses después Comonfort substituyó a Álvarez en la presidencia. De esta época destacan en la materia que nos ocupa el Decreto de 18 de septiembre de 1855, en el que se declaró vigente la ley del 14 de noviembre de 1846 sobre libertad de imprenta.<sup>101</sup> Pocos meses más tarde, el 28 de diciembre de 1855 se expidió un Decreto sobre Libertad de Imprenta.<sup>102</sup> Este conservó en lo fundamental los principios y disposiciones de la ley de 1846 en materia de responsabilidad, calificación de escritos y procedimientos, incluyendo sólo algunas modificaciones. La más importante fue la supresión de la intervención del jurado popular en los delitos de imprenta, cuyo conocimiento pasó a jueces de primera instancia.

La exposición de motivos apuntó como razones que, dado el estado de la sociedad, convenía que los abusos fueran vistos por jueces ordinarios, los cuales por estar fuera del círculo político tenían más independencia y estaban sujetos a responsabilidad.

Entre tanto se preparaban las sesiones del Congreso Extraordinario Constituyente, mismas que se inauguraron en febrero de 1856 y en las que participaron tanto conservadores y liberales. En materia de imprentas se suscitó uno de los debates más importantes en la historia constitucional mexicana que concluiría con la consagración del principio de la libertad de expresión e imprenta.

### 1. *El debate*

Al Congreso Constituyente concurren conservadores y liberales. Para estos últimos discurrir y hablar eran derechos del hombre y por ello la libertad de pensamiento y expresión debería de garantizarse plenamente por la Constitución.<sup>103</sup> Sin embargo, el partido liberal no era homogéneo. Dentro de él había una mayoría de liberales moderados y una corriente minoritaria de radicales. Para estos últimos la libertad debería ser plena y no tener ninguna restricción. Estas concepciones iban a encontrarse y a dar pie a largos debates.

El proyecto de Constitución presentó para su discusión en artículos separados el principio de libertad de expresión (artículo 13) y el de im-

101 *Ibidem*, núm. 4503.

102 *Ibidem*, núm. 4600.

103 *Cfr.* Castaño, Luis, *op. cit.*, nota 24, p. 30.

prenta (artículo 14). Esta es la primera vez que estos principios reciben un tratamiento independiente en forma explícita.

El artículo 13 del proyecto relativo a la libertad de expresión, que pasaría en la redacción final a ser el artículo 6o. de la Constitución de 1857, fue presentado y discutido en la sesión del 25 de julio de 1856. Este artículo del proyecto expresaba:

“La manifestación de las ideas no pueden ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso que ataque los derechos de terceros, provoque algún crimen o delito o perturbe el orden público”.<sup>104</sup>

El artículo fue atacado porque “encontraban mucha generalidad en las restricciones que se establecían a la libre manifestación de las ideas”;<sup>105</sup> y porque “toda restricción a la manifestación de las ideas parece inadmisibles y contraria a la soberanía del pueblo”.<sup>106</sup> Arriaga defendió el artículo. Alegó que las palabras usadas no eran vagas y sostuvo que la conciencia pública era garantía suficiente contra las siniestras interpretaciones de la ley.<sup>107</sup> Prieto intervino enseguida diciendo que la teoría de la conciencia pública era muy bella y servía de fundamento a importantes instituciones, pero que en el caso no ofrecía una garantía bastante; que prohibir con mucha generalidad atacar los derechos de terceros era inventar un delito. Sin embargo, concluyó proponiendo una redacción más vaga, pues presentó como restricción “que se ataquen los intereses de la sociedad o de sus individuos”.<sup>108</sup> El debate se prolongó un poco más con intervenciones a favor y en contra. La redacción presentada originalmente fue aprobada por 65 votos contra 30.<sup>109</sup> Las baterías pesadas se reservaron para el problema de la libertad de imprenta.

En la sesión del 25 de julio de 1856 se discutió el artículo 14 de proyecto de Constitución, que establecía:

Artículo 14 del Proyecto: es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos en cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la

104 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 520.

105 Presentación y Debate en el Consejo Constituyente de 1856 del artículo 13 del proyecto de Constitución. Intervención de diputado Díaz González en *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 521.

106 *Ibidem*, p. 522.

107 *Ibidem*, p. 523.

108 *Ibidem*, p. 524.

109 Del diario de debates se desprende que la mayoría de los votos en contra se debieron a la forma y contenido de las restricciones no al principio mismo.

previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a vida privada, a la moral y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho y aplique la ley, designando la pena, bajo la dirección del tribunal de justicia de la jurisdicción respectiva.<sup>110</sup>

La discusión de este artículo fue larga y acalorada. La lectura del debate es fascinante y da cuenta de las concepciones sobre esta materia. Para efectos de análisis dividiremos el texto en cuatro aspectos:

- 1) El principio general.
- 2) Cuestiones relativas a fianza y censura.
- 3) Los límites
- 4) El procedimiento.

#### A. *El principio general*

El principio general expresado en la fórmula “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos en cualquier materia” podemos decir que no generó polémica fue aprobado por mayoría de 90 votos contra 2. Cabe señalar que se eliminó la previa censura en materia religiosa. De este modo la libertad se estableció en los términos más amplios y a decir de Zarco “La enunciación de este principio no es una concesión, es un homenaje del legislador a la dignidad humana, es un tributo de respeto a la independencia del pensamiento y de la palabra”.<sup>111</sup>

La libertad de imprenta se concibió como uno de los derechos más elementales del hombre y sin el cual éste pierde parte de su dignidad. Aún más, el mismo Zarco señaló más adelante cómo la prensa —y en este sentido se refería a ella como vehículo en la expresión del pensamiento— no sólo debía examinarse como manifestación del pensamiento, sino “veámosla como instrumento del progreso humano, contemplémosla bajo el aspecto de la ciencia, el arte, de la civilización”.<sup>112</sup>

Lo anterior apunta hacia una concepción más amplia pues, concebida como instrumento de la civilización, no se limita a la prensa, sino comprende un espectro más amplio que subraya su importancia como instrumento en la conformación de la sociedad. El liberalismo mexicano tuvo

110 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 549.

111 *Ibidem*, p. 531.

112 *Ibidem*, p. 557.



pues una visión más amplia bajo la cual abarcamos al actual derecho a la información.

### B. *Cuestiones relativas a fianza y censura*

La segunda parte relativa a la prohibición a la autoridad para establecer la previa censura así como exigir fianza a autores o impresores tampoco fue objeto de discrepancias importantes. En realidad este principio tenía ya amplia aceptación desde la legislación de Cádiz. Prevalecía la idea de que una de las funciones de la prensa era la de denunciar y actuar como freno a los excesos de la autoridad; tenía una función crítica y formaba la opinión pública. De este modo, era necesario garantizar la absoluta libertad eliminando toda posibilidad de censura previa. La idea de exigir fianza depósito o caución, era asimismo rechazada.

### C. *Los límites*

Fue al discutirse los límites a la libertad cuando se libraron las grandes batallas y se expusieron problemas aún de actualidad y difíciles de resolver por su complejidad.

El debate se ubica entre quienes pretenden una absoluta libertad y quienes la quieren limitada. Entre estos últimos se suscitan fuertes polémicas por los términos en que deberían quedar establecidas dichas restricciones. De hecho, la primera intervención en el debate es altamente significativa de los términos en que éste se estableció. Ésta corrió a cargo del diputado Cendejas, quien después de señalar que estaba por el principio de libertad sin ningún tipo de restricciones, añadió que creía que las restricciones a la vida privada, la moral y la paz pública eran cosas demasiado vagas para dar lugar a los abusos y que, si el artículo se aprobaba, no se podría escribir sobre nada convirtiéndose la libertad en una amarga ironía.<sup>113</sup> El mismo diputado en una intervención posterior señaló en forma contundente que “en materia de libertad de imprenta, no hay término medio: o libertad absoluta, o restricción completa”.<sup>114</sup>

En el mismo sentido Ignacio Ramírez dijo:

113 *Ibidem*, p. 550.

114 *Ibidem*, p. 556.

La imprenta es libre, señores, enteramente libre. La comisión que actualmente nos la propone es un artículo constitucional con algunas restricciones se manifiesta un poco liberal, pero también un poco tímida. Vamos a demostrarle que en este lugar sus restricciones no son oportunas. El uso de la imprenta es el derecho de decir la verdad, es el derecho de todos para publicar sus opiniones en cualquier materia. Todo hombre tiene derecho a decir la verdad o su opinión en todo tiempo y en toda circunstancias, porque tiene el derecho de ilustrar y de ser ilustrado, que es uno de los resultados del orden social, uno de los beneficios del hombre libre.<sup>115</sup>

Esta intervención es, a nuestro parecer, síntesis del pensamiento liberal sobre la libertad de imprenta. En ella hay además algunas ideas que apuntan con claridad hacia lo que hoy entendemos como el derecho a la información. En este sentido cuando afirma “es el derecho de todos para publicar sus opiniones en cualquier materia” y más adelante “ todo hombre... tiene el derecho de ilustrar y ser ilustrado”. Si bien es cierto que en aquel tiempo la concepción liberal creía en que el libre juego de las fuerzas sociales conduciría al equilibrio y la justicia, las ideas de Ramírez nos llevan en línea directa al pensamiento actual sobre los problemas y las funciones de la información.

A las ideas anteriores, la Comisión y otros diputados responden, en voz de Mata, que los cargos lanzados contra el artículo son exagerados. Que después de enunciar el principio general vienen sólo las excepciones necesarias para evitar el abuso del derecho en perjuicio de la sociedad<sup>116</sup> señalando más adelante que los ataques se dirigen a los abusos, y que la Comisión ha procurado empeñosamente establecer las mayores precauciones.<sup>117</sup>

Fue Francisco Zarco quién con fuertes argumentos y desde una posición firme pero moderada señala que “desea defender a la libertad de prensa como una de las más preciosas garantías del ciudadano y sin la cual son mentira cualesquiera otras libertades y derechos”.<sup>118</sup> Sitúa así el debate como uno de los puntos fundamentales a resolver y nos recuerda que, desde Cádiz, el problema de la libertad de imprenta estuvo ubicado como uno de los pilares de la democracia en la lucha contra el absolutismo.

115 *Ibidem*, p. 567.

116 *Ibidem*, p. 550.

117 *Ibidem*, p. 555.

118 *Ibidem*, p. 551.

El mismo Zarco continuó diciendo que en México jamás había existido libertad de imprenta; que tanto los gobiernos liberales como conservadores habían tenido miedo a las ideas y sofocado la discusión. Llegó después al punto que le interesa:

Veamos cuáles son las restricciones que impone el artículo... establece como límites de la libertad de imprenta el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. A primera vista esto parece justo y racional; pero artículos semejantes hemos tenido en casi todas nuestras constituciones, de ello se ha abusado escandalosamente, no ha habido libertad y los jueces y los funcionarios todos se han convertido en perseguidores.<sup>119</sup>

Continuó señalando cómo los términos vida privada, moral y paz pública —sobre todo este último— han sido interpretados de forma que resultan represores por su ambigüedad y en una intervención posterior concreta su pensamiento al señalar:

Insisto en que las infracciones deben ser mejor definidas. En vez de hablar vagamente de la vida privada, debiera mencionarse el caso de injurias... en lugar de hablar vagamente de la moral se prohibieran los escritos obscenos... que en vez de hablar vagamente de la paz pública, yo quisiera que terminantemente se dijera que se prohíben los escritos que directamente provoquen a la rebelión o a la desobediencia de la ley, porque de otro modo temo que la censura de los funcionarios públicos, el examen razonado de las leyes y la petición de reformar esta misma Constitución que estamos discutiendo, se califiquen de ataques a la paz pública.<sup>120</sup>

A lo anterior la Comisión responde en voz de Mata que como garantía contra los abusos creía suficiente el establecimiento del jurado<sup>121</sup> cuestión que nos lleva directamente a el análisis de este punto.

#### D. *El jurado*

El proyecto del artículo establecía que los delitos de imprenta “debían ser juzgados por un jurado que califique el hecho y aplique la ley, designando la pena, bajo la dirección del tribunal de justicia de la jurisdicción respectiva” (parte relativa del artículo 14). Esta situación fue

119 *Idem.*

120 *Ibidem*, p. 561.

121 *Idem.*

considerada, retomando la idea que venía desde Cádiz, como garantía de la libertad del pensamiento porque y en palabras de Mata:

“No representa las pasiones del poder, sino la conciencia pública, y, si el poder se hace perseguidor y quiere saciar su odio en la prensa, el jurado no será su instrumento, sino que, por el contrario, pondrá a la conciencia del pueblo en antagonismo con el poder y le ofrecerá mil desengaños” .<sup>122</sup>

En realidad, la discusión que se suscitó no fue sobre la conveniencia del jurado popular, sino sobre los términos en que este actuar, fundamentalmente por no distinguir claramente las dos clases de jurados —el de acusación y el de sentencia— y por someter la función de los jurados a la dirección de un tribunal ordinario, pues esto desvirtuaría sus funciones porque, en palabras de Zarco:

“Los ciudadanos sencillos y poco eruditos que van a formar, no deben tener más director que su conciencia... Nada de esto sucedería con la dirección de un tribunal de justicia. El jurado pierde su independencia, se ve invadido por los hombres del foro con todas sus chicanas, con todas sus argucias...”<sup>123</sup>

Mata trató de demostrar que la intervención del tribunal no afectaba las funciones del jurado, pues éste no intervenía en sus decisiones.<sup>124</sup> Las ideas de Zarco son apoyadas por Prieto y Félix Romero en importantes intervenciones.

Llegó el momento de la votación. El artículo se dividió en partes. 1) La primera relativa al principio general fue aprobada, como ya dijimos, por 90 votos contra 2) La segunda fue referida a “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública”. Zarco pidió que esta parte se subdividiera, la petición no fue atendida y esta parte fue aprobado por 60 votos contra 33. De la tercera parte desapareció el tribunal de justicia y fue aprobada por 88 votos contra 3) Se hicieron algunas modificaciones a la redacción y el artículo definitivo quedó de la siguiente manera:

122 *Ibidem*, p. 562.

123 *Ibidem*, p. 563.

124 *Idem*.

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respecto a la vida privada, a la moral, y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena.<sup>125</sup>

En la sesión del 13 de enero de 1857 se presentó ante el Congreso el proyecto de Ley Orgánica de la Libertad de Imprenta, elaborada por una Comisión formada por Prieto, Rafael González de Páez y Zarco, quién fue seguramente el principal autor.<sup>126</sup> Esta ley no alcanzó a ser discutida y aprobada en la época que se presentó, aunque fue retomada años después por Juárez. Para la elaboración de esta ley los autores tuvieron en cuenta las diversas leyes expedidas con anterioridad y consideraron que la más liberal y precisa fue la de noviembre de 1846, reconociendo esto en la exposición de motivos, por lo que sus diferencias con ésta son mínimas en cuanto al procedimiento.<sup>127</sup>

Se ha acusado a este proyecto de definir de manera muy vaga las restricciones a la libertad de imprenta.<sup>128</sup> Sin embargo, se advertía en la exposición de motivos que aunque la tipificación podía parecer vaga, consideraban que ésta se justificaba por la función que se pretendía asignar a jurado popular que:

es el complemento de la imprenta porque es la expresión de la conciencia calificando la opinión; velando por la moral; custodiando el sagrario de la vida privada, porque es el espíritu y esa es la causa de que la clasificación sea vaga, porque la Comisión creyó que al jurado se le debían hacer únicamente explicaciones, marcarle punto de partida, para que en sus deliberaciones, fuese la más ingenua expresión de la conciencia independiente.<sup>129</sup>

125 *Ibidem*, p. 549.

126 *Cfr.* Ovalle Favela, *op. cit.*, nota 56, p. 311.

127 *Ibidem*, p. 313.

128 En éste sentido Castaño, Luis, *op. cit.* nota 24, p. 37. Por considerar de interés reproducimos las restricciones: Artículo 3o. Se falta a la vida privada siempre que se atribuya a un individuo algún vicio o delito, no encontrándose éste último declarado por los tribunales. Artículo 4o. Se falta a la moral defendiendo o aconsejando los vicios o delitos. Artículo 5o. Se ataca al orden público, siempre que exista a los ciudadanos a desobedecer las leyes o las autoridades legítimas o a hacer fuerza contra ellas, *cit.*, por Montiel y Duarte, Isidro, *op. cit.*, nota 48, p. 266.

129 Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856-1857*, *cit.*, por Ovalle, Favela José, *op. cit.*, nota 54, p. 311.

Durante el periodo de intervención, Maximiliano, quién como se sabe profesaba los principios liberales, expidió el Estatuto provisional del Imperio Mexicano el 10 de abril de 1865<sup>130</sup> que establecía:

Artículo 58. El gobierno del Emperador garantiza a todos los habitantes del Imperio, conforme a las prevenciones de las Leyes respectivas: La igualdad ante la ley; la seguridad personal; la propiedad; el ejercicio de su culto; la libertad de publicar sus opiniones.

Artículo 76. A nadie puede molestarte por sus opiniones ni impedirse que las manifieste por la prensa, sujetándose a las leyes que reglamentan el ejercicio de este derecho.

## 2. *La República restaurada y el régimen porfirista*

Maximiliano vencido y vuelto el orden constitucional de 1857, el contenido del proyecto de Ley Orgánica de Libertad de Imprenta fue tomado íntegramente, primero por Decreto Presidencial del 2 de febrero de 1861 y después por la Ley Orgánica de Libertad de Prensa del 4 de febrero de 1868. Cuando fue presidente de la Corte Ignacio Vallarta, criticó el hecho de que el artículo 7o. constitucional estableciese un jurado popular para los delitos de imprenta, como un tribunal distinto a los tribunales penales ordinarios, pues consideraba que esto era contrario a las ideas democráticas basadas en la igualdad de las personas ante la ley.<sup>131</sup> Al respecto afirmó:

“El que injuria o calumnia de palabra, debe ser juzgado por el mismo tribunal que el que injuria y calumnia por la prensa, si no se quiere ir hasta dar un estímulo al delito mayor con el fuero de que goce”.

Señaló asimismo, el defecto de la ley por haber establecido un juzgado sin juez instructor.<sup>132</sup>

Las críticas de Vallarta influyeron para la reforma del 15 de mayo de 1883 al artículo 7o. constitucional, el cual suprime la referencia al jurado popular para juzgar los delitos de imprenta, quedando la parte final del artículo con la siguiente redacción:

“Los delitos que se cometan por medio de la imprenta, serán juzgados por los tribunales competentes de la Federación o por los de los Esta-

130 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 549.

131 Cfr. Ovalle Favela, José, *op. cit.*, nota 54, p. 313.

132 Véase Vallarta, *votos*. México, Porrúa, 1980 (edición facsimilar de la de 1882), t. III, pp. 344-381 y t. IV, pp. 328-360.

dos, del Distrito Federal o Territorios de la Baja California, conforme a su legislación penal”.<sup>133</sup>

Esta reforma permitió que durante el periodo Porfiriano la libertad de imprenta viviera uno de sus periodos más oscuros. La represión contra la prensa fue, sobre todo, para principios del siglo XX, violenta y arbitraria, no sólo contra los escritores sino también contra impresores, papeleros, tipógrafos y cualquiera que tuviera que ver con el escrito subversivo. Fue heroica por otra parte la actitud de los periodistas e impresores que sopor-tando la represión mantienen viva una prensa crítica y combativa.<sup>134</sup>

Periódicos de considerable importancia, tales como “El Demócrata”, “El Porvenir” y “El Renacimiento”, fueron cerrados y encarcelados los redactores y editores. Esto respecto de los periódicos importantes, qué decir de la prensa marginal, que sufrió con mayor fuerza la represión. Baste pensar en periódicos como “El Socialista”, “La Comuna de México”, “El Obrero Internacional”, “La Justicia”, etcétera.<sup>135</sup> Un somero análisis del contenido de los periódicos mencionados revela que no fueron cerrados por violaciones a los límites de la libertad —atacar la moral, los derechos de terceros o provocar algún delito—. Su falta fue no comulgar y criticar al gobierno porfirista.

## VI. LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y LA LEY DE IMPRENTA DE 1917

### 1. *El debate*

El torrente revolucionario irrumpió en la historia en 1910 y condujo al Congreso Constituyente de 1916-1917. En la materia que nos ocupa en lo relativo al artículo 60., el dictamen de la Comisión señala que el texto se tomó casi literalmente de la Constitución de 1857, pues las razones que lo justificaban eran las mismas, lo cual eximía a la Comisión de la tarea de formular su opinión remitiéndose a las crónicas de aquella época. Abierta el 15 de diciembre de 1916 la discusión del dictamen y en vista de que nadie quiso hacer uso de la palabra, el artículo fue aprobado por 168 votos a favor y uno en contra. Posteriormente, la Comisión de estilo

133 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, op. cit., nota 35, p. 549.

134 Véase los debates del Constituyente de 1916-1917 relativos al artículo 70. en *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35. Especialmente los interventores de Martínez, Rafael, pp. 571 y ss y la de Manjarrez p. 579 y ss.

135 Fernández Christlieb, Fátima, op. cit., nota 42, p. 17.

suprimió la palabra crimen, dejando únicamente la voz “delito”, porque ésta incluye a aquélla.<sup>136</sup>

En cuanto al artículo 7o. relativo a la libertad de imprenta, el proyecto sufrió algunas modificaciones importantes. El proyecto presentado por Venustiano Carranza reproducía el texto de 1857, de acuerdo a la Reforma de 1883, agregando una última frase que decía: “pero en ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como cuerpo del delito”.<sup>137</sup> Posteriormente la Comisión de Constitución reformó el proyecto para establecer: “Todos los delitos que se cometan por medio de la imprenta, serán juzgados por un jurado popular”.<sup>138</sup> Esta última adición suscita fuertes polémicas. Algunos diputados recordaron las objeciones de Vallarta y otros consideraron que no era oportuno establecer el jurado popular sólo para delitos de imprenta, cuando en el artículo 20 se preveía la forma genérica de establecer el jurado popular. Finalmente esta parte fue desechada tras difícil votación por 101 votos contra 61.

El otro aspecto importante fue la moción introducida por Jara en el sentido de que además de no permitirse el secuestro de la imprenta como cuerpo del delito, no se procediera contra los empleados, cajistas, linotipistas o papeleros.<sup>139</sup> La moción fue aceptada. El artículo 7o. fue finalmente aprobado, no modificándose hasta la fecha y cuyo texto es:

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límite que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse a la imprenta como instrumento de delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que, so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

136 Véase debates del Constituyente de 1916-1917 sobre los artículos 6o. y 7o. en *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, pp. 526 y ss y pp. 550 y ss.

137 *Idem*.

138 Ovalle Favela, José, *op. cit.*, nota 56, p. 364.

139 Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 35, p. 538.



## 2. *La Ley de Imprenta de 1917*

El 9 de abril de 1917 Venustiano Carranza promulgó la Ley de Imprenta, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 12 del mismo mes y año. Esta ley es muy importante pues, junto con los principios constitucionales de los artículos 6o. y 7o. y la legislación penal, constituyen el marco jurídico a partir del cual se desarrollarán las normas y estructuras de la información en el siglo XX en México.

El estudio de la ley de imprenta es complejo, tanto por su contenido como por las circunstancias en que fue expedida. De las situaciones anteriores derivan problemas en su aplicación. Para efectos de exposición trataremos primero el contenido de la ley, y posteriormente las cuestiones principales en que se han centrado las controversias sobre esta ley.

### A. *Contenido*

El eje central de la ley esta constituido por el desarrollo de las tres limitaciones del artículo 7o. constitucional en materia de libertad de prensa. En efecto, todo el articulado de esta ley está destinado a enumerar los supuestos concretos en que se ataca la vida privada, la moral, así como al orden y la paz pública; a establecer las sanciones correspondientes y algunas cuestiones más.

El artículo 1o. establece las conductas que constituyen ataques a la vida privada. Éstas son: cuando se exponga a una persona al odio, desprecio o en sus intereses (fracción I); expresiones maliciosas contra la memoria de un difunto con el propósito de lastimar el honor o la pública estimación de sus herederos o descendientes (fracción II); informes o relación de audiencias públicas en asuntos civiles o penales, cuando se refieran hechos falsos con el propósito de causar daño a una persona (fracción III); y cuando en una publicación prohibida se comprometan la dignidad o estimación de una persona (fracción IV).

Constituyen ataques a la moral (artículo 2o.) toda manifestación en la que se defiendan, disculpen, aconsejen o propaguen públicamente vicios, faltas o delitos o se haga apología de ellos o sus autores (fracción I); manifestaciones en las que se ultrajen u ofendan públicamente el pudor, la decencia o las buenas costumbres (fracción II); y toda distribución venta o exposición en cualquier medio impreso de carácter obsceno o que presente actos lúbricos (fracción IV). Se consideran actos licenciosos o

impúdicos todos aquellos que en el concepto público estén calificados de contrarios al pudor (fracción II).

Se consideran, entre otras conductas, ataques al orden o la paz pública (artículo 3o.) toda manifestación o expresión pública que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país, se injurien a la Nación o las entidades políticas que la forman (fracción I); manifestaciones públicas que exciten al Ejército a la desobediencia o rebelión; se provoque al público a la anarquía, motín, sedición, rebelión o desobediencia de las leyes; se injurien a las autoridades del país para atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; se injurie a las naciones amigas o sus soberanos (fracción II); publicación o propagación de noticias falsas o adulteradas capaces de perturbar la paz o tranquilidad de la República o parte de ella, causar el alza o baja de los precios o lastimar el crédito de la Nación, Estado, Municipio o banco legalmente constituido (fracción III); y finalmente toda publicación prohibida por ley o autoridad, por causa de interés público o hecha antes que la ley permita darla a conocer al público (fracción IV).

Los medios por los que se cometen las faltas anteriores son cualquier manuscrito, impreso, dibujo, litografía o cualquier otra manera que pueda ser transmitida por correo, telégrafo, radiotelegrafía. En caso de ataque al orden o paz pública la enumeración comprende, además de los anteriores, discursos, gritos, cantos, fotografías, cinematógrafo o grabados. Lo anterior permite confirmar nuestra afirmación, de que si bien el nombre de la ley se limita a la imprenta, en realidad incluyen todas las formas de manifestación y expresión, desde las naturales hasta las técnicas más avanzadas de la época, configurando un estatuto de la emisión de informaciones.

Los artículos siguientes precisan una serie de conceptos utilizados para determinar las conductas antes señaladas. Así se establece cuando se considera maliciosa una expresión (artículo 4o.); cuando es pública (artículo 7o.); y cuando hay excitación a la anarquía. (artículo 8o.) Por su parte el artículo 6o. establece que en ningún caso podrá considerarse delictuosa la crítica para un funcionario o empleado público si son ciertos los hechos en que se apoya, y si las apreciaciones que con motivo de ellas se hacen son racionales, siempre y cuando no se viertan frases o palabras injuriosas.

El artículo 9o. establece la prohibición de publicar una serie de documentos, en general escritos judiciales o documentos militares. De la lectura de artículo se infiere que se buscaba proteger la vida privada de las

personas relacionadas en procesos judiciales, especialmente en casos en materia familiar, criminal con especial atención a los delitos sexuales, y los nombres y discusiones privadas de jurados populares. (fracciones I, II, III, VI, IX y X). Se pretendía proteger también el secreto judicial (fracción IV) y cuestiones de seguridad militar (fracciones VII, VIII y XI).

El artículo 10 determina las sanciones por violación a las prohibiciones anteriores, que son de multa de 50 a 500 pesos y arresto de uno a once meses. Lo anterior sin perjuicio de que si en la publicación se ataque la vida privada, moral o paz pública se aplique la pena correspondiente a estas faltas (artículo 11). Es decir, las prohibiciones las consideran independientes a otras infracciones constituyendo en realidad una doble sanción. Junto con lo anterior, el artículo 12 señala que los funcionarios o empleados que proporcionen los datos para hacer una publicación prohibida sufrirán las penas del artículo 10, la destitución del empleo sin perjuicio de que la ley establezca una pena mayor por revelación de secretos.

El artículo 13 establece la obligación de poner en conocimiento del presidente municipal del lugar, el establecimiento de cualquier imprenta en un término de 8 días después de su instalación.

A partir del artículo 14 se dan las reglas para determinar la responsabilidad. Se establece que para poner en circulación un impreso, fijarlo en paredes o repartirlo debe contener el nombre de la imprenta, lugar donde está ubicada, fecha de impresión y el nombre del autor o responsable del impreso. La falta de cualquiera de estos requisitos hará considerar al impreso como clandestino y la autoridad municipal podrá impedir la circulación recogiendo los ejemplares, (artículo 15)

La responsabilidad penal por delitos señalados en los artículos 1o., 2o. y 3o. de la ley recae en el autor o responsable. (artículo 14) En caso de que no constara quien es se considerará con ese carácter, siempre que no se trate de periódicos, a los editores y en su defecto al regente de la imprenta, y si no lo hubiere al propietario de esta (artículo 16). En el caso de publicaciones periódicas, además de los requisitos del artículo 15, debe de señalarse el lugar donde este establecida la administración y el nombre y domicilio del director, administrador o regente (artículo 20). El director es el responsable de lo que se publique, excepto si la publicación se hiciera sin su consentimiento, (artículo 21) siendo responsables subsidiarios el administrador, propietario, los encargados de la redacción y si no se aplican las reglas del artículo 16 (artículo 22). En caso de que el director tenga fuero constitucional, habrá una persona que sea director

que no goce de éste y que es solidariamente responsable con éste. Lo mismo sucede con los artículos firmados por personas con fuero (artículo 23). Estas disposiciones, nos dan idea de la importancia y el control que se pretendía ejercer sobre la empresa, poniendo además en peligro la protección del fuero al hacer responsable a una persona sobre quien recaería la sanción. Es notorio el carácter represivo de la disposición.

Los artículos 17 y 18 establecen cuando existe responsabilidad de operarios de la imprenta y de los expendedores de publicaciones. Estos casos son cuando sean los autores del escrito; conocían que se trataba de un hecho punible; sean a la vez directores de una publicación periódica o se cometa el delito por una publicación clandestina y sean ellos las que la hicieron siempre y cuando no presenten al autor, regente o propietario de la oficina que hizo la publicación.

El artículo 19 hace responsables en las representaciones teatrales y exhibiciones de cinematógrafo o audiciones de fonógrafo al autor de la pieza y al empresario de teatro, cinematógrafo o fonógrafo.

Toda oficina impresora debe guardar los originales firmados, o los datos de identificación en caso de seudónimo, durante el tiempo que se señala para la prescripción de la acción penal. (artículo 24). En ningún caso pueden ser directores o responsables de publicaciones personas que estén fuera de la República, en prisión o libertad preparatoria (artículo 26). La responsabilidad criminal por publicaciones que se introduzcan desde el extranjero recae en las personas que las importen, reproduzcan o expongan (artículo 29).

La ley regula con minuciosidad en el artículo 27 el derecho de rectificación. Este consiste en que los periódicos tienen la obligación de publicar gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las autoridades o particulares quieran dar a las alusiones que se les hagan en artículos, editoriales, párrafos, reportajes o entrevistas siempre que la respuesta se dé dentro de los 8 días siguientes a la publicación, y que no sea mayor su extensión del triple del párrafo o artículo tratándose de autoridades o del doble en caso de particulares. En caso de exceder se debe publicar integra pero cobrando el excedente. La publicación se hará en el mismo lugar y clase de letra, publicándose al día siguiente del que se reciba o en el número inmediato si se trata de publicación periódica. La infracción se castiga con pena de uno a once meses, sin perjuicio de exigir la publicación.

Los artículos 30 a 34 establecen las sanciones. Toda sentencia condenatoria pronunciada con motivo de un delito de imprenta se publicará a

costa del responsable si lo exige el agraviado. La sentencia debe además de ordenar que se destruyan los impresos y demás objetos con que se haya cometido el delito. Tratándose de instrumentos públicos se deben tildar las expresiones o palabras que se consideren delictuosas (artículo 30).

Se establecen con minuciosidad las penas por ataque a la vida privada, ataques a la moral o ataques al orden o paz pública, especialmente en el caso de éstas últimas se determina la sanción en razón a la jerarquía del funcionario injuriado. Las penas privativas de la libertad van de ocho días a dos años según la gravedad de la infracción.

Finalmente en cuanto al procedimiento se necesita querrela de la parte ofendida para proceder contra el delito de injurias (artículo 35). Se establece el carácter obligatorio de la ley en el Distrito Federal y territorios federales en lo que concierne a delitos del orden común y en toda la república en delitos competencia de los tribunales federales (artículo 36). La ley comenzó a regir desde el día 15 de abril de 1977.

### B. *Apreciaciones críticas*

Después de exponer el contenido de la ley haremos algunas consideraciones sobre su contenido. En lo relativo a las faltas contra la vida privada y la moral, tanto la redacción como el lenguaje corresponden al concepto decimonónico. Existe además la dificultad de que se puede interpretar con gran amplitud cuando se esta frente a una “publicación obscena” o se “compromete la dignidad o estimación de una persona” o se “ultraja la moral pública y las buenas costumbres”. Respecto de esto último la Suprema Corte ha dicho que:

“Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, es necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuales actos pueden ser considerados como impúdicos, obscenos o contrarios al pudor público...”<sup>140</sup>

El análisis de las faltas contra el orden o la paz pública nos permiten comprender el objeto de la ley. El periodo que siguió a la expedición de la Constitución de 1917 no fue de tranquilidad política, sino de inestabilidad y de luchas y pronunciamientos constantes. Por otro lado la prensa, en su estructura y contenido, tenía aún las características de finales del siglo XIX, es decir, un carácter eminentemente político, siendo el foro

140 *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVI, p. 133, abril de 1938.

para la confrontación y aún el medio para efectuar pronunciamientos en contra del gobierno. Por estas razones, el gobierno de Carranza necesitaba de un instrumento legal que le permitiera el control de la prensa. De ahí la minuciosidad y la extensión de la determinación de conductas contrarias a la paz y el orden públicos como la precisión en determinar la responsabilidad de publicaciones periódicas. Se buscó que siempre hubiera un responsable sobre el cual pesaba la amenaza de ser juzgado y condenado a prisión.

Junto con lo anterior debemos señalar un par de aspectos interesantes de la ley. El primero que junto con la imprenta encontramos señalados, si bien en forma secundaria, otros medios de información que empezaban a ser importantes en la difusión de las ideas, tales como el cine, el teatro y el fonógrafo. El segundo es la regulación del derecho de rectificación. Debemos entender que éste era básicamente un instrumento que les permitiría a las autoridades publicar sus puntos de vista y responder a los ataques que se les hicieran sin embargo, en un contexto más amplio, podemos sostener que era un avance importante, aunque éste nunca ha sido utilizado significativamente.

Podemos añadir que, en términos generales, la ley tiene un carácter represivo y no establece sino el desarrollo de los límites de la libertad de expresión e imprenta en los términos del siglo XIX, aunado lo anterior a las circunstancias históricas de su expedición.

Ahora bien, tiene un carácter represivo que en la realidad la ley se ha aplicado muy poco, debiendo el Estado organizar otros medios para el control de la prensa así como difundir su propia información<sup>141</sup>. Lo anterior no obsta para que examinemos algunas situaciones jurídicas relacionadas con la ley.

El primero de los aspectos que revisaremos, será el de la validez de su expedición. En efecto, como ya dijimos Carranza expide en abril de 1917 la ley de imprenta, misma que según el artículo transitorio único entró en vigor el 15 del mismo mes. En el preámbulo leemos lo siguiente:

“VENUSTIANO CARRANZA, primer Jefe del Ejército Constitucionalista de los Estados Unidos Mexicanos, *en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y entretanto el Congreso de la Unión reglamenta los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República, he tenido a bien expedir la siguiente ley...*”

141 Cfr. Fernández Christlieb, Fátima, *op. cit.*, nota 42, pp. 25 y 26.

La Constitución, si bien firmada el 5 de febrero de 1917, de acuerdo a su artículo 1o. transitorio entró en vigor el 1 de mayo del mismo año. Como es fácil de apreciar la Ley de Imprenta entró en vigor 15 días antes que la propia Constitución. Esto ha hecho decir a algunos autores, que la ley no puede estimarse vigente pues se trata de un ordenamiento preconstitucional que “no puede conservar su vigencia dentro del régimen definitivo establecido por la Constitución, a menos que ésta la incorpore a su normación o declare su subsistencia o faculte para declararla”<sup>142</sup>. Este argumento parece débil pues, de ser cierto, toda la legislación pre-constitucional habría sido derogada implícitamente por la Constitución de 1917 y habría sido necesario reexpedir todos los ordenamientos que, de hecho, se continuaron aplicando. Además, la Suprema Corte de Justicia ha establecido jurisprudencia firme en el sentido que la legislación preconstitucional debe ser cumplida “en tanto no pugne con el orden vigente, o sea expresamente derogada”.<sup>143</sup>

Al respecto Juventino V. Castro hace notar que el problema no es tanto el carácter preconstitucional de la ley, sino el que se haya expedido como Reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. de una Constitución ya expedida pero no vigente. Al respecto dice: “No se requiere una argumentación típicamente jurídica para llegar a observar que no se puede reglamentar lo inexistente, pero que puede llegar a tener existencia”.<sup>144</sup>

Lo anterior niega el carácter reglamentario de la ley de imprenta respecto de los artículos 6o. y 7o. En el mismo sentido ha establecido que:

“Libertad de Imprenta. No existe ley alguna reglamentaria del artículo 7o. constitucional, y la ley de imprenta, expedida por el Encargado del Poder Ejecutivo, durante el periodo constitucional, no contiene disposición alguna, contraria a ese precepto”.<sup>145</sup>

Sin embargo una tesis de 25 de octubre de 1933 sostuvo que:

Ley de Imprenta. La Ley de Imprenta, expedida por el Primer jefe del Ejército Constitucionalista, el 9 de abril de 1917, no puede estimarse como ley de carácter netamente pre-constitucional, sino más bien reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución, puesto que ésta ya se había expe-

142 Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 26a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 360. En el mismo sentido, Orozco Henríquez, J. Jesús, “Libertad de imprenta”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VI, México, UNAM, 1984, p. 85. Es curioso notar que Castaño en su obra omite el análisis de esta cuestión. Véase Castaño, Luis, *op. cit.*, nota 24.

143 *Semanario Judicial de la Federación*, pleno, Apéndice 1985, parte VIII, tesis 178, p. 295.

144 *Ibidem*, p. 116.

145 *Semanario Judicial de la Federación*, pleno, apéndice 1985, parte IX, tesis 38, p. 61

didado cuando se promulgó la Ley, la cual hubiera carecido de objeto, si sólo se hubiera dado para que estuviera en vigor por el perentorio término de 17 días; y tan es así, que al promulgarse dicha Ley, se dijo que estaría en vigor “Entretanto el Congreso de la Unión (que debía instalarse el primero de mayo siguiente), reglamenta los artículos sexto y séptimo de la Constitucional General de la República” y como no se ha derogado ni reformado dicha Ley de Imprenta, ni se ha expedido otra, es indudable que debe estimarse en todo su vigor.<sup>146</sup>

Lo anterior nos permite afirmar sin duda que la Corte, independientemente de su carácter reglamentario, ha considerado que la ley está en vigor.<sup>147</sup> Sin embargo hay otro argumento a considerar, referido a las facultades de que estaba investido Carranza y si éstas le permitían expedir válidamente una ley como la que nos ocupa.

El argumento, desarrollado por el ex ministro de la Corte J. Ramón Palacios, sostiene que el Plan de Guadalupe otorgó a Carranza el cargo de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, pero no le atribuyó poderes legislativos. El 12 de diciembre de 1914, en adiciones al plan expedidas por el mismo Carranza de propia autoridad, se otorga facultades para expedir y dar relevancia de derecho, durante la lucha, a todas las leyes, disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, políticas y sociales del país. Por su parte el artículo 5o. de las adiciones estableció que al quedar instalado el Congreso se daría cuenta del uso de las facultades extraordinarias mencionadas “y especialmente le sometería las reformas expedidas y puestas en vigor durante la lucha, y con el fin de que el Congreso las ratifique, enmiende y complemente” ...<sup>148</sup> Concluye Palacios afirmando que: “no consta que en ningún momento don que Venustiano Carranza hubiere puesto a la consideración del Congreso las leyes que expidió, entre ellas las de Imprenta, y que es inadmisibles que concluido el estado de guerra civil subsistieran las disposiciones legales dictadas en forma provisional y adicionada...”<sup>149</sup>

146 *Semanario Judicial de la Federación*. t. XXXIX, p. 1525. En el mismo sentido se ha considerado que “La Ley de Imprenta se encuentra vigente...”, *Semanario Judicial de la Federación*, pleno, apéndice 1985, parte IX, tesis 38, p. 61.

147 Véase la copilación que hace Luis Castaño en su libro *Régimen legal de la Prensa en México*, que abarca 17 tesis, que van de 1929 a 1953. En general tienden a ampliar los principios de libertad. Sería muy interesante hacer un estudio de la evolución de éstos.

148 Véase Castro, Juventino, *op. cit.*, nota 146, p. 116.

149 *Idem*.



Consideramos que la ley tiene un problema diferente. Carranza la expidió con carácter provisional mientras el Congreso elaboraba la legislación reglamentaria definitiva. Ahora bien, de conformidad con el artículo décimosexto transitorio de la propia CPEUM, el Congreso Constitucional tenía facultades para expedir las leyes reglamentarias de las garantías constitucionales durante el periodo que comenzó el 1o. de septiembre de 1917 y concluyó el 31 de diciembre del mismo año. Una vez concluido este periodo, y en la ausencia de facultades explícitas, la materia pasó a ser competencia de la legislaturas estatales. Como el Congreso no expidió la ley reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. constitucionales en el periodo señalado, la materia de imprenta pasó a ser competencia reservada a los Estados y sólo ellos podrían legislar en la materia. Por ello, la Ley de Imprenta debería considerarse inconstitucional, pues regula una materia que no es competencia de la federación<sup>150</sup>, violando con ello el artículo 124 de la Constitución.<sup>151</sup>

Independientemente de las consideraciones anteriores, lo que es claro es que la Ley de Imprenta resulta completamente obsoleta a la luz de las circunstancias actuales. Es una de las pocas leyes que no ha sufrido modificaciones desde el año de su expedición a principios de siglo. Bajo su vigencia se ha conformado el régimen jurídico de la prensa en México, caracterizado por la ausencia de un marco jurídico moderno que tome en cuenta los desarrollos que en esta materia se han dado en el mundo entero.

Sin duda el repaso histórico que concluimos permite apreciar en su justa dimensión la larga lucha que llevo a la consagración de los principios constitucionales de libertad de expresión e imprenta. Los valores permanecen, pero las circunstancias han cambiado radicalmente. La dimensión histórica ilumina entonces lo que debiera ser el camino hacia la construcción de un nuevo régimen legal para los medios de comunicación en México.

150 Debe considerarse al respecto si podrían existir en materia de imprenta facultades concurrentes, es decir, si esta materia admite, al igual que por ejemplo la penal, una legislación federal para regular las cuestiones de imprenta respecto del ámbito que le corresponde a la federación y una estatal respecto de los ámbitos exclusivos de las entidades federativas.

151 Una argumento similar al que exponemos en Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota, 142, pp. 363 y ss.

## EL DERECHO DE LAS ACCIONES EN ROMA

Marta MORINEAU

*A don Manuel Gutiérrez de Velasco,  
con respeto, admiración y mucho cariño*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La administración de justicia en Roma*. III. *Sistemas del enjuiciamiento civil*.

### I. INTRODUCCIÓN

La rama jurídica que nosotros conocemos como derecho procesal, para los romanos fue lo que ellos llamaron derecho de las acciones o simplemente, acciones.<sup>1</sup>

Sin embargo, la palabra es equívoca, pues *actio* —en plural *actiones*— no sólo designaba, en Roma, a esta particular rama del derecho sino que también fue utilizada con otras acepciones.

De manera muy amplia, *actio* se utilizó para referirse al “derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno”,<sup>2</sup> o sea, lo que nosotros, en la actualidad, entendemos como derecho de acción, y dándole una acepción más restringida para designar a cada una de las acciones que protegía a cada uno de los derechos subjetivos, lo que hoy en día equivaldría a lo que conocemos como pretensión del actor.<sup>3</sup>

Sobre el mismo tema, hay que agregar la opinión del autor italiano Scialoja, quien nos dice que la palabra *actio* es un sinónimo de *actus*, y que se puede entender como el acto con el que comienza el juicio, pero

1 Precisamente Gayo, en la última parte de sus *Instituciones*, usa el nombre de derecho de las acciones, Gayo, 4.

2 Así lo expresa Celso, D. 44, 7, 51.

3 Véase, Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 1998, p. 87.

que también su significado “puede indicar, en verdad, todo el procedimiento, el cual está compuesto de una serie de acciones”.<sup>4</sup>

Cabe, además, aclarar aquí que los romanos no concibieron al derecho de acción como un derecho autónomo, sino que para ellos fue solamente un aspecto del derecho sustantivo y nunca lo consideraron como un derecho independiente.<sup>5</sup>

Por lo anterior, es posible afirmar que en Roma existieron “tantas acciones cuantos derechos subjetivos puedan existir”,<sup>6</sup> situación que obligó a los juristas romanos a elaborar “un verdadero repertorio o catálogo de acciones”.<sup>7</sup> Para ilustrar esta afirmación, hay que volver a Gayo, quien hizo una de las primeras clasificaciones de las acciones, en la que incluyó varias clases y diversas acciones individuales dentro de cada uno de los grupos.<sup>8</sup>

En la primera parte de este artículo se estudia, de manera general, la administración de justicia en Roma. La segunda parte se refiere a los diferentes sistemas del enjuiciamiento civil romano, según aparecieron en los diferentes períodos histórico-políticos en los que tradicionalmente se divide el estudio de la historia de Roma: la Monarquía, la República y el Imperio. Este último subdividido, a su vez, en dos períodos: el Principado o Diarquía y el Bajo Imperio, Autocracia o Dominato, períodos que corresponden aproximadamente a las diferentes fases de evolución del derecho privado: derecho preclásico, clásico y postclásico. Se hace al final una referencia especial al recurso de apelación, que prevaleció en el último de los procedimientos y fue el que se recibió en los países que como México, pertenecen a la familia jurídica romano-canónica, recurso, además, que sé, por palabras del propio don Manuel, que es uno de los temas al que en estos momentos dedica su atención.

4 Cfr. Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, traducción Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, prólogo a la edición en castellano, Vincenzo Arangio-Ruiz, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, pp. 96 - 97.

5 En este sentido, véase, Margadant S., Guillermo F., *Derecho romano*, 10a. ed., México, Editorial Esfinge, 1992, p. 140.

6 Cfr. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 3, p. 101.

7 *Idem.*

8 Gayo, 4, 1 - 11.

## II. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ROMA

Aparte la justicia criminal, impartida por tribunales especiales, llamados *quaestiones perpetuae*,<sup>9</sup> que tenían competencia sobre los casos relacionados con los “delitos públicos”, denominados *crimina*,<sup>10</sup> todos los demás casos se ventilaban siguiendo el mismo procedimiento.

De esta forma, los litigios referentes a las demás ramas del derecho, incluidos aquellos que tenían por objeto, lo que los romanos, en un principio, clasificaron como “delitos privados”,<sup>11</sup> se resolvían a través de lo que podríamos denominar juicio ordinario o juicio “civil”, entendiendo por “civil”, todo lo que no es penal, ya que en Roma la acepción del término fue mucho más amplia que la que actualmente le asignamos; en otras palabras, el derecho civil (*ius civile*) comprendía a todas las ramas del derecho, ya que se refería al derecho de la ciudad, la *civitas* y de sus ciudadanos, los *cives*.

El enjuiciamiento civil de la República y el de casi todo el Principado<sup>12</sup> estaba dividido en dos fases. La primera fase, conocida como fase *in iure*, se llevaba a cabo ante un magistrado, o sea, un alto funcionario público, generalmente el pretor, quien de los funcionarios jurisdicentes fue el que revistió mayor importancia.

En esta primera fase, el magistrado ejercía la *iurisdictio*, atribución que formaba parte de su *imperium*, o poder discrecional de mando, y que le facultaba a aceptar o denegar la acción, fijar los términos del proceso y más adelante turnarlo al juez privado, quien en la segunda fase debía dictar la sentencia.

La segunda fase se conoció como fase *apud iudicem*. En ella, el juez privado ejercía la *iudicatio*, o facultad de decidir el juicio, a través de la

9 Las *quaestiones perpetuae* eran tribunales criminales permanentes que estaban integrados por personas de rango senatorial o pertenecientes a la clase de los caballeros: *equites*. Véase, Berger, Adolf, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 663.

10 Entre los *crimina* o “delitos públicos”, competencia de las *quaestiones perpetuae*, tenemos: extorsión, traición, sacrilegio, peculado, falsificación de testamentos y otros documentos, como también falsificación de moneda y de pesos y medidas, además de algunos delitos electorales.

11 Los “delitos privados”, en latín *delicta*, incluían: robo, daño en propiedad ajena, lesiones, rapiña, intimidación, dolo y fraude a acreedores, así como a los cuasidelitos: torpeza o deshonestidad judicial, *effusum et deictum*, imputable a cualquier persona que arrojara algo a la vía pública, ocasionando un daño, y *positum et suspensum*, por el que se responsabilizaba al habitante de una casa que colocara o suspendiera algún objeto que con su caída pudiera causar daño.

12 No se incluye a la Monarquía, por ser un periodo del que se conoce poco y en el que el mismo rey, quien reunía en su persona todos los poderes estatales, impartía justicia.

sentencia, atribución, que, por su lado, le delegaba el magistrado en virtud de su *imperium*.

El juez, siguiendo las indicaciones del magistrado, oyendo a las partes y a sus abogados, desahogaba las pruebas y dictaba la sentencia, que era la manera usual de concluir el juicio.

Para determinados asuntos se establecieron tribunales permanentes, también integrados por jueces privados, lo que quiere decir que no eran funcionarios públicos.<sup>13</sup>

Lo anterior es cierto si el juicio tenía lugar en la ciudad de Roma, porque en las provincias el gobernador, que se encargaba de administrar justicia auxiliado por sus cuestores y los funcionarios municipales, ejerció una práctica judicial distinta. El gobernador acostumbró un procedimiento monofásico, considerado como una *extraordinaria cognitio* o procedimiento extraordinario, porque al principio este sistema se consideró como un procedimiento de excepción, además de que no seguía el orden establecido, esto es, la división en las dos fases ya mencionadas, la fase *in iure* y la fase *apud iudicem*, ya que el gobernador de provincia conocía de todo el proceso, desde la acción hasta la sentencia.<sup>14</sup>

### III. SISTEMAS DEL ENJUICIAMIENTO CIVIL

Hubo tres, el más antiguo, fue el de las *legis actiones*, o acciones de la ley, fue el sistema que probablemente utilizó el rey en la Monarquía, se aplicó en la República y corresponde a la fase de evolución del derecho conocida como derecho preclásico.

El segundo sistema es el procedimiento formulario o *per formulam*, surgido, como veremos más adelante, en la República, pero perfeccionado en el Principado y pertenece a la fase del derecho clásico.

Los autores modernos utilizan el nombre genérico de *ordo iudiciorum privatorum* (orden de los juicios privados) para incluir a los dos primeros sistemas del enjuiciamiento civil, o sea el procedimiento de acciones de la ley y el procedimiento formulario. El autor español Ursicino Álvarez Suárez, llama a estos dos procedimientos “procedimientos normales”,<sup>15</sup> en contraposición al tercer sistema, la *extraordinaria cognitio*,

13 Véase Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 3, p. 89.

14 En casos referentes a instituciones jurídicas de nueva creación, los pretores, en Roma, también siguieron esta práctica.

15 Cfr. Álvarez Suárez, Ursicino, *Curso de derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de De-

que cambió el orden de la estructura del proceso y que, al tiempo de los dos primeros procedimientos, se utilizó como un procedimiento extraordinario o de excepción, y también, como ya se señaló, fue empleado por los gobernadores romanos en las provincias.

Aunque conocido con anterioridad, fue el procedimiento extraordinario el que prevaleció en la última fase imperial, la del Bajo Imperio, corresponde a la fase de evolución del derecho romano que se conoce como fase postclásica, y como era el procedimiento utilizado en su tiempo, quedó recogido por la compilación justiniana, el *Corpus iuris civilis*. Fue, además, el sistema procedimental romano que estuvo en vigor por más tiempo, ya que fue el único aplicable desde Diocleciano, hasta el fin del Imperio, y fue, así mismo, el sistema recibido por los derechos neorromantistas.

### 1. *Las legis acciones o procedimiento de las acciones de la ley*

Aunque en su época ya no fuera el procedimiento vigente, el autor romano clásico, Gayo, en sus *Instituciones*, es nuestra principal fuente de información del sistema de las acciones de la ley.

Probablemente surgió en la Monarquía, aunque quedó consagrado en forma definitiva por la Ley de las XII Tablas, promulgada probablemente entre los años de 451-450 a. C., o sea, a principios de la época republicana, y es precisamente a esta ley a la que el nombre del procedimiento se refiere.

El juicio era oral y cada una de las partes debía pronunciar palabras específicas, que en un principio fueron monopolio de la clase sacerdotal de los pontífices, hasta que Cneo Flavio, secretario de uno de ellos, publicó su texto, en el año de 304 a. C.; si se utilizaban otras palabras, se corría el riesgo de perder el caso.

De ahí que este primer sistema se caracterice por su rigidez, y sus rasgos primitivos y arcaicos.

Otra de sus características sobresalientes consiste en haber sido un sistema eminentemente nacionalista, aspecto, que por regla general, es típico de todo el derecho preclásico; por ello, sólo los ciudadanos romanos podían acceder al procedimiento de las *legis acciones*.

recho Privado, t. I, p. 185. Aunque esta obra tenga un título tan general, el autor la dedica en su mayor parte al tema del derecho procesal, 458 páginas, de un total de 620.

Se conocen cinco acciones de la ley: tres declarativas y dos ejecutivas. Las primeras servían para establecer la existencia de un derecho que se discutía y las últimas para ejecutarlo.

Las tres acciones declarativas fueron: la *legis actio sacramento*, la *legis actio per iudicis postulationem* y la *legis actio per conditionem*. Las dos ejecutivas: la *legis actio per manus iniectioem* y la *legis actio per pignoris capionem*.<sup>16</sup>

La primera de las acciones declarativas, la *legis actio sacramento*, que en español se podría llamar acción de la ley por apuesta sacramental,<sup>17</sup> fue una acción general, en otras palabras, se podía aplicar a cualquier caso y servía para la defensa tanto de un derecho real, como de uno personal.

La fase *in iure* se desarrollaba de la siguiente manera: el actor se hacía acompañar del demandado y en presencia del magistrado exponía su pretensión.

Si se trataba de un derecho real, cada una de las partes afirmaba ser el dueño de la cosa objeto del litigio, y a continuación fingían pelear por ella. El magistrado, para evitar que el asunto se resolviera mediante el uso de la fuerza, invitaba a los litigantes a hacer una apuesta sacramental, cuya suma variaba según el valor del objeto litigioso, y sobre la cual el juez decidiría en la segunda fase del proceso.

Tratándose de un derecho personal o de crédito, a la afirmación del acreedor de que el deudor le debía algo, este último tenía dos opciones. En primer lugar, podía reconocer la deuda, en cuyo caso el litigio terminaba, sin necesidad de continuar con la fase *apud iudicem*. En segundo lugar, podía negarla, caso que daba lugar a la continuación del juicio, que se desarrollaba de la manera descrita en el párrafo anterior.

El juez en la segunda fase del proceso, indicaba quién era el ganador de la apuesta, decidiendo, así, en forma indirecta sobre el fondo del litigio. Actualmente, esta manera de resolver el proceso, declarando ganador o perdedor de la apuesta a una de los litigantes, puede parecernos extraña, Scialoja explica que: “Se revela también aquí uno de los caracteres más salientes de todos los antiguos procedimientos, cual es el de no ir nunca directamente al objeto, sino seguir siempre la línea oblicua”.<sup>18</sup>

16 Véase, Scialoja, Vittorio, *op. cit.*, nota 4, p. 131.

17 Véase, Álvarez Suárez, Ursicino, *op. cit.*, nota 15, p.239.

18 Cfr. Scialoja, Vittorio, *op. cit.*, nota 4, p. 141.

Es obvio que el ganador de la apuesta resultaba ser, también, propietario del objeto en cuestión, o acreedor de una determinada suma de dinero, además recuperaba la cantidad que hubiera depositado con motivo de la apuesta, mientras que la parte vencida la perdía, y la cantidad que había depositado debía ser entregada, en los primeros tiempos, al templo y después al fisco.

La segunda acción declarativa, o sea, la acción de la ley por petición de un juez, fue una acción especial que sólo se podía ejercer en dos casos.

En primer lugar, en el caso de las acciones divisorias, cuando se trataba de pedir la división de la herencia indivisa, de la copropiedad o el deslinde de terrenos.

Ya que en estos casos no existía una verdadera controversia y las partes buscaban la partición para obtener lo que les correspondía; la persona que resolvía el litigio recibió el nombre de árbitro. Por esta razón, algunos autores contemporáneos dicen que esta acción recibe el nombre de *legis actio per iudicis arbitrivi postulatio*,<sup>19</sup> o *postulationem*.<sup>20</sup>

En segundo lugar, esta acción procedía en el caso de créditos resultantes de un contrato verbal, solemne, llamado *stipulatio*.

La tercera y última acción declarativa, la *legis actio per condictionem*, cuyo nombre Álvarez Suárez traduce como acción de la ley por emplazamiento, o condición,<sup>21</sup> fue también una acción especial. Era posible ejercerla para demandar un crédito referente “a una determinada suma de dinero o una cosa determinada, o sea una cosa individualmente designada”.<sup>22</sup>

Álvarez Suárez clasifica a esta acción como una acción abstracta, esto es, que no hacía falta explicar la causa jurídica que había motivado el litigio.<sup>23</sup> El actor simplemente expresaba frente al magistrado qué cosa o qué suma reclamaba y si el deudor aceptaba la deuda, su aceptación ponía fin al juicio, sin pasar a la segunda fase. Pero si la negaba, el actor lo emplazaba para elegir juez en un plazo de treinta días.

Como en ambos casos también podía recurrirse a la acción de la ley por apuesta, Álvarez Suárez opina que la acción de la ley que nos ocupa se introdujo para agilizar el procedimiento y hacerlo menos costoso.<sup>24</sup>

19 Véase, Margadant S., Guillermo F., *op. cit.*, nota 5, p. 149.

20 Véase, Álvarez Suárez Ursicino, *op. cit.*, nota 15, p. 250.

21 *Idem*.

22 *Cfr.* Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 3, p. 91.

23 Véase, Álvarez Suárez, Ursicino, *op. cit.*, nota 15, p. 250.

24 *Ibidem*, p. 251.



La *legis actio per manus iniectioem*, en español acción de la ley por aprehensión corporal, es una de las dos acciones ejecutivas, y se cree que de las cinco acciones de la ley probablemente sea la más antigua, ya que tiene rasgos muy próximos a la venganza privada o justicia por propia mano.

Se aplicaba para ejecutar deudas reconocidas judicialmente o de cuya existencia el deudor no hubiera hecho ninguna objeción.

El actor, frente al magistrado y en presencia del demandado, le ponía la mano encima y pronunciaba las palabras específicas relativas a esta acción.

Aunque el demandado no podía oponerse a la *manus iniectio*, existía la posibilidad de que un tercero, que recibía el nombre de *vindex* (literalmente garante), lo hiciera, colocándose desde ese momento en la posición del demandado, y arriesgándose, si su objeción fuera infundada, a ser condenado hasta por el doble y a sufrir las consecuencias de una nueva *manus iniectio*, que el acreedor estaba facultado a ejercer en su contra.

Si se comprobaba la procedencia de la acción, el acreedor podía llevarse al demandado, o al *vindex*, si fuera el caso, y mantenerlo en calidad de prisionero durante sesenta días. En este lapso debía exhibirlo por tres ocasiones en el foro, los días de mercado, proclamando la cantidad de la deuda por si algún pariente o amigo decidía pagar por él. De no suceder así, el acreedor podía venderlo como esclavo, o podía darle muerte.

En cuanto a la última de las cinco acciones de la ley mencionadas, ya que el manuscrito de las *Instituciones* de Gayo está muy fragmentado en la parte correspondiente a ella, no es mucho lo que se conoce de la *actio per pignoris capionem*, literalmente traducida al español como acción por toma de prenda.

Comenta Gayo que la acción que nos ocupa fue introducida por la costumbre con relación a las cosas de los militares, y explica que el soldado que no recibía su sueldo podía tomarlo en prenda de aquel encargado de distribuirlo, como también podía tomar una prenda a cuenta del caballo o del forraje.<sup>25</sup>

Nuestro autor agrega que, posteriormente a la Ley de las XII Tablas se introdujo esta acción en contra de quien comprara un animal destinado al sacrificio y no pagara el precio, y también la tenían los publicanos<sup>26</sup> en contra de quienes no pagaban sus impuestos.<sup>27</sup>

25 Gayo, 4, 27.

26 Publicanos eran las personas encargadas de cobrar los impuestos, quienes arrendaban sus servicios para encargarse de esta tarea.

27 Gayo, 4, 28.

Gayo explica que en todos estos casos, después de pronunciar las palabras prescritas, el acreedor podía tomar una prenda del deudor para cubrir el crédito. Nos dice que por ser necesario el empleo de determinadas palabras, fue que a esta acción se le incluyó entre las *legis actiones*, aunque hubo quienes no pensarán lo mismo, “porque la *pignoris capio* ocurría en forma extrajudicial, es decir, no se hacía ante el pretor y a menudo aun en ausencia del adversario”.<sup>28</sup>

## 2. Sistema *formulario* o *per formulam*

Gayo opina que las acciones de la ley “se volvieron odiosas”, pues un error, por pequeño que fuera, podía hacer perder el juicio y fue así que dos leyes abolieron este primer procedimiento “permitiendo que litigáramos por palabras redactadas, es decir por fórmulas”.<sup>29</sup>

Lo anterior, entre otras cosas, fue consecuencia del crecimiento de Roma y la gran afluencia de extranjeros que acudían a sus mercados para realizar toda clase de negocios. De ahí que se buscara la manera de resolver las controversias o litigios que entre ellos pudieran suscitarse.

En este orden de ideas, en el año de 242 a. C. apareció la figura del pretor peregrino,<sup>30</sup> cuya misión fue la de resolver las controversias entre extranjeros, o entre ciudadanos y extranjeros.

Ya que este funcionario no podía recurrir a las acciones de la ley, fue menester que creara un nuevo sistema de enjuiciamiento, que cronológicamente es el segundo en el desenvolvimiento del derecho romano. Nos referimos al procedimiento *formulario* o *per formulam*.

Este nuevo procedimiento también señala el inicio de la otra rama del derecho romano, el derecho honorario (*ius honorarium*), que surgió principalmente de los edictos de los pretores.<sup>31</sup> Por otro lado, el derecho honorario no derogaba al derecho civil, sino que coadyuvaba con él, extendiendo, en muchos casos, su aplicación, o bien, lo completaba, y cuando era necesario también podía corregirlo.<sup>32</sup>

28 Gayo, 4, 29.

29 Gayo, 4, 30.

30 Véase, Morineau Iduarte, Marta, e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 3, p.11.

31 Los edictos eran comunicaciones oficiales que los magistrados publicaban al inicio de su gestión, según Pomponio “para que los ciudadanos supieran qué derecho declararían cada uno sobre cada asunto”, D. 1, 2, 2, 10.

32 Véase, Morineau Iduarte Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 3, p. 15.

El derecho honorario convivió al lado del derecho civil por mucho tiempo. Sus preceptos también fueron adoptados por los otros órganos administradores de justicia y sirvieron para ampliar el marco conceptual del derecho romano, para la época de Justiniano ambas ramas se habían fusionado y el derecho honorario, una vez cumplida su función, se convirtió en un derecho histórico.

La fusión del derecho honorario con el derecho civil obedeció a varias razones. Por un lado, el interés de los emperadores por centralizar las funciones del Estado, incluyendo, como era de suponerse a la jurisdicción, que encomendaron a jueces, convertidos ahora en funcionarios públicos dependientes del emperador, a quienes el mismo no sólo podía designar sino también remover. Así surgió, desde la época de Augusto, una justicia imperial, centralizada y bajo el control del emperador, paralela en sus comienzos a aquella impartida por los magistrados, a quienes finalmente vino a sustituir. No obstante, los magistrados subsistieron, pero al final encargados de otras tareas muy distintas de las que al principio desempeñaron; en el caso de los pretores, por ejemplo, se les encargó, la organización de los espectáculos y juegos públicos.<sup>33</sup>

Otro paso y quizás el más importante, de esta fusión del *ius honorarium* con el *civile*, lo dio Adriano, al encargarle al jurista Salvio Juliano, una recopilación de los edictos del pretor, que apareció en el año de 130 a. C., bajo la forma de un senadoconsulto, o sea, una decisión del senado, situación que se explica porque en la primera fase imperial, la del Principado o Diarquía, cuando menos formalmente, fueron el emperador y el senado los principales órganos del poder. El senado, en alguna medida, colaboraba con el soberano en la gestión de las funciones públicas.

La codificación de los edictos realizada por ese gran jurista se conoce como Edicto Perpetuo, Edicto de Adriano o Edicto de Salvio Juliano. Con ello prácticamente terminó la labor creativa de los pretores, expresada, fundamentalmente, a través de sus edictos.

El procedimiento formulario también estaba dividido en las dos fases que ya conocemos —*in iure* y *apud iudicem*—, “pero como eslabón entre ambas fases, encontramos ahora la fórmula”.<sup>34</sup>

La fórmula consistía en un pequeño documento redactado en las propias palabras de las partes y bajo la dirección del pretor, en el que los litigantes exponían sus argumentos: la acción en el caso del actor, y su defen-

33 Véase Berger, Adolf, *op. cit.*, nota 9, p. 647.

34 *Cfr.* Margadant S., Guillermo F., *op. cit.*, nota 5, p. 153.

sa, en el caso del demandado, quien contaba con las excepciones —dilatatorias y perentorias— ya sea que buscara posponer o destruir la eficacia de la acción del demandante.

El juez en la segunda fase del proceso, sólo podía condenar o absolver al demandado. Lo condenaría en el caso de que la acción del actor fuera fundada y en caso contrario debía absolverlo, así como también lo absolvería de probarse fundadas sus excepciones.

Por otro lado, la condena debía ser congruente con la pretensión del actor, el juez no tenía la facultad de suplir la queja, como ahora decimos. Además, la condena siempre recaía en el pago de una cantidad determinada de dinero, de tal manera, que si el actor buscaba la entrega de una cosa, como cuando hubiera ejercido una acción reivindicatoria, el juez antes de condenar al demandado le pediría entregar la cosa y de no hacerlo lo condenaría al pago del dinero.

La sentencia dictada por el juez privado, en principio no podía ser impugnada, tanto porque la facultad para dictarla emanaba del *imperium* del pretor, como porque las partes antes de terminar la fase *in iure* prometían acatarla; sin embargo, existieron algunos medios de recurrir en contra de la sentencia.

Uno sería la consideración de que la sentencia era nula, por vicios que la afectaban en forma sustancial, en cuyo caso el litigante vencido podía negarse a cumplirla, dando origen, así, a un nuevo juicio para resolver “si la sentencia era o no válida legalmente”.<sup>35</sup> Si la sentencia era declarada nula, el litigante vencido no tenía que acatarla, pero en caso contrario, sería condenado hasta por el duplo.

En otros casos, que debían estar contemplados por el edicto del pretor, ambos litigantes podían pedir al magistrado la *in integrum restitutio*, para que la sentencia se considerara como no dictada y las cosas volvieran al estado que tenían con anterioridad al juicio.<sup>36</sup>

Es importante destacar los avances de este procedimiento. En primer lugar, el uso de la escritura, que hacía más fácil el conocimiento del caso por el juez, además de que las palabras utilizadas ya no fueran frases sacramentales, que las partes debían memorizar, sino palabras de su elección, cuyo uso les otorgaba una defensa más eficaz de sus derechos, en segundo lugar sobresale la minuciosidad con la que se redactaba cada fórmula, y en tercer lugar es trascendental el hecho de que ahora la con-

35 Cfr. Álvarez Suárez, Ursicino, *op. cit.*, nota 15, p. 465.

36 *Ibidem*, p. 466.

dena debía recaer sobre los bienes del demandado y no sobre su vida o su libertad, como generalmente fue el caso en el procedimiento de las acciones de la ley.<sup>37</sup>

### 3. *Extraordinaria cognitio*

Podemos encontrar muchos cambios en este último de los tres sistemas del enjuiciamiento civil romano, para conocerlos, me pareció pertinente transcribir lo que al respecto mencionan, en forma sintética, Morineau e Iglesias:

a. El proceso es monofásico. Ya no encontramos la división en dos fases —*in iure* y *apud iudicem*—, sino que la persona que conoce de la acción es el mismo que conoce de todo el procedimiento y dicta la sentencia. Esta persona es el juez, funcionario en quien se reúnen las funciones que antes estaban distribuidas entre el magistrado y el juez privado, y así, tiene tanto la facultad de otorgar o denegar la acción y fijar los términos del proceso —*iurisdictio*—, como la facultad de dictar sentencia —*iudicatio*—.

b. Se produce un viraje de lo privado a lo público. La jurisdicción es una función realizada por el Estado, y las partes en el proceso están supeditadas a la autoridad del juez.

c. El procedimiento es escrito, pero la fórmula desaparece.

d. Desaparecen también los efectos de la *litis contestatio*, que surgían de la aceptación de la fórmula.<sup>38</sup>

e. La *litis contestatio* del procedimiento extraordinario sólo señalaba un momento procesal determinado: aquel en que las partes sostenían el primer debate contradictorio en el que el actor exponía sus pretensiones y el de-

37 Con anterioridad al procedimiento formulario, la ley *Poetelia Papiria* del año 326 a. C., había prohibido el encarcelamiento privado por deudas, “iniciando aquel lento movimiento de transformación en virtud del cual el procedimiento contra la persona del deudor fue convirtiéndose poco a poco en procedimiento tendente principalmente a satisfacer al acreedor mediante los propios bienes del deudor”. Cfr. Scialoja, Vittorio, *op. cit.*, nota 4, p.287.

38 En los dos primeros sistemas de procedimiento, la *litis contestatio* era la última actuación realizada en la primera fase del proceso. En las *legis actiones* señalaba el momento en el que el juez era designado, se fijaban los términos del proceso y las partes, sus abogados y testigos prometían repetir ante aquél, en la fase *apud iudicem*, todo lo ocurrido en la fase anterior. En el sistema formulario, además de lo anterior, las partes acordaban aceptar la fórmula, tal y como se había redactado en la primera fase. A este acuerdo se le atribuyó el carácter de un contrato procesal, y si las partes no aceptaban la fórmula, el asunto no podía pasar al juez que dictaría sentencia en la segunda fase. En consecuencia, la *litis contestatio* tenía, entre otros, los siguientes efectos: a) efecto novatorio, en virtud del cual las partes canjeaban el derecho anterior por el derecho o el deber creados por la sentencia, b) efecto fijador del proceso, ya que nada podía alterarse después de este momento, y c) efecto consuntivo de la acción, porque después de la *litis contestatio* no se podría volver a litigar sobre el mismo asunto.

mandado su defensa. A partir de este momento se contaba el plazo de tres años de duración máxima del proceso.

f. Se admite la contrademanda o reconvencción, en virtud de la cual la sentencia puede contener también la condena del actor.

g. La condena ya no es forzosamente pecuniaria, pudiendo recaer sobre una cosa determinada.

h. Aparece la apelación como recurso en contra de la sentencia.<sup>39</sup>

Como ya se había anticipado en la introducción, el análisis de este último punto, esto es, de la apelación, será también el último tema a tratar en este artículo, para lo cual me propongo analizar el pensamiento de Vittorio Scialoja y Ursicino Álvarez Suárez, por ser estos dos autores, entre los citados en este trabajo, los que nos proporcionan las exposiciones más amplias del tema.

El artículo termina con la enumeración de las fuentes clásicas que se relacionan con la institución.

En torno a la apelación, me parece que la primera cuestión que uno se puede plantear tiene que ver con la tardía aparición de este recurso en el sistema procedimental romano.

La respuesta al problema no es muy difícil si recordamos que durante la vigencia de los dos primeros sistemas de procedimiento (*Ordo iudiciorum privatorum*) el juzgador era un juez privado, o sea, un particular, cuya decisión las partes habían prometido acatar. En otras palabras, ni en el procedimiento de las acciones de la ley, ni en el procedimiento formulario existió una organización judicial jerarquizada, la cual es un presupuesto necesario para la apelación, cuya esencia radica en la posibilidad de que un juez superior revise la sentencia de uno inferior.

Sobre esta línea de pensamiento, Scialoja piensa que no sólo no existió una jerarquía entre los jueces, sino que tampoco existió con relación a los magistrados y afirma “Es de notar la independencia de estas magistraturas, cada una de las cuales despliega su jurisdicción dentro de su propia esfera, sin que se pueda establecer entre ellas una jerarquía”.<sup>40</sup>

Scialoja considera que poco a poco se fue estableciendo la jerarquía de la judicatura, después de hacer una exposición amplia del tema termina con una síntesis en la que enumera, en orden ascendente, a los funcio-

39 Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 3, pp. 99-100.

40 *Cfr.* Scialoja, Vittorio, *op. cit.*, nota 4, p. 111.

narios jurisdiccionales: funcionarios municipales, funcionarios de provincia, vicarios, prefectos<sup>41</sup> y el emperador.<sup>42</sup>

Por lo que respecta a los funcionarios mencionados, se debe señalar que como no fueron muy numerosos, aparecieron también los jueces delegados, que eran quienes conocían el mayor número de las causas. Como es natural suponer, por regla general, se podía apelar cualquier decisión de un funcionario menor ante uno superior.

Sobre la aparición de la apelación, Ursicino Álvarez Suárez también la relaciona con la presencia de un poder judicial jerarquizado y con el hecho de que en el procedimiento extraordinario la sentencia no emanaba de un particular, sino de una autoridad. Esta circunstancia cambió su carácter para convertirla en una decisión apelable, y de esta forma el fallo de un juez inferior pudo ser revisado por un juez superior, convirtiéndose la apelación en “el primero y fundamental remedio contra la sentencia”.<sup>43</sup>

Este autor considera que la apelación probablemente se conoció en una época anterior. Y dice que en el Principado se dio en contra de sentencias emanadas de una *extraordinaria cognitio*, revistiendo un carácter excepcional, como al principio también lo tuvo el procedimiento extraordinario. Opina que también pudo darse, con este mismo carácter de recurso de excepción, contra algunas sentencias del juez privado, y considera la posibilidad de que la haya reglamentado Augusto, que su reglamentación pasara al *Código Teodosiano*, del año 438 de nuestra era, para ser recogida después, en el siglo VI, por la compilación justiniana. Agrega que su aplicación no se limitó al procedimiento civil, sino que se extendió a los juicios administrativos y penales.<sup>44</sup>

La segunda cuestión acerca de la apelación, que se aborda en los siguientes párrafos, es la de su reglamentación.

En primer lugar, hay que decir que sólo se aplicaba en contra de sentencias definitivas.

En segundo lugar se debe asentar que la apelación la debía resolver el magistrado inmediatamente superior, y que no era posible alterar el orden jerárquico, hasta llegar al emperador, quien representaba el último escalón. Con Justiniano no se podía apelar más de tres veces y además las

41 En los últimos tiempos, el Imperio se dividió en prefecturas, con un prefecto del pretorio a la cabeza de cada una, a su vez, las prefecturas se dividieron en diócesis, cuyas cabezas fueron los vicarios del prefecto.

42 Véase, Scialoja, Vittorio, *op. cit.*, nota 4, p. 114.

43 *Cfr.* Álvarez Suárez, Ursicino, *op. cit.*, nota 15, p. 581.

44 *Ibidem*, p. 582.

sentencias del emperador y del prefecto del pretorio eran inapelables. Había sentencias que no se apelaban ante el emperador, sino ante una comisión especial, de la que formaba parte el prefecto del pretorio.

El procedimiento de una apelación ordinaria era como sigue: el recurrente tenía un plazo de dos o tres días útiles y de diez continuos para ejercer su recurso, ya fuera oralmente o por escrito, ante el juez que dictó sentencia; pasado el plazo la sentencia era firme y podía ser ejecutada.

Una vez admitida la apelación, el juez que dictó la sentencia redactaba una relación del juicio, relación que luego era entregada por las partes al juez superior.

El proceso de apelación implicaba un nuevo juicio, ya que el juez superior que conocía del recurso, no sólo revisaba la sentencia apelada, sino que entraba al fondo del asunto. Por otro lado, era posible que el apelado pudiera “solicitar que sea reformada la sentencia del juez inferior en un sentido que le sea más favorable (lo que hoy se llama adherirse a la apelación), y de este modo el apelante corre el riesgo de que la nueva sentencia no se limite a confirmar o revocar de plano la sentencia primera, sino que la modifique en un sentido más desfavorable para él”.<sup>45</sup>

El proceso de apelación debía terminar en un plazo de uno a dos años, transcurridos los cuales, operaba la caducidad de la instancia y la sentencia del juez inferior se consideraría firme.

Paso, a continuación, al análisis del pensamiento de Vittorio Scialoja, con relación al tema, tratando de señalar las opiniones divergentes, si las hubiere, entre este autor y Álvarez Suárez.

El autor italiano, comienza por decir que en el procedimiento de la *extraordinaria cognitio*, la apelación “se ha convertido en el medio ordinario para impugnar las sentencias”.<sup>46</sup>

Agrega también que este recurso procedía en contra de sentencias definitivas, aunque no se podía ejercitar en contra de sentencias pronunciadas en contumacia.

En cuanto al procedimiento de la apelación, Scialoja, menciona los mismos trámites que se señalaron cuando se analizó el pensamiento de Álvarez Suárez. Acentúa el carácter de nuevo juicio de la apelación romana, y así afirma que “podía tener realmente hasta un fundamento distinto del juicio de primer grado”.<sup>47</sup>

45 *Ibidem*, p. 583.

46 *Cfr.* Scialoja, Vittorio, *op. cit.*, nota 4, p. 422.

47 *Ibidem*, p. 423.



Coincide con Álvarez Suárez al señalar que el apelado podía pedir la reforma de la sentencia, en cuyo caso existía la posibilidad de que la nueva sentencia tuviera el efecto de favorecerlo, lo que según Scialoja “es lo que hoy se llama en nuestro procedimiento apelación incidental”,<sup>48</sup> que produce el efecto de que la apelación tenga resultados desfavorables para el apelante.

En cuanto a la consideración de los plazos de la apelación, Scialoja no puede hacer más que repetir lo ya asentado por Álvarez Suárez, aunque vale la pena destacar algunos puntos que parecen ser aportaciones novedosas.

Scialoja manifiesta que si el apelado no comparecía al nuevo juicio, el magistrado debía hacer de oficio las actuaciones correspondientes al apelado, llegando inclusive hasta reformar la sentencia en su favor. Además, si ninguna de las partes comparecía al juicio, después de recibir la exhortación para que lo hicieran, el juez perseguía de oficio la causa, hasta dictar sentencia.

Antes de dar por terminado este artículo, enumero los nombres de los diversos títulos que hablan de la apelación en el libro 49, títulos 1-13 del *Digesto de Justiniano*.

‘Sobre las apelaciones y las relaciones’. ‘De qué jueces no se puede apelar’. ‘Ante quién se puede apelar de cada juez’. ‘Cuándo se debe apelar y en qué plazos’. ‘Sobre la admisión o no admisión de las apelaciones’. ‘Sobre el escrito de remisión que se llama apóstoles’. ‘Que nada se altere una vez que se ha interpuesto la apelación’. ‘Qué sentencias se rescinden sin necesidad de apelación’. ‘Si las apelaciones se pueden justificar por otro’. ‘Si apelara el que fue nombrado tutor, curador o magistrado’. ‘Que el que apela se defienda en provincia’. ‘Que debe obligarse a llevar los otros litigios ante el magistrado contra el cual se apeló’. ‘Cuando sobreviene la muerte durante la apelación’.<sup>49</sup>

Ursicino Álvarez Suárez y Vittorio Scialoja, citados en los párrafos anteriores, recurren a otras fuentes clásicas relacionadas con el tema de la apelación, las que menciono a continuación, por si algún lector quisiera consultarlas. Entre ellas figuran: *Código Teodosiano*, 11, 30; *Código de Justiniano* 7, 62 y las *Novelas* 23, 49, 82, y 127.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 423-424.

<sup>49</sup> *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por D’ors, A., et. al., Pamplona, Editorial Aranzadi, 1975, t. III, pp. 751-766.

## DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN PÚBLICA

Marcia MUÑOZ DE ALBA MEDRANO\*

*Con admiración y respeto para Manuel Gutiérrez de Velasco,  
compañero, amigo y maestro*

El conocimiento, el saber es precedente de la justicia, ...  
¿pero hasta donde?

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Panorama general*. III. *Panorama nacional*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde siempre, el poder de la información ha preocupado a la sociedad entera. Más aún, con los avances tecnológicos el temor y el ansia por saber, conocer y difundir nos ha llevado a lugares novedosos, que cruza fronteras donde los permisos no son todo claros. Esta parte poco clara de difusión es la que ocupa el espacio de la privacidad, frente al ámbito del derecho de la información.

Ciertamente, los ámbitos de la vida pública y social, la información y la privacidad, han estado por razones de índole local e internacional en el centro de la reflexión y la crítica, ello hace urgente la necesidad de trabajar en torno a definiciones más precisas, más justas y más coherentes con relación a la dinámica social, tanto de los individuos como de los mismos Estados.

El *affaire* Clinton-Lewinsky ha puesto en dramática evidencia la confrontación de dos de los bastiones de toda sociedad civilizada, dígame democrática, el derecho a la información en la sociedad estadounidense

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Email: [marcia@servidor.unam.mx](mailto:marcia@servidor.unam.mx). Apoyo en revisión de notas y originales por Fabiola Fernández Guerra.

frente al derecho a la privacidad de la vida de dos ciudadanos estadounidenses. Es evidente que el suceso nos ha hecho reconsiderar diversos aspectos sobre el límite del derecho a la información una persona pública, así como del límite de su privacidad.

En este orden de ideas, bien se ha dicho que el *status* del secreto del profesional y el derecho al secreto de los individuos permiten identificar qué tipo de sociedad estamos enfrentando; de ahí la importancia de una definición *ad hoc*. Ciertamente, el secreto es una institución jurídica que refleja la evolución de las costumbres y hábitos de una sociedad, ya que representa la idea que uno tiene del ser humano y su devenir. “En una comunidad, el respeto al secreto individual está ligado al progreso y al respeto de los derechos del hombre”.<sup>1</sup>

El debate sobre el derecho del público a la información y el respeto de la vida privada nos habrá de indicar el marco de referencia de todas las sociedades democráticas fundamentadas sobre un estado de derecho. Es evidente que según las culturas y las épocas este marco de referencia será diverso y variado. Sin embargo, en el escenario de informatización que vivimos hoy día, el derecho a la información y el derecho a la privacidad parecen entrar aún en mayor conflicto.<sup>2</sup>

Ya desde la década pasada se visualizaba con cierta desconfianza a los sistemas de información automáticos, ya que representaban una amenaza para la privacidad de los individuos.<sup>3</sup>

El presente artículo, trata de aportar ideas sobre esa necesidad de determinar con mayor precisión los límites del derecho a la información con relación al derecho a la privacidad, precisamente en el marco de la sociedad informatizada por el manejo de la información de manera automática.

Con esta idea se ha dividido el trabajo en dos grandes apartados: el relativo al panorama general, y el del panorama nacional. En esta forma, en primer lugar se analizan las conceptualizaciones teóricas del derecho a la información y del derecho a la privacidad, así como su reglamentación en diversos documentos internacionales. En segundo lugar, presentare-

1 Muñoz de Alba, Marcia, “El médico y su responsabilidad profesional”, *La responsabilidad profesional del médico y los derechos humanos*, México, CNDH, 1995, pp. 107-118.

2 Dormido Bencomo, Sebastián, *et. al.*, *Sociedad y nuevas tecnologías. Perspectivas del desarrollo industrial*, Madrid, Editorial Trotta, 1992, p. 183.

3 En un Congreso, *Banques de Donnees. Entreprises Vie Privée*, organizado por el Centro de Información de Informática y Derecho de la Universidad de Namur en Bélgica, se discutió en 1980 precisamente del derecho a la privacidad frente al manejo automático de información. *Cfr. Actes Banques de Donnees. Entreprises— Vie Privée*, Bruxelles, CIEAU-CREADIF, p. 431.

mos el estado del arte jurídico, precisamente del derecho a la privacidad, en el manejo de datos a través de sistemas de información automatizada en aquellos países que ya han tomado una postura jurídica al respecto. Posteriormente, en el apartado destinado a la normatividad mexicana analizaremos de manera genérica el aspecto del derecho a la privacidad, así como los diversos documentos jurídicos que hacen alusión directa o indirectamente a la recopilación de los datos; finalmente analizaremos los diversos aspectos de la normatividad mexicana sobre el manejo de la información por parte de la administración pública, de los bancos y los sistemas automatizados que contienen datos de naturaleza privada.

Concluiremos el trabajo sugiriendo un marco jurídico que garantice y reconozca, por un lado, el respeto del derecho a la información, y por el otro, el derecho a la privacidad de los ciudadanos mexicanos frente al manejo de información nominativa por parte de la administración pública.

Debemos aclarar que, en virtud de que este ejemplar está fundamentalmente dedicado al estudio y análisis del derecho a la información, nosotros nos enfocaremos a trabajar primordialmente el correlativo derecho a la privacidad.

## II. PANORAMA GENERAL

### 1. *Marco de referencia teórico: derecho a la información vs. derecho a la privacidad*

#### A. *Marco teórico*

El concepto del derecho a la información se ha convertido en una expresión familiar para la prensa y para la comunidad académica dedicada al estudio de la comunicación en México, a partir de la adición al texto del artículo 6o. constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 6 de diciembre de 1977.

Como bien apunta Ernesto Villanueva sobre la adición al texto constitucional,

el grado de abstracción con que fue introducida esta nueva modalidad de garantía individual —el derecho a la información será garantizada por el Estado— ha sido, sin embargo, el punto de partida de un largo debate, que hoy continúa dotado de nuevos bríos, no sólo por traducir este derecho abs-

tracto en derechos concretos sino, primero, por encontrar una definición de validez compatible con la experiencia legislativa y doctrinal comparada, ajustada a imagen y semejanza de las expectativas de la peculiar transición democrática mexicana.<sup>4</sup>

En su obra, Villanueva analiza fundamentalmente la concreta efectividad del derecho a la información, es decir, la libertad de información y expresión. Este autor expone una de las más básicas realidades en torno a este derecho, y nos referimos a la carencia de una definición, clara, concreta, concisa y confiable de lo que esta institución jurídica implica; y nos dice: “no es posible racionalmente reglamentar el derecho a la información si no se tiene a la mano un concepto que describa, así sea en sus líneas generales, el objeto que se va a reglamentar”.<sup>5</sup>

Por esto coincidimos con lo que plantea Villanueva cuando afirma que si analizamos todo lo que se ha dicho en torno al derecho de la información, podemos concluir:

- 1) Que los textos no proporcionan definiciones, reproduciendo lugares comunes y generalidades no exentas de retórica;
- 2) que en algunos otros trabajos, las definiciones implícitas cubren un amplio universo de derechos concretos que rebasan las posibilidades reglamentarias del último párrafo del artículo 6o. constitucional, porque su materialización podría vulnerar otras garantías individuales, o porque sería necesario por técnica legislativa establecer una nueva base constitucional mediante las reformas, y adiciones correspondientes a la carta magna;
- 3) finalmente, algunos escritos han llegado a manifestar una importante falta de credibilidad del Poder Legislativo, exponiendo la posibilidad de que la reglamentación del derecho a la información suponga restricción o menoscabo al ejercicio de la libertad de información.

En su análisis, el mismo autor también se escabulle de proporcionar una definición, concretándose a afirmar que en sentido escrito el derecho

4 Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, 1998, p. 44.

5 *Idem.*

a la información es el conjunto de normas jurídicas que regulan el acceso del público a la información por los órganos de los Estados.<sup>6</sup>

Sobre este particular no coincidimos con su definición, ya que consideramos que el derecho a la información no debe restringirse al ámbito de los órganos del Estado exclusivamente, sino que por el contrario, debe ir más allá, incluyendo desde luego las actividades de las entidades privadas.

Esta concepción “amplia” de los sujetos pasivos del derecho a la información es congruente con la democracia representativa, donde tanto el derecho como el acceso a la información y, desde luego, el respeto al derecho a la intimidad se han convertido en el paradigma de la convivencia social contemporánea.

Ahora bien, con relación al derecho a la privacidad, también se han tenido enormes dificultades para proporcionar un concepto. Si bien podemos aplicar aquello que comentó en su momento el ministro de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos sobre la obscenidad: “... no la puedo definir pero la reconozco cuando la veo”, ciertamente, por ser un derecho fundamental del ser humano todos tenemos una conciencia de a qué nos referimos al hablar de esfera íntima y derecho a la privacidad; sin embargo, al dar una definición la tarea es poco sencilla y compleja.<sup>7</sup>

#### a. Intimidad: su etimología

El origen etimológico, intimidad proviene del término *intus* (dentro), superlativo de interior. Esto es, que se refiere no sólo a lo que está adentro, sino a lo que está “más” adentro.<sup>8</sup>

El reconocimiento de la intimidad, privacidad o vida privada, como un bien susceptible de tutela jurídica, en opinión compartida por los tratadistas, parece remontarse a fines del siglo pasado, ya que hasta entonces el mencionado derecho era considerado exclusivamente como un hecho resultante de la costumbre social o bien del denominado respeto moral debido a la persona.<sup>9</sup> Es conocido el hecho del joven abogado de Boston, Samuel D. Warren quien en colaboración con Luis D. Brandeis, publicaran el famoso artículo “The right to privacy”,<sup>10</sup> donde los autores plan-

6 *Ibidem*, p. 45.

7 Meján, Luis Manuel, C., *El derecho a la intimidad y la informática*, México, Editorial Porrúa, 1994, p. 69.

8 *Ibidem*, p. 71.

9 Frossini, Vittorio, *Informática y derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1988, p. 75.

10 *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 1890, pp. 193-220.

tean que todo individuo tiene derecho a “ser dejado en paz” o a “ser dejado tranquilo”, a “que lo dejen solo”, a “no ser importunado”; es decir, plantean efectivamente el necesario reconocimiento de la existencia de una vida íntima, destacando la necesidad de los medios jurídicos para protegerla, así como se protege la propiedad privada.<sup>11</sup>

### b. Teorías sobre la intimidad: ¿esfera o mosaico?

Ciertamente la intimidad conlleva el concepto de lo secreto, de lo reservado del ser humano. Bien puede decirse que todo lo íntimo es secreto, aunque no todo secreto proviene de lo íntimo. Ya hemos dicho y debemos insistir que el grado de privacidad de una sociedad refleja el estado de derecho y el grado de respeto de los derechos humanos de un estado determinado.

Con relación a los intentos de definición del derecho a la privacidad encontramos dos líneas básicas: la teoría de las “esferas” y del “mosaico”.

En el primer tipo el ser humano es un centro de actividad alrededor del cual se desarrollan varios círculos concéntricos. Los más unidos al individuo son los más íntimos y los más externos los menos privados. Meján habla de diversas “esferas”:

- una esfera secreta, donde absolutamente nadie tiene acceso e incluso el mismo individuo mantiene a veces en el subconsciente;
- una esfera íntima, en donde el hombre se cuida de no dar entrada a nadie;
- una esfera de confianza, en la cual acceden algunos cuantos cercanos;
- una esfera individual, más restringida que la esfera propia, o la esfera privada, que contiene relaciones con otras personas, pero en un margen de relación personal, es el caso de los clientes, familiares, etcétera;
- una esfera social, en la que el individuo es consciente de que es conocido y observado por una colectividad;
- por último, una esfera pública, en donde, por el contrario que la primera, el propósito específico del individuo es lo contrario a la intimidad, busca darse a conocer, relacionarse, crear una ima-

11 Warren se había casado con la hija del senador Bayard, y al hacer gala del estilo de vida adinerada, fue objeto de la curiosidad de la prensa, hasta el punto de convertirse en un escándalo para la puritana sociedad bostoniana.

gen y no sólo permite sino que provoca que los demás se introduzcan ahí.<sup>12</sup>

Por su parte, las teorías del “mosaico” hacen énfasis en el papel que sociológicamente desempeñan en el individuo cuya privacidad se afecta y la entidad que pretende penetrar la misma. En este sentido, el término “mosaico” proviene de la afirmación de que un individuo no es sólo una información, sino un complejo de ellas, así relacionadas unas con otras el resultado puede variar. Un dato en sí puede no ser agresivo al derecho de la privacidad, sin embargo reunido con otros varios puede serlo. De igual manera, un dato conocido por una persona puede no ser perjudicial, pero bien podrá considerarse una invasión a la privacidad si se conoce por otra.

La teoría del “mosaico”, obliga a una reflexión casuística del derecho a la privacidad. Efectivamente, en últimas fechas ha llegado a afirmarse la diferencia del derecho a la intimidad de una figura pública, frente al derecho a la privacidad de su vida pública. Meján comenta como hay algunas construcciones doctrinales que parten de afirmar que “intimidad” es diferente a “vida privada”, reservando la primera al fenómeno psicológico inasible por el derecho, y reservando al conocimiento del segundo que, por tener una manifestación externa de alguna manera permite su conceptualización y regulación jurídica.<sup>13</sup> Sin embargo, aunque veamos la conveniencia de esta practicidad, tratándose de los derechos fundamentales del hombre, el derecho habrá de ir a fondo.

Por otro lado, para determinar si hay o no invasión a la privacidad o en el manejo de la información, hay también diversas teorías:

- a) es necesario determinar si la información es de *naturaleza sensible o muy sensible*. En este sentido, se considera a la segunda como aquellos aspectos relativos a la ideología, y la primera, aquella información contenida en registro de oficinas públicas privadas o simplemente neutras, cuya revelación no inquieta al individuo;
- b) se dice que pertenece a la vida pública: la actividad profesional, la participación en la política y el mundo de los espectáculos; mientras que pertenecen en la vida privada las relaciones sentimentales, los aspectos familiares son netamente “muy sensibles y privados”.

12 *Ibidem*, p. 74

13 *Ibidem*, p. 77.



En una precisión sobre el aspecto de la privacidad, resulta muy interesante una encuesta realizada en 1971, por el Younger Committee on Privacy, ante la pregunta: ¿objectaría que se dispusiese de su información sobre? Los encuestados respondieron de la siguiente forma: vida sexual 87%; ingresos 78%; historial médico 51%; opiniones políticas 42%; número telefónico 34%; dirección 33%; opiniones religiosas 28%; nombre de soltera 18%; educación 17%; ocupación 12%; origen racial 10%; nacionalidad 8%.<sup>14</sup>

Con base en las reflexiones anteriores nosotros estimamos que: el aspecto de la privacidad es un conjunto de elementos objetivos de impacto relativo que implican, por un lado, la circunstancia de la persona, y por el otro, la coordenada de tiempo/espacio, ya que el rango de invasión o violación del aspecto privado de las personas dependerá, en gran medida, del carácter de la persona así como de la sociedad donde radique. Esta circunstancia hace a la privacidad del hombre no absoluta sino relativa.

### B. *Las normas internacionales*

Investigando sobre los orígenes del derecho a la privacidad, encontramos elementos en el derecho alemán que consagraba desde 1890, a un “derecho individual que protege el secreto de la vida íntima, de la publicidad no autorizada”.<sup>15</sup>

#### a. *Generales*

No es de extrañar que el despertar de la sociedad autoritaria hacia una de corte demócrata y liberal se vio retratada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa, misma que contiene ambas figuras: tanto el respeto a la intimidad y privacidad de las personas, como la libertad de la información.

Dicha Declaración, en sus artículos X y XI, establece: “Ningún hombre debe ser molestado en sus opiniones...”, “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede pues, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”.

14 Meján, Luis Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 81.

15 Altmark, Daniel y Molina Quiroga, Eduardo, “Régimen jurídico de los bancos de datos”, *Informática y derecho*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1998, vol. 6, p. 143.

De igual forma, más recientemente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, reconocida como el basamento ético, jurídico moral de toda constitución contemporánea, consagró en su artículo 12 el derecho a la privacidad, y en su artículo 19, la libertad de información, que a la letra dicen:

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.

En 1950, en el documento europeo sobre la temática, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, se establece, en su artículo 10:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras...

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley... para la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial.

En 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por México el 20 de mayo de 1981, cuyo artículo 17 dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, abierta a firma el 22 de noviembre de 1969, y ratificada por nuestro país el 7 de mayo de 1981, contiene en su artículo 11 la protección del derecho a la honra y de la dignidad, “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honor y al reconocimiento de su dignidad; 2. 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 su honra o reputación”.

Por otro lado, en la Convención sobre los Derechos del Niño, firmado y ratificado por México el 25 de enero de 1991, consagró en su artículo 16 y 17, tanto el derecho a la privacidad como al de información de la siguiente manera:

Artículo 16. 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques;

Artículo 17. Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedente de diversas fuentes nacionales o internacionales...

e). Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda afirmación y material perjudicial para su bienestar...

En términos generales, podremos decir que de los documentos internacionales se desprenden, como estima Jorge Carpizo, tres aspectos importantes:

- 1) El derecho a atraerse información: que incluye la facultad de acceso a los archivos, registros y documentos públicos, además, de decidir sobre qué medio se lee, se escucha o se contempla.
- 2) El derecho a informar: que incluye las libertades de expresión, de imprenta, así como, la constitución de sociedades y empresas normativas.
- 3) El derecho a ser informado: que incluye las facultades a recibir información veraz y oportuna, misma que debe ser completa, es decir, el derecho a conocer de todas las noticias con el carácter de universal sin ninguna exclusión.<sup>16</sup>

#### b. Específicas

De gran importancia para la protección del derecho a la privacidad, representa un convenio pactado entre los miembros del Consejo de Europa, que pone la muestra para la comunidad internacional y anticipa a la actual realidad del manejo a la información por medios automáticos, al

16 Carpizo, Jorge, *Constitución e información*, México, UNAM, 2000.

firmar el Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, del 28 de enero de 1981, ratificado el 27 de enero de 1984. El artículo primero estableció el objetivo y fin del mencionado convenio determinado de la siguiente forma:

El fin del presente convenio es garantizar, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona.

El contenido del Convenio se desarrolla haciendo una serie de definiciones de términos, precisando el campo de aplicación. En la parte medular del documento trata de la calidad de los datos, refiriéndose a su legítima obtención y conservación, así como de las medidas de seguridad y los derechos de la persona interesada a tener acceso y poder, y si es necesario lograr la modificación de los mismos. Posteriormente aborda el problema del flujo fronterizo de los datos personales. Concluye con una serie de normas orgánicas de la Convención.<sup>17</sup>

## 2. *El bien jurídico a proteger:*

*la privacidad del hombre = la información nominativa*

Al hablar de la información nominativa, tenemos que referirnos al perfil de nuestra sociedad contemporánea, la automatización, por lo que debemos recurrir al símbolo de nuestro tiempo: la computadora. Cuando en la sociedad preindustrial la clave del éxito era la propiedad de las materias primas y de los medios de producirlas, en la época actual, la pregunta no es ¿quién tiene?, sino ¿quién sabe? Dice Meján, “la clave es saber: quien tiene la información tiene el poder”.<sup>18</sup>

### A. *Derecho de la informática: ¿se justifica?*

Como dijo Ettore Giannantonio: “la difusión de la informática en todos los aspectos de la vida social ha dado nacimiento a nuevas posibilida-

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.17.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 27.

des, nuevos intereses, pero también a nuevos peligros, haciendo necesario el nacimiento de una nueva disciplina jurídica”.<sup>19</sup>

Es cierto que a raíz de estas reflexiones se inició un periodo de reflexión en torno al conjunto de normas que habrían de regular el uso de las computadoras en la sociedad que algunos especialistas denominaron como derecho informático (*computer law o droit informatique*).<sup>20</sup>

En este sentido nosotros apoyamos esta propuesta sólo para el estudio dogmático del impacto de las computadoras en sociedad. Sin embargo, no creemos pertinente la creación de leyes específicas para la regulación del llamado: “derecho informático”. Repetimos, la propuesta es pertinente exclusivamente para una herramienta dogmática.

En esta lógica, el denominado derecho de la informática está integrado por todas aquellas normas y tesis jurisprudenciales que reglamentan el uso, la proyección, la manipulación y la difusión de los bienes informáticos —*software* y *hardware*—, donde se integran normas de la siguiente naturaleza:

- a. De carácter constitucional, cuando reglamenten la protección de los derechos fundamentales por el impacto de los bienes informáticos en la vida del hombre; como lo han hecho algunas normas constitucionales en algunos países del mundo;
- b. de carácter civil y mercantil, por aquellas transacciones comerciales que involucren a estos bienes; en términos generales son los que la dogmática jurídica ha mal denominado contratos informáticos;
- c. de carácter penal, por aquellas conductas delictivas que involucren el uso de un bien informático, cuando no caiga dentro de las violaciones al derecho de patentes o derechos de autor, y son los mal llamados delitos informáticos;
- d. de carácter de propiedad intelectual, donde se encuentran las normas de propiedad industrial, que protegen a los elementos del *hardware* y derechos de autor, que protegen los elementos del *software* de las computadoras.

En esta lógica, una parte que integra al derecho de la informática son las normas de carácter constitucional que tienden a reglamentar y prote-

19 Giannantonio, Ettore, *Manuale di diritto dell'Informatica*, Italia, Ed. Cedam, p. 3.

20 Cfr. Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, México, UNAM, 1991, p. 98.

ger los derechos básicos y fundamentales del hombre donde encontramos al derecho a la privacidad.

### B. *El derecho a la privacidad en la informática*

Básicamente el problema de la privacidad, independientemente de su definición o no, lo encontramos en la información nominativa como posible aspecto de violación del derecho a la privacidad. Analicemos por qué. La información nominativa ha sido definida en la legislación internacional como los datos de carácter personal que significan cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable.<sup>21</sup> En otra disposición internacional se ha definido a la información nominativa como:

datos personales, toda información sobre una persona física identificada o identificable —interesado—, se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.<sup>22</sup>

Ya es un hecho que las sociedades, incluso de los países en desarrollo, forman parte de lo que se denomina sociedades de la información, donde ésta es necesaria tanto para determinar la administración como para la implementación de las políticas en el ámbito público y privado.

De allí la utilidad y necesidad de captura, almacenamiento y difusión de todo tipo de información: estadística, económica, sociológica, individual o colectiva. Esta captura de datos ha traído como consecuencia la generación de bases y/o sistemas de información importantes. Hoy por hoy, la existencia de bancos de información nominativa es una realidad cotidiana en la administración pública nacional; pensemos por ejemplo, en la base de datos que maneja la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, relativa a los contribuyentes; la que maneja la Dirección General de Tránsito, que contiene las licencias de manejo de los ciudadanos mexicanos, o la que maneja la Secretaría de la Contraloría, relativa a las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos, entre otras.

21 Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, Estrasburgo, 28 de enero de 1981.

22 Resolución 74 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector público. Adoptada por el Comité de Ministros el 20 de septiembre de 1974, durante la 236a. Reunión de los delegados de los ministros.

En este contexto la privacidad informacional se presenta como una gran necesidad; ese aspecto de la vida privada “no puede definirse ni en lo espacial ni en lo físico”. La vida privada ha adquirido una nueva dimensión, una realidad “virtual”, donde la protección de la información personal deviene, en sí, un problema independientemente de los aspectos de la libertad personal.<sup>23</sup>

Los problemas que en la actualidad vemos en la realidad social mexicana, como son el caso de la base de datos de información nominativa generada por entes de la administración pública y privada, reflejan la necesidad de terminar con esta laguna legislativa en nuestro sistema jurídico.

A continuación exponemos algunas ideas para su solución.

### *3. Reglamentación del derecho a la privacidad en el manejo automatizado de la información de los individuos: El estado del arte en el derecho comparado*

Muchos de los países ya han tomado posturas legislativas concretas en torno a la protección del derecho a la privacidad inmersa en la era de la información. A continuación expondremos las principales líneas de protección del derecho a la privacidad en el manejo a la información.

#### *A. América Latina*

Siendo que varios países de nuestro continente han sido los últimos en adoptar una protección para el derecho a la privacidad frente al manejo masivo de información por medios informáticos, destacan aquellos países que en esta década adoptaron una nueva constitución.

En este caso encontramos a Perú, nación que adoptara una nueva constitución el 31 de octubre de 1993, en cuyo artículo 2o. se enlistan los “Derechos de la persona”: consagra la libertad de información de las autoridades administrativas, inciso 4; el derecho a la información, inciso 5; el derecho a la privacidad del ámbito personal y familiar genérico, inciso 4; además de la privacidad de la intimidad familiar y personal en el ámbito de los servicios informáticos, inciso 7; incluso se reglamenta el derecho al secreto de las comunicaciones privadas, inciso 10. En este sentido el texto constitucional determina:

23 Barrios, Garrido Gabriela, *et. al.*, *Internet y el derecho en México*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 51.

Artículo 2o. Toda persona tiene derecho a:

.....

4. 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 alguno, bajo las responsabilidades de la ley.

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a 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.

.....

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...

Ahora bien, es en el artículo 200, inciso 3, donde se regula la “acción de *habeas data*”, como un instrumento para la protección de los siguientes derechos:

- a solicitar y obtener información de entidades públicas;
- a que los servicios informativos —públicos o privados— no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar;
- al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz y la imagen propias, a rectificar las afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas por un medio de comunicación social.<sup>24</sup>

También tenemos a la Constitución colombiana del 4 de julio de 1991, que en su artículo 15 decreta para todas las personas el derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, responsabilizando al Estado su obligación de respetarlos; así, determina:

24 Eguiguren, J. Francisco, “Poder Judicial, Tribunal Constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 35, México, UNAM, 1999, pp. 49-52.



Artículo 15: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

En el caso de Argentina, la recepción constitucional de la preocupación por la protección del dato personal en el marco del impacto de la informática en la sociedad se vio reflejada en las más modernas reformas constitucionales sancionadas por diversos estados provinciales de la República argentina. Algunas de ellas se han orientado a la inclusión de disposiciones específicas referidas a la protección del derecho a la intimidad, con soluciones variadas, tal es el caso de la Constitución de Santa Cruz,<sup>25</sup> Catamarca,<sup>26</sup> Corrientes,<sup>27</sup> Formosa,<sup>28</sup> Neuquén,<sup>29</sup> Salta,<sup>30</sup> Santiago del Estero.<sup>31</sup>

25 Artículo 13. Todo habitante tiene derecho a replicar o rectificar las informaciones o referencias susceptibles de afectarlo personalmente, en forma gratuita y por el mismo en que se haya hecho tal referencia o información. Una ley reglamentará el ejercicio de este derecho.

26 Artículo 15. Cualquier persona que se considere afectada por una publicación podrá recurrir a la justicia ordinaria para que ella por medio de un procedimiento sumario ordene al autor responsable o a la empresa publicitaria la inserción en sus columnas en el mismo lugar y con la misma extensión, la réplica o rectificación pertinente, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden (civil, penal, etc.) que correspondieran.

27 Artículo 26. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público, ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

28 Artículo 12. La libertad de expresión comprende también el derecho a las publicaciones a obtener los elementos necesarios a tal fin y la facultad que tiene toda persona a la réplica y rectificación ante una referente o información susceptible de afectar su reputación personal, la que deberá publicarse gratuitamente, en igual forma y con el mismo medio utilizado. Una ley especial asegurará la protección debida a toda persona o entidad contra los ataques a su honra, reputación vida privada y familiar, cuando ésta sea lesionada por cualquiera de los medios de difusión de las ideas del pensamiento determinadas en el artículo 10.

29 Se prevé en el artículo 22 de derecho a réplica.

30 De 1986 artículo 22. Son inviolables el domicilio, los papeles y registros de datos privados, la correspondencia epistolar y las comunicaciones de cualquier índole. Sólo pueden ser allanados, interlineados, interceptados o registrados, en virtud de orden escrita de juez competente... Las autoridades policiales proporcionan antecedentes penales o judiciales de los habitantes exclusivamente en los casos previstos por la ley.

31 De 1986 artículo 18. Todos los habitantes tienen los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: a la vida, a la libertad, al honor, a la seguridad, a la intimidad... Ningún habitante puede sufrir injerencia o ataques arbitrarios en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, su honra o su reputación.

Otras cartas fundamentales provinciales optaron con buen criterio en definitiva por incorporar expresamente al denominado derecho de acceso, refiriéndose algunas al impacto de la informática en la materia. Ésta ha sido la postura adoptada por las constituciones de Jujuy,<sup>32</sup> La Rioja,<sup>33</sup> San Juan,<sup>34</sup> Córdoba,<sup>35</sup> San Luis,<sup>36</sup> Río Negro,<sup>37</sup> Buenos Aires<sup>38</sup> y Chubut.<sup>39</sup>

32 Protección de la intimidad de la honra y de la dignidad. ... 4. Cualquier persona afectada en su intimidad, honra o dignidad por informaciones inexactas o agravantes emitidas a través de los medios de comunicación tiene el derecho de efectuar una rectificación o respuesta gratuitamente, en el mismo lugar hasta su igual extensión o duración por el mismo órgano de difusión. Ese cumplimiento se podrá demandar mediante el recurso de amparo ante cualquier juez letrado de la Provincia, sin perjuicio de la responsabilidad de otro orden que pudiere corresponder. ... 8. El procesamiento de datos por cualquier medio o formas nunca puede ser utilizado para su registro y tratamiento con referencia a convicciones filosóficas, ideológicas o políticas, filiación partidaria o sindical, creencias religiosas o respeto de la vida privada, salvo que se trate de casos no individualmente identificables y para fines estadísticos.

33 Artículo 30, párrafo 2. La ley limitará el uso de la informática para preservar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

34 Artículo 26. Todo ciudadano tiene derecho a tomar conocimiento de los que de él conste en forma de registro y de la finalidad a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de datos, así como su actualización.

No se puede utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salva cuando se destine para estadísticos no identificables.

35 Artículo 50. Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destina esa información y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legítimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no vulnere el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.

36 Artículo 21. Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a tomar conocimiento de los que de ellos conste en registro de antecedentes personales e informarse sobre la finalidad a que se destinan dichos registros y la fuente de información en que se obtienen los datos respectivos.

37 Artículo 20. La ley asegura la intimidad de las personas. El uso de la información de toda índole o categoría, almacenada, procesada o distribuida a través de cualquier medio físico o electrónico debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos, la ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguarda de la seguridad, apertura de registros, limitación en el tiempo y control público. Asegura el acceso de las personas afectadas a la información para su rectificación, actualización o cancelación cuando fuera razonable su mantenimiento.

38 Artículo 20. Garantías individuales. Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales: 3. (*Hábeas data*): A través de la garantía de *Hábeas Data*, que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes, así como finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística.

Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos. Todas las garantías procedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promueven en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretenda tutelar.

39 Artículo 56. Toda persona puede interponer acción de amparo para tomar conocimiento de los

Por su parte, la Constitución de Paraguay del 20 de junio de 1992, regula el derecho a la intimidad personal y familiar en los siguientes términos:

Artículo 33. Del Derecho a la intimidad. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de la terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

## B. *Europa*

En Europa son sólo dos países los que han reglamentado la protección del derecho a la privacidad en sus normas constitucionales: España y Portugal.

En la Constitución de España del 27 de diciembre de 1978, es el artículo 18, inciso 4, el que determina: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de sus derechos”.

Por su parte, en Portugal en su carta magna del 2 de abril de 1976, destina un artículo 35 con 6 incisos destinados precisamente a la utilización de la informática, a la letra dice:

1. Todos los ciudadanos tienen el derecho de conocer las informaciones contenidas en los bancos de información acerca de ellos y de la finalidad a que se destinen las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización;
2. los terceros tendrán prohibido el acceso a archivos con datos personales y a las interconexiones que surjan de ellos así como a los flujos de información transnacionales, salvo en casos excepcionales previstos por la ley.
3. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos;
4. la ley determinará el concepto de datos personales para el propósito de bancos de datos;

datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o en los privados destinados a proveer informes y en caso de error, omisión, falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No puede afectarse el secreto de una fuente de información periodística.

5. los ciudadanos no podrán recibir un número de identificación único usable para todo tipo de propósitos.

Antes de la constitucionalización de la privacidad de los individuos frente al manejo de la información, existieron a nivel secundario una serie de normatividades que dieron origen al mencionado Convenio para la protección de los individuos con Relación al Procesamiento Automático de Datos Personales, conocida como la Convención de Estrasburgo, suscrita por 21 Estados europeos.

En este sentido, tenemos que la primera norma europea de alcance nacional fue la ley sueca sancionada el 11 de mayo de 1973, misma que introdujo la creación de un registro público específico, donde se debía registrar los archivos electrónicos que incluyesen datos personales, ya fueran de naturaleza pública o privada. Además establece el requisito del otorgamiento de una licencia específica para la administración de un archivo o sistema de datos personales. Tratándose de información considerada sensible, la ley exigía la autorización expresa para su funcionamiento, que debía conceder un órgano específico denominado Inspección de Datos.<sup>40</sup>

Por su parte la ley alemana del 27 de enero de 1977, establece el requisito del consentimiento del interesado previo al registro de un dato, además, de regular el derecho al acceso por parte del individuo, así como la obligación del responsable de adoptar las medidas de seguridad pertinentes.<sup>41</sup>

La ley austríaca del 18 de noviembre de 1978, aplicable al tratamiento de la información tanto del ámbito público como privado, también incorpora normas de jerarquía constitucional que otorgan a la protección de datos el carácter de derecho fundamental de la persona, sea física o jurídica.

La solución de la normatividad en Dinamarca fue orientada a la expedición de leyes independientes, según la naturaleza de la información, los Registros de Autoridades Públicas, con excepción de los que fueran llevados por los servicios de información de la policía u otras fuerzas de seguridad encargadas de la defensa nacional.

Por su parte, Noruega adoptó un régimen en 1978. Estableciendo un sistema de licencias o autorizaciones previas, aplicable a los registrados

40 Altmark, Daniel; Molina Quiroga, Eduardo, *op. cit.*, nota, 15, p. 152.

41 *Ibidem*, p. 153.

tanto automáticos como manuales, que contengan datos de personas físicas o jurídicas, pertenezcan éstas al sector público o privado.

También, aunque tangencialmente, la Constitución de Holanda de 1983, en su artículo 10, intitulado “Respeto a la intimidad personal”, dispone la obligación de legislar para la protección de “la esfera de vida personal en relación con la acumulación y suministro de datos personales”, así como sobre “la responsabilidad de las personas con ocasión del examen de los datos por ellas almacenados y el uso que hicieren de ellos así como el aprovechamiento de tales datos”.

#### 4. *Protección procesal del derecho a la privacidad: hábeas data*

En primer término destaca la constitución brasileña, vigente desde el 5 de octubre de 1988, primer texto constitucional latinoamericano que reglamenta específicamente un recurso procesal para la protección y garantía del derecho a la privacidad frente al manejo de la información de manera automática, denominado *hábeas data*.

Efectivamente, Brasil instrumentó un amparo específico, *hábeas data*, destinado a asegurar a las personas el conocimiento de informaciones referidas a ellas, que constasen en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público.<sup>42</sup>

De esta forma, en el artículo 5o., relativo a los derechos y garantías fundamentales de las personas reglamenta:

Todos somos iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad y propiedad en los siguientes términos:

.....

LXXII. Se concederá *hábeas data*:

a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, contenidas en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;

b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiere hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo.

42 Sidou, Othon, *Hábeas data, mandado a injeção, Hábeas corpus, Mandado de segurança, ação popular*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forence, 1989, p. 446.

El formato de Brasil fue adoptado por otros países latinoamericanos, principalmente en aquellos que han reconocido la privacidad en el manejo automático de la información, como lo vimos en líneas anteriores.

De esta manera, Colombia, regula también el derecho a la intimidad frente a la informática, protegiéndolo con el *habeas data*, en su artículo 15 que dice:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Por su parte la Constitución argentina, ha consagrado el derecho de toda persona a ejercer una acción de amparo para conocer los datos referidos a ella, así como su finalidad, contenidos en registros públicos y privados, y en caso de ser ellos falsos o discriminatorios, exigir su supresión, rectificación, actualización y confidencialidad, en el artículo 43, cuyo texto determina:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

.....

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Dice Altmark que el *hábeas data* ha sido incorporado en el texto constitucional argentino como una subespecie de la acción de amparo o como un amparo específico, en virtud de que se le ubicó en el texto que regula la acción de amparo y el *hábeas corpus*. También comenta que el *hábeas data* tiene cierto paralelismo al *hábeas corpus*, ya que, como éste ultimo recurso se reclama lo que se “traiga al cuerpo”, aquel reclama que “se traigan los datos”.<sup>43</sup>

Sin embargo, el mismo autor opina que al asimilar el *hábeas data* con el amparo, se ha confundido la forma con el fondo, pues se corre el riesgo de desvirtuar la finalidad del recurso. Ya que mientras el amparo como remedio o vía procesal de naturaleza excepcional, requiere que exista “ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”, en el *hábeas data*, en cambio, “tiene una finalidad específica, que es otorgar a toda persona un medio procesal eficaz para proteger su intimidad, o evitar que terceras personas hagan uso indebido de información de carácter personal que le concierne”.<sup>44</sup>

Por su parte, la Constitución de Paraguay dedica su artículo 135 a la reglamentación del *hábeas data*, a la letra dice:

Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad.

Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Muy interesante resulta la protección del *hábeas data* paraguayo, ya que este recurso tutela:

- a. derechos personalísimos, como la privacidad o la no discriminación;
- b. derechos no patrimoniales, como las convicciones religiosas, o ideas políticas;
- c. derechos patrimoniales, para esclarecimiento de datos sobre bienes de personas físicas o morales, ya que, se hace alusión a la “persona” amparando a estas últimas.

43 Altmark, Daniel; Molina Quiroga, Eduardo, *op. cit.*, nota 15, p. 162.

44 *Ibidem*, pp. 162-163.

Por otro lado tenemos el caso de Perú, que consagra en su artículo 200, dedicado a “las garantías constitucionales”, en el inciso 5, la “acción de *hábeas data*, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2o., incisos 5, 6, y 7 de la Constitución”.

Analizando la consagración del recurso peruano, podemos destacar que procede para la protección del: *a)* derecho genérico de la información, inciso 5; *b)* derechos que afecten la intimidad personal y familiar, inciso 6; *c)* derechos que afecten el honor, la reputación, la voz y la imagen propia, inciso 7.

Se ha dicho que el régimen del *hábeas data* peruano, “tiene un radio de acción decididamente amplio, probablemente excesivo”.<sup>45</sup> Ya que ha extendido su protección, no sólo a los excesos del poder informático, sino también a las injerencias al honor, a la privacidad, a la propia imagen, a la intimidad familiar, e incluso a la voz.

### *5. Reglamentación específica del derecho a la privacidad en informática: ombudsman de la información*

El jurista mexicano Héctor Fix Zamudio menciona, en una de sus clásicas obras sobre la protección procesal de los derechos humanos, la frase afortunada de Mauro Cappelletti para designar a aquellos instrumentos procesales que están destinados específicamente a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y a los organismos judiciales encargados de impartir la protección. Es aquí donde entran:

aquellos instrumentos que no pueden calificarse procesales en sentido estricto, es decir, como medios que se pueden ejercitar ante los órganos jurisdiccionales, material o formalmente considerados, pero que por estar dirigidos a la tutela rápida y eficaz, al menos en teoría, de los derechos, han alcanzado un prestigio creciente que han principiado su propia inclusión en ordenamientos diversos de aquellos en los cuales surgieron.<sup>46</sup>

Este es precisamente el perfil que han adoptado la mayoría de los países europeos para la defensa de la privacidad frente a la informática. Si bien es cierto que muchos no han seguido ese nombre, en esencia la insti-

<sup>45</sup> *Ibidem*, nota 4, p. 97.

<sup>46</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, México, Editorial Civitas, 1982, pp. 57-58.



tución creada para ese propósito reviste el espíritu mismo del *ombudsman* clásico.

Ahora bien, se ha llegado a reconocer como la primer ley europea dictada especialmente para la protección de la privacidad por el manejo de la información, la sancionada por el parlamento del *Land de Hesse* de la ex República Federal de Alemania. Esta norma crea un cargo de magistrado especial para la vigilancia de la aplicación de la ley, principio que se extendería también a otros estados alemanes

De esta forma tenemos que estos países expidieron una normatividad específica con un organismo encargado de tutelarla. Así tenemos a la ley danesa que establece una denominada Inspección de Registros; a la ley francesa que crea la Comisión Nacional de Libertades Informáticas; a la ley noruega que crea la Inspección de Datos; la ley austríaca que crea la Comisión de Protección de Datos y el Consejo de Protección de Datos, ambos a nivel federal, la ley alemana que establece la figura del Comisionario o delegado federal para la protección de los datos personales.<sup>47</sup>

Estos son organismos autónomos de la administración pública que tienen destinada la tutela y vigilancia sobre el manejo, uso, difusión de las entidades administrativas realizando funciones inspectoras, de rectificación, de conciliación con relación a la información de los ciudadanos y aquellas entidades que realizan bancos de información nominativa.

### III. PANORAMA NACIONAL

Ahora bien, ya hemos revisado el estado de la protección del derecho a la privacidad en el manejo de la información personal o nominativa en el mundo. A continuación, analizaremos el escenario de la normatividad mexicana al respecto.

Debemos hacer hincapié, en que no existe una regulación expresa con relación a la protección de la privacidad en el manejo de la información nominativa, es decir, en la administración de información de los ciudadanos mexicanos. Sin embargo, sí existen regulaciones tangenciales que hacen alusión a las actividades de la administración pública en la recopilación, automatización y actualización de la información personal.

47 Altmark, Daniel; Molina Quiroga, Eduardo, *op. cit.*, nota 15, pp. 148-153.

A continuación analizaremos los diversos textos legislativos que contienen el marco regulatorio para todas aquellas actividades que tengan a bien prever el almacenaje de la información relativa de los individuos.

### 1. Marco constitucional del derecho a la privacidad

En primer lugar, tenemos el artículo 4o. que establece la libertad de profesión para que cada quien se dedique a la industria, profesión o comercio que más le agrade, siendo lícitos. En opinión de Meján, la disposición da fundamento constitucional para quienes hacen de la información su actividad profesional cotidiana.<sup>48</sup>

Por su parte, el artículo 6o. consagra la libertad de expresión como garantía individual e incluye la obligación del Estado a garantizar el derecho a la información. Esta garantía tiene como límites la moral y el orden público, en nuestra opinión se trata de elementos de alto contenido subjetivo. Por otro lado, el elemento objetivo el perjuicio a los derechos de un tercero, podrá ser reclamado apoyándose en instancias de naturaleza civil o penal, según sea el caso.

En el artículo 7o. constitucional consagra la libertad de imprenta y coloca como límites a la moral, la paz pública y el respeto a la vida privada. Nuevamente no se determinan elementos para poder evaluar ni la moral, ni lo que se comprende como vida privada.

En el artículo 16 de la carta magna, como sabemos, se encuentra regulada la garantía la legalidad; específicamente regula los casos de invasión a la vida privada o esferas íntimas de los ciudadanos, como pueden ser la práctica de cateos u otras visitas domiciliarias o la exhibición de documentos y papeles personales y la circulación de correspondencia en forma inviolada, lo que implica ciertas precauciones para todas aquellas actuaciones de la autoridad que pudiesen provocar un atentado o “molestia” en la persona, en la familia, en el domicilio o en las posesiones del involucrado.

En materia de garantías en procesos penales, en el artículo 20, fracción VII, se determina la posibilidad de facilitar todos los datos que solicite para la defensa del involucrado.

Ahora bien, nuestra carta magna destina un capítulo, “De las responsabilidades de los servidores públicos” (título IV, artículos 108 a 114), para establecer las normas básicas de actuación de los servidores públicos

48 Meján, Luis Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 108.

de la Federación con el fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de su cargo, y ordena la legislación reglamentaria correspondiente. Estas disposiciones son importantes, porque son precisamente los servidores públicos los encargados y responsables del manejo de la información nominativa.

## *2. Reglamentación nacional sobre la violación y atentados a la vida privada*

Es la Ley Imprenta que es reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. constitucionales, fue publicada en 1917. Como sabemos, ésta es la ley en que la ciudadanía ha reclamado una actualización y modificación precisamente al imperfecto y raquíctico derecho de información y su correlativo el derecho a la privacidad. Sin embargo, es en esta normatividad donde tenemos una declaración específica de lo que implica la violación a la vida privada. En esta forma, el artículo 1o. de la ley determina:

Constituyen ataques a la vida privada:

a. toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por un medio manuscrito, o de la imprenta del dibujo, litografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes o de cualquier otro modo exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses;

b. toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquel, que aún vivieren;

c. todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos;

d. cuando con una publicación prohibida expresamente por la ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daños o en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.

En resumen, podemos concluir que la normatividad mexicana considera una violación a la vida privada, las siguientes acciones:

1. Cualquier manifestación que se haga circular por cualquier medio, haciéndola de manera pública;
2. que tenga como finalidad exponer a una persona al odio, al desprecio o al ridículo;
3. que le cause demerito en su reputación o en sus intereses;
4. que la manifestación sea contra un vivo o contra la memoria de un difunto que ofenda o lastime el honor de los herederos, o del viviente;
5. cuando se difunda información contenida en actuaciones de juicios civiles o penales, con el propósito de causar daño si se refieren a hechos falsos o verdaderos.

Relacionada con esta última acción, es importante el contenido del artículo 9o., cuando prohíbe a los jueces divulgar escritos judiciales penales antes de la audiencia correspondiente, así como las actuaciones relativas a ciertos delitos o procesos de lo familiar (adulterio, atentado al pudor, violación, estupro, divorcios, reconocimiento de paternidad).

### *3. Reglamentación específica sobre la protección de la información privada*

Tenemos que en la normatividad mexicana, la ley que regula el manejo de la información privada así como los derechos de los ciudadanos con relación a la misma, se encuentra en la Ley de Información Estadística y Geográfica, publicada el 30 de diciembre de 1980.

El INEGI es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, encargado de la generación de información estadística y geográfica. Se dice que esta ley es la herramienta básica en el manejo de la informática pública y, por lo tanto, del manejo de la información—sea de naturaleza pública o privada—, pues regula la actividad del Estado en materia de información estadística y geográfica, así como la utilización de la informática para los fines de las entidades y dependencias de la administración pública federal. Analicemos con mayor detalle sus contenidos.

### A. *Los informantes y sus obligaciones*

A partir del artículo 35 de la Ley del INEGI, inicia el capítulo V que contiene los derechos y obligaciones de los usuarios, considerando a éstos como los particulares que hagan uso de los sistemas de información pública. Posteriormente, en el artículo 36 se determina a los que se consideran como “informantes”. Identifica el texto de la ley a cuatro tipos de informantes:

- a. personas físicas y morales;
- b. unidades económicas, empresas, establecimientos industriales, comerciales, agropecuarios, forestales, pesqueros dedicados a la producción o venta de bienes o servicios de cualquier clase;
- c. sociedades, asociaciones civiles o privadas con fines no lucrativos, docentes y culturales;
- d. los ministros de cualquier culto que celebren ceremonias relacionadas con nacimientos, matrimonios y defunciones.

En el artículo 32 de la misma ley se consagra la obligación general de los particulares a contribuir con el INEGI en el proceso de captar, producir, procesar y divulgar información.

Por su parte, el artículo 38 determina que la información habrá de ser recolectada en forma tal que se respete el anonimato de los informantes.

### B. *Confidencialidad de la información de los informantes*

Ahora bien, el artículo 5o. de la referida ley asegura la confidencialidad a los informantes y ordena la producción de las reglas que regulará el acceso del público a la información, determinando que: “la ley garantiza a los informantes de datos estadísticos la confidencialidad...”

### C. *Los derechos de los informantes: de rectificación, de acceso a la información*

Por su parte el artículo 37 de la Ley del INEGI consagra el muy importante derecho de rectificación de los informantes (¿por qué no de los afectados?); en palabras de Meján: “Los informantes, en su caso, podrán exigir que sean rectificadas los datos que les conciernan, al demostrar que son inexactos, incompletos, equívocos u obsoletos...”<sup>49</sup>

49 Meján, Luis Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 112.

Como lo mencionamos anteriormente, el principio de confidencialidad se establece en el artículo 38, estableciendo la no posibilidad de divulgación de la información. En este sentido, se determina que la información proporcionada no es susceptible de constituirse en prueba en un juicio o en cualquier tipo de procedimiento ante autoridad administrativa.

En el artículo 39 se establece también que los informantes deben ser notificados al momento de la recopilación de la información de:

- a. El carácter obligatorio o potestativo de sus respuestas. Sin embargo en la ley no se determina cuándo opera cada tipo de información;
- b. las consecuencias de la falsedad de sus respuestas a los cuestionarios que se les aplique;
- c. la posibilidad del ejercicio del derecho de rectificación;
- d. la confidencialidad en la administración de la información estadística;
- e. la forma en que es divulgada o suministrada la información.

En relación al plazo para proporcionar la información se determina que habrá de fijarse conforme a la naturaleza y características de la misma.

El artículo 40 consagra la invalidez de la información obtenida por medio ilícito y los derechos que asisten a los informantes en estos casos.

Ahora bien, en el artículo 41 se establecen las facultades de verificación de la información por parte del INEGI. Esta situación parece desigual, en cuanto que no se regula un derecho o una facultad similar para los informantes, tan sólo se determina que la información se deberá proporcionar cuando les sea solicitada por la autoridad competente, respetando el principio de confidencialidad (artículos 44 a 48).

#### *4. Reglamentación indirecta de la información privada*

Existe un importante número de disposiciones jurídicas en nuestro sistema normativo que hacen alusión indirectamente al manejo de la información, dentro de la administración pública tenemos:

a) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, donde en los artículos 27 a 44, se contienen las facultades de cada una de las dependencias centralizadas del Poder Ejecutivo (secretarías y departamentos). En absolutamente todas ellas aparece una o varias referencias a la manu-

tención de registros, archivos o concentración de informaciones relevantes para el desempeño de la administración pública.

b) Ley Federal de Entidades Paraestatales, cuyo artículo 10 establece la obligación de proporcionar información a las demás entidades del sector en el que estén agrupadas, y en general a toda la Administración Pública. Se establecen las facultades de las secretarías globalizadoras para regular el flujo de información.

c) Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Ley reglamentaria del título IV constitucional, donde en el artículo 47 se enumeran las obligaciones del servidor público que le permitirán salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y cuyo incumplimiento da origen a sanciones. Relacionada con la información, tenemos la fracción IV, relativa al cuidado de la documentación e información que por su trabajo tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción destrucción, ocultamiento o inutilización.

d) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. En su artículo 11 se reglamenta la facultad genérica del Ministerio Público para requerir informes “para el debido ejercicio de dichas atribuciones”, con lo cual se formaliza la lógica facultad investigadora y recabadora de información del Ministerio Público, pero con el requisito de legalidad que es genérica para toda autoridad, que reviste una especial significación en esta materia, precisamente por lo agresiva que puede resultar la información recaudada respecto de los particulares.

e) Código Penal. Particularmente para el Distrito Federal, pero aplicable a la Federación en materia común. El artículo 210 regula el tipo delictivo de la revelación de secretos, consistente en:

- Revelar un secreto o comunicación reservada;
- conocido con motivo de empleo, cargo o puesto;
- sin justa causa;
- con perjuicio de alguien;
- sin consentimiento del que puede resultar perjudicado.

En este delito se presenta un agravante cuando el actor sea una persona que preste servicios profesionales o técnicos, ya sea funcionario o empleado público. La agravante es la pérdida del empleo o suspensión del ejercicio profesional. Como bien afirma Meján, las conductas de los ser-

vidores de la administración pública encargados de la obtención, compilación y proceso de información caen en este supuesto.

Asimismo, las personas que por desempeño de una profesión (y aquí no debe entenderse solamente las que requiere título autorizado para su ejercicio, pues el texto legal lo extiende a labores técnicas) sean susceptibles de caer en el supuesto. Es decir, los investigadores, los técnicos en informática, los procesadores, etcétera.<sup>50</sup>

Por otro lado, el mismo código penal tipifica una posible conducta delictuosa cometida por servidores públicos, que se titula “Ejercicio indebido de servicio público”, que puede ser cometida por el que: “Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión” (artículo 214, fracción IV).

Además, el artículo 220 al tipificar la figura delictiva “Ejercicio abusivo de funciones”, regula el mal uso de la llamada información privilegiada cuando establece en su fracción II que comete el delito:

el servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca un beneficio económico indebido al servidor público o de las personas que se mencionan en la fracción I (es decir de sus familiares).

f) Código Fiscal de la Federación. Determina para los contribuyentes la obligación de dar a la autoridad fiscal la información que tengan compilada sobre sus clientes y proveedores ya sea en medios electrónicos, cuando así se usen, ya en formas especiales para el efecto (artículo 30-A). También los artículos 33 a 69 integran el título III denominado “De las facultades de las autoridades fiscales”, donde desarrolla todas las obligaciones de la administración pública en la verificación y obtención de información relativa a las obligaciones fiscales de los contribuyentes.

De gran relevancia es el artículo 69 donde impone a la administración pública el racional uso de la información y el deber fundamental de discreción. El texto dice así:

50 Meján, Luis Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 124.



El personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación. Dicha reserva no comprenderá los casos que señalen las leyes fiscales y aquellos en que deban suministrarse datos a los funcionarios encargados de la administración y de la defensa de los intereses fiscales federales, a las autoridades judiciales en procesos del orden penal o a los Tribunales competentes que conozcan de pensiones alimenticias, o en el supuesto previsto en el artículo 63 de este código...

Sólo por acuerdo expreso del Secretario de Hacienda y Crédito Público se podrán publicar los siguientes datos por grupos de contribuyentes: nombre, domicilio, actividad, ingreso total, utilidad fiscal o valor de sus actos o actividades y contribuciones acreditables o pagadas.

Mediante acuerdo de intercambio recíproco de información suscrito por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, se podrá suministrar la información a las autoridades fiscales de países extranjeros, siempre que se pacte que la misma sólo se utilizará para efectos fiscales y se guardará el secreto fiscal correspondiente por el país de que se trate.

Este último párrafo fue añadido con motivo de negociaciones bilaterales de nuestro país inicialmente con Estados Unidos, y parece tener enorme importancia debido a los juicios de lavado de dinero que empiezan a suscitarse en el escenario político.

g) Ley Federal de Protección al Consumidor. En su artículo 24 se le concede a la Procuraduría Federal del Consumidor, la facultad de “recopilar, elaborar, procesar y divulgar información objetiva para facilitar al consumidor un mejor conocimiento de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado”.

Meján menciona que no existe en la ley un recurso que permita a algún sujeto de aplicación de esta ley ninguna defensa para corregir información sobre su conducta al público, pues los recursos que contiene la ley sólo parecen referirse a las imposiciones de multas y sanciones.<sup>51</sup>

h) Ley Federal del Trabajo. En el artículo 544 de esta ley se dispone que; “Queda prohibido a los Inspectores del Trabajo: ...II Revelar los secretos industriales o comerciales y los procedimientos de fabricación y explotación de que se enteren en el ejercicio de sus funciones”.

51 Meján, Luis Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 120.

i) Código de Comercio. Hace una interesante distinción entre la “exhibición” y la “comunicación” de información determinada, reguladas en los artículos 42 a 44, donde la primera es una develación parcial, la segunda lo es total. El resultado es la protección al comerciante a no mostrar su documentación e información sino en casos específicos.

### *5. Tipos de secreto en la legislación mexicana: profesional y bancario*

Dentro de la legislación nacional contamos con dos figuras específicas relativas a la protección de la información genérica, además, de aquellas conductas reglamentadas de manera diversa en las disposiciones vistas anteriormente. En esta forma, tenemos al secreto profesional y al secreto bancario que analizaremos a continuación:

#### *A. Secreto profesional*

En la Ley General de Profesiones, reglamentaria del artículo 5o. constitucional, se determina en su artículo 36 que todo profesionista está obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que sus clientes le han conferido, salvo en las excepciones que la ley establezca específicamente.

Ahora bien, la sanción a la violación de esta conducta la encontramos en el Código Penal, en el artículo 210, reglamenta que los profesionales están obligados a no divulgar, sin previo consentimiento, la información a la que hayan accedido por motivos de su trabajo. Se establece además una pena pecuniaria para aquel que sin causa justa haya revelado un secreto o comunicación reservada con motivo de su empleo, cargo o puesto.

En últimas fechas se empieza a reclamar un trato de mayor ética profesional en el manejo de la información por parte de los medios y sus protagonistas, maliciosamente se interpreta una reglamentación de un derecho humano como un atentado a la libertad del individuo. Como “ley mordaza” han llegado a calificar los intentos de regulación de derecho a la información, pero como bien afirma el constitucionalista Jorge Carpizo sobre el tema: “libertad de expresión y derecho a la información. Mil veces sí, con responsabilidad, con ética y con respeto a los otros derechos humanos”.<sup>52</sup>

52 Carpizo, Jorge, “Derecho a la información, derechos humanos y marco jurídico”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, CIDH y Unión Europea, p. 512.

## B. *Del secreto bancario a las sociedades de información crediticia*

Es la Ley de Instituciones de Crédito la que regula el secreto bancario. Resulta que el aspecto financiero es una de las áreas en donde entidades, tanto privadas como públicas, concentran información y se enfrentan a la intimidad de los gobernados en este aspecto especialmente sensible.<sup>53</sup>

Los artículos 117 y 118 regulan la figura estableciendo la prohibición genérica de información, y señalan los casos y las condiciones en que el secreto puede ser develado, así como las sanciones a las que se pueden hacer acreedores, tanto los servidores públicos o funcionarios bancarios en lo personal (según se trate de una institución de crédito del sector público o del sector privado) como las propias instituciones de crédito.

Es muy pertinente mencionar que en el año de 1996, luego de la problemática financiera que viviera nuestro país en 1994, al implementar mecanismos de solución de los conflictos bancarios, aparecieron en la legislación nacional las sociedades de información crediticia, en los artículos 33-A y 33-B de la Ley para regular las Agrupaciones Financieras, del 15 febrero de 1996. Dichas sociedades surgen como “una institución que obtiene, almacena y distribuye información relativa a la capacidad financiera y crediticia a la aptitud de ser empleado, asegurado o afianzado de un individuo, mediante el pago de una cuota y honorario”.<sup>54</sup>

En este renglón, la información crediticia se ha extraído de aquel secreto supremo entre una institución bancaria; las sociedades de información crediticia son mecanismos legales para la violación del secreto bancario.<sup>55</sup>

## 6. *El cinismo de la administración pública: el manejo de la información en bases de datos públicas*

En un artículo publicado en el suplemento “Enfoque”, del 7 de febrero de 1999, del periódico *Reforma*, titulado: “¿Cuál derecho a la información? El silencio oficial”. En este apartado, Fernando del Collado relata cómo desde 23 de noviembre de 1998 hasta el 10 de febrero de 1999, el

53 Meján, Luis Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 121-122.

54 Sharp M., John, *Credit Reporting and Privacy. The Law in Canada and the USA*, Canadá, Butterworth and Co., 1970, p. 8.

55 Muñoz de Alba, Marcia, “Sociedades de información crediticia: revelación del secreto bancario”, *Anuario Jurídico*, 1995, México, UNAM-III, 1996.

suplemento “Enfoque” se dio a la tarea de solicitar diversos tipos de información de cada una de las 18 secretarías de Estado.

El articulista comenta:

por el perfil de la información solicitada, se pensó que podría estar al alcance de las áreas de comunicación social: desde la petición de datos sobre el número de trabajadores adscritos a las dependencias, el monto destinado para la papelería interna hasta informes sobre acuerdos alcanzados entre las dependencias e instituciones en materia de medicamentos o en relación a la rehabilitación de escuelas primarias por ejemplo.

El suplemento indicó que también solicitó información sobre los sueldos de los funcionarios públicos, presupuestos destinados para algunos programas, e incluso los nombres y las currícula de los asesores adscritos a las secretarías.<sup>56</sup>

Este tipo de ejercicios demuestran en la práctica el concepto y contenido de lo que se comprende por “derecho a la información” y/o “derecho a la privacidad”. Ciertamente, como Del Collado lo manifiesta:

el resultado fue revelador: ninguna de las dependencias gubernamentales, incluida la Procuraduría Federal de la República, dio respuesta a todas las interrogantes solicitadas.

Sólo cuatro secretarías respondieron en forma parcial: la Contraloría, la de Comercio, la de Salud y la del Medio Ambiente. Las justificaciones por “no contestar” fueron variadas y, a veces hasta originales. En algunos casos, los directores de información se disculparon por no poder ofrecer la información. ...Otros más, prometieron, pero nunca cumplieron. Hubo quienes sin rodeos negaron directamente dar la información.<sup>57</sup>

### A. *La denuncia internacional*

Esta realidad ya ha trascendido las fronteras nacionales, ahora más que nunca en aras del nuevo siglo conducido por las carreteras de la información; en México, a nivel local, se vive otra realidad.

De esta forma, la ausencia del derecho y/o acceso a la información se ha documentado internacionalmente; efectivamente, el 11 de septiembre de 1998 el periódico estadounidense *The Wall Street Journal*, llamó la

<sup>56</sup> Del Collado, Fernando, “¿Cuál derecho a la información? El silencio oficial”, “Enfoque, Información, Reflexión y Cultura Política”, periódico *Reforma*, 7 de febrero de 1999, pp. 12-19.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 13.

atención mundial “sobre lo difícil que es obtener información por parte del gobierno mexicano”.

El artículo mencionado, haciendo alusión a “raíces profundas en la historia de México, comenzando con los aztecas que mantenían a sus vasallos atemorizados con impredecibles pero poderosos seres supremos, y siguiendo con los españoles, que en pocas ocasiones compartieron detalles de las minucias burocráticas con los pueblos que gobernaban, continuadas por el PRI en 70 años de gobierno”.<sup>58</sup>

De gran trascendencia fue el reconocimiento que México hizo de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —el 16 de diciembre de 1998—, ya que las jurisprudencias que este órgano dicte vendrán a ampliar la protección especialmente respecto al derecho a la información y su correlativo derecho a la privacidad, como afirma Jorge Carpizo: “la defensa del derecho a la información se ha ampliado en forma notoria en México”.<sup>59</sup>

Más aún, incluso a pesar de la Recomendación número 670 que hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA al gobierno de Ernesto Zedillo, “para que avanzara en la reglamentación del derecho a la información”, la situación sigue siendo la misma.

Como afirma el especialista Ernesto Villanueva, el gobierno maneja la información como propia y no como un asunto que debe estar sujeto al escrutinio público. Como sabemos, esto es posible ya que el sistema jurídico mexicano carece de un ordenamiento legal que obligue al gobierno a informar. Es evidente que la falta de información no sólo atenta contra la democracia, sino que responde a una visión patrimonial que tiene el gobierno sobre los usos del poder. El mismo autor, afirma que “tenemos un sistema hecho a imagen y semejanza de la necesidad de reproducción del *status quo*; es decir, sirve para poder reproducir el sistema tal y como hemos observado desde hace 70 años”.<sup>60</sup>

Por otro lado, Villanueva hace una crítica a las áreas gubernamentales de comunicación social, y dice que están destinados a “proteger los intereses personales y políticos del secretario de la dependencia. En realidad se convierten en una persona que tiene como principal uso el utilizar

58 Del Collado, Fernando, *op. cit.*, nota 56, p. 13.

59 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 52, p. 165.

60 Villanueva, Ernesto, “Estamos como en una dictadura”, suplemento “Enfoque”, periódico *Reforma*, 7 de febrero de 1999, pp. 16-17.

los recursos del presupuesto público para la promoción personal y política de su jefe. Y al hacerlo, también se están promocionando”.<sup>61</sup>

### B. Base de datos del IFE: los riesgos de las lagunas

Por otro lado, gran escándalo causó la noticia de que precisamente una base de datos generada por una entidad de la administración pública había sido vendida a cierta compañía estadounidense, nada más y nada menos que la generada por el Instituto Federal Electoral. Efectivamente, diversos medios denunciaron la compraventa del banco de datos generado por el Registro Federal de Electores a una compañía estadounidense. Al parecer algunos de los trabajadores de la institución sustrajeron el sistema de información vendiéndolo en Estados Unidos.

## IV. CONCLUSIONES

1o. Casos como el del Instituto Federal Electoral representan la urgente necesidad de implementar y reglamentar una normatividad *ad hoc* para la protección de la privacidad, que desde luego comprenda la regulación del derecho a la información en nuestro país;

2o. Es evidente que el Estado, a través de las entidades de la administración pública, requiere del uso, manejo, administración de información, considerando desde luego aquella información que también tienen que administrar las entidades privadas. Sin embargo, se requieren normas claras que concilien tanto el derecho a la información como el derecho a la privacidad;

3o. México requiere de una actualización en la protección de los derechos humanos, relativa al manejo de la información personal o nominativa sobre todo en el escenario que presentan actualmente la telemática y los medios electrónicos, cuyo máximo exponente es *Internet*.

61 Idem.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALTMARK, Daniel y MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Régimen jurídico de los bancos de datos”, *Informática y derecho*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998.
- ARIES, Philippe y DUBY, Georges *Historia de la vida privada. La vida privada en el siglo XX*, Madrid, Taurus, 1989.
- BARRIOS GARRIDO, Gabriela, *et. al.*, *Internet y derecho en México*, México, McGraw-Hill, 1997.
- BATLLE SALES, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Madrid, Ed. Marfil, 1972.
- CABO DE LA VEGA, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, México, UNAM, 1997.
- CAZADERO, Manuel, *Las revoluciones industriales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- CARPIZO, Jorge, *Constitución e informática*, México, UNAM, 2000.
- , “Derecho a la información, derechos humanos y marco jurídico”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, CIDH y Unión Europea.
- DIZARD, Wilson P., *La era de la información. Un panorama general de su tecnología, economía y política*, México, Publicgrafics, 1989.
- DORMIDO BENCOMO, Sebastián, *et. al.*, *Sociedad y nuevas tecnologías. Perspectivas del desarrollo industrial*, Madrid, Editorial Trotta, 1992.
- EGUIGUREN P. Francisco J., “Poder Judicial, Tribunal Constitucional y hábeas data en el constitucionalismo peruano”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 35, México, UNAM, 1999.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México, Ed. Civitas, 1982.
- FRAYSSINET, Jean, *Informatique fichiers et libertés*, París, Editions Litec, 1992.
- FROSSINI, Vittorio, *Informática y derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1988.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diagnóstico genético y de derechos humanos*, México, UNAM, 1998.
- GIANNANTONIO, Ettore, *Manuale di diritto dell'Italia*, Informatica, Ed. Cedam.
- LANDA ARROYO, César y VELAZCO LOZADA, Ana, *Constitución política del Perú 1993*, Lima, Fondo Editorial, 1994.

- MEJÁN, Luis Manuel C., *El derecho a la intimidad y la informática*, México, Editorial Porrúa, 1994.
- MUÑOZ DE ALBA, Marcia, “Sociedades de información crediticia: revelación del secreto bancario”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM-III, 1996.
- , “El médico y su responsabilidad profesional”, *La responsabilidad profesional del médico y los derechos humanos*, México, CNDH.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996.
- SHARP M., John, *Credit Reporting and Privacy. The Law in Canada and the USA*, Canadá, Butterworth, 1970.
- SILVA, José Afonso da, *Mandado de Injunção e Hábeas Data*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 1989.
- SIDOU, Othón, *Hábeas data, mandado a injunção, Hábeas corpus, Mandado de segurança, ação popular*, 3a. Río de Janeiro, Ed. Forence, 1989.
- TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *El derecho a la intimidad en la ley orgánica de 5-5-1982*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1984.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, 1998.
- VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, Ed. Colex, 1993.



## TENDENCIAS RECIENTES EN LA POSICIÓN DEL JUEZ EN MÉXICO

José OVALLE FAVELA\*

*SUMARIO: Introducción. I. Opinión pública y juzgadores. II. Las relaciones del Poder Judicial con los demás poderes. III. Las relaciones con los medios de comunicación. IV. Los grupos económicos y otros factores de poder. V. Funciones de composición. VI. Acciones de grupo. VII. Selección de las causas por los tribunales superiores. VIII. Atribuciones del juez en procesos urgentes y de tutela diferenciada. IX. Medios alternativos para la solución de controversias. X. Jurisprudencia. XI. Derecho internacional de los derechos humanos.*

### INTRODUCCIÓN

Con la publicación de este trabajo deseo expresar mi reconocimiento al gran jurista que es don Manuel Gutiérrez de Velasco. Conocí a don Manuel a mediados de 1982. Un amigo común de ambos, el licenciado José G. Favela Campos, mi tío de Durango, Durango, propició una amistad de la que he aprendido y disfrutado mucho. Durante varios años frecuenté a don Manuel cuando era ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Había llegado al cargo después de una larga carrera judicial, en la que se había iniciado como juez local en La Piedad, Michoacán, y en la que había desempeñado, entre otros cargos, los de juez de distrito y magistrado de tribunal colegiado de circuito. El ministro Gutiérrez de Velasco llegó a la Suprema Corte con la experiencia y la formación jurídica que proporciona una amplia carrera judicial, sobre todo cuando se ha ejercido con rectitud y entrega.

\* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

Al lado de su vocación de juzgador, el ministro Gutiérrez de Velasco también cultivó su vocación de maestro. En 1987 fui invitado a impartir una conferencia en Guadalajara, Jalisco, junto con don Manuel. Al acabar las conferencias, vi cómo una buena parte de los abogados que habían asistido se acercaron a don Manuel para saludarlo y preguntarle sobre su conferencia; todos lo trataban con mucho respeto y aprecio, pero no le llamaban ministro sino maestro. Eran sus alumnos de la preparatoria o de la Universidad de Guadalajara, quienes lo recordaban más como maestro que como juzgador. Había ejercido la docencia universitaria durante cerca de veinte años.

El trabajo con el que expreso mi reconocimiento al ministro y al maestro, y sobre todo al jurista y amigo, constituye el informe nacional que preparé sobre el tema para el XI Congreso Mundial de Derecho Procesal, que se celebrará en Viena, Austria, del 23 al 28 de agosto de 1999. Lo desarrollo conforme al esquema planteado por el ponente general, doctor Roberto O. Berizonce.

## I. OPINIÓN PÚBLICA Y JUZGADORES

En nuestro país no existen escalas o encuestas sobre la valoración que hace la comunidad o la opinión pública sobre el desempeño de los jueces y magistrados, que pudieran establecer con precisión cuál es la opinión pública sobre dicho desempeño. Sin embargo, vamos a tratar de recoger las opiniones más frecuentes que se expresan a través de los medios de comunicación sobre este tema.

Previamente debo aclarar que el sistema judicial mexicano se compone, por una parte, del Poder Judicial de la Federación, el cual reúne a la mayor parte de los órganos jurisdiccionales federales, a los que corresponde conocer tanto de los juicios sobre la aplicación de leyes federales, de carácter civil, penal, mercantil, etcétera, cuanto del juicio de amparo, que en nuestro país tiene varias funciones. El juicio de amparo permite a las personas afectadas por un acto de autoridad, que estimen violatorio de las “garantías individuales” o derechos humanos establecidos en el capítulo I de la Constitución Política, impugnarlo ante el órgano jurisdiccional competente del Poder Judicial de la Federación, el cual, si considera que el acto de autoridad efectivamente infringe las garantías individuales invocadas, en la sentencia debe ordenar la inaplicación o desaplicación del acto de autoridad reclamado, restituyendo al quejoso en el pleno goce

de la garantía individual violada (orden implícita en la fórmula tradicional de las sentencias que conceden el amparo: “La Justicia de la Unión ampara y protege al quejoso contra los actos reclamados...”).

Debido a la amplitud de los derechos humanos o “garantías individuales” reconocidos en la Constitución Política —particularmente el contenido en el párrafo primero del artículo 16, que prevé el principio de la legalidad de los actos de autoridad—, el juicio de amparo se ha convertido en una institución sumamente compleja, que, de acuerdo con Fix-Zamudio, cumple básicamente las cinco funciones procesales siguientes: 1) es el proceso constitucional para la tutela de la libertad personal (amparo libertad), pues puede interponerse contra detenciones arbitrarias u órdenes de presentación, comparecencia, detención o aprehensión violatorias de garantías, en forma similar al *hábeas corpus* de origen inglés; 2) es el medio para combatir leyes, tratados internacionales y reglamentos inconstitucionales (amparo contra leyes); 3) sirve también como medio de impugnación de las sentencias definitivas y demás resoluciones jurisdiccionales que pongan término definitivamente al juicio o proceso, en forma similar al recurso de casación (amparo casación); 4) se utiliza como proceso administrativo en aquellos lugares o sectores en los que no existen procesos y tribunales administrativos específicos (amparo administrativo); y 5) sirve, por último, como proceso constitucional para la protección de los derechos sociales de los núcleos de población ejidal y comunal, así como de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria (amparo social agrario).<sup>1</sup>

Por otra parte, en cada uno de los treinta y un estados de la República y en la entidad central, que es el Distrito Federal, existe un Poder Judicial estatal o local, que reúne a la mayor parte de los órganos jurisdiccionales que conocen de conflictos sobre aplicación e interpretación de leyes locales, aunque también pueden conocer de conflictos sobre aplicación de leyes federales cuando sólo se controviertan intereses particulares.

Por último, fuera del Poder Judicial de la Federación y de los poderes judiciales locales, también existen otros tribunales que se ubican formalmente dentro del Poder Ejecutivo, aunque tienen autonomía para emitir sus resoluciones. Tal es el caso del Tribunal Fiscal de la Federación, de

1 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 30-47; Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 4a. ed., México, Oxford University Press Harla-México, 1997, p. 81.

los tribunales administrativos, los tribunales agrarios, los tribunales en materia laboral, etcétera.

Estos tres tipos de tribunales tienen una diferente valoración en la opinión pública. En términos generales, no se considera completamente confiable la tarea que llevan a cabo los jueces locales, es decir, los órganos jurisdiccionales de primera instancia de los poderes judiciales locales. Tanto en el ámbito civil como en el campo penal, se suele ver con relativa indiferencia el desempeño de estos jueces de primera instancia, que tradicionalmente cuentan con el menor grado de independencia, están sujetos en mayor medida a las relaciones jerárquicas dentro de su propio poder y suelen ser más vulnerables a las presiones sociales. De los tribunales superiores de justicia o supremos tribunales de justicia se hace una valoración de mayor confiabilidad, pero que es muy variable, según la entidad federativa de que se trate y según las relaciones que existan entre el poder judicial local y el gobernador de la entidad federativa.

Los tribunales no judiciales —los tribunales que se encuentran fuera del Poder Judicial de la Federación y de los poderes judiciales locales—, tienen también una diferente valoración. Así, por ejemplo, el Tribunal Fiscal de la Federación, que durante buen tiempo tuvo prestigio de actuar con autonomía, en los últimos años ha mostrado una vinculación muy estrecha con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de modo que la actual integración de este Tribunal se conforma mayormente por funcionarios provenientes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los cuales, aunque sean designados para ser magistrados de un Tribunal con autonomía, no dejan de considerarse funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, parte demandada en los juicios de los que conoce. En cambio, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal ha venido asumiendo una posición de independencia frente al gobierno del Distrito Federal, de tal modo que ha adquirido una mayor credibilidad en el desempeño de sus funciones. Los tribunales agrarios sí actúan con autonomía respecto del Poder Ejecutivo Federal, pero sus recursos financieros dependen de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, lo cual los sujeta a las restricciones y programas de austeridad dictados por esa dependencia del gobierno federal. En los estados de la República es muy variable la situación de los tribunales administrativos.

Los órganos jurisdiccionales que merecen mayor confiabilidad son los que forman parte del Poder Judicial de la Federación. Por una parte, en el conocimiento de los juicios civiles y penales federales los jueces de

distrito y los magistrados de los tribunales unitarios de circuito suelen actuar con independencia y apego al derecho. Pero la función que se percibe más por parte la comunidad es la que ejercen los jueces de distrito, los magistrados de circuito y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del juicio de amparo. Por medio del juicio de amparo los particulares pueden impugnar actos de autoridad que estimen contrarios a las garantías individuales; es en este instrumento en el que se percibe con mayor precisión el grado de independencia y de eficacia de la función de los tribunales federales. Cabe advertir que, incluso, a algunos sectores autoritarios de la opinión pública les llega a parecer que la función protectora de las garantías individuales que llevan a cabo los jueces de distrito a través del amparo contra detenciones arbitrarias, órdenes de presentación, de comparecencia, de detención o de aprehensión, es demasiado protectora de los derechos humanos, lo cual pone de manifiesto, en alguna medida, la eficacia con la que estos juzgadores federales tutelan este tipo de derechos.

## II. LAS RELACIONES DEL PODER JUDICIAL CON LOS DEMÁS PODERES

En nuestro país, el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y de los demás actos de autoridad de los otros poderes del Estado, se originó en la Constitución Política para el Estado de Yucatán de 1841, y se estableció a nivel federal en el Acta de Reformas Constitucionales de 1847. Se puede afirmar que este sistema se consolidó en la Constitución Política de 1857 y que desde entonces se ha venido desarrollando, si bien con algunas variantes. Por ejemplo, durante la dictadura de Porfirio Díaz, que va de 1876 a 1911, con el interludio de 1880 a 1884 del gobierno de Manuel González, el Poder Judicial de la Federación resintió una disminución, si no es que una pérdida, de su independencia frente al Poder Ejecutivo. En la Constitución Política de 1917, que se encuentra en vigor, se trató de asegurar la independencia del Poder Judicial de la Federación y de dar la mayor eficacia posible al sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y los demás actos de los demás poderes. Aunque es claro que hay periodos y tendencias distintas, sin embargo, se puede advertir que hay una tradición de independencia judicial y que el juicio de amparo normalmente ha sido un medio eficaz para impugnar leyes y reglamentos inconstitucionales.

Una de las medidas que adoptó el Congreso Constituyente de 1916-1917, para asegurar la independencia judicial, fue la de suprimir la Secretaría de Justicia, la cual durante la dictadura de Porfirio Díaz fue el instrumento administrativo del Poder Ejecutivo Federal para someter al Poder Judicial de la Federación. Por esta razón, desde 1917 el gobierno y la administración del Poder Judicial de la Federación fueron encargados al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se componía entonces por los once ministros que formaban parte de la Suprema Corte. Desde 1917 hasta 1994, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue el órgano competente para designar a los magistrados de circuito y a los jueces de distrito, para determinar su adscripción y, en general, para tomar las decisiones más relevantes sobre el gobierno y la administración del Poder Judicial de la Federación.

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1994, creó el Consejo de la Judicatura Federal, como órgano encargado de la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con exclusión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de la preparación, selección, nombramiento y adscripción de los magistrados de circuito y los jueces de distrito (artículos 97 y 100 de la Constitución).<sup>2</sup>

El Consejo de la Judicatura Federal, que sustituyó en estas funciones al Pleno de la Suprema Corte de Justicia, se integra por los siete miembros siguientes: el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien también preside el Consejo; un magistrado de los tribunales colegiados de circuito, un magistrado de los tribunales unitarios de circuito y un juez de distrito, quienes son designados por insaculación; dos consejeros designados por el Senado y uno por el presidente de la República (artículo 100, párrafo segundo, de la Constitución).

Para los consejeros que designe el Senado y el presidente de la República se señala que “deberán ser personas que se hayan distinguido por su capacidad, honestidad y honorabilidad en el ejercicio de sus actividades jurídicas”. Sin embargo, esta fórmula parece muy genérica, pues no resulta objetivamente demostrable cuándo y en qué medida una persona se ha “distinguido” por tener la actitud y los valores que expresa el párrafo

2 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*, México, Consejo Federal de la Judicatura, 1997, y Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1977.

transcrito, los cuales más bien deberían ser las condiciones mínimas no sólo de los consejeros, sino de todos los integrantes del Poder Judicial.

Por esta razón nos parece más adecuada la exigencia de que los consejeros designados por el Poder Legislativo (y en nuestro país, el del Poder Ejecutivo), sean catedráticos universitarios de derecho o abogados con un mínimo de 15 años de ejercicio docente y profesional, respectivamente, como se establece en la Constitución italiana (artículo 104).

Por otro lado, el procedimiento de insaculación para la designación de los tres consejeros provenientes del Poder Judicial de la Federación—un magistrado del tribunal colegiado de circuito, un magistrado del tribunal unitario de circuito y un juez de distrito—no permite hacer una elección con base en criterios objetivos, pues deja la decisión, en muy buena medida, al azar, a la suerte de la insaculación. Serían preferibles métodos de elección por parte de los propios magistrados y jueces como, los que existen en Italia y Francia.<sup>3</sup>

### III. LAS RELACIONES CON LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En los últimos años ha habido una mayor atención de los medios de comunicación hacia los temas judiciales, sobre todo en relación con juicios sobre cuestiones políticas, constitucionales y penales. Esta mayor atención obedece, en buena medida, a una diversa actitud de los medios en relación con los poderes del Estado, que ha enfatizado sobre todo la libertad de expresión. Pero también obedece al hecho de que algunos conflictos que antes se resolvían por la vía política o de la conciliación de intereses por parte del Poder Ejecutivo federal, ahora están siendo llevados al terreno judicial. La reforma constitucional de 1994 también ha propiciado el traslado de la solución de estos conflictos al ámbito judicial, en la medida en que estableció las acciones de inconstitucionalidad y amplió los tipos de controversias constitucionales, para incluir a aquellas en la que sean parte los municipios.

En un principio, la actitud de los juzgadores fue de una relativa indiferencia frente a las críticas expresadas a través de los medios de comunicación. En ocasiones esas críticas llegaban a ejercer alguna influencia que no parecía de gran relevancia. Existía la idea muy arraigada, sobre todo

3 Cfr. Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso (artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución Política)*, México, McGraw-Hill, 1995, p. 299.

entre los magistrados de los órganos superiores de impartición justicia, de que las sentencias se debían defender por sí solas; que quien quisiese conocer los fundamentos y motivos de la sentencia, debía tomarse la molestia de leerla para que se diera cuenta si estaba o no apegada a derecho. Debo advertir que con alguna frecuencia las críticas expresadas en los medios de comunicación son hechas sin el conocimiento concreto de las sentencias y se basan en sentimientos de simpatía hacia ciertas personas o de animadversión a algunos funcionarios, por lo que no señalan razones concretas de su crítica. Sin embargo, estas censuras, que se encuentran muy difundidas entre los medios de comunicación, sí llegan a afectar la confianza o la credibilidad que debe merecer el Poder Judicial.

Hasta fechas muy recientes, esta actitud de indiferencia ha empezado a cambiar. Los órganos del Poder Judicial de la Federación han iniciado la difusión de los fundamentos y motivos de sus resoluciones, para evitar los efectos de las críticas y censuras que se advierten en los medios de comunicación y para que el lector se pueda formar una opinión más fundada sobre el tema de que se trate. Los juzgadores se han percatado de que las sentencias no se defienden por sí solas, por la sencilla razón de que no están al alcance de todos los lectores, ni les pueden resultar plenamente comprensibles. Y ahora se advierte la necesidad de que los jueces y magistrados informen de manera breve sobre el sentido de sus resoluciones y sobre los fundamentos y motivos de las mismas.

#### IV. LOS GRUPOS ECONÓMICOS Y OTROS FACTORES DE PODER

En términos generales, los sindicatos y las agrupaciones patronales no ejercen presiones muy relevantes sobre los órganos de impartición de justicia laboral, como son las juntas de conciliación y arbitraje, tanto en el ámbito federal como en el local, y los tribunales de conciliación y arbitraje para los trabajadores al servicio del Estado, órganos que no pertenecen al Poder Judicial, ni de la Federación ni de los estados, sino que se ubican formalmente dentro del Poder Ejecutivo, ya sea federal o ya sea local. El Poder Judicial de la Federación sólo conoce de los juicios de amparo contra las resoluciones definitivas o que pongan fin al juicio, pronunciadas por dichos tribunales del trabajo.

Por otro lado, a causa de la crisis económica de diciembre de 1994, en nuestro país ha habido una fuerte confrontación entre los banqueros, por una parte, y los deudores de la banca, por la otra. Tanto unos como



otros han ejercido presiones para inclinar el sentido de las decisiones judiciales. Uno de los grupos de los deudores de la banca han llegado, incluso, a intervenir para impedir que se celebren audiencias, remates y otros actos procesales que puedan afectar a dichos deudores. Han llegado a suspender las labores de juzgados y aun de tribunales superiores de justicia, lo cual ha obstruido las funciones de los órganos jurisdiccionales.

## V. FUNCIONES DE COMPOSICIÓN

Es, sobre todo, en el ámbito de la justicia laboral en el que se manifiesta la función de conciliación de los intereses entre el capital y el trabajo. En efecto, en la primera audiencia que se celebra en el procedimiento ordinario ante las juntas de conciliación y arbitraje, existe una etapa inicial y necesaria de conciliación que se lleva a cabo en los términos previstos en el artículo 876 de la Ley Federal del Trabajo. Esta etapa conciliatoria suele ser cumplida con cuidado por las juntas de conciliación y arbitraje y una cantidad importante de asuntos concluye mediante la conciliación de los intereses de las partes. En el ámbito civil, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se prevé la celebración, en el juicio ordinario civil, de una audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales, en la cual un funcionario judicial distinto del juez debe formular a las partes propuestas de solución para tratar de conciliar sus intereses (artículo 272-A). Sin embargo, en el campo civil esta audiencia no ha tenido un papel relevante en la conciliación de los intereses de las partes.

## VI. ACCIONES DE GRUPO

En México no se regulan las acciones colectivas, sino sólo las acciones de grupo, que el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor atribuye a la Procuraduría Federal del Consumidor organismo público descentralizado del gobierno federal al que se encarga la aplicación en el ámbito administrativo de dicha ley. Esto significa que sólo se otorga legitimación procesal para ejercer las acciones de grupo a la Procuraduría Federal del Consumidor y no así a las asociaciones de consumidores. Esta limitación de la legitimación procesal se ha traducido en el hecho de que la Procuraduría Federal del Consumidor no ha ejercido hasta ahora las acciones de grupo, por lo que no hemos tenido esa experiencia en nuestro

país. Sin embargo, voy a resumir la regulación que hace la Ley Federal de Protección al Consumidor.<sup>4</sup>

El artículo 26 de la Ley regula lo que llama acciones de grupo y prevé que, a través de ellas, la Procuraduría Federal del Consumidor puede demandar ante los tribunales competentes que declaren, mediante sentencia, que una o varias personas han realizado una conducta que ha ocasionado daños y perjuicios a los consumidores y condene a aquéllas a la reparación correspondiente. En un incidente, los consumidores interesados acreditarán su calidad de perjudicados y, asimismo, el monto de los daños y perjuicios a cuya reparación son merecedores (fracción I).

Para que la Procuraduría comparezca en este incidente a nombre de los consumidores, la Ley señala que deberá contar previamente con mandato otorgado por éstos. Este requisito no es exigible legalmente para la promoción y desarrollo del proceso de conocimiento en el que se declare que uno o más proveedores han causado daños y perjuicios a un grupo de consumidores y se condene a los primeros a repararlos. El requisito del mandato, de acuerdo con la redacción de la parte final de la fracción I, sólo debe cumplirse hasta que la Procuraduría comparezca al incidente para acreditar el carácter de perjudicados de consumidores determinados, los cuales, por lo demás, también podrán comparecer por sí mismos a dicho incidente, supuesto en el que obviamente no será necesario el mandato.

Conforme a la naturaleza que esta clase de acciones tiene en el derecho comparado, la Procuraduría podrá ejercer estas acciones sin necesidad de mandato previo, para demandar que el juzgador declare que determinado proveedor ha causado daños y perjuicios a un grupo indeterminado de consumidores y condene a aquél a resarcirlos. Sólo en el momento en que tengan que determinarse los consumidores afectados y acreditar su carácter de perjudicados en el incidente respectivo, se requerirá que éstos otorguen el mandato previo que señala la fracción I.

El supuesto fundamental del que parte el ejercicio de estas acciones de grupo consiste en que, con motivo de la obtención de un bien o la contratación de un servicio, un número considerable de consumidores resienta el mismo daño o perjuicio, que puede provenir de uno o varios proveedores.

Las acciones de grupo previstas en la fracción I tienen un doble carácter: son declarativas, porque pretenden que el juez declare que uno o

4 Este resumen proviene de mi libro *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor*, México, McGraw-Hill, 1995, pp. 68-70.

varios proveedores, con motivo de relaciones de consumo, ha ocasionado daños o perjuicios a los consumidores en nombre de quienes se ejerce la acción de grupo; y son acciones de condena, porque a través de ellas la Procuraduría pide al juzgador que ordene a los proveedores responsables la reparación de los daños y perjuicios, a los interesados que acrediten incidentalmente su calidad de perjudicados y el monto de los daños y perjuicios.

En el proceso de conocimiento será suficiente que la Procuraduría demuestre que el proveedor demandado ha causado daños o perjuicios a algunos consumidores, para que el juez pronuncie la sentencia declarativa y de condena. Al incidente de liquidación y ejecución de la sentencia podrán comparecer todos aquellos consumidores que hayan resentido los mismos daños o perjuicios, a acreditar su carácter de perjudicados y el monto de los daños o perjuicios sufridos.

Por otro lado, la fracción II prevé lo que podríamos denominar una acción de grupo cautelar, a través de la cual la Procuraduría Federal del Consumidor puede demandar de los tribunales competentes un mandamiento para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que ocasionen daños o perjuicios a consumidores, o previsiblemente puedan ocasionarlos. Para el ejercicio de esta acción de grupo cautelar no se exige el mandato previo, por la sencilla razón de que estas acciones se dirigen a prevenir, a impedir la realización de conductas que ocasionen o puedan ocasionar daños o perjuicios a consumidores, los cuales por lo mismo no pueden determinarse de antemano.

Cabe aclarar que el ejercicio de las acciones de grupo por parte de la Procuraduría es discrecional, por lo que la Ley no confiere el derecho a exigir que la Procuraduría ejerza acciones de grupo; pero sí señala que la Procuraduría sólo podrá ejercer estas acciones previo análisis de su procedencia

## VII. SELECCIÓN DE LAS CAUSAS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES

En el Poder Judicial de la Federación se ha venido dando un proceso de reducción de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de los juicios de amparo, para trasladarla a otros órganos del Poder Judicial de la Federación. Con base en las disposiciones del artículo 107 de la Constitución Política de 1917, que se inspiraron en las ideas de Emilio Rabasa, las leyes reglamentarias del amparo de 1919 y

1936 —esta última todavía en vigor— distinguieron dos tipos de juicios de amparo: 1) el amparo directo, que se interpone contra sentencias definitivas, respecto las cuales no proceda ningún recurso conforme al ordenamiento que regule el juicio o proceso del cual emane la sentencia, y 2) el amparo indirecto, que procede contra actos de autoridad definitivos o de ejecución de imposible reparación distintos de las sentencias. La reforma de 1987 agregó que también se pueden impugnar a través del amparo directo, las resoluciones que pongan fin al juicio o proceso, y respecto de las cuales no proceda tampoco ningún recurso. En términos generales, el amparo directo cumple la función de lo que se ha llamado el amparo casación, y el amparo indirecto cumple las demás funciones que mencionamos al inicio de este trabajo. El amparo directo normalmente se tramita en una sola instancia, aunque se prevén algunos supuestos en que, por excepción, puede recurrirse la sentencia; en cambio, en el amparo indirecto se prevé normalmente la posibilidad de una segunda instancia.

En 1919, bajo la vigencia de la primera Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocía tanto de todos los juicios de amparo directo como del recurso de revisión que interpusieran las partes en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en los amparos indirectos. Era una tarea enorme que se fue traduciendo en un rezago en la resolución de los juicios de amparo.

En 1951 se crearon los tribunales colegiados de circuito, con la finalidad de auxiliar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el conocimiento y resolución de los juicios de amparo directo y de los recursos de revisión en los juicios de amparo indirecto. En un principio se establecieron criterios formales para distribuir la competencia para conocer de juicios de amparo directos y los recursos de revisión en los juicios de amparo indirecto, entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito. En 1967 se modificaron estos criterios con la finalidad de incrementar la competencia de los tribunales colegiados de circuito y reducirla para la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por último, en 1987 se determinó atribuir el conocimiento de todos los juicios de amparo directo a los tribunales colegiados de circuito y dejar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo la facultad para atraer a su conocimiento estos juicios de amparo cuando, a su criterio, existiera un interés trascendente para la nación. También se limitó la procedencia del recurso de revisión contra la sentencia dictada por los jueces de distri-

to en los juicios de amparo indirecto, a fin de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo conociera de aquellos recursos de revisión en los que se planteen cuestiones de constitucionalidad de leyes, tratados o reglamentos o se controvierta sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política.

En contrapartida, desde la reforma de 1983 ya se había establecido la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para atraer a su conocimiento los amparos directos que originalmente correspondería resolver a los tribunales colegiados de circuito, así como los recursos de revisión en los juicios de amparo indirecto, cuya competencia original correspondería a los citados tribunales colegiados de circuito.<sup>5</sup>

De acuerdo con el texto vigente del artículo 107 de la Constitución Política, esta facultad de atracción puede ser ejercida de oficio por la propia Suprema Corte de Justicia o bien a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado de distrito o del procurador general de la República. El criterio que se establece para ambos casos es que se trate de amparos “que por su interés y trascendencia así lo ameriten”. En todo caso, a quien corresponde determinar si en un amparo “su interés y trascendencia” ameritan que el ejercicio de la facultad de atracción, es la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El procedimiento que debe seguirse para ejercer la facultad de atracción, está establecido en el artículo 182 de la Ley de Amparo, por lo que se refiere a la atracción de los amparos directos; y por lo que concierne a los amparos en revisión, el artículo 84, fracción III, de la misma Ley de Amparo, dispone que se debe aplicar en lo conducente lo dispuesto por el citado artículo 182.<sup>6</sup>

5 En realidad, esta facultad de atracción ya se había otorgado a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, desde la reforma constitucional de 1967. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “Setenta y cinco años de evolución del Poder Judicial en México”, *México: setenta y cinco años de Revolución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p.312.

6 El artículo 182 de la Ley Amparo dispone lo siguiente: “La Suprema Corte de Justicia podrá ejercitar la facultad de atracción contenida en el párrafo final de la fracción V del artículo 107 constitucional, para conocer de un amparo directo que originalmente correspondería resolver a los Tribunales Colegiados de Circuito, de conformidad al siguiente procedimiento:

I. Cuando la Suprema Corte ejerza de oficio la facultad de atracción, se lo comunicará por escrito al correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, el cual en el término de quince días hábiles remitirá los autos originales a la Suprema Corte, notificando personalmente a las partes dicha remisión;

II. Cuando el procurador general de la República solicite a la Suprema Corte de Justicia que ejercite la facultad de atracción, presentará la petición correspondiente ante la propia Suprema Corte y comunicará dicha petición al Tribunal Colegiado de Circuito del conocimiento; recibida la petición, la Suprema Corte mandará pedir al Tribunal Colegiado de Circuito, si lo estima pertinente, que le re-

## VIII. ATRIBUCIONES DEL JUEZ EN PROCESOS URGENTES Y DE TUTELA DIFERENCIADA

Al igual que acontece con las leyes orgánicas de los poderes judiciales cada uno de los treinta y un estados, el Distrito Federal y la Federación cuentan con su propio Código de Procedimientos Civiles. Esto significa que en la República existen 33 Códigos de Procedimientos Civiles, por lo que no sería posible que en esta ponencia nacional se abordara cada uno de estos ordenamientos procesales. Sin embargo, me voy a referir particularmente al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932, todavía vigente, que es el que mayor influencia ha ejercido en los estados de la República, ya que ha sido tomado como modelo por la mayor parte de ellos. También me referiré a algunos otros códigos procesales civiles que tengan algunas de las atribuciones que son materia de este apartado.

Por lo que se refiere al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el juicio de mínima cuantía no se prevén atribuciones diferenciadas o especiales para el juzgador. La característica fundamental de este juicio, del que conocen en el Distrito Federal los jueces de paz, consiste en la abreviación de los plazos y la concentración de los actos procesales en una audiencia, así como en las facultades que se dan al juez

mita los autos originales, dentro del término de quince días hábiles; recibidos los autos originales, en su caso, la Suprema Corte de Justicia, dentro de los treinta días siguientes, resolverá si ejercita la facultad de atracción, en cuyo caso lo informará al correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito y procederá a dictar la resolución correspondiente; en caso negativo, notificará su resolución al Procurador General de la República y remitirá los autos, en su caso, al Tribunal Colegiado de Circuito para que dicte la resolución correspondiente;

III. Si un Tribunal Colegiado de Circuito decidiera solicitar a la Suprema Corte de Justicia que ejercite la facultad de atracción, expresará las razones en que funde su petición y remitirá los autos originales a la Suprema Corte; la Suprema Corte, dentro de los treinta días siguientes al recibo de los autos originales, resolverá si ejercita la facultad de atracción, procediendo en consecuencia en los términos de la fracción anterior.

Una vez decidido que la Suprema Corte de Justicia se avoca el conocimiento del amparo directo respectivo, se mandará turnar el expediente, dentro del término de diez días, al ministro relator que corresponda a efecto de que formule por escrito, dentro de los treinta días siguientes, el proyecto de resolución relatada en forma de sentencia; se pasará copia de dicho proyecto a los demás ministros, quedando los autos a su disposición, para su estudio, en la secretaría.

Cuando por la importancia del negocio o lo voluminoso del expediente, el ministro relator estime que no sea bastante el plazo de treinta días para formular proyecto, pedirá la ampliación de dicho término por el tiempo que sea necesario.

Formulado el proyecto de sentencia, se señalará día y hora para su discusión y resolución, en sesión pública, pudiendo aplazarse la resolución por una sola vez”.

para procurar la conciliación de los intereses de las partes. Pero, fuera de estas características, la posición del juez de paz es muy similar a la del juez civil en los juicios ordinarios civiles. En los juicios en materia familiar se prevé la facultad del juez de lo familiar para fijar una pensión provisional de alimentos, que puede decretar en los juicios de alimentos (artículo 943); también se prevé el otorgamiento de alimentos a menores e incapacitados en el juicio de divorcio (artículo 675). De acuerdo con la tradición española, en los juicios ejecutivos se prevé el embargo provisional de bienes del demandado; y en el juicio especial hipotecario se establece la fijación y registro de la cédula hipotecaria, que en la reforma de 1996 se convirtió en la anotación de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. Para los juicios de interdicto de obra nueva y obra peligrosa se prevé la suspensión provisional de la obra nueva o de la obra peligrosa o la realización de obras indispensables para evitar daños al actor. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no se prevén medidas cautelares específicas para los interdictos de retener y de recobrar la posesión. En cambio, en los Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados de Guerrero, Morelos, Sonora, Tabasco y Zacatecas sí se faculta al juzgador para dictar tanto medidas urgentes como providencias cautelares en el interdicto de retener la posesión.

Por otro lado, en el juicio de amparo se regula la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado, la cual en un principio fue entendida, de acuerdo con su propio significado gramatical, como la simple detención o interrupción durante la tramitación del amparo, de los efectos del acto que se impugnaba, para evitar que se consumaran de manera irreparable y que el amparo quedara sin materia. Para esta concepción tradicional de la suspensión del acto reclamado, que prevaleció durante muchos años en la jurisprudencia y en la doctrina, los efectos de la suspensión sólo podían ser conservativos y en ningún caso debían tener efectos restitutorios (o anticipativos), pues se consideraba que estos últimos eran exclusivos de la sentencia que concede el amparo.

Sin embargo, esta concepción tradicional ha sido superada en las tesis de jurisprudencia 15/96 y 16/96 sustentadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las contradicciones de tesis 3/95 y 12/90. En la primera tesis, el Pleno de la Suprema Corte sostuvo que la suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia de buen dere-

cho y el peligro de la demora. La tesis de jurisprudencia 16/96 afirma que para conceder la suspensión del acto reclamado:

el juzgador deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva, pues el hecho de que anticipe la probable solución de fondo, es sólo un adelanto provisional para los efectos de la suspensión... Consecuentemente, si toda medida cautelar descansa en los principios de la verosimilitud o apariencia del derecho y el peligro de la demora, el juez de distrito puede analizar esos elementos en presencia de una clausura ejecutada por tiempo indefinido, y si la provisión cautelar, como mera suspensión, es ineficaz, debe dictar medidas que impliquen no una restitución, sino un adelanto provisional del derecho cuestionado, para resolver posteriormente, en forma definitiva, si el acto reclamado es o no inconstitucional...<sup>7</sup>

Esta tesis de jurisprudencia recoge las ideas que había sostenido anteriormente Ricardo Couto, quien consideraba que la suspensión del acto reclamado debía funcionar como un “amparo provisional”.<sup>8</sup>

## IX. MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ya anteriormente me ocupé de la conciliación judicial, incluyendo dentro de ella tanto a la que se practica ante los tribunales del trabajo (los cuales, si bien se encuentran ubicados formalmente fuera del Poder Judicial, sin embargo sí ejercen funciones jurisdiccionales), como la que se lleva a cabo ante los jueces civiles en las audiencias previas, de conciliación y excepciones procesales (*supra* V). Habría que agregar que en México existen organismos y entidades dentro de la administración pública que tienen entre sus funciones principales la de procurar la conciliación de los interesados. Así ocurría con los órganos de vigilancia y supervisión de las instituciones financieras, como era el caso de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, cuyas funciones conciliatorias han sido atribuidas ahora a la Comisión Nacional de Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros.<sup>9</sup>

7 Las tesis de jurisprudencia 15/96 y 16/96 fueron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. III, abril de 1996, pp. 16 y 36.

8 Las ideas de Ricardo Couto fueron expresadas en su *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, México, Porrúa, 1957, pp. 218-260.

9 *Cfr.* Artículo 11, fracción III, de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1999.



Pero el organismo administrativo que ha desempeñado el papel más relevante en la conciliación de los intereses de los particulares ha sido la Procuraduría Federal del Consumidor, creada en 1976 como un organismo público descentralizado del gobierno federal, que tiene a su cargo la aplicación en el ámbito administrativo de la Ley Federal de Protección al Consumidor, entre otros medios, procurando la conciliación de los intereses entre proveedores y consumidores. La Procuraduría Federal del Consumidor conoce de las reclamaciones que presenten los consumidores en relación con los bienes o servicios que adquieran de los proveedores. La reclamación se tramita a través de un procedimiento cuyos actos principales se encuentran previstos en la vigente Ley Federal de Protección al Consumidor, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1992. El proveedor está obligado a comparecer al procedimiento, en virtud de que se le pueden imponer medidas de apremio si no lo hace o si deja de presentar el informe que sobre la reclamación del consumidor debe entregar en la audiencia señalada para tal fin. Como es lógico, la aceptación de las propuestas de solución que hace el conciliador es enteramente voluntaria para ambas partes. Este procedimiento tiene un grado considerable de eficacia, en virtud de que el porcentaje de reclamaciones que son satisfechas por los proveedores normalmente es superior al 60% de las reclamaciones presentadas y admitidas.

Por otro lado, la solución de conflictos por medio del arbitraje se encuentra prevista en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como la mayor parte de los Códigos de Procedimientos Civiles de los estados. No se encuentra regulada en los Códigos de Procedimientos Civiles de Guanajuato y el Federal. Sin embargo, el arbitraje civil no se ha desarrollado de manera considerable en México. No existen instituciones dedicadas de manera permanente al arbitraje civil. Posiblemente la única institución de arbitraje civil permanente es el Instituto Mexicano del Derecho de Autor, órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, que puede fungir como árbitro en las controversias que surjan sobre los derechos de autor.

Por lo que se refiere al arbitraje mercantil, el Código de Comercio de 1889, todavía vigente, originalmente no regulaba de manera expresa al arbitraje, pero su artículo 1051 permitía que se pudiesen celebrar la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral a través de lo que se denomina el procedimiento convencional.

Han sido necesarias dos reformas al Código de Comercio (primero la publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de enero de 1989 y después la que apareció el 22 de julio de 1993) para que dicho ordenamiento regulara en forma sistemática al arbitraje. Con la última reforma también se establecieron reglas más detalladas sobre el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos provenientes del extranjero. México ha suscrito la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York, en 1958; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, adoptada en Montevideo, Uruguay, en 1969, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Panamá, de 1975.

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje civil, para el arbitraje mercantil sí existen numerosas instituciones que pueden prestar este servicio de manera permanente. Por un lado, tanto las cámaras de comercio como las de industria están facultadas para actuar, por medio de las comisiones destinadas a tal fin, como árbitros o arbitradores en los conflictos entre comerciantes o industriales. Asimismo, en nuestro país se constituyó, desde 1968, la Sección Nacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Por otro lado, tanto la Procuraduría Federal del Consumidor como la Comisión Nacional de Protección y Defensa de los Derechos de los Usuarios de los Servicios Financieros también pueden fungir como árbitros en los conflictos entre los consumidores y los proveedores y entre los usuarios de servicios financieros y las instituciones financieras, respectivamente.

Por último, la institución del *ombudsman* se introdujo en el ordenamiento mexicano a través de la Procuraduría Federal del Consumidor, pues este organismo, además de las funciones conciliadora y arbitral a que he hecho referencia anteriormente, tiene otras atribuciones similares a las del *ombudsman* del consumidor sueco. La Procuraduría Federal del Consumidor está facultada tanto para representar individual o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, cuanto para excitar (es decir, recomendar) a las autoridades competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores y publicar dicha excitativa cuando lo considere pertinente (artículo 24, fracciones III y XIX, de la Ley Federal de Protección al Consumidor).

Posteriormente, el 3 de enero de 1985, el Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México aprobó el estatuto que introdujo la institución del *ombudsman* en el ámbito de dicha Universidad, a través de la Defensoría de los Derechos Universitarios.

En el Distrito Federal, por acuerdo del jefe del Departamento de esa entidad, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1989, se creó la Procuraduría Social, que conoce de las reclamaciones de los particulares contra las autoridades administrativas del mismo Departamento, realiza investigaciones sobre las mismas y formula recomendaciones no obligatorias a las propias autoridades.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada por decreto presidencial de 5 de junio de 1990, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 6 del mismo mes y año.

Esta Comisión fue elevada a rango constitucional por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992, que reformó el artículo 102 de la Constitución Política para agregarle un apartado "B". En el nuevo apartado se autoriza al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados para establecer organismos de protección de los derechos humanos, que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público, que violen esos derechos, con exclusión del Poder Judicial Federal.

Con base en la reforma constitucional, el 29 de junio de 1992 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Ésta señala que la Comisión es un órgano descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos en el orden jurídico mexicano (artículo 2o.).

El artículo 3o. de la ley señala que la Comisión tendrá competencia en todo el territorio nacional, para conocer de las quejas presentadas contra las presuntas violaciones a los derechos humanos, siempre y cuando sean imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal. Por otro lado, el artículo 7o. de la ley indica que la Comisión no es competente para conocer de asuntos electorales, laborales, jurisdiccionales, ni de consultas formuladas sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.

De acuerdo con el artículo 6o., la Comisión tiene, entre otras atribuciones, la de recibir quejas de probables violaciones a derechos humanos;

conocer e investigar a petición de parte o de oficio dichas violaciones; formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias; procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, y conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las entidades federativas.

Al lado de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, también existen una Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y un organismo similar en cada uno de los 31 estados de la República.

## X. JURISPRUDENCIA

En nuestro país, la jurisprudencia, como fuente obligatoria del derecho basada en los criterios de interpretación judicial de la Constitución y la ley sostenidos en un número determinado de resoluciones, fue introducida en la Ley de Amparo de 1882, bajo la influencia del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ignacio L. Vallarta. Se consagró de manera definitiva en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908. Se elevó a rango constitucional en las reformas de 1951; en las reformas de 1968 a la Constitución Política, se amplió el ámbito de la jurisprudencia obligatoria —que hasta entonces se había limitado a la Constitución y las leyes federales— a las leyes locales. A través de la jurisprudencia que ha venido estableciendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde 1882, se ha propiciado la unificación de los criterios de interpretación del derecho mexicano, que todavía se diluye en un federalismo legislativo, que se traduce en que cada uno de los 31 estados y el Distrito Federal tienen sus propios Códigos Civiles, Penales, de Procedimientos Civiles y de Procedimientos Penales. La tarea de interpretar la Constitución y de determinar la constitucionalidad de las leyes queda reservada, en última instancia, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Existe una cantidad muy amplia de tesis de jurisprudencia y criterios que sólo son precedentes, en los que se interpretan los artículos de la Constitución Política. Son muchísimos y sería imposible hacer una selección que pudiera exponerse en este trabajo.

A partir de 1968 los tribunales colegiados de circuito fueron facultados para establecer jurisprudencia, con lo cual se ha planteado el problema de la diversidad de interpretaciones que sostiene cada uno de los tribunales colegiados de circuito, cuyo número en la República era de 98 al finalizar 1998.

Para solucionar las contradicciones de tesis, tanto la Constitución como la Ley de Amparo facultan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar cuál es la tesis de jurisprudencia que debe prevalecer. En este caso basta una sola resolución para que la determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenga carácter de tesis de jurisprudencia obligatoria. En los demás casos, tanto la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la de los tribunales colegiados de circuito se forma por los criterios sostenidos por dichos órganos jurisdiccionales en, cuando menos, cinco resoluciones, que en el derecho mexicano reciben el nombre de ejecutorias.

## XI. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

México ha suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, estos tratados internacionales no han tenido hasta ahora una influencia relevante en el sistema de justicia interno, seguramente a causa de que México no había reconocido la competencia de ningún tribunal supranacional.

Hasta el 16 de diciembre de 1998 se depositó ante el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, el instrumento en el que México reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>10</sup> Es muy probable que, a partir de este reconocimiento, pueda percibirse una mayor influencia de la Convención Interamericana.

10 En el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de diciembre se publicó la aprobación de la Cámara de Senadores, y el del 24 de febrero de 1999, se publicó el decreto promulgatorio de la declaración de competencia contenciosa.

## FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LAS CONTRIBUCIONES

Gregorio RODRÍGUEZ MEJÍA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nota previa*. III. *La causa*. IV. *Concepto de contribución*. V. *El gasto público*. VI. *Circunstancias que complementan la filosofía de las contribuciones*. VII. *El legislador fiscal*. VIII. *El destino de las contribuciones*. IX. *La interpretación de la ley fiscal*. X. *La equidad en las contribuciones*. XI. *Notas finales*.

### I. INTRODUCCIÓN

Probablemente, ante el contenido de los textos que tenemos de filosofía del derecho, se considere un tanto raro que se escriba sobre filosofía de las contribuciones.

Al que esta nota escribe le parece no sólo normal sino necesario abordar el tema, ante la limitación de los textos de la materia, en que sólo aparece una mínima parte de auténtica filosofía y el resto de los volúmenes se dedica a hablar de derecho, pero no de filosofía.

Entendida la función de la filosofía del derecho como un camino para investigar las últimas causas de lo jurídico, nos percatamos que dicha materia de estudio es tan amplia como lo es el derecho en sus diversas manifestaciones.

Cada expresión del régimen de la conducta social humana amerita estudiarse en sus orígenes o causas últimas y cada una reclama dicho estudio.

Este estudio, detenidamente realizado, dará a cada rama del derecho y a cada norma que se considere auténticamente ley, la justificación y la pureza que les son indispensables para su indiscutibilidad.

Dicho requerimiento se manifiesta en toda plenitud en lo fiscal, cuyas normas afectan de manera sensible el interés de quienes pagamos las contribuciones.

Con esta filosofía contribucional debiera instruirse al pueblo, en forma de tal manera llana que todos entendiésemos la causa suprema de nuestro deber de contribuir, a efecto de que para el Estado la función de cobro de esas aportaciones fuese menos difícil.

Lo anterior exige un conocimiento, no sólo del funcionario fiscal, sino de todo abogado, de esta filosofía de las contribuciones. Ojalá mi intento por introducir a quien lea este trabajo no resulte inútil.

Pretendo justificar filosóficamente lo esencial de las aportaciones que hemos de hacer al Estado para que éste cumpla su función, y para que el contribuyente se convenga de la justicia de las aportaciones que haga para tal fin.

## II. NOTA PREVIA

Para iniciar este modesto estudio, hemos de conceptuar la filosofía del derecho y las contribuciones, y buscar, así sea brevemente, la naturaleza de ambos entes, para luego darle cuerpo al tema central.

Por supuesto hemos de recordar qué es la filosofía. Sabido es que muchas palabras que han llegado a nuestro léxico han sufrido transformaciones en su alcance conceptual, y la palabra filosofía es una de esas palabras que tuvo un significado inicial totalmente diverso al actual.

Para los griegos, filosofía significó amor a la sabiduría, y la palabra se acuñó después de que un hombre de ciencia contestó a la pregunta que se le formuló, que si él era un filósofo o un enamorado de la sabiduría.

De ello se derivó que al amor a la sabiduría se llamase filosofía. Así la palabra filosofía ha llegado hasta nosotros, pero se le ha dado el sentido estudio de los seres por sus últimas causas. La filosofía se distingue de la ciencia en general (que es el estudio de los seres por sus causas) por estudiar lo existente “por sus últimas causas”.

Los estudiosos del derecho se han preocupado por conocer el origen o causa última del mismo; por ello se ha integrado la filosofía del derecho. En nuestros tiempos se distingue con precisión la ciencia del derecho, de la filosofía del derecho y habrá que agregar que, con interés de los estudiosos, se aclara que el derecho no es ciencia, sino un régimen de la conducta social humana.

### III. LA CAUSA

Antes de hablar de la filosofía de las contribuciones, a efecto de hacer más preciso lo que ha de decirse y puesto que ha de hablarse de la causa última de las mismas, conviene que se aluda a la causa.

Debidamente estudiada la idea de la causa, evitaremos caer en el error de varios tratadistas que desgraciadamente han tenido aceptación entre muchos estudiosos, quienes sin profundizar en la filosofía jurídica indican que la causa del derecho es sólo la eficiente.

Pero ¿Qué es la causa?

J. Rafael Faría indica que “causa es el principio que con su acción real y positiva produce algo con dependencia en el ser”.<sup>1</sup>

Estudiado el concepto anterior nos encontramos con diversas causas; éstas son: a) causa de origen, b) causa eficiente, c) causa material, d) causa formal y e) causa final.

La causa de origen es aquello que es la razón suprema del ser que se estudia; la eficiente, alude al autor que hizo la cosa; la material, a aquello de que está hecha la cosa; la formal, responde a la pregunta ¿qué es la cosa?, y la final, alude al destino de la cosa.

Para este estudio hemos de referirnos a la causa de origen, a la eficiente, a la formal y a la final, pues la material debido a la inmaterialidad como tratamos las contribuciones no interesa.

### IV. CONCEPTO DE CONTRIBUCIÓN

Habiendo hablado de las causas hemos de definir las contribuciones y localizar las causas de las mismas.

La contribución se conceptúa como la aportación que para cubrir los gastos públicos hacen al Estado las entidades, cuya situación coincide con la prevista por la norma jurídica como hecho generador del crédito fiscal.

La contribución, según el concepto, es una aportación que se hace al Estado para cubrir los gastos públicos. Importa encontrar la causa última de las contribuciones; ello lo lograremos aludiendo al origen del Estado.

Diversas son las teorías que se refieren al origen del Estado.

<sup>1</sup> Faría, J. Rafael, *Lógica y metafísica, Curso de filosofía*, Bogotá, Librería Voluntad, LTDA, 1957, p. 303.



Recordemos la escuela del divinismo jurídico y del Estado. Esta escuela sostiene que el Estado, como el derecho tienen origen divino.

La escuela del jusnaturalismo sostiene que el derecho y, consecuentemente, el Estado son producto de una necesidad implícita en la naturaleza del hombre.

El positivismo jurídico, si bien sólo en forma indirecta, alude al origen del Estado, sí, en forma concreta, sostiene que el derecho es producto de la acción de aquel.<sup>2</sup>

No falta la hipótesis del origen del Estado, como una conformación voluntaria de los hombres para poder convivir en el grupo social.

En cualquiera de las mencionadas posturas doctrinarias se contempla al Estado como un ente investido de un poder que ejerce sobre la sociedad. Ese poder se materializa en el gobierno, como órgano en quien reside el poder aludido. El mencionado poder es la soberanía. En el estudio del Estado hemos de encontrar la causa de origen y la causa eficiente de las contribuciones.

Ante cualquiera de las hipótesis doctrinarias del origen del Estado-gobierno, encontramos a éste como una institución con necesidades económicas, y como su función es en beneficio de la sociedad, se entiende que los miembros de ésta han de proporcionarle los elementos para que satisfaga dichas necesidades.

El argumento de que no todos los miembros de la colectividad hayan dado su consentimiento para que el funcionario o los funcionarios estatales lleguen a serlo, no es razón para que no aporten las contribuciones quienes no hayan votado por los mencionados funcionarios, pues se entiende que democráticamente han sido elegidos y su acción a todos beneficia.

En gobiernos por sucesión se encuentra aceptado por la población el sistema, y en tanto no haya un cambio deberán ceñirse los súbditos para quienes trabaja el gobierno.

En aquellos casos en que obligue a quienes no son nacionales del Estado que cobra las contribuciones a que las cubran, la justificación de éstas y la obligación relativa se originan en la circunstancia de que el Estado de que se trate presta al extranjero servicios de diversa índole, y en la voluntad de éste de someterse a la ley de dicho Estado. Estos extranjeros se convierten en sujetos pasivos (ahí está la causa filosófica de

2 Véase Kelsen, Hans, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Recasens Siches y Justino de Azcarate, Bosch, Casa Editorial, 1934, p. 47.

su obligación) al adoptar domicilio en territorio del Estado que cobrará las contribuciones, o porque en la misma jurisdicción tienen la fuente de la contribución respectiva.

En diversos sistemas jurídicos, es la nacionalidad base de criterio para que surja la obligación de contribuir; México, ante lo impráctico que resulta hacer efectivas las contribuciones en este caso, abandonó tal criterio.

Pero para nuestro propósito ha de discutirse si es o no adecuado que la nacionalidad sea determinante para que surja la obligación de contribuir para los gastos del Estado; para ello es necesario determinar qué es la nacionalidad y aludir a sus efectos. La nacionalidad es la dependencia que en virtud del origen o de la voluntad de una persona, la liga a una soberanía.

La nacionalidad trae aparejados derechos y obligaciones de quien la ostenta de y para con el Estado, suya es la soberanía en que se apoyan las leyes a que se somete el nacional; pero existen circunstancias en que la dependencia del Estado, por razones prácticas, deja de existir por lo que se refiere a las contribuciones; ello se da en aquellos casos en que resultaría inútil o impráctico que dicho Estado pretendiese hacer efectiva una contribución, como cuando el nacional se ausenta del territorio del Estado pretensor del cobro.

Por la razón anterior, el derecho mexicano optó por no sostener el criterio de la nacionalidad para determinar los sujetos pasivos de las contribuciones; criterio que, como es bien sabido, se sigue sosteniendo en algunos derechos extranjeros.

## V. EL GASTO PÚBLICO

Del concepto de contribuciones se deriva otro tema que no puede eludirse al estudiar la filosofía de estas aportaciones: nuestro artículo 31 constitucional indica que las contribuciones son para cubrir los gastos públicos.

Es necesario precisar qué es un gasto público y ver si este fin, o causa última de la contribución es suficiente para justificar ante la filosofía del derecho la existencia de esas aportaciones, que representan para quien debe hacerlas una carga que a veces pareciese no razonable.

¿Qué es el gasto público? Emilio Margain Manautou nos dice que “por gasto público se entiende toda erogación hecha por el Estado a tra-

vés de su administración activa, destinada a satisfacer las funciones de sus entidades, en los términos previstos en el Presupuesto”.<sup>3</sup>

Surgen varias preguntas en relación con este punto: ¿Será indispensable el gasto público? ¿No podrá evitarse el gasto público? ¿A cargo de quien será el gasto público? ¿Por qué hacer que el mismo afecte la economía de personas que frecuentemente ni siquiera han dado su consentimiento para que los gobierne, quien cobra las contribuciones? ¿Se necesita personalidad para contraer la obligación de pagar contribuciones? Cada una de las respuestas a las enunciadas cuestiones se apoya en una causa filosófico-jurídica que a continuación se expresa.

Puesto que el Estado surge como respuesta a una necesidad, sin cuya satisfacción adecuada —que debe proporcionar él mismo— no sería posible la vida social de los humanos. El Estado, para poder cumplir la función que justifica su existencia, que es la de hacer efectivo el derecho para que la vida en sociedad se realice, requiere del gasto público; otra solución no existe, o se hace el gasto público o la vida del Estado es inútil. Según lo dicho, el gasto público no puede evitarse, pues cada solución a un problema de la sociedad implica una erogación.

La pregunta de a cargo de quién es el gasto público tiene dos respuestas: la primera es la siguiente: puesto que el gasto público, en principio, se realiza en beneficio de los hombres que integran la población del Estado, lógico resulta que a éstos corresponde hacer la aportación que la haga posible.

La otra respuesta, si bien es del positivismo jurídico, es válida en la vida real y para efectos de hacer efectiva la obligación de contribuir: han de pagar las contribuciones quienes se coloquen en la circunstancia prevista por la ley como hecho generador del crédito fiscal. De ninguna manera es razonable que si no se da el caso concreto previsto por la ley se pueda exigir a alguien la cumpla; ello es condición *sine qua non*; para que nazca la obligación relativa.

En cuanto a la pregunta de por qué ha de afectar la obligación tributaria a economías de quienes no han elegido, directa o indirectamente a quien ha de cobrar las contribuciones, se reitera la idea expresada indirectamente: estas personas viven en ambiente en que las necesidades sociales han de satisfacerse y ellas lo hacen voluntariamente, y si voluntariamente

3 Margain Manautou, Emilio, *Introducción al estudio del derecho tributario*, San Luis Potosí, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1969, p. 141.

lo hacen y reciben los beneficios de un Estado-gobierno que con su acción hace posible su vida social en ese ambiente, voluntaria o forzadamente han de contribuir para hacer posible una vida social que los beneficia.

A la última pregunta de si es necesaria personalidad para que surja la obligación de contribuir, ha de contestarse con una reflexión acerca de la realidad que se vive: en la vida real existen entes económicos sin personalidad, como los patrimonios-afectación, que se colocan en la situación del hecho generador del crédito fiscal. Si el Estado, por la circunstancia de que tales entes no tienen personalidad jurídica no pudiese cobrarles contribuciones, muchas de éstas sería imposible hacerlas efectivas. La razón más elemental nos dice que dado el hecho generador, aun cuando no sea imputable a una persona física o moral, la contribución ha de cumplirse.<sup>4</sup>

## VI. CIRCUNSTANCIAS QUE COMPLEMENTAN LA FILOSOFÍA DE LAS CONTRIBUCIONES

Hasta aquí, en general, se ha expresado la causa última de las contribuciones; es decir, se ha expresado la razón de su existencia; pero estas prestaciones y su régimen están sometidos a modalidades o circunstancias que hacen viable el cobro de las mismas y que han de cumplirse para darle juridicidad plena a la normación legal, a efecto de que tanto quien las cobra como quienes las pagan cumplan o se ajusten a la seguridad jurídica.

## VII. EL LEGISLADOR FISCAL

Lo primero que habrá que estudiar como complemento necesario a la filosofía de las contribuciones, es si quien las impone tiene facultad para ello; lo que nos induce a verificar ante la ley si el legislador que dicta aquella en que se establecen estas prestaciones está facultado para ello.

En nuestro derecho hemos de atender al texto constitucional que establece las facultades de legislar en esta materia. Recordemos, en relación con este aspecto que existen facultades exclusivas de la Federación y, consecuentemente excluyentes de otro legislador, facultades reservadas al

4 En relación con este aspecto, son de criticarse, juntamente con nuestro Código Fiscal de la Federación, las otras leyes de la materia que establecen que las contribuciones son obligatorias para “personas físicas o morales” (artículo 1o. del Código Fiscal).

legislador de las entidades federativas, y facultades concurrentes, las que pueden ejercer el legislador federal y los de los estados de la Federación.

El artículo 124 de nuestra Constitución federal establece que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. Es expresión este artículo de la organización federativa de nuestro país.

Luego, el artículo 73, de la misma Constitución indica que “El Congreso de la Unión tiene facultad: VII para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto”. Después, el artículo 117 de la misma ley suprema señala en las fracciones IV, V, VI, VII y IX, varias formas de gravamen fiscal que las entidades federativas no pueden imponer. A continuación el artículo 118 de la propia Constitución federal expresa: “Tampoco pueden (los Estados), sin consentimiento del Congreso de la Unión: I. Establecer derecho de tonelaje, ni otro alguno de puertos, ni imponer contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones”. Finalmente, el artículo 131 del mismo ordenamiento establece: que el Ejecutivo puede ser facultado por el Congreso de la Unión “para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas o tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso y para crear otras”.

Los preceptos constitucionales aludidos son expresión de la última causa eficiente de las normas contribucionales, por lo que un estudio de filosofía jurídica en esta área no puede eludir su referencia. No atender al contenido de estos preceptos produce conflictos que se han dado en el pasado.

En buena parte, la Ley de Coordinación Fiscal ha venido a eliminar el deseo de las entidades federativas de imponer contribuciones duplicativas de las federales, al establecer que no se beneficiarán del producto de los impuestos federales, quienes lo hagan.

### VIII. EL DESTINO DE LAS CONTRIBUCIONES

Por lo dicho, el establecimiento y el cobro de las contribuciones deben justificarse; si esto no se hace se está violando la filosofía de estas aportaciones, luego es indispensable que el legislador tenga la atingencia de determinar su destino al dictar la ley relativa, destino que no puede ser otro que cubrir el gasto público, como antes quedó expresado.

La idea de gasto público, a veces, parece diluirse, o el administrador del producto de las contribuciones desvía el destino de dicho producto;

entonces surge la inconformidad del pueblo que es el que hace los aportes. Por eso se recomienda justificar cada erogación mediante la explicación respectiva en el documento del presupuesto y señalar la autoridad que ha de hacer la erogación.

Para que se cumpla el fin de las contribuciones es indispensable, por otra parte, que el administrador de su producto tenga el conocimiento de las necesidades de la población, la intención de servir según el objetivo de su función y disponer de los conocimientos que le permitan hacerlo.

## IX. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY FISCAL

Además de la mutabilidad de las leyes fiscales, la dificultad de interpretación de las mismas es un obstáculo que causa reticencia al estudiante del derecho y al jurista mismo para dedicarse al trabajo profesional fiscal.

La hermenéutica aplicable a las leyes fiscales no siempre es tarea fácil, ni siquiera para el especialista de la materia. Determinar con precisión el hecho generador del crédito fiscal u objeto de la contribución, la satisfacción de los requisitos legales del mismo, su realidad, su extensión, el sujeto pasivo y cuanto con el mismo se relaciona, constituye tarea no fácil. Más de una vez ni siquiera el doctrinario acierta a explicar la naturaleza del hecho generador.

La ley cumple su función indicando que determinadas entidades tienen responsabilidad del pago de una contribución, pero la justificación, aunque genéricamente se expresa, no resulta siempre suficiente y ni siquiera se identifica el presupuesto del hecho generador. Además, el cumplimiento de la obligación fiscal implica cálculos, que para el abogado común son engorrosos.

Todo lo anterior provoca que la mayoría de los estudiosos de la profesión de abogado, en general rehúyan dedicarse a la rama del derecho relativa a las contribuciones de toda índole y siempre hayan dejado a otros profesionales, frecuentemente no especializados en lo jurídico, la aplicación de las leyes fiscales. Estos profesionales, irremediablemente, deben hacer frente a la aplicación de las leyes fiscales porque ello es vital de su vida profesional, o, definitivamente, no ejercerían satisfactoriamente su profesión.

La filosofía general de las contribuciones se complementa con lo que los italianos llaman accertamiento. El accertamiento no es sino la actividad de reunir las diversas circunstancias para identificar el hecho generador y

perfeccionar los requerimientos para que la obligación del pago de las contribuciones se manifieste ajustada a derecho.

Dino Jarach, aludiendo al acertamiento, indica:

Ocurrido el hecho gravado (lo que nosotros llamamos hecho generador y otros llaman hecho imponible), será imprescindible determinar si se han cumplido todos los requisitos legales constitutivos de él, su extensión y demás características que constituyen la base imponible, la persona del deudor, la tasa aplicable y el monto a que asciende la suma debida.<sup>5</sup>

Se verá que el acertamiento es complemento que el filósofo de las contribuciones debe tener presente para calificar la filosofía de las mismas.

## X. LA EQUIDAD EN LAS CONTRIBUCIONES

Otro aspecto que hay que tener en cuenta para que la filosofía de las contribuciones sea completa es la equidad en las mismas.

El artículo 31 de nuestra Constitución, antes citado, indica que es obligación de los mexicanos “contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.

La equidad es, como dijese Aristóteles, una justicia suprema; es decir una justicia superior a la ordinaria, o que está por encima de la que la ley sostiene. La traducción que a la expresión griega se le dio en latín no fue muy afortunada, porque los latinos le llamaron *aequitas* y la traducción de esta expresión es “igualdad”.

Nuestra traducción tampoco es satisfactoria para aludir a la idea aristotélica, pues el *estagirita*, según se desprende de su *Ética nicomaquea*, pensó y aludió a una justicia que corrige la ley.<sup>6</sup>

Dice Aristóteles textualmente en la traducción que tengo a la vista:

Lo equitativo es justo, y aun es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y esto es la naturaleza de lo equi-

5 Jarach, Dino, *El hecho imponible (teoría general del derecho tributario)*, prefacio de Camilo Vilerbo, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1945, pp. 331 y ss.

6 *Ética nicomaquea*, México, UNAM, 1972, p. 30.

tativo: ser una rectificación de la ley en la parte que ésta es deficiente por su carácter de general.

Seguramente Aristóteles, filósofo profundo, al emitir su idea de la equidad se apoyó en la causa última de la auténtica ley, que no debe ser otra que la del derecho, pues la ley es la expresión de éste.

Nuestra Suprema Corte ha dicho: “Esta Suprema Corte ha sostenido que la equidad tributaria consiste en la igualdad ante la misma ley de todos los sujetos pasivos de un mismo impuesto, los que, en esas circunstancias, deben recibir un tratamiento idéntico...”<sup>7</sup>

También el sentido que la Suprema Corte da en la tesis que se cita, a la equidad, se apoya en un principio ético filosófico, de absoluta validez: la idéntica esencia entre los hombres, quienes por ello deben tratarse con igualdad como sujetos pasivos de la relación tributaria.

La última causa de la equidad requerida en las contribuciones, a que alude la anterior tesis, es la igualdad de naturaleza de los hombres.

## XI. NOTAS FINALES

El hecho de que exponga algunos puntos de la filosofía de las contribuciones no implica, de manera alguna, que todas las establecidas, y en todos los casos las mismas, tengan un apoyo filosófico indiscutible, pues es evidente que han existido muchas que no se justifican por razones de su destino, por carencia de autenticidad de la autoridad que las impone, porque no se ajustan a los caracteres que exige nuestra Constitución, o por otras que invalidan el precepto que las establece. Asimismo aclaro que en este pequeño trabajo no se agota la materia que se enuncia en su título, pues existen varios aspectos no tocados, que considero de menor interés en esta filosofía.

7 Amparo en revisión 1718/88, Alcón Laboratorios, S. A. de C.V., 25 de mayo de 1989.



## LA HISTORIA COMO HISTORIA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Héctor SANTOS AZUELA

SUMARIO: I. *Significado constitucional del derecho del trabajo.* II. *Conquista y evolución de los marcos institucionales del derecho del trabajo.* III. *Genealogía y desarrollo del derecho mexicano del trabajo.* IV. *Aspectos tipológicos del derecho del trabajo.*

*Unido con entusiasmo, al propósito de todos los miembros del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de celebrar la presencia y brillante trayectoria del ministro don Manuel Gutiérrez de Velasco en nuestro claustro académico, presento las siguientes reflexiones, como un tributo sincero de mi afecto y profundo reconocimiento.*

### I. SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

Ampliamente compartido en la dogmática y en forma particular dentro de nuestro sistema, se ha difundido el criterio de que el derecho social constituye un *tercium genus* inserto en la división tradicional del derecho en público y en privado, apuntada ya, en el mundo clásico grecolatino, por el prestigio de Ulpiano. Asimismo, es explicado como el sistema de normas, principios e instituciones que regulan la existencia de los grupos humanos homogéneos, económicamente desvalidos.

Ya en la realidad, a partir de la exigencia de un binomio jurídico que regulara la intervención del Estado sobre las economías, tanto general como particulares, de un mundo convulsionado por las dos guerras mundiales, que además se articulaba a la necesidad de proteger y reivindicar, en lo posible, el esfuerzo de los trabajadores, como integrador del derecho económico y también del derecho del trabajo, surgió un ordenamiento innovador de nuevo cuño: el derecho social contemporáneo. Por lo

mismo, se ha afirmado que, vista la desconfianza de los hombres hacia un derecho secular, tan en pugna con la libertad y la justicia, “ la democracia busca su derecho, porque está convencida de que al progreso material debe corresponder un progreso moral y social”.<sup>1</sup>

Mas con las transformaciones dolorosas del mundo moderno, Fernández Arrás<sup>2</sup> estima que “se ha gestado así, un derecho del trabajo cuyo desarrollo se ha truncado por el avance incontrolado del neoliberalismo, trastocándolo realmente en un orden jurídico extraño, falto de congruencia, equilibrio y coincidencia, donde no existe acomodo entre el discurso formal de la ley y el ideario esperanzado de los trabajadores”.

Tres razones justifican, a juicio de Mario de la Cueva,<sup>3</sup> la quiebra de la dicotomía tradicional de la ciencia jurídica: la ruptura del binomio, derecho público-derecho privado, mediante la aparición de este nuevo derecho social; la segunda fue el alejamiento de los criterios formales, para quedar sustituidos por un nuevo criterio material o sustantivo, y la tercera es, sin duda, la moderna concepción del derecho constitucional en relación con el resto del orden jurídico vigente.

Ampliamente cuestionado por su imprecisión científica, el derecho social es criticado como un término ampuloso, de contenido político y disperso que sólo genera confusión en el estudio y aplicación de la ciencia jurídica. Sin embargo y con razón, Javillier<sup>4</sup> considera, por su parte, que la expresión derecho social es operativa y adecuada, pues alude al afán de las primeras leyes de dar protección a los obreros contra una explotación incuestionable: se habla de leyes sociales.

Confundido frecuentemente con el derecho socialista, que regula y consolida un gobierno de trabajadores, cimentado en el sistema de la propiedad común de los medios de producción, el derecho social constituye un proceso de socialización de la ciencia jurídica moderna, que tutela y reivindica a los grandes sectores humanos identificados por su marginación y precariedad tangible. Surge en el derecho patrio, reconocido ampliamente, a la luz y los principios de cuatro preceptos sustanciales:

El artículo 27 constitucional, por cuanto concierne al derecho agrario, presuntamente ignorado por las derechas a ultranza; el artículo 28, por

1 Cueva, Mario de la, *Nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1997, t. I, p. 72.

2 Fernández Arrás, Arturo, prólogo al *Derecho del trabajo*, de Santos Azuela, Héctor, México, Mc Graw-Hill, 1998, p. XVI.

3 Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 75.

4 Javillier, Jean Claude, *Derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982, p. 21.

cuanto hace al derecho económico; el artículo 123, como base del derecho del trabajo, y la fracción XXIX, de este mismo precepto toral, por lo que toca al derecho de la previsión y la seguridad social.

Se puede entonces aislar, para efectos de su estudio, el derecho del trabajo contextualizado en un marco científico y didáctico particular, para poder entenderse como un sistema de normas, principios e instituciones que reglamentan y tratan la relación de trabajo, las relaciones jurídicas ligadas con la prestación de los servicios, así como la organización y actividades públicas de los entes conectados con aquéllas. Su carácter social se consolida con la reglamentación articulada del trabajo personal subordinado, del trabajo autónomo y de aquél que desempeñan los trabajadores al servicio del Estado.

### *El derecho del trabajo y las ciencias jurídicas*

Pese a su reconocida autonomía científica y didáctica, el derecho del trabajo tiene relaciones doctrinales con otras importantes disciplinas de la enciclopedia jurídica, como el derecho constitucional, el administrativo, el civil, el mercantil, el penal, el internacional y el procesal. Así mismo guarda vínculos con otras esferas de la ciencia como la filosofía, la ética, la medicina, la ciencia política, la economía o la sociología.<sup>5</sup>

Así, pormenorizadamente, en el marco articulado de la ciencia del derecho, esta disciplina guarda importantes relaciones de sistema con las siguientes materias :

- a) Con el derecho constitucional, piedra de toque del ordenamiento jurídico integral, que se significa como clave del moderno derecho social, y en la especie, dentro de nuestro sistema, como plataforma del derecho del trabajo y de la seguridad social, al tenor de los principios del artículo 123 de la Constitución.
- b) Su vinculación histórica y funcional con el derecho civil es evidente, por cuanto hace a los principios, funciones e instituciones de las obligaciones y de los contratos laborales, actualmente independientes y ampliamente caracterizados.
- c) Aunque con probada autonomía en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia, el derecho del trabajo tiene nexos con el dere-

5 Rodrigues Alves, Ivan D. y Piragibe Tostes Malta, Christovão, *Teoria e prática do direito de trabalho*, Rio de Janeiro, Edições trabalhistas, 1988, p. 31 y ss.

cho comercial o mercantil, como ocurre por ejemplo, con el régimen estatutario de los sindicatos y la vida y desarrollo de los gremios. Ello independientemente, de la relación que existe entre trabajo y empresa, el escenario en que vibra el drama cotidiano de las experiencias laborales.

- d) En mérito a su carácter tutelar e imperativo, el derecho del trabajo cuenta con una parte importante relativa al cumplimiento forzoso e incuestionable de las normas laborales, cuya observancia se respalda con un amplio sistema de sanciones, multas y responsabilidades. En este sentido guarda una relación estrecha con el derecho penal, destacando la propuesta técnica de un grupo importante en la doctrina que pondera la existencia de un derecho penal del trabajo.
- e) La presencia y proliferación de las relaciones de trabajo entre los empleados públicos y el mismo Estado, por lo que hace particularmente a la organización, funcionamiento y dotación de los servicios públicos, resalta la vinculación de nuestra disciplina con el derecho administrativo, en expansión. Incluso, al analizar la organización y actividades de las autoridades del trabajo, un sector de la doctrina considera que se desarrolla y extiende a grandes pasos el derecho administrativo del trabajo.
- f) Por la relevancia que reporta la certeza jurídica de los trabajadores frente a los avatares del destino, y muy particularmente frente a las enfermedades y los accidentes de trabajo, es muy clara la vinculación que guarda esta materia con el derecho de la seguridad social, que hasta no hace mucho tiempo se estimaba incorporado al derecho del trabajo.
- g) Vista la necesidad de proveer a su estricta aplicación frente a los litigios laborales, tanto para regular la creación y aplicación del derecho sustantivo en este campo, como la organización de la jurisdicción especial correspondiente, es evidente su nexos con la ciencia del derecho procesal. De esta suerte, también puede verse, que con amplio desarrollo doctrinal, legislativo y jurisprudencial existe y evoluciona, hasta con pretensiones autonómicas, el derecho procesal del trabajo.
- h) Con la economía global y la flexibilización de las relaciones de trabajo, crece la necesidad de regular la llamada mundialización del derecho del trabajo. Por lo mismo, se hace clara y desarrolla la vincu-

lación del nuevo derecho del trabajo con el derecho internacional, tanto público como privado.

La Organización Internacional del Trabajo y la aparición de nuevos foros en donde tienen cabida las más importantes relaciones laborales, inmersas en el contexto del derecho internacional comunitario, incrementan el fenómeno de la universalización del derecho, que en materia de trabajo cobra una importante relevancia; así lo demuestran los procesos de la Comunidad Económica Europea, el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos y el llamado Mercosur.

## II. CONQUISTA Y EVOLUCIÓN DE LOS MARCOS INSTITUCIONALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

De cara al imperativo de estudiar la evolución de esta disciplina apasionante, Javillier<sup>6</sup> justifica este tipo de análisis, al considerar que las relaciones profesionales “constituyen un sistema suficientemente coherente para que el peso de la historia, los imperativos económicos, el condicionamiento sociológico o las opciones ideológicas, no puedan ser disociadas de la regla de derecho”.

En su desarrollo histórico-jurídico, las relaciones de trabajo se regularon jurídicamente, con diversa intensidad y contenido en diferentes civilizaciones del llamado Mundo Antiguo, como Babilonia, que en el Código de Hammurabi aludió al salario mínimo, a la práctica de los oficios, e inclusive al tirocinio. El pueblo hebreo contempló, por su parte, dentro del Antiguo Testamento, diferentes figuras laborales como el descanso hebdomadario y la remuneración. En el mundo antiguo clásico, y concretamente en Roma, se reglamentaron jurídicamente la relación de trabajo y los esenciales derechos laborales, si bien la actividad productiva del hombre tenía carácter servil. Así, bajo la figura del arrendamiento (*locatio-conductio*), esta civilización reglamentó el contrato de servicios. En efecto, dentro del mundo romano se reconocieron las figuras de la *locatio conductio rei*, que corresponde al esquema del arrendamiento de las cosas, los animales y esclavos;<sup>7</sup> la *locatio conductio operarum*, que corres-

6 Javillier, Jean Claude, *op. cit.*, nota 4, p. 29.

7 Cfr. Levi Sandri, Lionello, *Lezioni di diritto del lavoro. Parte Generale*, Milán, Giuffrè, 1967, p. 7.

pondía al arrendamiento de servicios; la *locatio conductio operis*, que aludió al trabajo autónomo, y las *operae liberalis*, que reglamentaron los llamados servicios profesionales.

De esta suerte, sostiene De la Cueva,<sup>8</sup> que

en los siglos de la esclavitud no pudo surgir la idea del derecho del trabajo, porque implicaba una contradicción insalvable, ya que el esclavo era una cosa que como tal no podía ser titular de derechos... Igualmente, para el arrendamiento de los hombres libres la *locatio conductio operarum* de los jurisconsultos romanos no era sino el viejo contrato para el arrendamiento de los animales y de los esclavos, que sirvió en el derecho civil del siglo XIX, como contrato de arrendamiento de servicios, para facilitar la explotación del hombre por el hombre y en manera alguna para procurar su beneficio.

Con respecto a las relaciones colectivas de trabajo, en Roma se regularon las *Corpora opificum*,<sup>9</sup> que equivalían a los gremios, y que en rigor fueron agrupaciones mutualistas de carácter profesional y religioso.<sup>10</sup> Al efecto se ha apuntado que estas organizaciones también conocidas como *Collegia opificum*, fueron “ instituciones que no guardan parecido con las organizaciones sindicales de nuestros días, cuerpos constituidos para el estudio, mejoramiento, defensa y lucha por los derechos que deben corresponder al trabajo en el proceso económico de la producción, en tanto que los *collegia* pertenecen más bien al campo de la mutualidad y asistencia social ”.<sup>11</sup>

Pondérese que en la antigüedad clásica y básicamente en Roma, las relaciones individuales y colectivas de trabajo se regularon jurídicamente en el derecho civil, y acaso en el mercantil, por lo que atañe a los gremios.

El carácter servil con que contaba el trabajo subordinado en ese tiempo, impiden el surgimiento de un ordenamiento integral y consumado. De igual forma, dispersas en las esferas del derecho privado, nunca se llegó a integrar un sistema homogéneo y acabado de normas de trabajo.

A lo largo del medievo, curiosa es la actividad productiva, manifiesta en dos sectores: el trabajo agrícola en los feudos y la producción manufacturera en los talleres.

8 Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 5.

9 *Cfr.* Scognamiglio, Renato, *Dirito del lavoro*, Nápoles, Jovene, 1992, pp. 2 y ss.

10 *Cfr.* Pierro, Mariano, *Corso di diritto del lavoro*, Turín, Giapichelli, 1948, pp. 85 y ss.

11 Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 6.

En la actividad rural, censurable fue la servidumbre de la gleba que sometía a los labriegos a una verdadera esclavitud de la tierra, un poco más atenuada que la regulada en Roma. Abolida hasta el siglo XIII, confería a los siervos algunos derechos como el de la personalidad, la familia, el patrimonio y el derecho procesal a comparecer en juicio.

Más en curioso contraste, en la vida comercial de las aldeas, el taller artesanal se organizaba jerárquicamente en tres tipos de estratos o rangos: el maestro ( que era el dueño), los compañeros y los aprendices. Para defender sus intereses y concurrir con beneficio a los mercados, los maestros se agruparon en corporaciones de la misma profesión, que también se llamaron oficios, guildas, gremios o ansias.

Con amplias funciones públicas, éstas pronto promulgaron su derecho estatutario, defendieron su interés profesional, controlaron el proceso productivo, los precios y los salarios, y lograron manejar también sus propios tribunales especiales. Para ensanchar sus acciones y lograr promover su autodefensa, las corporaciones se integraron en agrupaciones cupulares, las *Universitas mercatorum*, que adquirieron presencia política y gran poder económico. “El derecho estatutario merece, no obstante, el reconocimiento de ser el derecho más antiguo de la pobreza laboriosa”.<sup>12</sup>

Transformadas en grandes monopolios que reducían el progreso sólo a la familia del maestro, merced a la desigualdad y la pobreza o la marginación de los asalariados, las corporaciones provocaron que los oficiales crearan los *compagnonnages*, también llamados, asociaciones de compañeros, que como organizaciones de defensa y resistencia bien pueden considerarse precedentes importantes de los sindicatos, mas carecieron de fuerza expansiva y de conciencia de clase.

Por diferentes razones políticas y económicas, las corporaciones decayeron tras un complejo proceso que sin duda respondió al desarrollo del Estado centralista, el antimonopolismo con respecto de los gremios, la intervención progresiva del gobierno y el auge de las doctrinas liberales. Entre los factores económicos, influyeron de manera contundente los descubrimientos científicos y geográficos, el auge de los mercados, la producción industrial y la manufactura independiente. Se cuestiona, consiguientemente, que tampoco en la Edad Media existió un derecho del trabajo, pues el hombre padecía una semiesclavitud,

12 Romagnoli, Umberto, *El derecho, el trabajo y la historia*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1997, p. 36.

careció de conciencia de clase y las normas laborales no integraron un sistema jurídico completo.

En la época moderna, hacia el auge del Renacimiento, las ciudades adquirieron enorme importancia y así se afianzó el capitalismo. De igual suerte se consolidó el mercantilismo, que se proyectó como un sistema sustentado en el cambio de productos por materiales preciosos, lo que equivalió al fomento de una balanza comercial activa. El gran desarrollo del comercio y el auge de esta doctrina entró en contradicción intransigente con los monopolios de las corporaciones.

El periodo manufacturero marca un arco histórico extraordinariamente amplio de casi trescientos años, entre los siglos XVI y XVIII... En un clima más de complicidad involuntaria que de conflicto premeditado, y por consiguiente, dentro de un *continuum* de paradigmas normativos cuya antigüedad a menudo hace indefinible el papel desarrollado en el proceso de formación de un derecho que aún no se puede llamar del trabajo.<sup>13</sup>

Repuntó después la fisiocracia, que con base en el carácter providencial de las leyes económicas consideró que el progreso dependía del libre cambio, por lo que en materia laboral promovió sustancialmente el abstencionismo del Estado. Un poco más adelante, el Iluminismo fomentó la intervención del Estado en la vida de las corporaciones para lograr controlarlas, estrategia que se consiguió mediante el permiso del gobierno para redactar los estatutos, e inclusive para decidir el nombramiento de los propios dirigentes. Así, con elegancia e imaginación, Romagnoli<sup>14</sup> habla de la transición hacia el capitalismo industrial entre memoria histórica y paranoia eufemística.

Fueron desapareciendo, así, las corporaciones en Europa, como sucediera en Austria, Holanda, el Reino Unido, Venecia y también en Francia, con el Edicto Turgot, a finales del Siglo de las Luces. De esta suerte, el derecho del trabajo apareció, en rigor, como resultante de la gran cuestión social, precedida de la Revolución industrial del siglo XVIII y de las reacciones humanistas orientadas a dignificar la presencia de los hombres que trabajan.<sup>15</sup>

13 Romagnoli, Umberto, *op. cit.*, nota 12, p. 4.

14 *Ibidem*, pp. 42 y ss.

15 Mascaro Nascimento, Amauri, *Direito de trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 4.



La indignidad de las condiciones de trabajo se manifestó en jornadas exhaustivas de trabajo, explotación de mujeres y menores como medias fuerzas de trabajo, abaratamiento de la mano de obra, inseguridad contra los riesgos de trabajo e inestabilidad en el empleo.<sup>16</sup> Asimismo, la legislación laboral del individualismo, en sus inicios, además de suprimir el régimen corporativo y prohibir las agrupaciones profesionales y las coaliciones, abandonó las relaciones laborales a la autonomía de la voluntad, quebrantando la igualdad, con un trato discriminatorio.<sup>17</sup>

Dentro del individualismo liberal francés, tres documentos torales reprimieron el derecho del trabajo:

- a) la Ley Le Chapelier, de 14 y 17 de abril de 1791, que prohibió el régimen corporativo, así como expresamente, las asociaciones profesionales o económicas, la acción directa y desde luego, la huelga.
- b) El Código Penal que reprimió la coalición y la huelga, sancionándolos como delitos.
- c) El Código Napoleón, que resucitó el contrato de arrendamiento de servicios, la obligación temporal de los convenios y la credibilidad del patrón, bajo palabra, sobre el monto del salario, su pago ya realizado y los anticipos otorgados.

Tres factores fueron determinantes en la aparición del derecho del trabajo: El primero fue el tránsito, operado por el industrialismo, del taller a la fábrica; el segundo fue la aparición del movimiento obrero, que adquirió, sin duda alguna, una conciencia de clase, que fortaleció la resistencia, y un tercer elemento fue la aparición y liga con la lucha proletaria de los escritores e ideólogos de avanzada, que gestaron el fenómeno impactante de la rebelión del pensamiento.<sup>18</sup>

La violencia generada por la resistencia obrera flexibilizó las cosas, al grado que dentro del Reino Unido fueron promulgados las *Combination Acts* de 1799 y 1800, que legitimaron la existencia de las coaliciones de trabajadores para efectos reivindicatorios. Paradójicamente, se acentuó la explotación de las mujeres y de los menores como medias fuerzas de trabajo, motivo que provocó el desencadenamiento del movimiento proletario organizado.

16 *Ibidem*, p. 10.

17 Camerlynck, G.H. y Lyon-Caen, Gérard, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1975, p.6.

18 *Cfr.* Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 1, t. I, pp. 13 y ss.

Cobró relevancia la cuestión social, y el hombre fue desplazado por el maquinismo, desencadenando con la acción directa, un gran desarrollo del sindicalismo, entendido de esta suerte como la teoría y la táctica de la acción profesional obrera. Se pasó, de esta manera, a la tolerancia de la libertad sindical, que evolucionó por fin al reconocimiento de la actividad profesional: la contratación colectiva, la huelga y el paro.

La expansión del individualismo y la enorme violencia generada por la libre competencia, no sólo precipitaron la ruina económica globalizada, sino la guerra mundial. Hacia el ocaso del siglo XIX, el iusprivatismo liberal reguló las relaciones individuales y colectivas de trabajo, bajo las figuras y principios de los contratos privados. Primero, a través de las instituciones del derecho civil y mercantil, y un poco más adelante, a través de normas y principios laborales. Sin embargo, predominaba la idea de que las condiciones de trabajo se fijaban libremente, por mutuo consentimiento de las partes; es decir de trabajadores y patrones.

La injusticia del sistema y la violencia provocada por la impunidad, obligaron a los gobiernos liberales a reconocer los derechos fundamentales de los trabajadores, tales como la jornada humanitaria de trabajo, el salario suficiente, una relativa permanencia en el empleo y los principales derechos colectivos : la sindicalización y el derecho de huelga.

En Alemania se desarrolló la llamada corriente social que advirtió en la armonización de los derechos obreros con los intereses de la empresa, la fórmula práctica de la competitividad y el desarrollo. Se promulgó, entonces, la ley alemana del trabajo de 1869 y se toleró el desarrollo de la vida sindical, celebrándose importantes congresos obreros como los de Eisenach y Gotha, y las internacionales comunistas. El auge sindicalista y las grandes presiones proletarias decidieron al canciller Bismarck a promulgar una legislación de carácter antisocialista en 1870, cuya eficacia represiva compensó más adelante con las leyes del Seguro Social de 1880 y 1881.

Dentro de esta perspectiva, siempre sensible y atento al desarrollo y transformaciones de esta disciplina, un sector de la doctrina estima que, como resultado de luchas sociales, el derecho del trabajo representa la formalización jurídica de polivalentes conquistas obreras.<sup>19</sup>

Varias décadas después, ante los estragos de la guerra, la miseria masiva de los trabajadores y la gran población desocupada, se hizo necesari-

19 Javillier, Jean Claude, *op. cit.*, nota 4, p. 22.

ria, dentro de los países democráticos, la intervención del Estado para reorganizar la producción y determinar las condiciones generales de trabajo. Por lo mismo, jalónada por profundas crisis, la cuestión social condujo a un muy sugestivo intervencionismo humanitario.<sup>20</sup> Surgió así un movimiento social que generó la expansión del derecho del trabajo, dentro del cual ocuparon un papel determinante, a partir de nuestra carta magna de 1917, la Constitución de Weimar y la Organización Internacional del Trabajo. “ Con el advenimiento de la paz regresó la tranquilidad a las conciencias y nació la esperanza y aún la confianza de que nunca más se repetirían los horrores de la guerra... Transcurrieron de esta suerte, algunos años, en verdad muy pocos y otra vez se inquietaron las conciencias, y el espectro de la guerra cabalgó nuevamente sobre los campos de Europa...”<sup>21</sup> Así, el intervencionismo humanista de posguerra vino a promover y dio lugar a la democracia providencial, mejor conocida en nuestros días como democracia económica y social.<sup>22</sup>

Sin embargo, con la crisis mundial y la nueva gran conflagración, precipitada con furia por los regímenes totalitarios, principalmente el fascismo y el nacional socialismo, se firmaron nuevos documentos internacionales en materia de trabajo como la Declaración de Filadelfia de 1944, la Carta de San Francisco de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, promulgada en París, en 1948. En la búsqueda de opciones para la defensa y reivindicación de los trabajadores, sobre la intención de preservar con la soberanía de los Estados, la paz universal, tuvo una importancia decisiva el Plan Beveridge (1942), que constituyó, sin duda, la moderna plataforma de seguridad social.

Con variada terminología, el derecho del trabajo incursionó por un complejo proceso que lo proyectó de la legislación industrial a la institucionalización, y de la misma, a la justicia social. En la segunda posguerra, con un admirable proceso de expansión, cobró una enorme importancia un movimiento general de constitucionalización del derecho del trabajo.

Al analizar la evolución de esta materia, Romagnoli<sup>23</sup> advierte en ella

un nuevo derecho que, aún desarrollando el papel de gran educador de la pobreza laboriosa en la lógica de los mercados, se propone instruir también

20 Cfr. Camerlynck, G. H. y Lyon-Caen, Gérard, *op. cit.*, nota 17, p. 8.

21 Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 22.

22 Cfr. Mascaro Nascimento, Amauri, *op. cit.*, nota 15, p. 26.

23 Romagnoli, Umberto, *op. cit.*, nota 12, p. 22.

al ordenamiento jurídico y a los intérpretes... sobre que si todos los contratos se refieren al llamado *tener* de las partes, el contrato con que se vende y se compra el trabajo, incluye asimismo el *ser* de una de las mismas: su dignidad personal y su integridad física.

### III. GENEALOGÍA Y DESARROLLO DEL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO

Por lo que respecta a la evolución del derecho mexicano del trabajo, en la civilización precolombina, se registra en el Imperio Azteca una especie de contratación de los servicios, en el cual se reconoce la libertad de trabajo y el derecho a la retribución; asimismo, una especie de regulación de la función pública mediante los sacerdotes, los guerreros y los gremios principales. Se regularon también diferentes trabajos forzosos como el de los esclavos, el de los *mayerques* (o labriegos) y el de los *tamemes*, mejor conocidos como cargadores.

A través del coloniaje y a moción de los Reyes Católicos se promulgaron las Leyes de Indias, que llegaron a integrar una auténtica legislación social a favor de los indios en las encomiendas, las minas y el campo. Sin embargo, su eficacia fue muy pobre y su mérito, más bien fue histórico que práctico. “No existen en los cuatro tomos de que se compone la recopilación, disposiciones que tiendan a la igualdad de derechos entre el indio y el amo, sino que son más bien medidas de misericordia, actos píos determinados por el remorder de las conciencias, concesiones graciosas a una raza vencida que carecía de derechos políticos y que era cruelmente explotada”.<sup>24</sup>

Vinculadas al derecho mercantil, fueron promulgadas diversas y numerosas ordenanzas de gremios, que sirvieron como medio de control político-económico. Por sus enormes excesos y al favorecer los monopolios, estas ordenanzas fueron suprimidas por las Cortes españolas, mediante la Ley de 8 de julio de 1813.

Como trabajos forzosos se reglamentaron la encomienda, la esclavitud y la servidumbre de la tierra.

Durante la Independencia merecen mencionarse como ordenamientos vinculados a las relaciones laborales, el Bando de Hidalgo de 6 de diciembre de 1810, que abolió la esclavitud, y el Decreto Constitucional de

24 Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 38.

Apatzingán de 22 de octubre de 1814, que reconoció la libertad de cultura, industria y comercio. Hasta el último tercio del siglo XIX, salvo nuestras diferentes cartas constitucionales, son aplicados los diversos ordenamientos vigentes del antiguo derecho español.

Desde luego, por lo que hace a la reglamentación de las relaciones de trabajo:

Hacia la época de la Reforma, con el triunfo de la Revolución de Ayutla, se iniciaron los debates para la Constitución de 1857, destacando las intervenciones de Ignacio Ramírez, *el Nigromante* y de Ignacio Luis Vallarta.<sup>25</sup>

*El Nigromante* realizó una apasionante apología del trabajo humano, criticando la abstención para integrar y proteger, dentro de la ley fundamental, los derechos laborales. Igualmente defendió, con criterio visionario, el derecho de los trabajadores a la participación de utilidades.

Vallarta señaló la importancia del trabajo en el progreso y la contrastante explotación de los obreros, defendiendo la imposibilidad de procurar la intervención del Estado en las libertades de industria y de comercio. En el Constituyente se reconocieron, sin embargo, las libertades de reunión y asociación, bajo cuyo amparo se desarrollaron diferentes sindicatos e importantes centrales obreras.

En la época de la intervención francesa se promulgaron algunos ordenamientos que reconocieron importantes derechos laborales, como el Estatuto provisional del Imperio de 10 de abril de 1865, y la Ley del Trabajo del Imperio, de 1 de noviembre de ese mismo año, que integra el primer intento de legislación obrera en México. En él se reconocieron, por ejemplo, el derecho a la remuneración, el descanso semanal o la jornada diaria de sol a sol, con un breve descanso intermedio; mas la protección se limitó a los derechos laborales de naturaleza individual, omitiéndose los colectivos.

En el Código Civil de 1870, se criticó que el contrato de arrendamiento de servicios atentara contra la dignidad de los trabajadores, que no son, de ninguna manera, artículos de comercio. Se realizó, sin embargo, una incipiente reglamentación de las relaciones laborales, las cuales quedaron enmarcadas en los contratos civiles de la prestación de servicios profesionales y el mandato.

25 Cfr. Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1971, pp. 140 y ss.

En las experiencias precedentes a la Revolución, merecen ser mencionadas dos leyes sociales del tardo-porfirismo:

La ley José Vicente Villada, en materia de accidentes de trabajo, para el Estado de México, promulgado el 30 de abril de 1904, y la ley del general Bernardo Reyes, también sobre accidentes de trabajo, promulgada en Nuevo León el 9 de noviembre de 1906.

La impunidad y la injusticia, vinculadas a la explotación y la pobreza generalizada de la gente de trabajo, en la ciudad y en el campo, provocaron graves movimientos de reacción social como las huelgas de Cananea, Río Blanco y Ferrocarril Central, en 1906, dentro de sectores importantes de la vida económica de México. Obra de la resistencia obrera y bajo el impulso del anarco-sindicalismo, muy en boga en ese tiempo, se publicó el Programa del Partido Liberal Mexicano de 1 de enero de 1906, que en un capítulo referente al capital y al trabajo recogió los principios torales que después estructuraron el artículo 123 de la Constitución de 1917.<sup>26</sup> Influyeron, asimismo, en el desarrollo del movimiento obrero y en la gestación del derecho mexicano del trabajo, el Plan de San Luis Potosí de 5 de octubre de 1910, el Plan de Guadalupe de 26 de enero de 1913 y la Casa del Obrero Mundial de 24 de agosto de 1912.

Dentro del movimiento carrancista fueron promulgados diversos ordenamientos laborales, obra de los diferentes generales, como la ley de Manuel M. Diéguez y la de Manuel Aguirre y Berlanga, ambas creadas en Jalisco, en 1914; la ley del trabajo de Cándido Aguilar, aparecida en Veracruz, a fines de ese mismo año, y la legislación del trabajo de Salvador Alvarado publicada en Yucatán, en 1915.

El debate parlamentario de la Constitución de 1917 se inició con un proyecto presidencial de Venustiano Carranza, mismo que fue criticado por su falta de reformas sociales, amén de que remitía al Poder Legislativo ordinario la promulgación de la reforma agraria y del propio derecho del trabajo. Las diputaciones de Veracruz y Yucatán promovieron diferentes adiciones al dictamen al artículo 5o. del proyecto, que únicamente incluía la jornada máxima de ocho horas, la prohibición del trabajo nocturno industrial para mujeres y niños, así como el descanso hebdomadario.

Se iniciaba así un proceso legislativo social que se habría de proyectar hasta la legislación federal del trabajo, y que nos permite recordar que la idea del derecho del trabajo “es la defensa de la persona humana que en-

26 Cfr. Santos Azuela, Héctor, *El sindicalismo en México*, México, Porrúa, 1994, pp. 36 y ss.

trega a la sociedad su energía para que se construyan la civilización y la cultura; es una conquista de la historia que tiene pretensión de eternidad".<sup>27</sup>

Se realizaron, después, nuevas adiciones al dictamen, en que destacan las intervenciones de Fernando Lizardi, quien criticó las adiciones al artículo 5o.; la de Héctor Victoria, quien resaltó las bases constitucionales del derecho del trabajo; la de Heriberto Jara, quien apoyó la creación de un orden jurídico para los trabajadores; la de Froylán Manjarrez, quien sugirió la creación de un capítulo especial para el Trabajo dentro de la carta magna; la de Carlos G. Gracias, quien resaltó la importancia del derecho a la participación de utilidades, y la de Alfonso Cravioto, quien señaló la importancia de consagrar por primera vez, en una constitución, los derechos de los trabajadores. José Natividad Macías apoyó la tesis de crear un apartado *ex profeso*, relativo al trabajo y la previsión social, aprobándose el artículo 123, fuera de las garantías individuales, el 23 de enero de 1917.

Promulgada la Constitución, el artículo 123 habilitó a los estados para que expidieran sus leyes locales del trabajo, como la fórmula viable para generalizar, a la brevedad posible, nuestro ordenamiento en materia de trabajo. Dentro de este complejo proceso, la ley veracruzana del trabajo de 14 de enero de 1918 tuvo gran influencia en las restantes, destacándose también, las legislaciones laborales del Estado de Yucatán, bajo los gobiernos de Felipe Carrillo Puerto (1918) y Álvaro Torres Díaz (1926).

Siguieron los gobiernos posrevolucionarios, hasta 1929, en que fue asesinado Álvaro Obregón, suceso que llevó a la presidencia a Emilio Portes Gil, bajo cuya promoción se elaboró, con enorme difusión, un proyecto de legislación federal del trabajo, al que pronto seguiría otro que fue redactado por la Secretaría de Industria Comercio y Trabajo.<sup>28</sup>

Bajo el ímpetu del maximato, proclive a las preferencias corporativistas de Elías Calles, dentro del gobierno de Ortiz Rubio y con clara impronta antiizquierdista, se promulgó finalmente, la Ley Federal del Trabajo de 18 de agosto de 1931. Asimismo, frente a las lagunas de las legislaciones laborales, el Poder Ejecutivo decretó importantes reglamentos sobre la materia, para regimentar ampliamente la organización y funciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social; de la Procuraduría

27 Cueva, Mario de la, *op. cit.*, nota 1, t. I, p. 53.

28 Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, t. II, pp. 129 y ss.

de la Defensa del Trabajo; el de Higiene Industrial, o el de Habitaciones para los Trabajadores.

Con la proliferación de los conflictos de intereses, el carácter transitorio de las Juntas de Conciliación y Arbitraje empezó a ceder impulso ante la exigencia de consolidar su duración permanente. Tal proceso se desarrolló de manera paulatina, a través de la administración pública, mediante diversas circulares como la del 28 de abril de 1926, para los conflictos ferrocarrileros, y la del 5 de marzo de 1927, para la industria textil.<sup>29</sup> Finalmente “el Poder Ejecutivo determinó expedir el 27 de diciembre de 1927, un decreto creador de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y de las Juntas Federales de Conciliación”.<sup>30</sup> Seis días después, se expidió el reglamento respectivo de las mismas. Otro tanto sucedió con las Juntas locales de Conciliación y Arbitraje del país, todo de conformidad con las fracciones XXI y XXII del artículo 123 de la Constitución.

Con progresivas reformas en 1933, 1936, 1940, 1941 y 1962 se reglamentaron el salario mínimo; el descanso hebdomadario; la habilitación de los sindicatos para intervenir en los asuntos políticos; la huelga; el trabajo de mujeres y menores; la estabilidad en el empleo, y la participación de utilidades. El ciclo puede cerrarse con la promulgación de la Ley Federal del Trabajo de 1o. De mayo de 1970, revisada y reformada sucesivamente, desde el gobierno de Gustavo Díaz Ordaz, hasta las gestiones neoliberalistas de Miguel de la Madrid y Salinas de Gortari, acusándose actualmente una verdadera fiebre por modificar con orientaciones transpersonalistas el ordenamiento laboral vigente.

#### IV. ASPECTOS TIPOLÓGICOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

En atención al origen, evolución y sentido del derecho del trabajo, un sector importante en la doctrina lo considera y explica como derecho de clase. Asimismo se le asigna la misión de promover la reivindicación de los trabajadores para transformar, de manera paulatina, una sociedad injusta por otra mejor.

En tal sentido, se afirma que el derecho del trabajo surge, se desarrolla y proyecta como un ordenamiento promotor de los intereses laborales; como un derecho exclusivo, de y para los trabajadores. Tal carácter se

29 Cfr. Lastra Lastra, José Manuel, *Derecho sindical*, México, Porrúa, 1973, p. 105.

30 *Idem*.



confirma con el hecho de que se articula jurídicamente como un orden que pretende tutelar y dignificar, de manera integral, la persona de los trabajadores.

Dentro de este orden ideas, una corriente doctrinal estima que esta disciplina constituye un derecho de clase de los trabajadores. Se sostiene que se trata de uno ordenamiento impuesto por la lucha proletaria para la autorreivindicación de sus intereses colectivos o profesionales.

Con el curso del tiempo y ante los umbrales del siglo XXI, se cuestiona que esta disciplina sea un derecho de clase; pues si ciertamente nació obrero, se ha ensanchado paulatinamente, a numerosas y dispersas categorías sociales, incluyendo a los patrones.<sup>31</sup> Es decir, que si originariamente tuvo carácter clasista, estrictamente pro obrero, paulatinamente se volvió bilateral, para armonizar los intereses del capital y el trabajo. En este sentido se ha afirmado que el derecho del trabajo no puede ser simplemente, un derecho de clase, conquistado sobre las barricadas.<sup>32</sup>

Por lo mismo, al reglamentar las relaciones entre trabajadores y patrones, se ha venido a transformar en un ordenamiento flexibilizador que pretende concertar los intereses antagónicos de clase. Se ha afirmado también, que si limitadamente se reconoce, en forma bilateral, algunos derechos para los patrones, lo hace pasajeramente, como una fórmula de transición que habrá de desaparecer en el futuro, en aras del poder unitario del trabajo y la justicia social.

Como consecuencia de su evolución, contenido y actual orientación jurídico-social, el derecho del trabajo integra una disciplina peculiar, con autonomía científica y didáctica. Cuenta por lo consiguiente, con un método y objeto propios y se estudia de manera independiente, con un cuerpo conceptual y un contenido especiales, dentro de los modernos programas de estudio de las facultades y escuelas de derecho. Este aserto se confirma con las numerosas publicaciones especializadas como enciclopedias, tratados, manuales, notas jurisprudenciales, tesis, estudios y ensayos que la han elevado al rango de disciplina mayor.<sup>33</sup>

Su autonomía científica se corrobora con el amplio marco propio de conceptos, ideas, categorías y principios con que se enriquece,<sup>34</sup> con la

31 Rivero, Jean y Savatier, Jean, *Droit du travail*, París, Presses Universitaires de France, 1970, p. 21.

32 Camerlynck, G. H. y Lyon-Caen, Gérard, *op. cit.*, nota 17, p. 4.

33 *Cfr. idem.*

34 Rodrigues Alves, Ivan D. y Piragibe Tostes Malta, Christovão, *op. cit.*, nota 5, p. 30.

consolidación de figuras peculiares como las asociaciones sindicales, las negociaciones colectivas, los procedimientos peculiares para los conflictos colectivos y sus jurisdicciones especiales.<sup>35</sup> Por lo mismo, ha alcanzado por su contenido e importancia, un tratamiento peculiar en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Otro de los caracteres distintivos de esta ciencia, es integrar un sistema de garantías mínimas a favor de los trabajadores, que no se puede abatir por las fuerzas del mercado.<sup>36</sup> Verdier<sup>37</sup> considera a este respecto que la imposición en bloque de las condiciones laborales por disposición de ley o a través del contrato colectivo, siempre *in favor prestatoris*, hace pensar que el derecho del trabajo tiene carácter estatutario. Mas aún, si se pondera que la hegemonía protectora se extiende a determinados ramos de la industria y del comercio o a determinadas categorías profesionales.

De acuerdo con su eficacia, se advierte en el derecho del trabajo un carácter territorial indiscutible, que dentro del ordenamiento mexicano se recoge expresamente.

Dentro de otro orden de ideas y a partir de la plataforma constitucional de la fracción XXVII del apartado A del artículo 123, el legislador reconoce el carácter imperativo del derecho del trabajo. Esta nota distintiva de las normas laborales, cuando no paradigmática de esta disciplina, se refleja en la coercibilidad inherente de las mismas, en su vigilancia y control oficioso a través de la inspectoría del trabajo, así como en los diversos efectos de su naturaleza irrenunciable. Cabe recordar, entonces, que en mérito a la misma las normas de trabajo deberán cumplirse de manera obligatoria e irreversible, aun contra la propia voluntad de los trabajadores. No sin razón se ha afirmado, que el derecho del trabajo es un ordenamiento imperativo, inspirado de manera manifiesta, por el orden jurídico social.<sup>38</sup>

Para la dogmática, sin duda, este carácter deriva de la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, aun contra su propia voluntad, de tal suerte que resultan nulas de pleno derecho todas las cláusulas, acuerdos o estipulaciones que impliquen alguna renuncia de los trabajadores a sus derechos mínimos legales. Así, el carácter forzoso es entendido como “una lógica modalidad de la disciplina laboral, especialmente debida al

35 Verdier, Jean Maurice, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1975, p. 6.

36 *Ibidem*, p. 5.

37 *Idem*.

38 Ghestin, Jacques, *Droit du travail*, París, Sirey, 1972, p. 12.

espíritu de derecho público, que casi con exclusión influyó en los primeros momentos de su formación”.<sup>39</sup>

La fuerza obligatoria de las normas de trabajo suele ser cada vez más rigurosa, complementándose frecuentemente, con sanciones personales muy severas. Así ocurre, por ejemplo, con las violaciones patronales al salario mínimo, que en la actualidad se tipifica como un acto delictivo.<sup>40</sup> No ha de pasarse por alto, que la relación de fuerzas juega un rol preponderante en este campo, destacando dentro de la autodefensa la figura de la huelga.

Se atribuye también a esta materia un carácter programático, que obliga a vaciar en sus principios, instituciones y normas la política social imprescindible a la vida del Estado. En tal sentido se exige que el legislador revise sistemática y cotidianamente las realidades cambiantes, para enriquecer de manera constante, y siempre a favor de los trabajadores, el contenido protector de las normas de trabajo.

Como resultado de su alcance y dinámica social, se atribuye al derecho del trabajo un carácter expansivo, que supere la limitación de su aplicación restricta, del trabajo personal subordinado. En tal virtud se pretende ensanchar la eficacia protectora al trabajo manual e intelectual, al público y al privado, así como al mismo trabajo autónomo y al que se realiza para otro.

Satanizados por las actuales tendencias globalizadoras, los derechos laborales fecundan, no obstante, en el terreno abonado de la sinrazón y el pragmatismo. Por lo mismo, si los caracteres de esta disciplina palidecen ante el eficientismo y el derroche liberal a ultranza, el régimen de ignominia que se gesta en los mercados mundiales no logra acallar el eco del trabajo redimido al conjuro de la resistencia obrera, desde el pedestal ennoblecido de la razón y el derecho.

39 Hernáinz Márquez, Miguel, *Tratado elemental de derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, p. 19.

40 Ghestin, Jacques, *op. cit.*, nota 38, p. 12.

## LA RECEPCIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL DE CÁDIZ POR LAS AUTORIDADES DEL VIRREINATO DE PERÚ\*

Lara SEMBOLONI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La organización de las primeras elecciones gaditanas*. III. *Las elecciones en los principales pueblos andinos*. IV. *Apéndice*.

### I. INTRODUCCIÓN

... Ya se agolpaban en nuestra imaginación las ideas benéficas para nuestro adorado Perú, ..., cierto el Consejo de Regencia de ser llegado este feliz momento, nos dice en su Proclama de 14 de Febrero de este año —que ya somos elevados a la diñidad de hombres libres, no encorvados baxo el yuego, no mirados con indiferencia, vexados por la codicia y destruidos por la ñorancia—.<sup>1</sup>

Ésta fue la descripción del diputado suplente en Cádiz, el 26 de diciembre de 1810, de la novedosa condición de los americanos que fue decretada por el Consejo de Regencia, y que acompañaba la esperanza de todos los habitantes de ultramar.

El nuevo *status* de los americanos fue el resultado de una serie de acontecimientos traumáticos en la península ibérica, entre 1808 y 1812. El 17 de marzo de 1808, Fernando VII sube al trono; el 6 de mayo abdica

\* Este trabajo reproduce parcialmente un capítulo de la tesis de licenciatura que, con el título *Dalla grande paura al riequilibrio interetnico: ribellioni indigene e riforme in Perù alle soglie dell'Epoca Moderna (1763-1814)*, presentó la autora en la Facultad de Ciencias Políticas “Cesare Alfieri” de la Universidad de Florencia, el 15 de febrero de 1999. Ha sido reelaborado en el marco del proyecto “Los orígenes coloniales de la independencia hispanoamericana”, que se desarrolla en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM bajo la dirección del doctor Manuel Ferrer Muñoz, que tuvo la gentileza de revisar la versión española del texto.

1 Biblioteca Nacional de Lima —BNL, en lo sucesivo—, Manuscrito Virreinato (MsV), Documento (D) 331, 28 de abril de 1811, Cabildo de Lima al Cabildo de Cuzco.

en favor de su padre Carlos IV, quien abdica a su vez en favor de Bona parte el 18 de mayo.<sup>2</sup> Estas noticias llegaron a Madrid a fines de mayo y dieron origen al fenómeno de la formación de las juntas de defensa, contra las autoridades constituidas, que parecían aceptar el cambio dinástico en favor del hermano de Napoleón, José I, mientras los disturbios nacionales contra los franceses se propagaban por todo el país.

Las juntas de defensa tomaron el nombre de juntas de gobierno o supremas,<sup>3</sup> y asumieron para sí provisionalmente la autoridad en nombre de Fernando VII. Ellas fundaron su legitimidad sobre los principios “pactistas” y sobre los derechos antiguos de cada reino de la Corona.<sup>4</sup> Por lo tanto, las doctrinas antiguas sirvieron como base para las prácticas revolucionarias. Todo esto también formaba parte, obviamente, de la cultura política del Nuevo Mundo. Así, en el momento en que falta el rey, se crearon juntas o cabildos abiertos que se atribuyeron el poder de tomar las medidas necesarias en defensa del propio territorio.<sup>5</sup>

Se debe subrayar que el fenómeno de las juntas americanas no tiene que ser visto como la demanda o el germen de un principio independentista; en este momento, la constitución de estos organismos está dada por las mismas motivaciones de los organismos españoles: salvar el imperio español.

2 Cfr. Carr, R., *Spain, 1808-1939*, Oxford, 1966, pp. 79-119.

3 Cfr. Lucena Salmoral, *Historia de Iberoamérica*, Madrid, 1988, t. III, p. 54

4 Las juntas ciudadanas estaban dirigidas por los aristócratas provinciales, miembros del bajo y medio clero y los gremios profesionales. Según el análisis de las actas elaboradas por las juntas, éstas pidieron inmediatamente la reunión de las Cortes del imperio, a fin de reformar las “leyes fundamentales”. Las juntas de notables pertenecen a la tradición del alto medioevo europeo. En España, la reaparición de este fenómeno se dio para justificar la resistencia antifrancesa y la transición hacia una forma liberal de gobierno. Este modelo estaba legitimado no sólo por la tradición de un autonomismo territorial, sino también por una base doctrinal católica, cuya referencia principal residía en Santo Tomás de Aquino. La teoría tomista postulaba tres pactos: *pactum societatis*, con el que los hombres se ponían de acuerdo para dar vida a una sociedad civil; *pactum subiectionis*, con el cual decidían someterse a un monarca; *pactum traslationis*, con el cual transferían la soberanía de sí mismos al monarca. Según esta interpretación, la soberanía residía originariamente en el reino, el rey la ejercitaba, pero no era titular de ella “naturalmente”. Estos principios podían ser leídos ya en favor del rey, ya en favor del *regnum*. Los jesuitas, en la primera mitad del siglo XVIII, hicieron una lectura autonomista del “iusnaturalismo” alemán, basados en Puffendorf y Grocio, y retomaron el principio de la retrocesión de la soberanía, la cual puede regresar a los “pueblos”, “provincias” y “federaciones” en caso de *vacatio regis*. Cfr. Annino, A., *La crisis del sistema colonial*, 1991-1992, pp. 86-90.

5 En el territorio peruano, como último precedente de cabildos abiertos citamos el del 6 de marzo de 1780 en Cuzco, donde a causa de la rebelión de Túpac Amaru, el cabildo se constituyó en junta de guerra, formada por los vecinos de la ciudad amenazada. Las ciudades de La Plata, Oruro y Potosí se reunieron en cabildos abiertos.

Entre las varias juntas españolas, la Junta de Sevilla se erigió en gobernadora de Hispanoamérica, y envió emisarios a las Indias a fin de hacerse reconocer y de solicitar financiación para sostener la guerra contra los franceses. Entretanto, en España, la falta de coordinación entre las juntas comenzó a debilitar la resistencia contra los franceses, quienes ya habían invadido casi todo el territorio español.

El 25 de septiembre de 1809 se constituyó en Aranjuez la Junta Central Suprema Gubernativa de España y de las Indias, formada por dos delegados elegidos en el seno de cada junta insurreccional,<sup>6</sup> con el objetivo de dirigir una acción uniforme en la lucha contra Napoleón. La Junta Suprema era representante de los reinos y no del pueblo y reflejaba una concepción antigua de la Corona española, a saber, la del imperio de los Habsburgo.

La Junta Suprema, que gobernaba interinamente el imperio, puso las bases de la igualdad entre España y los territorios de ultramar. El 22 de enero de 1809, con una real orden, aceptó el principio de una participación americana en su gobierno, sobre la base del reconocimiento de las provincias de ultramar como “reinos”.<sup>7</sup> Las provincias americanas fueron consideradas reinos dotados de los mismos privilegios que Castilla, y representadas en la Junta Suprema con la misma calidad que los otros reinos de España. Se restauraba así el antiguo *status* paritario de la época de los Habsburgo, que sepultaba definitivamente el proyecto borbónico “colonial”.<sup>8</sup> En los hechos, sin embargo, la igualdad formal no se mantuvo. Las juntas españolas eran representadas por dos diputados, mientras que la Junta Central había fijado la participación de un solo diputado por cada uno de los siguientes territorios de ultramar: los cuatro virreinos (Nueva España, Perú, Nueva Granada y Buenos Aires) y las seis capitanías generales (Cuba, Puerto Rico, Guatemala, Chile, Venezuela y Filipinas). De hecho, la Junta negaba la igualdad afirmándola. En realidad, América era representada por nueve diputados —frente a los treinta y seis de España—, quienes a su vez representaban una población mayor que la de la

6 La Junta Central estaba compuesta por veinticinco diputados pertenecientes a trece juntas: diez eran de juntas de reinos, dos de principados y uno de la provincia de Madrid. *Cfr.* Demelas Bohy, M. D., *L'invention politique, Bolivie, Equateur, Pérou au XIX siècle*, París, 1992, p. 177.

7 Reinos: conjunto de ciudades que dominaban un territorio subordinado, en el que sólo los patricios urbanos eran ciudadanos. La novedad consistía en la ampliación de la representación de América y en el número de ciudades consultadas —más de una centena— en lugar de las treinta y siete españolas que, únicamente, habían tenido el derecho al voto en las Cortes de 1789.

8 *Cfr.* Annino, A., “Pratiche creole e liberalismo nella crisi dello spazio urbano coloniale”, *Quaderni Storici*, 69, 1988, pp. 727-764.

península ibérica: de este modo, se suscitaba una esperanza que se veía frustrada al mismo tiempo.<sup>9</sup> El problema de la representación americana permaneció irresoluto durante todo el bienio: se había decretado la igualdad legal de los derechos que, de hecho, estaba limitada por la desigualdad numérica de los representantes. Según algunos historiadores, el trabajo de la Junta fue débil y, sin duda, de un carácter conservador,<sup>10</sup> aunque no debe infravalorarse su papel en la convocatoria a las Cortes de Cádiz.

Al final de 1809, en el momento en que los franceses extendían su control sobre el territorio español, la Junta Suprema transfería la autoridad a un organismo más pequeño, a saber, el Consejo de Regencia, el cual dispuso la convocatoria a las Cortes. El Consejo enfrentó inmediatamente la cuestión de las Indias y, como consecuencia, además, las elecciones de los representantes americanos en las Cortes Generales, que tenían que reunirse en la Isla de León, que estaba protegida por la flota inglesa. Todo esto fue reglamentado por el real decreto del Consejo de la Regencia del 14 de febrero de 1810. El 24 de septiembre de ese año se decretó, por los diputados reunidos en las Cortes extraordinarias de la nación española, que el poder emanaba de la “soberanía” popular,<sup>11</sup> con el resultado de que el 19 de marzo de 1812 se promulgó una constitución, válida para todos los territorios de la Corona española.

Las primeras bases se sentaron el 15 de octubre de 1810, cuando se decretó nuevamente la igualdad de los territorios españoles: “los domi-

9 La población en el territorio americano era de quince millones de habitantes, mientras que la península ibérica contaba con diez millones y medio. *Cfr.* Fisher, J., *Gobierno y sociedad en el Perú colonial. El régimen de las intendencias (1784-1814)*, Lima, 1985, pp. 232-234.

10 *Cfr.* Annino, A., Romanelli, R. y Rodríguez, M., *El experimento de Cádiz en Centroamérica 1808-1826*, México, 1984.

11 El canónigo Diego Muñoz Torrero, diputado por Extremadura, propuso decretar la soberanía de las Cortes y cedió la palabra a Manuel Luján, también él de Extremadura, quien había preparado un texto acerca de este asunto.

Se trataba de un decreto de once artículos. El primero declaraba que las Cortes representaban legítimamente a la nación y que en ellas residía la soberanía nacional. El segundo reconocía como rey a Fernando VII. El tercero establecía la separación de los tres poderes. El cuarto disponía que la responsabilidad del ejecutivo era confiada en forma provisional a la Regencia, la cual tenía que someterse a la soberanía de la Asamblea. Los artículos 5o., 6o. y 7o. dejaban inmodificado el texto del juramento que pronunciaban los regentes. Los artículos 8o. y 9o. mantenían en su cargo a las autoridades civiles y militares. El artículo 10 acordaba la inviolabilidad de los representantes. El artículo 11 suspendía la publicación del decreto hasta una fecha por definir. Los debates fueron largos; en ellos tomaron parte todos aquéllos que debían, sucesivamente, dirigir la Asamblea, como Argüelles, Mejía, Oliveros... El decreto fue aprobado y votado, pero no se sabe con cuántos votos. A excepción de Ramón Power, diputado por Puerto Rico, ningún representante americano se encontraba en Cádiz. *Cfr.* Demelas Bohy, M. D., *L'invention...*, *cit.*, pp. 136-137.

nios españoles en ambos hemisferios forman una sola y misma monarquía, una misma y sola nación, y una sola familia; y que por lo mismo los naturales que sean originarios de dichos dominios europeos o ultramarinos son iguales en derechos a los de esta Península”. Quedaba a cargo de las Cortes tratar con oportunidad y con particular interés todo aquello que pudiera contribuir a la felicidad de los países de ultramar, como el número y la forma que debía concederse a la representación nacional de los dos hemisferios, y la introducción de un sistema representativo.

Sucesivamente, el Consejo de Regencia modificó el número de los diputados de los dominios españoles de las Américas y de Asia, y decretó que les correspondía representar dignamente la voluntad de sus naturales en el Congreso. El real decreto del 7 de enero de 1810 había establecido que la elección de los diputados tenía que ser efectuada por cada ayuntamiento de capital de provincia sobre la base de la elección de tres individuos naturales de la provincia “dotado(s) de probidad, talento, instrucción y exentos de toda nota”. Entre ellos tenía que ser sorteado el diputado para enviar a las Cortes: de manera que, una vez recibidos sus poderes e instrucciones, “se pondrá inmediatamente en camino para Europa...”. En seguida, el real decreto fue modificado por una real cédula el 26 de junio de 1810, donde se fijaba el número de diputados en veintiocho para la representación de ultramar. En una primera fase de las reuniones de las Cortes, los representantes de los dominios españoles fueron sustituidos por americanos que residían en España, suplentes, hasta la llegada de los diputados americanos propietarios.<sup>12</sup>

En 1811, los representantes de los diputados americanos, reunidos en comisión, redactaron un documento que contenía sus demandas ante el seno de las Cortes.<sup>13</sup> Estas peticiones estaban articuladas en once puntos, entre los cuales el primero buscaba profundizar lo establecido en el decreto del 15 de octubre 1810 respecto a la representación americana, y afirmaba “... que la representación nacional de las provincias, ciudades, villas y lugares de la tierra firme de América y sus Islas y las Filipinas por lo respectivo a sus naturales y originarios de ambos hemisferios, así españoles como indios y los hijos de ambas clases” debe ser y será la misma,

12 Ningún diputado americano llegó a España para la reunión de las Cortes de 1810. En su ausencia, a los setenta y cinco diputados peninsulares se unieron treinta sustitutos elegidos entre americanos y filipinos residentes en Cádiz. *Cfr.* Fisher, J., *Gobierno y sociedad...*, cit., pp. 233-234.

13 BNL, Msv D331, “proposiciones que hacen al congreso Nacional los Diputados de América y Asia.... En nuestro primero oficio del 23 de septiembre, advirtiendo la sensible falta de las importantes instrucciones de V. E., cifrábamos un honroso desempeño de nuestra comisión.....”.



en el orden y en la forma que tienen hoy y tendrán sucesivamente las provincias.<sup>14</sup> Esta afirmación, que indudablemente hubiera engendrado los miedos de las autoridades coloniales en Perú, fue seguida del tema acerca de la capacidad del indio para ejercitar los derechos políticos.

Los debates fueron encendidos, y no uniformes. Muchos diputados eran favorables al indio, mientras que otros lo definían todavía como un menor, para quien no era posible ejercitar los derechos políticos. Así, la mayoría de los representantes expresó en el Congreso: “si el indígena se encontraba suficientemente preparado para ejercer en plenitud sus derechos de ciudadanía a la hora de ser representado en las Cortes Generales”,<sup>15</sup> tenía la capacidad para elegir o ser elegido representante en las reuniones gaditanas. Después de una serie de discusiones que no se tratarán aquí por la amplitud del tema, quedó a cargo de las Cortes resolver el punto.

La reacción general del Perú ante la crisis de la monarquía fue de lealtad, con la declaración de fidelidad a todos los sucesivos organismos que apoyaban la independencia española y la monarquía borbónica contra los usurpadores franceses. Todas las juntas de América juraron fidelidad a Fernando VII: este comportamiento no debe sorprender si se considera que España y América estaban unidas por las mismas instituciones políticas desde hacía al menos tres siglos. Se explica así que las juntas americanas reaccionaran en forma similar a la caída de la dinastía, atribuyendo el poder vacante a las juntas insurreccionales.

La noticia de la rebelión en España, en 1808, arribó a Perú en la segunda mitad del mismo año, y la noticia de la formación de la Junta Central llegó en enero de 1809. A pesar de que la información era incompleta y poco clara, la mayoría del Virreinato del Perú declaró lealtad y apoyo a la causa de Fernando. En efecto, ya en 1808 fue jurada formalmente la fidelidad a éste en la capital, Lima, y en el resto del país. Además, la noticia de la declaración de guerra contra Francia por la Junta de Asturias condujo a la declaración formal de guerra en Lima, el 5 de noviembre de 1808. Ésta fue seguida, en marzo de 1809, por el juramento de obediencia a la Junta Central.

Debe resaltarse que, a pesar de los intentos de revuelta en el Alto Perú y en Quito en 1809, las capitales de los virreinos proclamaron su apoyo a la Junta Central. Este respaldo, sin embargo, no fue sostenido:

14 Cfr. *ibidem*, f. 7, art. I.

15 Cfr. Meléndez, F. C., *Las Cortes de Cádiz y la imagen de América*, Cádiz, 1994, pp. 20-21.

cuando el organismo cayó, los criollos de muchas ciudades fueron negando, sucesivamente, la autoridad del Consejo de Regencia, reclamándole el derecho a formar sus propias juntas (como en el caso mexicano) para gobernar en ausencia del rey. La difusión de este movimiento involucró a las ciudades de Caracas y Buenos Aires y a otros centros urbanos. Lima, sin embargo, no siguió el mismo influjo, y todo el Virreinato del Perú se erigió en un baluarte de la autoridad española en América del Sur. Evidentemente, una gran parte de los administradores peninsulares y criollos, funcionarios y comerciantes de la capital sentían que sus intereses hubieran sido mejor protegidos con el mantenimiento de la autoridad constituida. Muchos criollos dependían de la Corona para sus empleos, mientras que otros tenían enlaces económicos y familiares con España. Verdad es que bastantes albergaban resentimiento hacia la Madre Patria, pero la perspectiva de una nueva rebelión indígena, como la de Túpac Amaru, los volvía conservadores. Además, la opinión criolla era dirigida por hombres<sup>16</sup> que no contaban con el deseo ni con la capacidad de organizar una revuelta por muchas razones, entre las cuales se pueden mencionar las siguientes: su avanzada edad, el rechazo total a una solución violenta; pero, sobre todo, porque estaban convencidos de que las reformas impulsadas por las autoridades liberales españolas llevarían a una notable mejoría del Virreinato del Perú. Nada de lo anterior evitó, sin embargo, que la región del Alto Perú fuera sacudida por un motín indio; mas la acción decidida del virrey Abascal le permitió mantener la autoridad en el territorio altoperuano.

A la convocatoria de elecciones de los representantes en las Cortes, el Virreinato del Perú respondió en forma extraordinaria. Aquéllas se llevaron a efecto en todas las capitales de provincia, utilizando el sistema de la terna con el sorteo final.

Primero, la Junta Central, y el Consejo de Regencia, después, habían reconocido la necesidad de que las diversas partes del imperio enviaran sus propios representantes a España y, de modo particular, habían reconocido la autoridad del cabildo para controlar la elección de estos representantes. En 1809, cada cabildo del Virreinato participó en las elecciones de un diputado a la Junta Central como representante del Perú.

16 Hombres como Baquijano, Manuel de Villalta y Concha, Diego Cisneros y Cipriano Calatajud. Cfr. Fisher, J., *Gobierno y sociedad...*, cit., p. 223.

Cuando, al inicio del siguiente año, el Consejo de Regencia decidió convocar las Cortes, se decretó que el cabildo de cada capital de provincia eligiese un diputado para representarlo en la siguiente asamblea. El decreto enviado a la Regencia iba acompañado de una carta dirigida a los españoles americanos, que informaba de que, a partir de ese momento, se les concedía el derecho de elegir representantes a las Cortes: su destino no dependía más del virrey o de los gobernadores o funcionarios; ahora lo tenían en sus propias manos. Esta carta minaba indudablemente la legitimidad de los funcionarios de la Corona y, por tanto, la autoridad misma del virrey. Abascal se mostró hábil, sin embargo, al evitar conflictos irremediables en el seno del Cabildo de la capital; aun así, no aprobó nunca la celebración de otras elecciones. Por otra parte, los cabildos se encontraban en la posición de alcanzar la autonomía por siempre buscada. Para la elección de estos diputados se adoptaron procedimientos que diferían de un lugar a otro. En Cuzco, el presidente de la Audiencia fue quien presentó una lista de nombres al Cabildo, para que fueran elegidos tres de ellos, entre los cuales sería sorteado el diputado de la ciudad. En Lima, el Cabildo parece haber efectuado esta elección sin otras mediaciones, eligiendo tres hombres por voto secreto y haciendo la elección final por sorteo,<sup>17</sup> y el diputado designado fue Francisco Salazar y Carrillo.<sup>18</sup>

Se eligieron diputados no sólo en Lima y Cuzco, sino también en Guayaquil, Chachapoyas, Trujillo, Tarma, Arequipa, Huamanga, Puno y Huanuco. Con todo, sólo siete diputados llegaron a Cádiz a tiempo para la promulgación de la Constitución en marzo de 1812. El “ausentismo” de algunos diputados se debió a la falta de fondos de parte de los municipios para financiar los costos del viaje y la estancia en España. Como se dijo arriba, en ausencia de los diputados americanos se nombró a los suplentes, que enfrentaron inmediatamente la cuestión de la representación y, en primer lugar, si ésta debía ser calculada de modo proporcional a la población o no. Los diputados peruanos apoyaron la demanda con mucha cautela, sobre todo para evitar que la elección de los diputados corriera a cargo primordialmente de un electorado indígena y mestizo, y trataron de asegurarse de que los indios no pudieran ser elegidos ni electores.<sup>19</sup>

17 Archivo Histórico Municipal de Lima —AHM en lo sucesivo—, Libro de actas de Cabildo de Lima, n. 42, ff.17-18, 27 de agosto de 1810.

18 Cfr. *ibidem*, f. 20, 14 de septiembre de 1810.

19 Cfr. Fisher, J., *Gobierno y sociedad...*, cit., p. 234.

Las otras cuestiones que fueron presentadas en el Congreso por los diputados americanos el 16 de diciembre de 1810 concernían además a la igualdad de la representación (artículo 1o.), la libertad para poder desarrollar la producción agrícola o manufacturera (artículo 2o.), la libertad de exportar todos los productos naturales e industriales a España y a las otras naciones aliadas (artículo 3o.), la abolición del monopolio (artículo 4o.), la igualdad en las oportunidades de carrera para americanos, españoles e indios, en todas las ramas, eclesiástica, militar y política, con la reserva a los naturales de, al menos, la mitad de los oficios de cada reino (artículos 5o. y 6o.). Las demandas reflejaban la situación social, política e intelectual de los americanos hasta aquel momento. Este programa fue enviado por dos diputados peruanos, Vicente Morales y Ramón Feliú, al Cabildo de Lima solicitando su difusión en el territorio.<sup>20</sup>

Las autoridades coloniales y, particularmente el virrey, se enfrentaron al difícil problema de la difusión del programa, que consideraban un instrumento capaz de generar inestabilidad al gobierno constituido y debilitar la autoridad española. Todo esto, sin embargo, no logró detener el proceso iniciado con la convocatoria a las Cortes que produjo la Constitución gaditana de 1812.

## II. LA ORGANIZACIÓN DE LAS PRIMERAS ELECCIONES GADITANAS

El 19 de marzo de 1812 fue promulgada la Constitución de Cádiz, que tenía validez en todo el imperio español y fundaba el sistema representativo. Se convocó a nuevas elecciones en marzo de 1813. El texto constitucional gaditano, además de introducir el sistema de representación, definió el nuevo cuerpo político: “las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá”.<sup>21</sup> Esta nueva entidad no estaba formada como en los viejos tiempos por los diferentes sectores de la sociedad y los gremios, sino por un cuerpo unitario definido como: “ciudadanos, avecindados y residentes”.<sup>22</sup> Esta definición, aparentemente clara, no logró

20 BNL, Msv D331, f. 7 y ss, *Proposiciones que hacen...*

21 Título III, capítulo I, artículo 27 de la Constitución. Cfr. Ferrer Muñoz, M. y Luna Carrasco, R., *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, México, 1996, pp. 223-265 (p. 226).

22 Tit. III, cap. I, art. 35. Cfr. *ibidem*, p. 227.

identificar objetivamente a los titulares de los nuevos derechos en el territorio peruano.

Por primera vez se pensó en un cuerpo político unitario, definido como el conjunto de los ciudadanos. La legislación había previsto la introducción de una categoría liberal-moderna, que se refería al individuo con el concepto abstracto de vecino-ciudadano, que no llegaba a ser todo lo abstracto del modelo francés. La introducción del requisito de vecindad hacía referencia a la larga tradición hispánica del criterio de “notoriedad”, por el que se era vecino en cuanto reconocido por la comunidad como tal y en cuanto propietario de un inmueble en los terrenos de la misma. La comunidad estaba articulada en una sociedad jerárquica de gremios que operaba sobre un territorio bien determinado, en el que los gremios se enlazaban en una estructura piramidal. A pesar de esto, la categoría vecino colonial no estaba del todo clara. De hecho, cuando en 1775 la embajada francesa en Madrid pidió su parecer a los juristas de la Corte acerca de la posible definición de la categoría de vecinos, se encontraron seis de ellas:

*Avecindado ou Vecino est celui qui est né dans lieu, ou qui y été baptisé, ou qui y a Habité dix ans y ayant transporté sa maison et son foyer, ou qui y a fait le service militaire, ou qui a acquis cette qualité par sentence exécutoire, ou a été admis comme tel en la forme accoutumée dans le lieu, les usages relatifs à cette admission n'étant pas les mêmes partout.*<sup>23</sup>

En efecto, todo lo anterior demuestra que esta categoría no estaba bien especificada ni en la misma España y, por tanto, llegar a definirla en los territorios de ultramar era aún más problemático. La Constitución de Cádiz pretendía identificar un cuerpo político que, inevitablemente, debería asumir otras características en el territorio peruano. Sin embargo, la Constitución olvidaba prescribir la abolición de las instituciones del antiguo régimen.

La cualidad de *avecindado*, presente en la Constitución, hacía referencia al vecino, categoría que aparece en la carta constitucional para definir al electorado, en el artículo 35: “en las juntas de parroquia se nombrará por cada doscientos vecinos un elector parroquial”. Se convierte, por ende, en la unidad de medida del sistema electoral y en la célula fundamental de

23 Cfr. Demelas-Bohy, M. D. “Modalidades y significación de elecciones generales en los pueblos andinos, 1813-1814”, en Annino, A. (coord.), Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX, Buenos Aires, 1995, p. 293.

la sociedad. De modo que el concepto moderno de ciudadano se construye sobre una categoría del antiguo régimen. Pero no sólo esto, las mismas prácticas previstas por el nuevo mecanismo representativo se fundarán sobre prácticas del antiguo régimen. Por lo tanto, se trataba de una articulación o, mejor dicho, un compromiso entre las antiguas y las nuevas instituciones.

Las copias de la Constitución arribaron a Lima en septiembre de 1812; junto a ellas llegaron también las instrucciones generales para organizar las elecciones de los diputados,<sup>24</sup> tarea de una comisión creada *ad hoc*, a saber, la Junta Preparatoria.

La historiografía ha subestimado con frecuencia la importancia de esta comisión en el Virreinato del Perú, muy probablemente porque se trataba de un órgano temporal, y porque sus funciones estaban limitadas a la organización de las elecciones en sentido estricto. Pero, en Perú, la Junta amplió sus prerrogativas y jugó un papel fundamental en los mecanismos de representación. Las instrucciones enviadas desde Cádiz preveían que la Junta Preparatoria se constituyese en Lima con el fin de facilitar las elecciones de los diputados (artículo I). Debía componerse por el jefe superior (ex virrey), el arzobispo o el obispo de la capital, el intendente y, donde se diera el caso, el alcalde más antiguo, el regidor decano, el síndico procurador general y dos hombres buenos, vecinos de la misma provincia, nombrados por las personas antes citadas. La junta constaba, pues, de ocho personas y, para todos los efectos, su composición reflejaba la larga tradición colonial. Su primera tarea fue la presentación del censo de población para definir el número de los diputados: “...tendrán presentes los censos de la población más auténticos entre los últimamente formados, o, a falta de ellos formará el cálculo de la población por los medios más expedi[tos] que fuere posible ...” (artículo IV).

La Junta debía establecer las ciudades donde habrían de efectuarse las elecciones y tenía que definir la división territorial para agilizar todas las operaciones electorales. Los artículos de las instrucciones recibidas preveían que la comisión debería dividir las provincias en partidos,<sup>25</sup> allí donde no hubiese ya una división precedente; si este último no era el

24 Archivo General de Indias —AGI en lo sucesivo—, Indiferente General, n. 669, f. 83, “Instrucción, conforme a la cual deberán celebrarse en las provincias de ultramar las elecciones de Diputados de Cortes para las ordinarias del año próximo de 1813”, del 23 de mayo de 1812, compuesta por 17 artículos.

25 Ver apéndice.

caso, la Junta debería atenerse a las divisiones ya existentes y fijar el número de los electores que correspondería a cada partido, en forma proporcional a la población.

Además, la Junta tenía la tarea de resolver las posibles dudas surgidas antes de las elecciones<sup>26</sup> e inmediatamente después del juramento de la Constitución. La resolución de tales dudas era inapelable (artículo IX). La Junta cesaba en sus funciones en el momento en que hubieren sido resueltas todas las dificultades en la organización de las elecciones (artículo XI): “cesando en las suyas [funciones] luego que allanadas todas las dificultades, comiencen a verificarse las elecciones”.

Entonces la operación que adquirió importancia fundamental fue el censo de la población de las provincias para la atribución de los diputados. La Junta Preparatoria hizo referencia en un primer momento al censo del virrey Gil y Lemón<sup>27</sup> de 1793 para la organización de las elecciones. El censo era, según la Junta, “el más reciente y auténtico, excepto en lo que respecta a los españoles indigentes,<sup>28</sup> cuyo número se ha deducido de las matrículas que últimamente han regido para el cobro del tributo”. En efecto, esta comisión había expuesto a las Cortes un problema recurrente en el Perú, a saber, el de la gestión política de un territorio tan dilatado. De hecho, la extensión del Virreinato no permitía a la Junta realizar un nuevo censo de población en un tiempo breve.

La falta de vías de comunicación y la dificultad para movilizarse serían cruciales para la instauración de los nuevos organismos previstos en la misma Constitución. Uno de los problemas recurrentes fue la imposibilidad de que los funcionarios del reino viajaran a España dentro de los plazos fijados, que generalmente iban de uno a tres meses. Esto se demuestra por todas las peticiones de prórroga de los plazos hechas a la Junta por los jefes políticos de los partidos, para llevar a cabo las operaciones contempladas en la Constitución. El problema del censo se debió,

26 AGI, Ind. Gen., n. 669. En este artículo se especifica que esas dudas debían ser presentadas antes de iniciarse las operaciones electorales. Esto, porque en el momento en que se constituye una Junta Electoral, ésta se convierte en la única autoridad legitimada para dirimir los conflictos nacidos en el seno de las elecciones. *Cfr.* artículo 50 de la Constitución y artículo XI de las Instrucciones: “Las juntas preparatorias no se mezclarán en otras funciones... y no embarazando en manera alguna... la juntas electorales de Parroquia, de partido y de Provincia en el ejercicio de las facultades, que les están asignadas por la constitución”.

27 AGI, Ind.Gen., n. 1,524, *Gobernacion de ultramar*, n. 338, 28 de febrero de 1813. Documentos enviados por el virrey marqués de la Concordia a la Gobernación de ultramar. Ver apéndice.

28 Las autoridades peruanas definen al indio como español indigente, interpretando el sistema del tributo como una manifestación de indigencia.

en parte, a las nuevas anexiones al territorio peruano de la intendencia de Puno y de las gobernaciones de Guayaquil, Chiloé y Valdivia. La Junta afirmó, sobre la base de las informaciones que obraban en su poder, que a su distrito (Virreinato del Perú) correspondían veintidós diputados (ver apéndice 1), según el censo y conforme al artículo 12 de las Instrucciones del 23 de mayo de 1812. Respecto a los nuevos territorios anexos, la Junta exponía las dificultades presentadas por la distribución de la población. Sobre el distrito de la provincia de Guayaquil, la Junta expresaba algunas reservas acerca de la fiabilidad de su censo, dado el gran número de “partidos” o “tenencias de gobierno” en que estaba dividido el territorio, y la variable distribución de la población que, en algunos partidos, comprendía desde mil quinientos hasta veinte mil “almas”, mientras que en otros partidos no se llegaba ni a quinientas. Además, debido a la absoluta carencia de información topográfica del país, era imposible conocer la distancia relativa entre los pueblos para poder aplicar los artículos 63, 64, 65 y 83 de la Constitución, que definían el número de los electores de partido. En consecuencia, la Junta Preparatoria no podía cumplir las tareas que le encomendaban los artículos 9o. y 7o. de las Instrucciones, acerca de las divisiones de las provincias en la forma más conveniente.<sup>29</sup>

El documento relativo a la instalación de la Junta Preparatoria en Lima revelaba la dificultad objetiva de conocer los territorios de la Gobernación de Guayaquil. La Junta solucionó la cuestión atribuyendo al gobernador del distrito la función de asignar el número de electores de partido que debían reunirse para la elección del diputado, usando los criterios más conformes a la Constitución y, al mismo tiempo, los más adecuados para lograr la participación de todos los partidos o tenencias de gobierno en el nombramiento de los diputados. La decisión de la Junta de delegar en el mismo gobernador del distrito la tarea de definir el número de electores fue justificada por el hecho de que el funcionario local poseía un mayor conocimiento del territorio y era capaz, además, de encontrar con mayor facilidad la información sobre la localización de cada partido.

El problema se repite también en los otros territorios anexados, como la provincia de Chiloé, la cual no estaba dividida en partidos: “...y así por carecerse de datos bastantes para hacer aquí esta operación”, la Junta sostuvo la imposibilidad de definir el número de electores, por la carencia de

29 Artículo 9 de las Instrucciones: “las juntas preparatorias resolverán breve y sumariamente todas las dudas que se suscitaren antes de comenzar las elecciones, que deben hacerse inmediatamente después de haberse jurado la Constitución, y lo que resolvieren, se ejecutará sin recurso”.



datos suficientes sobre el territorio y por el clima de rebelión existente. La comisión determinó que esa provincia se uniría con la de Valdivia y con el “establecimiento de Oforno” (“que se han separado de la obediencia de la junta revolucionaria de Chile”). Como consecuencia, serían los mismos gobernadores los encargados de determinar el número de los electores que habrían de nombrar al diputado que representaría a la provincia.

La relación de la Junta concluye con el tema relativo a la constitución de las dos diputaciones provinciales para el Virreinato de Perú. Las tareas habían sido resueltas, después de haberse superado grandes obstáculos y considerando que, si había defectos, éstos serían eliminados en las siguientes elecciones cuando se hubiere realizado un censo más preciso.

Mientras, en lo concerniente a la provincia del Alto Perú, que dependía del Virreinato de Río de la Plata, la Junta expuso a la Gobernación de ultramar que, a la vista de los continuos levantamientos en esta región, y, dado que no existía ningún censo de la población de esa provincia, la comisión había dispuesto que se formase la Junta Preparatoria en la ciudad de Chuquisaca, para facilitar así la elección de los diputados que le correspondían, con el debido conocimiento y el puntual respeto a la instrucción en la materia.

El análisis de este documento demuestra cómo la Junta delegó algunas funciones en los niveles locales, y amplió el margen de discrecionalidad de los mismos funcionarios. Todo esto permitía, por un lado, una mejor organización de las tareas; pero, por otra parte, se convertía en poco controlable desde la esfera central. Un hecho que debe resaltarse es que, donde fueron aplicadas las divisiones territoriales de las reformas borbónicas, fue posible desarrollar mejor las operaciones previstas por la Constitución de Cádiz: hecho relevante que enlaza, al menos por lo que toca al territorio peruano, con las reformas del siglo XVIII y la introducción del nuevo sistema liberal.

La Junta Preparatoria, con referencia a las instrucciones de Cádiz, emitió sus Instrucciones el 22 de noviembre de 1812 para todas las provincias del territorio peruano.<sup>30</sup> El primer punto fue la demanda del censo de población a todos los intendentes. La Constitución de Cádiz había definido la ciudadanía en los artículos 5o. y 18: “son españoles todos los hombres libres nacidos y avencidados en los dominios de Es-

30 BNL, MsV, D10,366. “Las copias que acompañaron a usted. del oficio de norma remitido por su Exa. y demás le instruirán del modo y forma con que deberá conducirse en las elecciones a que se contraen y proceden luego que se publique y jure la Constitución”, 14 de diciembre de 1812.

paña”;<sup>31</sup> “son ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y están avencidados en cualquier pueblo de los mismos dominios”.<sup>32</sup>

Era necesario, por tanto, saber quién pertenecía a la categoría de ciudadano con derecho al voto. No sólo el Perú era una sociedad pluriétnica, sino que, además, en las provincias andinas era mayoritaria la población indígena: como Quispicanchis donde, por ejemplo, vivían 37 españoles y 20,494 indios, o Castrovirreyna, donde los españoles eran 168, por 19,579 indios (ver apéndice). ¿Podía influir la composición social del Perú de algún modo sobre las operaciones de la Junta Preparatoria? Además, los actores del nuevo sufragio ¿percibían la innovación?, ¿hubo efectivamente una innovación en los niveles locales? No existen respuestas definitivas a estas preguntas, sea porque la época gaditana ha sido poco estudiada hasta hoy, sea porque la documentación es fragmentada y discontinua. Pero sin duda la novedad fue doble: una, la ampliación del sufragio, que elevó al indio al *status* de español, por lo menos en el nivel formal; y la otra, que fue una consecuencia de la primera, la abolición de uno de los dos sistemas diferentes de gobierno local, las repúblicas.

Se puede decir que la Junta Preparatoria del Perú actuó de modo conservador. Las instrucciones enviadas desde Cádiz le habían asignado la tarea de dirigir un nuevo censo. La comisión interpretó esta función con amplio margen de discrecionalidad y, de modo indirecto, se arrogó el derecho de establecer la condición de la ciudadanía.<sup>33</sup> La Junta, conforme a lo dispuesto por real decreto del 18 de marzo de 1813, afirmó la urgencia con la que debían realizarse las elecciones, y decretó que las juntas electorales de parroquia debían apearse al artículo 35 de la Constitución y, por lo tanto, componerse de:

todos los ciudadanos avencidados y residentes en el territorio de la parroquia respectiva, incluso los eclesiásticos seculares, y que además esta calidad de deber ser ciudadano avencidado supone una necesaria clasificación

31 Tít. I, cap. II, art. 5o. Cfr. Ferrer Muñoz, M., y Luna Carrasco, R., *Presencia de doctrinas constitucionales...*, cit., p. 223.

32 Tít. II, cap. IV, art. 18. Este artículo excluía de la ciudadanía a los descendientes de africanos. Cfr. *ibidem*, p. 225.

33 BNL, MsV, D9445, “expediente sobre la elección de diputados a Cortes realizada en los pueblos de Huanuco”, 22 de noviembre de 1812. Este documento contiene las Instrucciones para las elecciones de los diputados a las Cortes, con las interpretaciones hechas por las juntas preparatorias y las sucesivas instrucciones; en este caso, por la intendencia de Tarma. BNL, MsV, D9361, Huancavélica.

de los que en verdad lo sean con arreglo principalmente al artículo 18 de la Constitución ampliado por el 19, 20, 21 y modificado por las restricciones de los artículos 24 y 25, la cual no se puede hacer sin la presencia de un censo o Padrón.<sup>34</sup>

Indudablemente, fue una lectura atenta la que practicaron las autoridades coloniales sobre los requisitos de la ciudadanía. Considerando que ésta iba a expresar la propia voluntad a través del voto, la definición por parte de las Cortes de la soberanía popular podía hacer surgir dudas a la autoridad constituida, sobre todo en aquellas áreas con alta densidad indígena. En efecto, la Junta demandó la compilación del censo o padrón a los párrocos, quienes debían realizarlo en sus propias doctrinas: “...disponga Vs. Merced que en cada doctrina o pueblo los Señores párrocos encargados de su práctica sean auxiliados a medida de su territorio por una o dos o tres personas de lo más bien”.<sup>35</sup> Por lo tanto, el sacerdote se convirtió en el agente fundamental para esta operación, pues, junto con las otras autoridades locales, estaba encargado de compilar el censo: “el censo o padrón queda cometido a Ve. [el sacerdote] por lo respectivo a esta parroquia de su cargo... Para el efecto designo además de los alcaldes y ministros de Vara de todos los pueblos a d. ...”.<sup>36</sup>

Esta compilación debía realizarse según el modelo que había sido enviado por la Junta, que subrayaba la precisión con que debía definirse el carácter de ciudadano: “formado el Censo con la individualidad que se requiere, como que es la base de todas las demás operaciones que deben subseguirse y de su exactitud resultan clasificados los verdaderos ciudadanos en el goze o ejercicio de sus derechos me lo remitirá usted inmediatamente...”.<sup>37</sup> La Junta, sobre la base del censo redactado por los párrocos, había de ocuparse de establecer el número de electores que habrían definido el número de los compromisarios por circunscripción (Junta parroquial: doctrinas o parroquia).<sup>38</sup>

34 BNL, Msv, D9,445, ff. 1-18.

35 Cfr. *ibidem*, f. 3.

36 BNL, MsV, D10,366, “Documentos relativos a la publicación y jura de la Constitución del año 1812 en Huancavelica, 14 de Diciembre de 1812”.

37 Cfr. *idem*.

38 Artículo 38: “en las juntas de parroquias se nombrará por cada docientos vecinos un elector parroquial”. Artículo 41: “la junta parroquial elegirá, a pluralidad de votos, once compromisarios, para que éstos nombren el elector parroquial”. Artículo 42: “si en la junta parroquial hubieren de nombrarse dos electores parroquiales, se elegirán veintiún compromisarios, y así tres, treinta y uno...”. Artículo 51: “ se procederá inmediatamente al nombramiento de los compromisarios; lo que

Todas estas operaciones eran previas a las elecciones, tanto legislativas como municipales, y tenían el objetivo, como ya se ha dicho, de definir el cuerpo electoral. La carta constitucional proveía los distintos mecanismos para la elección de los diputados en las Cortes y para los comicios municipales. Respecto a las elecciones legislativas estaba previsto un sistema indirecto de tercer grado, que se articulaba en las juntas de parroquia, juntas de partidos y juntas de provincias.

Puede ser clarificadora la lectura del acta electoral del partido de Cañete en la provincia de Lima, para las elecciones de diputados en Cortes, con el fin de analizar las operaciones electorales. El 22 de diciembre de 1812 se convocó a las elecciones de parroquia con una orden del subdelegado del partido de Cañete. La Constitución preveía que se formase una junta electoral de parroquia por cada doscientos vecinos, la cual debía ser presidida por el subdelegado. Cada párroco, en su respectiva parroquia, compiló el censo y, sobre esa base, se precisó el número de electores, uno por cada doscientos vecinos. La carta constitucional, sin embargo, decretaba que los electores fueran elegidos no por vecinos, sino por compromisarios. La introducción de este nivel muy probablemente tiene un valor que ha pasado casi inadvertido a parte de la historiografía. Verdad es que esta categoría *de facto* aumenta en un grado las elecciones legislativas, y no es suficiente pensar que la hayan introducido los constituyentes gaditanos con el propósito de “filtrar” los votos. La Constitución preveía, en efecto, en los artículos 38 y 41 que, por cada elector, se nombraran once compromisarios. El compromisario se convierte, entonces, en el parámetro para la construcción del elector parroquial.

En el pueblo de Santiago de Almagro de Chíncha, el 22 de diciembre de 1812 se reunieron los ciudadanos en el edificio más a propósito, y donde se efectuó la elección *a mayor* número de votos de los veintiún compromisarios, según el artículo 42. Esta doctrina, según el censo, estaba habitada por 1,841 personas españolas y contaba con 368 vecinos, que debían nombrar a dos electores a los que correspondían los veintiún compromisarios. Después de haber elegido los compromisarios, se continuó con la designación del secretario de la junta y de los dos escrutadores no-

sarà [sic] designando cada ciudadano un número de personas igual al de los compromisarios...” Entonces, cada doscientos vecinos se nombrará un elector parroquial; por cada elector parroquial corresponderán once compromisarios; por cada dos electores, veintiún compromisarios. Se puede notar que se trata de un número impar, con objeto de evitar que en el escrutinio de los compromisarios se alcanzara un número igual de votos, que retrasaría notablemente las prácticas electorales.

minados a voz general (por unanimidad). Terminadas estas operaciones, se pasó a la votación de los dos electores parroquiales, y los compromisarios eligieron a pluralidad absoluta de votos a Ramón Solano Salas y a José Asiniega. A continuación la Junta fue disuelta.

El subdelegado del partido de Cañete convocó para el día 9 de enero de 1813 a todos los electores de parroquia, en la villa de Cañete, donde habrían de celebrarse comicios para el elector de partido. Según el acta electoral, el día 9 los electores convocados nombraron a los escrutadores y al secretario de las juntas, los cuales debían controlar todos los certificados presentados por cada elector. Además, según el artículo 79 de la Constitución, se nombró una comisión compuesta por tres personas para controlar los certificados de los escrutadores y del secretario. Después de estas operaciones, la junta electoral de partido fue convocada para el 10 de enero.

Ese día, congregados todos los electores, se procedió a la designación de elector de partido por votación secreta. Fue elegido Francisco Maeda, sacerdote de la parroquia de la villa de Cañete, por mayoría absoluta. Estas operaciones electorales se desarrollaron pacíficamente y en conformidad con la Constitución. Es de resaltar que este partido tenía una población mayoritariamente indígena: 465 españoles y 7,674 indios; esto, no obstante, no provocó ninguna tensión durante el desarrollo de la jornada electoral.

El problema de los indios, que preocupaba incluso al virrey, no fue de gran importancia: según los documentos analizados para este trabajo, se originaron pocos conflictos y, en la mayor parte de los casos, las elecciones se desarrollaron en total calma. Debe hacerse notar que la sociedad india utilizaba prácticas electorales antes de la Constitución de Cádiz, aunque los sistemas del voto fueran diferentes. Se plantea entonces la cuestión de si los indios entendieron efectivamente el papel que les había sido atribuido por la introducción del sufragio.

TABLA 1

Elecciones a las Cortes del Partido de Cañete, Provincia de Lima<sup>39</sup>.  
22 de diciembre de 1812 y 10 de enero de 1813

Doctrinas	Habitantes	Vecinos	Compromisarios	Electores
Santiago de Almagro de Chíncha	1841	368	21	2
Santo Domingo Real de Chíncha	2913	582	31	3
Santiago de Lanaguana	1868	373	21	2
San Francisco de Pacaràn	669	168	11	1
Villa de S. Vicente de Cañete	1119	192	11	1
N.a S.a de la Asuncion de Chilca	2700	540	31	3
Total	12110	2223		13

### III. LAS ELECCIONES MUNICIPALES EN LOS PRINCIPALES PUEBLOS ANDINOS

La Constitución decretaba en el artículo 309: “para el gobierno interior de los pueblos habrá ayuntamientos, compuestos del alcalde o alcaldes, los regidores o el procurador síndico, y presidido por el jefe político, donde lo hubiere, y en su defecto por el alcalde o el primer nombrado en-

39 MnL, Registros Cívicos, elecciones: 1812-1839, doc. 3. *Elecciones de doctrinas y de Partido, Cañete 1812.*

tre éstos, si hubiere dos”; y preveía en el artículo 312 que fueran elegidos por el pueblo, cada año, a pluralidad de votos y en proporción al vecindario. Pero el artículo 311 remitía a las leyes sucesivas la determinación del número de los cargos elegibles, de acuerdo con el número de vecinos.

Para aclarar los mecanismos electorales, analizaremos algunas de las elecciones municipales que se realizaron en Perú, y tomaremos como ejemplo las del pueblo de Moya,<sup>40</sup> con una población de “poco más de 1,000 habitantes”, la mayoría indios, y con la presencia de un número limitado de blancos o mestizos, que en esta zona eran llamados vecinos o mistis. La elección se realizó en la “plaza mayor”, donde se ubicaba la iglesia parroquial, que se adornó para la ocasión. En ella se colocó una mesa y una urna para efectuar las operaciones electorales. El día previo se convocó a los indios a través del alcalde de indios, y a los españoles por el sargento de la milicia: “... convocado por medio del alcalde de los españoles naturales y de un sargento de milicias a todo el vecindario de este citado pueblo, así de los españoles de origen como de los naturales”. La elección preveía una llamada colectiva al voto, estamento por estamento, como si estuvieran todavía presentes las dos repúblicas, y en ella se resaltaba todavía la diferencia de los términos “españoles de origen” o “españoles naturales”.

Para las elecciones municipales, el sistema de votaciones era de segundo grado. En el caso de Moya, las elecciones se realizaron en función del bando emitido por el gobernador intendente interino de la provincia de Huancavélica,<sup>41</sup> Baltasar González de Gálvez que, a su vez, incluía el bando emitido del virrey marqués de la Concordia, de diciembre de 1812, donde se indicaban las modalidades de la votación: “cada ciudadano llevará una papeleta con los nombres de los electores por quien vota, la que se leerá públicamente”. La justificación de este sistema se encontraba en la falta de tiempo: “... para que la elección se haga con brevedad...”. En general, si el candidato a las elecciones distribuía unos papeles (papeletas o boletas) con el propio nombre era una acción definida como fraude;<sup>42</sup> pero, como según la Constitución, se permitía el voto también a los analfabetos, fue entonces inevitable aceptar que la gente pidiera ayuda a otros para redactar su propia boleta.

40 BNL, Msv; D9,615, “Instalación del primer ayuntamiento constitucional en la viceparroquia de Moya, 4 de febrero de 1814. Doctrina de Conayca, partido de Angaraes, Provincia de Huancavélica”.

41 BNL, Msv; D9,867, “Elecciones de parroquia y Censos de la parroquia de S. Ana, S. Bárbara. 1813 expediente”, 25 de enero de 1813.

42 Estaba prohibido distribuir papeletas a los ciudadanos con los nombres de los electores.

En estas elecciones, la junta electoral que se constituyó solicitó a los electores que “presentar[an] sus listas con los nominativos”, y el resultado fue que nadie poseía dichas listas a causa de la falta de papel y de escribanos. Los ciudadanos propusieron entonces votar “por rayas”, como en otros lugares.<sup>43</sup> El acta de las elecciones reporta la descripción de las operaciones: “... y nombrándose de Secretario para este acto a ... Simeón Matos, se dio principio a la dicha votación como a las ocho y cuarto desde cuya hora hasta las once y media nos mantubimos en ellas”. Cada vecino se acerca a la mesa y en voz alta dice nueve nombres,<sup>44</sup> el secretario marca en la lista el voto, escribiendo el nombre del mencionado si antes no había sido votado, y pone una raya a un lado. Así se selecciona a nueve electores, que corresponden a esta doctrina, de una lista de treinta y nueve individuos que alcanzaron de uno a cuarenta y seis votos. A esta primera operación sigue otra: las elecciones de los cargos del ayuntamiento. La segunda votación se efectuó a las cuatro de la tarde en la casa principal. Cada elector, iniciando por el que había obtenido más votos, susurraba el nombre del candidato en turno —“pronunciando en voz secreta” — al secretario, el cual, a su vez, lo marcaba en el acta. Este procedimiento se repetiría para todos los cargos que, en este caso, eran ocho. Resultaban electos un alcalde, un síndico procurador y seis regidores, tres de los cuales eran *mistis* y los tres restantes, indios. Terminada la operación electoral, la población se reunió en el Ayuntamiento para que se dieran a conocer los resultados de las elecciones. Los elegidos juraron la Constitución y fueron a la iglesia para asistir al *Te Deum* y escuchar un sermón en quechua. Durante la jornada, los sucesivos procesos de las votaciones habían sido explicados en la lengua indígena por los sacerdotes y por los escribanos. “Se les instruyó en todos sus deberes, así en el idioma castellano como en el índico a algunos que no pudieran entender aquél, siendo intérpretes los enunciados eclesiásticos y el amanuense D. Mariano Arroyo leyéndoseles también los capítulos de la Constitución referentes al asunto...”<sup>45</sup> Debe hacerse notar que el nuevo alcalde era bilingüe. No se puede saber (sobre la base de los documentos analizados) si se ejercieron presiones sobre los electores; pero es cierto que todo se verificó en un clima de tranquilidad.

43 BNL, MsV, D9,615.

44 Corresponía a este pueblo designar a nueve electores, con el sistema de pluralidad de votos.

45 BNL, Msv D9,615.



Al término de nuestro análisis, uno de los elementos fundamentales es valorar la participación de los nuevos ciudadanos y, en particular, la de los indios. Entre los mayores obstáculos para el estudio hay que remitirse a la pérdida de los registros electorales. Por lo que toca al pueblo de Moya, no se sabe cuántos dejaron de votar, ni la proporción en que los indios participaron en los comicios. Lo que se puede especular es que el número de los vecinos votantes era alrededor de cincuenta y cuatro.<sup>46</sup> El resultado fue que los seis regidores terminaron representando a dos distintas sociedades: los blancos y los indios. Se desprende de esto que, mientras que la ley uniformaba al electorado, la distribución de los cargos mantenía a las dos sociedades separadas, y conservaba así la situación precedente.

Como ya se ha dicho, tres de los seis regidores eran indios, las mismas personas, que, en la elección para compromisarios, habían quedado descartadas, lo que demuestra que no era necesario ser elector para acceder a esos cargos (ver la tabla 2).

El acta de la elección evidencia el papel de las redes familiares en el sentido del voto, como demuestra el caso de la familia Matos (ver la tabla 2). En otra elección, en el pueblo de Conayca, del partido de Angaraes, provincia de Huancavélica, la composición étnica de los habitantes era distinta de la precedente. De los vecinos presentes en las elecciones y de los resultados obtenidos se deduce que la población era en su mayoría indígena, dado que la mayor parte de los vecinos que recibieron al menos un voto resultaron indios, a pesar de que el alcalde constitucional era probablemente un *mistis*<sup>47</sup> (ver la tabla 3). La práctica electoral en este

46 Cfr. BNL, MsV, D9,615 y BNL, MsV, D9,900. El documento muestra los sufragios de la votación por los nueve electores: aunque el número de los votantes no está escrito claramente, podemos calcularlo. Conocemos que el sistema preveía que cada elector tenía que escribir sobre una hoja nueve nombres diferentes: “y mandándoseles por mí fuesen presentando las papeletas con razón de las nueve personas que devían tener elegidas”. Sumando, por lo tanto, los votos de todos los vecinos y dividiendo por el número de electores, deberemos obtener el número de votantes. En este caso, el total de votos es de cuatrocientos noventa que, dividido entre nueve, esto es, los votos expresados por cada individuo, dan el resultado de cincuenta y cuatro, con cuatro votos sobrantes. Considerado el tiempo limitado para realizar la operación electoral de las 9:15 a las 11:30, el número de votantes calculado parece razonablemente ajustado a los realmente existentes.

47 BNL, Msv D9,324, “documentos sobre la elección de la H. Municipalidad del pueblo de Caja. Acobamba julio 23 de 1813, 20 ff. La clasificación de los individuos es muy imprecisa, por diversos motivos. En primer lugar, en la redacción de las actas electorales es difícil encontrar la pertenencia étnica, de acuerdo con los preceptos constitucionales, aunque en algunos casos sí existe, como en el arriba citado. Por otra parte, en uno de los documentos analizados, donde se se recoge el acta de la elección del pueblo de Caja, se evidenció una práctica que podría revelarse usual en este período. Esta elección refleja el análisis hecho previamente en los otros casos: por un lado, hay una

caso presenta variantes. El subdelegado había pedido al sacerdote, el 24 de enero de 1813, que convocara a través del alcalde ordinario y de los ministros de varas a todo el “vecindario de ciudadanos españoles naturales” (fórmula para certificar la convocatoria a toda la población indígena), y el día 26 el acta electoral certifica que “... concurrieron los mayores y principales al nombramiento de nueve electores...”. Esto demuestra que la convocatoria se realizó a la usanza tradicional, que encontramos también en las elecciones celebradas en tiempos de los Borbón, pero antes de que se promulgara la Constitución gaditana.

También en Conayca se censa a más de mil habitantes; el dato no debe, sin embargo, llevar a creer en la veracidad de tal censo, pues la Constitución había previsto que no se podía crear un ayuntamiento si no se contaba al menos con mil habitantes.<sup>48</sup> Sin embargo, las mismas Cortes emitieron después un decreto, en mayo de 1812,<sup>49</sup> que contemplaba la posibilidad de que se concediera ayuntamiento a pueblos con menos de mil

llamada colectiva a través de los dos alcaldes, muy probablemente uno español y el otro indio, y los ministros de vara; y, por otro lado, se vota “por papeletas”. Aquí, a diferencia de los otros casos, se hace constar la presencia de pocos vecinos españoles en el día de las elecciones: “y estando hoy reunidos los pocos ciudadanos españoles, vecinos del mismo pueblo que han ocurrido...”. Se hace referencia al censo de manera muy precisa: “Y en el censo que ya revisado por mi produce 680 vecinos y 2726 almas, nueve electores...”: y esto contradice, aunque no en forma muy clara, lo que la Audiencia de Quito había deliberado acerca de la proporción de los votantes: el número de los vecinos debía calcularse teniendo presente que el vecino era el jefe de familia, y se suponía que una familia era de cinco personas. Por lo tanto, en el caso de Caja, habría tenido que ser una población de 2,726 personas y 545 vecinos. La participación en el voto fue de cincuenta y dos electores, de los cuales dieciocho eran indios. “Seguidamente se procedió al escrutinio de las ya mecionadas listas o papeletas de votos. Resultaron haver 52, entre ellas 18 de indios”. Pero lo fundamental para nuestro objetivo es que se planteó un problema cuando fueron elegidos los nueve electores, de los que tres eran indios. El documento mismo dice: “Don Mariano Cuellar, naturale, e actual alcalde de los de su nación en este pueblo y *ayllo* que hante hoy se decía de Quiñar, Dn. Pablos de Huanana e don Idelfonso Barramientos, alcalde de lo de su nación que hante hoy se denominaba de Angara”. El Ayuntamiento constitucional se componía de un alcalde, cargo que recayó en el español Santiago Salvatierra; seis regidores, de los cuales los indios eran: Mariano Cuéllar, Idelfonso Barramientos y Pedro Ninamanco; y un síndico procurador. También este caso demuestra la continuidad, aun formal, de las decisiones del pasado. Y además, si la práctica de los indios era cambiar su nombre, como ya se ha visto, puede ser efectivamente difícil identificar la extracción étnica de los pertenecientes al Ayuntamiento.

48 Tít. VI, cap. I, art. 310: “se pondrá ayuntamiento en los pueblos que no le tengan y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente”. Ferrer Muñoz, M., y Luna Carrasco, R., *Presencia de doctrinas constitucionales...*, cit., p. 257.

49 Cfr. Ferrer Muñoz, M., y Bono López, M., *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México, 1998, p. 379

habitantes “y que por sus particulares circunstancias de agricultura, industria ó poblacion considere[n] que debe[n] tener ayuntamiento”.<sup>50</sup>

Indudablemente, los autores del censo desconocían el decreto de mayo de 1812, y sobrevaloraron el número de habitantes de Conayca para asegurar que se instalara en él un cuerpo municipal. Se debe tener presente que, debido a que las autoridades coloniales, tanto la Junta como el virrey, manejaban la información con discrecionalidad, la población india no era notificada de las varias rectificaciones respecto al número de “almas” necesario para constituir el ayuntamiento. Este mismo hecho lleva también a poner en duda la credibilidad de algunos censos, hinchados falsamente para justificar el derecho a una corporación municipal.

También en este caso resulta una participación en el voto de cuarenta y nueve electores. Con seguridad, el número no es exacto, pero indudablemente se acercará mucho a la cifra real. Como en los otros casos de comunidades indígenas, se afirma en el acta que la mayor parte de los participantes eran analfabetos: “...dicho ayuntamiento, que no teniendo en todo el una persona que supiese leer y escribir sino el alcalde, por cuya razón no podían entender ni contestar ninguna orden de las que se les circulase...”. La abolición de los dos sistemas diferentes para las dos sociedades asigna la alcaldía a un mistis, mientras que los otros cargos son por derecho de la comunidad india. Por lo tanto, la introducción de la Carta gaditana con el sufragio ampliado modificaba, mas no rompía el *status quo ante*. En el pueblo indígena, la mayoría de los nominados eran indios; en el pueblo de blancos se mantenía la división en dos repúblicas.

Analicemos ahora otro caso, el del pueblo de Puquina, donde la población era mayoritariamente india, pero el sector blanco era mayor que en el caso precedente. El pueblo de Puquina era parte del partido de Moquega, en el sur del Perú. Después de que el párroco realizara el censo de la población, los vecinos blancos presentaron una denuncia en la Audiencia, el 15 de mayo de 1813, donde se expresaba la protesta de diecinueve vecinos que revelaban el peligro que, para la estabilidad de la población, representaba la amplia mayoría del sector indígena, que cuadruplicaba el número de vecinos blancos.<sup>51</sup> Los vecinos buscan que el tribunal tome

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>51</sup> BNL, MsV D9.900. “...El día siete de este presente año enterados, en todo lo dispuesto: se esperaba el censo de esta doctrina presentado por el señor cura el que ya se a berificado; y siendo que el maior numero, es de indios y que solo la quarta parte apenas abrá de españoles; no es doloroso, el que se nombre p.r Alcd.e a simo [*sic*] de los Naturales...”.

providencias en el caso.<sup>52</sup> La solicitud no tendrá ningún efecto, y la mayoría será de los indios. Los cargos fueron ocupados por los indígenas, lo que alentó los temores crecientes de los españoles, que reclamaban remedio a una situación que consideraban intolerable. Queremos recordar que estamos en la provincia de Arequipa, una de las regiones más conflictivas del Perú. De hecho, después del primer recurso, se dieron hechos de violencia de parte de los indios, y los españoles buscaron protección del tribunal para ponerse a salvo. Las acciones de violencia no serían condenadas por la Audiencia de Lima. Lo anterior confirma la política seguida por las autoridades, cuidadosas de no fomentar conflictos con la población indígena. Así habían actuado años atrás, durante la acción pacificadora que siguió a la rebelión de Túpac Amaru.

Se puede observar que las primeras elecciones gaditanas en Perú confirmaron la utilización del sufragio ampliado, aunque las formas de resistencia a este sistema de parte de los blancos no fueron pocas. En todos los casos da la impresión de que a esta práctica moderna se le ha atribuido un significado tradicional. Indudablemente, esta costumbre se vio favorecida por la interpretación que dieron los varios organismos de administración y gobierno, como la Junta preparatoria, la Audiencia y los reglamentos de los intendentes y subdelegados. Se trató ciertamente de una elección que permitió introducir un sistema alejado de la tradición peruana y que, sin embargo, fue interpretado conforme a esas prácticas ancestrales. No es de sorprender, pues, que los documentos muestren el voto masivo y unánime de la comunidad indígena que, conforme a su tradición, votaba corporativamente y no a título individual.

52 *Ibidem*. "... Ha resultado un mayor número .. de los naturales indios que el de los españoles (según la antigua denominación de Casta o naturaleza). Hemos llegado a entender que con tal motivo pretende nombrarse la mayor parte de electores de dicha Casta Indica y consiguientemente el Alcalde o Alcaldes constitucionales que hayan de regir el pueblo... para precaber los graves males de tales procedimientos 'si se lleguen a efectuar'... las causas impeditivas para que los indios por su natural ignorancia, por sus ideas contrarias siempre a los españoles... la igualdad entre los vassallos del Soberrano español sol es para poder obter los empleos y dignidades en quanto distinguan al sujeto-obtanze de qualquiera calidad o clase o condición la virtud y el merecimiento. Entre tanto no hay ni puede haber igualdad en las personas, ni nunca dejarían de distinguirse las casta así como la aptitud y el mérito".

TABLA 2  
 Elección del pueblo de S. Pedro de Moya<sup>53</sup>  
 Jueves 3 de febrero de 1814

Vecinos	Electores	Votos	Cargos
L. Juan Manuel Matos	31 D. Leandro Matos*	46	<b>Alcalde Constitucional</b>
D. Ypolito Matos	45 D. Ypolito Matos*	45	D. Ypolito Matos
D. Leandro Matos	46 D. Ventura Matos	44	
D. Nicolas Olivera	33 D. Juan Matos*	43	<b>Regidores</b>
D. Simeon Matos	23 L: D. Augustin		1. D. Leandro Matos
D. Damazo Mendoza	15 Banderú	37	2. D. Nicolas Oliveira
D. Xavier Llacta	6 D. Nicolas Oliveira	33	3. D. Rafael Matos**
D. Vidal Berna*	2 L. D. Manuel Matos	31	4. D. Vidal Berna
D. Andres Quiñon	9 D. Mariano Matos	26	5. D. Juan de Dios
L. D. Augustin Banderú	37 D. Manuel de la		Coriñaupa
D. Juan Matos*	43 Peña	24	6. D. José Coriñaupa**
D. Ventura Matos	44		
D. Manuel de la Peña	24		<b>Síndico Procurador</b>
D. Mariano Matos	26		D. Juan Matos
D. Juan de Dios Cori- ñaupa*	8		
D. Lorenzo Nieto	19		
D. Lucas Matos	7		
D. Benancio Matos	19		
D. Jacinto Roxas	5		
D. Tomas Matos	14		
D. Francisco Acuña	2		
D. Tomas Oliveira	3		
D. Casimiro Peña	1		
D. Geronimo Castro	6		
D. Dioniso Poma	2		
D. Pedro Huaman	1		
D. Alexandro Muñoz	1		
D. Juan Florencio	1		
D. Eugenio Llacta	2		
D, (?) Vela	1		

53 BNL, MsV D9,615.

\* Corresponden a los electos a los cargos.

\*\* Corresponden a los individuos que no aparecen en las tablas de vecinos.

LA RECEPCIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

691

TABLA 2  
Continuación

(?) Roxas	1
(?) Huaroc	2
(?) Huaman	1
(?) Llacta	1
D. Mariano Picha	1
D. Pedro Parales	1
D. Teodoro Acuña	4
D. Crespín Matos	1
D. Prudencio Garay	1
D. Damian Castro	1

TABLA 3  
Elección del Pueblo de Conayca<sup>54</sup>  
Miércoles 26 de enero de 1814

Vecinos	Votos	Electores	Votos	Cargos
L. D. Manuel Matos	41	Al sr. Cura Dr. D.		<b>Alcalde Constitucional</b>
D. Simeon Hortega	39	Mariano Ferrua	43	D. Laurenzano Espinoza
D. Mig. Cuicapusa	32	L. D. Manuel Matos	41	
D. Cipriano Cuicapusa	33	D. Simeon Hortega	39	<b>Regidores</b>
D. Laurenzano Espinoza*	30	D. Cipriano Cuicapusa	33	1. D. Francisco Carguas
D. Andres Huacachi	24	D. Mig. Cuicapusa	32	2. D. Blas Huacachi
D. Geronimo Mesas*	23	D. Laurenzano Espinoza*	30	3. D. Severino Huamancaja
D. Francisco Carguas*	10	D. Andres Huacachi	24	4. D. Matias Pariona**
D. Domingo Salinas*	18	D. Geronimo Mesas*	23	5. D. Juan Ortega
Al sr. Cura Dr. D. Mariano Ferrua	43	D. Mateo Leon	22	6. D. Jacinto Asnabar
D. Fra.o Carguas (eliminado)	22	D. Andres Huacache	7	

54 BNL, MsV D9,900.

\* Corresponden a los electos a los cargos.

\*\* Corresponden a los individuos que no aparecen en las tablas de vecinos.

TABLA 3  
Continuación

---

D. Juan Hortega*	18	<b>Síndico Procurador</b>
D. Felipe Ramos	4	D. Geronimo Mesas
D. Fermín Espinosa	9	
D. Leon Bautista	11	<b>Secretario</b>
D. Jacinto Asnabar*	20	D. Domingo Salinas
D. Eseyeban Cardenas	4	
D. Felipe Ramos	2	
D. Severino Huaman caja*	6	
D. Romualdo Naguir	12	
D. Isidro Conchoniera	6	
D. Blas Huacachi*	3	
D. Fra. Huaroc	5	
D. Bruno Molina	3	
D. Seberino Padilla	4	
D. Cipriano Mesas	2	
D. Juan Naguir	2	
D. Vidal Conchoniera	2	
D. Marco Cuicapusa	1	
D. Tomas Mesa	1	
D. Ignacio Alaya	1	
D. Javier Huanoc	1	
D. Antonio Cuicapusa	1	
D. Baltazar Espinoza	2	
D. Silveiro Huaroc	1	

---

#### IV. APÉNDICE

### Estado de población del virreynato de Perú, 1793\*

Intendencia de Lima														
Part. 8	n p	doc	Pue	Cle	Rel.	Rel.a	Bea	esp	ind	mes	par	esc	Tol.Par	Tol.1 nt
Cercado		14	7	309	991	572	84	18219	10643	4879	10231	17881	63809	
Cañete		7	6	15	19	0	0	465	7674	737	992	3363	13265	
Yea		10	6	22	75	0	0	2158	7217	3405	4305	4004	21186	
Yauyos		7	25	12	0	0	0	13	8744	93	145		10313	
Huarochini		11	39	25	0	0	0	220	14292	592	19	84	15232	
Canta		9	54	20	0	0	0	57	11287	1723	0	0	13087	
Chancay		9	30	18	15	0	0	969	6203	1081	758	3604	14638	
Santa		7	14	10	0	0	0	279	953	1237	108	827	3414	<b>154044</b>

\* AGI, Ind. Gen., núm. 1 524, Gobernación de Ultramar, 28 de febrero de 1813.



<b>Intendencia de Cuzco</b>														
Part. 11	n	doc	Pue	Cle	Rel	Rel.a	Bea	esp	ind	mes	par	esc	tot.Par	Tot.I nt
Cercado		8	1	89	436	166	133	16122	14644	0	646	203	32419	
Abancay		9	8	33	0	0	0	1937	18924	4739	50	81	25764	
Calca y Lares		5	6	13	0	0	0	347	5670	320	0	0	6350	
Aymayres		16	24	24	1	0	0	4474	11078	0	0	0	15577	
Urubamba		6	4	22	35	0	0	835	5305	3194	0	0	9391	
Catambambas		13	14	19	0	0	0	186	18737	1382	0	0	20324	
Paruro		9	19	20	1	0	0	2331	15446	2786	117	0	20701	
Chambivilcas		11	12	27	0	0	0	4471	11789	0	0	0	16287	
Tinta		11	13	27	0	0	0	324	29841	5420	152	0	35764	
Quispicanchi		10	16	25	1	0	0	37	29494	4306	21	0	24884	
Paucartambo		4	8	16	0	0	0	764	11537	957	7	0	13281	<b>220742</b>

<b>Intendencia de Arequipa</b>														
Part. 7	n	doc	Pue	Cle	Rel	Rel.a	Bea	esp	ind	mes	par	esc	tot.Par	Tot.I nt.
Cercado		11	3	93	225	162	5	22687	6686	4908	2587	1225	38478	
Camaná		7	8	34	9	0	0	5105	1407	1021	1747	887	10210	
Condesuyos		9	18	35	0	0	0	3603	13525	4358	34	44	21659	
Callaguas		16	10	40	0	0	0	252	13368	1417	335	29	15401	
Moquegua		6	6	53	29	0	0	5596	19449	2916	887	1526	30456	
Arica		7	27	44	21	0	0	1585	14492	1977	985	1294	20398	
Taxapaca		4	12	27	0	0	0	509	6088	1200	528	253	8605	<b>145207</b>

<b>Intendencia de Truxillo</b>														
Part. 7	n	doc	Pue	Cle	Rel	Rel.a	Bea	esp	ind	mes	par	esc	tot.Par	Tot.I nt.
Cercado		10	6	144	60	129	0	1434	6048	1549	2557	1282	13503	
Lambayeque		20	7	62	27	0	0	2299	29513	5448	3192	1831	42372	
Piura		12	14	61	18	0	0	2874	32769	10654	5203	884	52463	
Caxamarca		17	26	84	50	33	0	7835	39938	22299	1875	328	71742	
Huamachucos		8	23	64	0	0	0	2273	22620	18367	250	79	43653	
Patas		3	13	11	3	0	0	987	6115	7678	194	8	14996	
Chachapoya		17	60	34	11	0	0	1396	16524	10954	486	13	29418	<b>268147</b>

<b>Intendencia de Huamanga</b>														
Part. 7	n	doc	Pue	Cle	Rel	Rel.a	Bea	esp	ind	mes	par	esc	tot.Par	Tot.I nt.
Cercado		3	2	25	42	82	0	169	21367	4382	867	30	29964	
Anco		1	4	0	0	0	0	9	1829	269	0	0	2107	
Huanta		7	20	45	3	0	0	219	17809	10080	09	0	28165	
Cangallo		10	31	31	0	0	0	62	10499	2363	7	0	12962	
Andahuailas		10	18	20	0	0	0	3000	5244	4000	0	0	12264	
Lucanas		14	44	27	0	0	0	862	13319	2676	60	0	16344	
Parimacocha		14	16	28	0	0	0	1057	8888	6451	0	0	16424	<b>115230</b>

<b>Intendencia de Huancavélica</b>														
Part. 4	n	doc	Pue	Cle	Rel	Rel.a	Bea	esp	ind	mes	par	esc	tot.Par	Tot.I nt.
Cercado		4	6	21	0	0	0	560	8881	731	0	13	10224	
Angares		5	25	23	0	0	0	219	6285	309	0	3	6839	
Tayacaxa		5	32	21	0	0	0	1484	21063	2726	0	0	25294	
Castrovirreyna		8	35	16	0	0	0	168	19579	771	0	25	20559	<b>62916</b>

<b>Intendencia de Tarma</b>														
Part. 7	n	doc	Pue	Cle	Rel	Rel.a	Bea	esp	ind	mes	par	esc	tot.Par	Tot.I nt.
Tarma		13	46	32	0	0	0	1681	21009	14300	77	0	37099	
Xauja		14	17	32	84	0	0	1713	31783	21922	0	58	55592	
Cajatambo		13	56	31	0	0	0	904	11720	4808	629	0	18092	
Huaylas		12	20	67	11	0	0	3604	23369	15971	138	96	43256	
Conchucos		15	19	40	2	0	0	1384	11049	13983	0	0	26458	
Huamalies		8	30	18	0	0	0	9	9999	4623	0	43	15276	
Huanuco		4	18	9	30	0	15	6060	8482	3075	0	39	17710	<b>213483</b>

<b>Intendencia de Puno</b>	La intendencia de Puno, según las matriculas de Tributos, comprende 160 682 indios y de 24 a 28 mil, entre españoles y mestizos. Suponiendo como promedio en estos el núm. de 26 000 forman con los indios un total de <b>186 682</b> almas.
Partidos:	Uahy: en esta provincia hay muy pocos esclavos y pardos, por lo cual nada influye sobre este cómputo.
Lampa	datos no disponibles
Chuiuto	datos no disponibles
Arangars	datos no disponibles
Guancané	datos no disponibles
Carabaya	datos no disponibles

### Gobiernos:

Guayaquil	Según el Censo, comprende arriba de 72 000 entre las cuales cuestan como 7 500 de pardos libres y esclavos, según razón, y como 400 o 500 entre Religiosos y Religiosas
Chiloé, Valdivia y Osorno	<b>62 000</b> habitantes
Maynas	3 901 indios, hay muy pocos españoles blancos y casi ninguno de raza. Se supone <b>4 000</b> .
Quijos	El de quixos, 4 050 indios y por igual razón que el de Maynas lo supondremos de <b>4 200</b> pobladores

### Total general del territorio peruano 1 509 551 almas

#### Leyenda

Par = Partidos

doc = Doctrinas

Pue = Pueblos

Cle = Clérigos

Rel = Religiosos

Rel.a = Religiosas

Bea = Beatos

Esp = Españoles

Mes = Mestizos

Par = Pardos

esc = Esclavos

Tol.Par = total Parcial

Tot.Int = Total Intendencia

## SISTEMA ELECTORAL Y ESTADO DE DERECHO

Diego VALADÉS

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Evolución del sistema electoral*. III. *Democracia en los partidos*. IV. *De-  
rechos de la oposición*. V. *Pluralismo y sistema presidencial*.  
VI. *“Interregno”*. VII. *Consideraciones finales*.

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Si bien el concepto es bastante más complejo, en términos generales entendemos como Estado de derecho la sujeción de la actividad de los órganos del poder, legítimamente establecidos, a las normas aprobadas conforme a lo dispuesto por la Constitución. La sola consideración de que los órganos del poder satisfacían las condiciones de un Estado de derecho si actuaban de conformidad con la norma, resulta insuficiente. Ese entendimiento dio lugar a que cualquier autoridad configurara su propia normativa y al aplicarla adujera estar cumpliendo con los principios del Estado de derecho. Por eso, Elías Díaz (*Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966) afirmó que no todo Estado es Estado de derecho.

Está demostrado que el acatamiento formal de cualquier tipo de norma no es suficiente para establecer la vigencia del Estado de derecho (v.g. León Cortiñas-Peláez, “De la fórmula trinitaria como fundamento del Estado Democrático y Social de Derecho”, en prensa). De ahí que se haya hecho necesario introducir dos ideas adicionales: la legitimidad de los órganos del poder, y la presencia de un orden constitucional. El concepto de legitimidad, por supuesto, excede los propósitos de este ensayo; lo hemos abordado con alguna amplitud en otro estudio (*El control del poder*, México, UNAM, 1998); por su parte el concepto de Constitución ha ocupado a numerosos tratadistas, y aunque también requeriría un desarrollo muy extenso, en términos generales se entiende como un orden normativo que garantiza la libertad, la seguridad jurídica, la igualdad y la equidad, y

que establece los procedimientos para el acceso, el ejercicio y el control del poder.

De acuerdo con lo anterior, la doctrina y diferentes sistemas constitucionales han desarrollado el principio del Estado social y democrático de derecho, para eludir las posibles distorsiones de un enunciado más restringido y formalista. Hoy sólo podemos hablar de Estado de derecho en los sistemas democráticos; cualquier otra forma de creación y aplicación del derecho por parte de una organización estatal no puede ser considerada como correspondiente al Estado de derecho. En otras palabras, no existe un Estado de derecho totalitario o dictatorial, por ejemplo, por mucho que en condiciones de totalitarismo o de dictadura exista un aparato estatal y un corpus normativo rigurosamente aplicado.

De acuerdo con ese entendimiento, los diferentes aspectos relacionados con los sistemas electorales adquieren una importante significación para establecer la vigencia del Estado de derecho. En este breve estudio serán abordados algunos de esos aspectos que todavía están pendientes de resolver en el sistema constitucional mexicano, y que guardan una estrecha relación con cuestiones de naturaleza electoral.

## II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ELECTORAL

En 1917 comenzamos a recorrer un difícil y demorado camino para construir la democracia electoral en México. El artículo noveno transitorio de la Constitución facultó “al ciudadano Primer Jefe del Ejército constitucionalista” para expedir la ley electoral conforme a la cual se llevaron a cabo las primeras elecciones federales de la vida constitucional. El 6 de febrero, antes incluso de que entrara en vigor la Constitución, fue promulgada la ley electoral.

El artículo 26 de esa ley resultó clave: la boleta conteniendo el voto tenía que ser entregada al presidente de la mesa, con la firma del elector; si éste no sabía firmar, entonces emitía su voto de manera verbal. Debe tenerse presente que en esa época el índice de analfabetismo se acercaba al ochenta por ciento de la población. Ahí tuvo inicio una serie de prácticas que por décadas desvirtuaron los procesos electorales, y que también durante mucho tiempo dieron lugar a que las luchas electorales se transformaran en contiendas armadas.

La evolución de nuestra vida electoral es bien conocida, y de manera general puede decirse que los tramos más significativos del cambio se co-



menzaron a producir con la reforma de 1977, sin que con esta afirmación se desestime la profunda importancia que en su momento tuvieron las reformas de 1953, que le dio el voto a la mujer, y de 1963, que estableció los diputados de partido.

El periodo de casi veinte años que comprende de 1977 a 1996 enmarca la transformación paulatina del sistema electoral mexicano y, por ende, de la democratización del país. Restan, empero, algunos desafíos. La democracia está pendiente de consolidación, y esto depende en buena medida de la adopción de nuevas decisiones que están directamente vinculadas con el sistema electoral.

### III. DEMOCRACIA EN LOS PARTIDOS

Para hacer funcionar una democracia, que es por naturaleza un sistema político altamente competitivo, se requiere la acción convergente de instituciones públicas, partidos políticos y ciudadanos. Sin que pueda decirse que el capítulo de las instituciones esté resuelto, porque precisamente nos encaminamos hacia una indispensable reforma democrática del Estado, lo que sí se puede advertir es que entre los puntos más débiles para la consolidación de la democracia mexicana están la falta de cultura política, que afecta a la ciudadanía, y la vulnerabilidad de los partidos políticos, que atraviesan procesos desiguales de democratización interna.

La experiencia que vive México tiene pocas diferencias con la acumulada por otros países. Algunos pudieron resolver sus conflictos y consolidaron sus sistemas democráticos; otros naufragaron en la retórica y regresaron al autoritarismo. Un aspecto relevante para evitar la regresión ha consistido en ofrecer, en el ámbito constitucional, espacio y garantías a los partidos políticos. Tomemos cinco casos: Italia y Alemania lo hicieron al término de la Segunda Guerra Mundial, Portugal y España al fin de la dictadura, y Grecia al substituir la monarquía.

La constitucionalización de los partidos políticos es un fenómeno típico del constitucionalismo de la posguerra. En México, a partir de la reforma política de 1977, los partidos políticos también han sido acogidos por la Constitución. Pero diversas constituciones no se conforman con reconocer el derecho de los ciudadanos para integrar partidos, y el de éstos para participar en la lucha por el poder. Existen normas supremas que también establecen para los partidos garantías como la libertad de acción y los derechos al financiamiento, a la publicidad y a la información. Al

mismo tiempo, en las normas constitucionales se han venido fijando responsabilidades para las organizaciones políticas, como la de practicar la democracia en el ámbito interno.

Aunque hablar de democracia interna en los partidos debería ser una redundancia, resulta que no lo es. A veces se da la paradoja de que se reclama la democracia con la participación de los partidos al mismo tiempo que se la elude en el funcionamiento de los partidos. Para evitar el contraste entre el verticalismo interno y el pluralismo externo, que desconcierta a los ciudadanos, diversos sistemas han incorporado la única solución posible: democracia dentro y fuera de los partidos; democracia con y en los partidos.

En 1947 Alemania adoptó una ley fundamental, que formalmente es una Constitución, en la que por primera vez se establece la obligación de los partidos políticos para practicar la democracia interna. Literalmente la norma suprema alemana dice, con relación a los partidos políticos: “Su ordenamiento interno deberá responder a los principios de la democracia” (artículo 21, 1). Era comprensible que los alemanes adoptaran esta fórmula; venían de padecer un sistema totalitario que había sido posible, entre otras causas, por un partido caracterizado por despreciar la libertad.

Para dar sustento a ese precepto de la Constitución alemana, la ley de partidos establece que cada dos años, como mínimo, deberán celebrarse congresos de partido; que sus dirigentes serán elegidos mediante sufragio secreto, y que la designación de candidatos electorales también se hará por votación secreta. Los resultados de la legislación alemana están a la vista, con partidos sólidos y democráticos.

El ejemplo alemán se ha ido abriendo paso en el constitucionalismo contemporáneo, particularmente en los países donde ha sido necesario fortalecer la democracia. En Italia las opiniones se dividieron. Cuando la Constitución abordó el tema laboral estableció que los sindicatos se deben regir por “un régimen interno fundado en los principios democráticos” (artículo 39); pero cuando aludió a los partidos se conformó con decir que debían actuar conforme a “procedimientos democráticos”. Se discute desde entonces (1947) si esos procedimientos corresponden sólo al ámbito externo o comprenden también el interno de los partidos. Los resultados están a la vista: ha resurgido el partido fascista y personajes como Silvio Berlusconi se han podido adueñar de una estructura partidista. La ambigüedad se paga. Italia es una democracia, sí, pero inquieta.

En España el criterio fue más preciso: la “estructura interna y funcionamiento (de los partidos) deberán ser democráticos” (artículo 6), y en Grecia se dispone que la organización y la actividad de los partidos deberá corresponder al “funcionamiento del régimen democrático” (artículo 29, 1). Estos ejemplos se multiplican en el constitucionalismo contemporáneo y denotan el esfuerzo para evitar que los partidos, instrumentos indispensables de la democracia, actúen como voceros de la autocracia.

En cuanto al compromiso democrático de los partidos, en Portugal se ha ido más lejos aún. La Constitución dispone que los partidos deberán ser informados “regular y directamente por el gobierno sobre la marcha de los principales asuntos de interés público” (artículo 117, 3), y el Estatuto del Derecho de Oposición precisa además que los partidos tienen derecho a “informar al presidente de la República y al gobierno de sus puntos de vista acerca de tales asuntos”. En materia de información, los partidos tienen el derecho de participar en la superintendencia y control de los órganos de comunicación pertenecientes al Estado.

Ciertamente es discutible si el legislador debe o no regular la vida interna de los partidos. Se trata de una cuestión de magnitud equiparable al problema del financiamiento. Este, desde luego, presenta aristas que lo hacen especialmente sensible, sobre todo porque a través de los recursos financieros los partidos pueden caer en redes de dominio o de influencia que desvirtúan sus objetivos.

Uno puede preguntarse si la sola transparencia financiera asegura la idoneidad en la conducción de un partido. Cien años de experiencia en decenas de países ofrecen la misma respuesta: no. Y es que un mismo proceso no se puede medir con diferentes varas. Predicar la democracia y practicar la autocracia constituye una contradicción que inhibe al ciudadano, que dificulta la cultura política y que desvirtúa el funcionamiento de las instituciones.

No hay democracia posible sin la presencia de partidos políticos. Al principio de los años setenta en México se dio una intensa presión, procedente sobre todo del ámbito académico, para que el estatuto de los partidos políticos fuera determinado por la Constitución. La “constitucionalización” de los partidos fue finalmente adoptada con motivo de la reforma política de 1977. Al introducirse en la norma fundamental el concepto de que “los partidos políticos son entidades de interés público” (artículo 41), y fijarse sus derechos, prerrogativas y responsabilidades, se avanzó un paso indispensable hacia la democracia en México. Con ese motivo se

levantó, por ejemplo, la proscripción que había pesado sobre el partido comunista, que excluía de la vida política a una corriente que en aquel momento contaba con una significativa fuerza social.

Durante mucho tiempo la preocupación dominante se refirió al financiamiento de los partidos. Después de ensayar diversas modalidades, este tema ha quedado resuelto de manera más o menos satisfactoria para los partidos. Hoy los problemas que se discuten consisten en la adecuada aplicación de los preceptos vigentes. Al margen de lo que ocurra en la práctica en cuanto a la forma como se generan los ingresos de los partidos y de qué manera los gastan, se trata de un aspecto que ha quedado parcialmente resuelto por la normativa electoral vigente.

Falta, sin embargo, abordar el problema de las precampañas. El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales dispone límites para los gastos de campaña, pero ésta a su vez sólo puede tener inicio cuando se han llevado a cabo los trámites de registro (artículo 190) que, en el caso de los candidatos presidenciales, ocurre entre el 1o. y el 15 de enero del año de las elecciones (artículo 177, e). Lo que se gaste antes del registro está, legalmente, fuera de control. Esta es una delicada laguna. La realidad política ha rebasado las previsiones normativas. Las precampañas que antecedieron a las elecciones federales del 2 de julio de 2000 se desarrollaron *de facto*, sin base legal que las regulara y que permitiera la vigilancia sobre la procedencia de los recursos y su aplicación.

La democracia mexicana presenta un flanco débil, precisamente porque la Constitución no ha previsto que la vida interna de los partidos debe sujetarse a procedimientos también democráticos. Tenemos una democracia constitucional vulnerable, porque el ámbito interno de la vida de los partidos está substraída a los principios de la democracia. Por eso puede decirse que hoy necesitamos una democracia sin excepciones: democracia en la sociedad y democracia en los partidos que los ciudadanos libremente integren. La democracia no puede dejarse al arbitrio de los partidos, para que se apeguen o no a ella, según su exclusiva decisión en cada momento.

La democracia interna en los partidos concierne a la selección de sus candidatos y a la designación de sus dirigentes. Los partidos, pieza central de los sistemas democráticos, están expuestos a padecer los efectos de la concentración del poder en unas pocas manos. Este fenómeno oligárquico, que desde principios del siglo fue identificado como la “ley de hierro” de los partidos por Roberto Michels (*Los partidos políticos*, Bue-

nos Aires, Amorrotu, 1983), ha producido una distorsión adversa a la democracia constitucional. La concentración del poder en el interior de los partidos es incompatible con el pluralismo político que esos mismos partidos pretenden impulsar en el seno de la sociedad. El fenómeno supone una contradicción que afecta la confianza ciudadana en los partidos e influye negativamente en la elección de los dirigentes nacionales. No existen las democracias oligárquicas.

Los riesgos que suponen las limitaciones democráticas en el interior de los partidos deben ser superados mediante diversas medidas, entre ellas una adecuada regulación constitucional. No es esta la única opción; otra muy importante es la reelección de los legisladores, que en los sistemas donde existe la elección mayoritaria permite compensar parcialmente los excesos de poder de los dirigentes de los partidos. En todo caso se puede subrayar la importancia de la democracia interna en los partidos como condición para consolidar la democracia en la sociedad.

De la misma forma que hicieron primero los constituyentes alemanes y luego los españoles, han procedido en diversos países de nuestro hemisferio. La Constitución argentina de 1994 “garantiza la organización y funcionamiento democrático” de los partidos y “la competencia para la postulación de los candidatos” (artículo 38); la costarricense, reformada en 1989, dispone que “la estructura interna y funcionamiento” de los partidos “deberán ser democráticos” (artículo 98); la chilena de 1980 establece que los estatutos de los partidos “deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna” (artículo 19, 15); la salvadoreña, reformada en 1996 es más enfática aún y determina que “las normas, organización y funcionamiento” de los partidos “se sujetarán a los principios de la democracia representativa” (artículo 85); la paraguaya de 1992 previene que “la ley reglamentará la constitución y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, a fin de asegurar el carácter democrático de los mismos” (artículo 125); la uruguaya, reformada en 1996, establece: “El Estado velará por asegurar a los partidos la más amplia libertad. Sin perjuicio de ello, los partidos deberán ejercer efectivamente la democracia interna en la elección de sus autoridades” (artículo 78); y la de Venezuela obliga a que las candidaturas y los cargos directivos de los partidos se decidan en elecciones internas (artículo 67).

La vida de las instituciones no supone la cancelación de los liderazgos; pero sí reclama que su funcionamiento no quede a expensas de decisiones estrictamente personales. El equilibrio es una condición indispen-

sable para una adecuada organización y funcionamiento de los instrumentos políticos con que la sociedad cuenta. Es necesario dejar fluir, con libertad, la expresión de los dirigentes sociales, pero es importante también que su actividad no se realice a expensas del orden democrático. La democracia es compatible con la presencia de dirigentes capaces de influir en la actividad ciudadana; lo que no resulta razonable es que en una misma sociedad haya dos niveles de organización social: una democrática y otra ajena a la democracia. En otras palabras, la democracia no admite zonas de excepción.

Los partidos políticos tienen la responsabilidad de generar las condiciones que permitan su consolidación. De no hacerlo corren riesgos enormes. Se exponen a perder la confianza ciudadana, con lo cual estarían debilitando la base misma de la democracia, pero también a perder el control de su propio destino. En tanto el orden constitucional mexicano no garantice que los partidos adoptarán procedimientos democráticos en su organización y actividad internas, las diversas organizaciones políticas permanecerán expuestas a jugar un papel instrumental de decisiones tomadas fuera de ellas, o dentro de ellas pero por grupos de poder que administren sus propias ambiciones. Mientras esto ocurra la democracia no podrá consolidarse, en perjuicio del Estado de derecho, porque en una misma sociedad no pueden coexistir fenómenos políticos excluyentes: unos de naturaleza democrática y otros ajenos a ella.

#### IV. DERECHOS DE LA OPOSICIÓN

A partir de 1977 los derechos de los partidos políticos tienen naturaleza constitucional. Culminó así un proceso lento, iniciado por Francisco I. Madero con la Ley Electoral de 1911. De manera progresiva se han ido ampliando los derechos y de alguna manera las obligaciones de los partidos. Estamos lejos, sin embargo, de haber consolidado el sistema de partidos que requiere una democracia que enfrenta riesgos y desafíos.

La democracia tiene dos momentos: la elección de los titulares de los órganos del poder, y el ejercicio del poder por parte de los elegidos. Si la elección se lleva a cabo mediante elecciones libres, secretas, universales y directas, no puede ser cuestionada. El criterio de equidad en las elecciones es, en todas partes, muy discutible. Al partido que ocupa el poder le puede favorecer su posición de influencia, pero también le puede afectar el desgaste que resulta del hecho de tomar decisiones. Quien compite por

conservar el poder tiene ciertas ventajas con relación a quien lucha por desplazarlo, pero también quien busca alcanzar el poder tiene a su favor la fuerza de la esperanza y, sobre todo, que no tiene cuentas que rendir. En esta medida, a pesar de las relaciones desiguales en la contienda, los factores pueden compensarse. De ahí que en toda democracia sea común la derrota del poderoso a manos del débil.

El otro aspecto: el ejercicio del poder, es la parte más importante de la democracia constitucional. No se trata de un episodio electoral, por definición efímero y usualmente precedido de desbordamientos emocionales y de promesas hiperbólicas, sino de la fase duradera, estable, donde las afirmaciones se ponen a prueba y se muestra que además de hablar se sabe actuar y que además de decir se puede pensar.

Desde la perspectiva del Estado de derecho, para gobernar en una democracia se requieren un sistema de normas que sirva como referente a gobernantes y gobernados; un sistema de atribuciones políticas que establezca los márgenes de acción de los gobernantes, y un sistema de libertades que permita a los ciudadanos y a sus organizaciones representativas controlar al poder. En este sistema de libertades se inscriben los derechos de la oposición, todavía en fase de desarrollo.

La segunda posguerra trajo consigo la constitucionalización de los partidos políticos. Se quería conjurar la posibilidad de otra catástrofe como la representada por el ascenso del fascismo al poder. Más adelante se vio que la sola incorporación de los partidos a la Constitución dejaba cabos sin atar, y se abrió espacio al problema que desde principios del siglo había apuntado premonitoriamente Max Weber: la financiación de los partidos (*Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1991; *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1964). Hoy quedan pendientes dos cuestiones: la democracia en la vida interna de los partidos a que antes aludimos y los derechos de los partidos de oposición.

La concepción clásica de democracia estaba basada en el gobierno de la mayoría. La experiencia llevó a que, desde hace algunas décadas, se comenzara a hablar y en cierta forma a practicar la democracia consensual (v.g. Arend Lijphart, *Las democracias contemporáneas*, Madrid, Alianza, 1991). Mediante esta forma de ejercicio del poder se pueden superar muchas de las tensiones que resultan de la lucha política. El sistema parlamentario se presentó como el instrumento por excelencia de esa forma de entender la democracia. Los sistemas presidenciales no han tardado en adoptar mecanismos de composición política que también les per-

miten absorber las duras presiones que en numerosas ocasiones han desencadenado la ruptura de las democracias.

Pero en el constitucionalismo contemporáneo ha aparecido una figura que contribuye a subrayar la naturaleza tolerante del pluralismo político: el derecho de la oposición a participar en el proceso del poder. Además de la presencia electoral de los partidos, del acceso a los medios de comunicación y a las fuentes de financiamiento, y de sus posibilidades de formar coaliciones para gobernar, hoy se advierte una tendencia que confiere a los partidos nuevos derechos y, por ende, responsabilidades. Un buen ejemplo es el ofrecido por la Constitución de Portugal de 1977, que reconoce expresamente el derecho de las minorías a ejercer la oposición democrática. Esto implica que los partidos de oposición tienen derecho a ser informados por el gobierno, de manera “regular y directa”, acerca de los principales asuntos de interés público (artículo 117).

Las constituciones de Colombia (1991) y Ecuador (1998) contienen ya disposiciones análogas. La ecuatoriana (artículo 117) señala que los partidos y los movimientos políticos que no participen en el gobierno tienen garantías para ejercer “una oposición crítica”. Con esto se acoge a una parte de lo dispuesto por el texto portugués. En Colombia (artículo 112), además de la función crítica de la oposición, se le garantiza el acceso a la documentación e información oficiales.

Para una democracia constitucional estos nuevos derechos representan una considerable ventaja. La libertad de acción de los partidos se ve acompañada, además, por la responsabilidad de compartir información oficial. Los partidos tienen facultades para criticar al gobierno y para proponer orientaciones y decisiones políticas, pero en el ejercicio de esas tareas tienen asimismo el derecho de contar con información oficial oportuna. La información deja de ser, por ende, una de las claves para favorecer al partido o a los partidos en el poder. Los asuntos de interés público salen de la esfera patrimonial hasta ahora reservada a la mayoría y pasan a formar parte del dominio colectivo. Es una concepción que reafirma la naturaleza pública del poder político.

Es evidente que el comportamiento de los partidos de oposición adecuadamente informados tiende a ser más responsable. La información deja de ser un instrumento de dominación y se convierte en un elemento de consolidación de la democracia. Es un proceso que apenas comienza a abrirse paso en el constitucionalismo contemporáneo, pero de su adopción no pueden resultar sino beneficios para los sistemas democráticos.



Por definición la democracia es un sistema abierto. Al ampliar los derechos de la oposición los ciudadanos cuentan con mejores instrumentos para consolidar la democracia.

## V. PLURALISMO Y SISTEMA PRESIDENCIAL

Con el registro de nuevos partidos políticos antes de los comicios de 2000, sumaron once los que participaron en el proceso electoral de ese año. Se trató de una prueba de la vitalidad política del país, pero habrá que preguntar si la organización y funcionamiento actual de las instituciones permitirá encauzar esa energía.

Cuando Venustiano Carranza inauguró las sesiones del Congreso Constituyente de Querétaro, el 1o. de diciembre de 1916, reconoció que México carecía de partidos políticos y que, como consecuencia, se debería optar por un “Ejecutivo fuerte”. Los trabajos del Congreso, que culminaron con la aprobación de nuestra actual Constitución, ratificaron ese criterio del Primer Jefe. Se consolidaron, así, las bases jurídicas de nuestro sistema presidencial.

Toda Constitución es, a la vez, una expresión normativa y un producto cultural (*cf.* Peter Häberle, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, IVAP, 1996). En el caso de la nuestra, tanto la norma cuanto el entorno han contribuido a desarrollar un sistema presidencial muy poderoso. Más allá de lo prescrito por el texto de Querétaro, se han desarrollado las que Jorge Carpizo denomina acertadamente como “facultades metaconstitucionales” de los presidentes (*El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1978). Esto significa que, además de lo que la norma establece, la institución presidencial ha extendido sus atribuciones.

Esa amplitud es la que el entorno social y cultural permite e incluso auspicia. Formados en una tradición paternalista, y con siglos de vivir en la sumisión, no fue ajeno a nuestros patrones de conducta aceptar una autoridad vigorosa e incontestada. Además, otros factores contribuyeron, desde nuestros primeros años de vida independiente, a fraguar lo que sería la esencia del presidencialismo mexicano. Los primeros jefes de gobierno, salvo contadas excepciones, se formaron en los campos de batalla; primero en la guerra de independencia y luego en las sucesivas asonadas que llenan las páginas de nuestra historia decimonónica.

El poder civil en México también tuvo que cimentarse frente al ejercido por la Iglesia católica, y el poder nacional debió hacerlo ante las

amenazas, varias veces cumplidas, de invasiones extranjeras. Finalmente apareció otro elemento: el voluntarismo. Todo podría resolverse, se pensó, mediante actos de voluntad individual. Bastaba con elaborar normas que tradujeran la determinación de ser libres y justos, para conseguirlo.

Con ese bagaje llegamos a 1917, y también a 2000. Hoy siguen siendo muy frecuentes las expresiones de voluntarismo político. Sorprenden ya no tanto por su anacronismo, cuanto por su ingenuidad. Todavía se supone que la clave de los cambios sociales, morales e incluso políticos está solamente en la modificación de las leyes o en la adopción de otras nuevas. No se advierte que los verdaderos cambios tienen que ir acompañados por modificaciones en las conductas individuales y sociales.

Los cambios en la norma que no se traducen en comportamientos sociales, producen desencanto y escepticismo; los cambios en el comportamiento que no tienen apoyo normativo generan la impresión de desorden y hasta de anarquía. De ahí que la reconstrucción de nuestras instituciones, hoy tan maltrechas, requiera de cambios en las normas y en las conductas, a la vez.

En el caso del nuevo sistema de partidos y del viejo sistema presidencial, nos encontramos con dos realidades contrapuestas. Por un lado un fuerte tirón hacia la consolidación democrática basada en la pluralidad de agentes políticos actuando en libertad; por otro una tendencia a la concentración del poder, que no depende de las intenciones de quien ocupe la presidencia sino de la estructura misma de ese poder. El panorama planteado por Carranza, que compensaba la exigüidad de formaciones políticas con la robustez de la institución presidencial, ya no está presente.

Quedan, sin embargo, los preceptos que resultaron de aquella perspectiva carrancista. La Constitución dispone que “el Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso...”, y que “se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, en Juzgados de Distrito, y en un Consejo de la Judicatura”, mientras que por otra parte determina: “se deposita el *Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo...*”

No puede ser visto como algo intrascendente que la Constitución se refiera al Ejecutivo como “Supremo Poder”. Las palabras están hechas para significar lo que dicen, y “supremo” es “lo que no tiene superior”. Véase que dentro del judicial, la Corte es “Suprema” en su relación con los demás órganos integrantes de ese poder; pero entre los tres poderes, el

Ejecutivo es el único calificado de supremo, en este caso en su relación con los otros dos poderes.

Disquisiciones semánticas aparte, hay un hecho central: existe un poder del Estado que reside, completo, en una sola persona. Si ningún presidente lo ha dicho, bien podría hacerlo, y con fundamento constitucional: “el Poder soy yo”. Este concepto del poder depositado en un solo individuo procede de la Constitución norteamericana de 1787. Pero hay una gran diferencia: aunque en la práctica al presidente de Estados Unidos lo elige la mayoría de los ciudadanos, en el orden constitucional sigue siendo elegido de manera indirecta. No se trata, por ende, de un sistema plebiscitario como el mexicano.

El arcaico sistema mexicano de presidente plebiscitario y depositario único del poder sólo es seguido, en Latinoamérica, en la actualidad, sólo por las constituciones de Nicaragua, Paraguay y República Dominicana. En Argentina y Perú subsiste también la norma constitucional que hace al presidente depositario único del Poder Ejecutivo, pero en las constituciones de ambos países se establece la presencia de un gabinete, con facultades constitucionales y encabezado por un ministro jefe.

Una posición intermedia, de transición, es la que caracteriza a Colombia, Chile, Ecuador y Honduras, donde a pesar de que deposita el Poder Ejecutivo en el presidente, se asignan funciones específicas al gabinete y se reconoce la responsabilidad de los ministros ante el Congreso.

La corriente dominante está representada por Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá, Uruguay y Venezuela (aunque en este caso se han adaptado a la fórmula mexicana, más afín a las manifestaciones autoritarias de que hace gala el presidente Hugo Chávez). En los sistemas constitucionales de estos países el Poder Ejecutivo es depositado en el presidente y el gabinete; tiene, por ende, una naturaleza colectiva congruente con el orden plural de una democracia.

En ese contexto debe analizarse la idea, latente en México, de que el presidente de la República sea elegido mediante un procedimiento electoral que admita una segunda vuelta, cuando en la primera nadie haya obtenido una determinada mayoría. Se sabe que los sistemas de segunda vuelta propician la fragmentación del electorado, dan lugar a falsas mayorías y generan desajustes entre la mayoría aparente que apoya la elección de un presidente y la composición del Congreso; pero además de esos aspectos, hay otro que no debe ser pasado por alto: en los sistemas presidencia-

les la segunda vuelta fortalece la figura del presidente y acentúa sus rasgos plebiscitarios.

El sistema presidencial plebiscitario no surgió en Estados Unidos sino en Francia, en 1851, con Luis Bonaparte. En Estados Unidos se tuvo buen cuidado en no construir una figura que adicionara un importante número de facultades constitucionales a un elevado grado de poder político. Por eso se estableció una forma diferente de elegir al presidente (elección indirecta) y a los integrantes del Congreso (elección directa). Los argumentos esgrimidos (v.g. James Wilson, Fildelfia, octubre 6 y diciembre 11, 1787; Noah Webster, octubre 17, 1787, en *The debate on the Constitution*, Washington, The Library of America, 1993) se orientaban precisamente en el sentido de impedir los excesos presidenciales, la corrupción electoral y la violencia con motivo de la elección del presidente. Era tal el cúmulo de facultades que se le atribuían, que no se consideraba prudente revestirlo, además, del poder popular que resultaría de una elección popular directa.

Otro derrotero seguiría Luis Napoleón. Para alcanzar la presidencia utilizó la vía del plebiscito e introdujo un nuevo sentido al sistema presidencial. Su declaración “he abandonado la legalidad para regresar al derecho” (Frédéric Bluche, *Le prince, le peuple et le Droit*, París, PUF, 2000), es una expresión que revela hasta qué punto el presidencialismo plebiscitario constituye un riesgo para el Estado de derecho.

El sistema de segunda vuelta en una elección presidencial representaría una posibilidad de exacerbación de las facultades presidenciales, que en nada favorecerían la consolidación democrática y que, por lo mismo, afectarían la vigencia del Estado de derecho.

## VI. “INTERREGNO”

Hace algunos años fue muy utilizada en México la expresión “interregno”, para significar el periodo que media entre la elección de un presidente y la protesta del cargo. La locución es estrictamente convencional, y está tomada en las instituciones de derecho romano en la época de la monarquía.

Los primeros monarcas romanos eran nombrados, a título vitalicio, por el Senado. Cuando sobrevenía la falta de rey, y hasta que se hacía la elección del nuevo monarca, el Senado designaba un magistrado denominado *inter rex*, cuyas funciones duraban cinco días; había tantos cuantos

fueran necesarios, mientras la vacante se cubría de manera definitiva. El *inter rex* era, por ende, un encargado precario del poder.

En las monarquías europeas modernas se llamaba “interregno” al periodo en el que faltaba el “soberano”, e incluso se extrapoló el término para hablar de “interregno parlamentario”, aludiéndose al receso del Parlamento.

Entre nosotros esa idea cobró vigencia en el tiempo que medió entre la estatización de la banca, el 1o. de septiembre de 1982, y el 1o. de diciembre siguiente, en que un nuevo presidente asumió el cargo. Durante ese lapso se produjo la circunstancia de un presidente que concluía su mandato y que por la forma como funcionaba el sistema político mexicano ya no tenía el poder completo, y de otro que por ser apenas un presidente electo todavía no tenía poder alguno. Los efectos devastadores para la economía se recuerdan con precisión.

El eslabonamiento de los ciclos que terminan con los que comienzan, lo vio con claridad Platón (*El político*), y para explicarlo utilizó, como acostumbraba para hacer más comprensible un fenómeno, el mito de la inversión de los ciclos. Según ese mito el universo gira, alternativamente, en sentidos contrarios, y el momento más difícil se produce, precisamente, cuando se agota un ciclo y va a comenzar el siguiente, en sentido opuesto. Según esta perspectiva, habría un momento de parálisis, justamente cuando la dirección del movimiento se va a revertir. Se produce lo que denomina “el choque de los impulsos contrarios del movimiento”, con una amplia serie de consecuencias. La más espectacular que Platón identifica es la aparición de los “hijos de la tierra”: los tiempos se invierten, los ancianos se vuelven jóvenes, los jóvenes niños, los niños desaparecen y los muertos renacen.

Independientemente de que en ese mito se han querido fincar numerosas tesis sobre una teoría de los ciclos históricos que carece de base científica, lo que Platón se proponía era simplemente mostrar que el movimiento no se detiene; que cambia de dirección y que no todo lo nuevo es necesariamente inédito. El cambio es necesario e inevitable, según ese planteamiento. El problema es que el cambio, leído como esa reversión de los ciclos, genera trastornos. El ejemplo, fantástico, es en todo aplicable al periodo conocido como “interregno” en la política mexicana.

Las etapas de tránsito entre un gobierno y otro han ocasionado, en diversos grados, falta de certidumbre en cuanto a las decisiones en materia de política económica y de política interior. Hasta ahora el momento

más crítico ha sido el producido en 1982. Por eso surgió entonces la idea de “acortar el interregno”, y el presidente presentó una iniciativa de reformas constitucionales que fueron adoptadas en 1986. Lo más importante de estas reformas consistió en que las elecciones federales se celebrarían en agosto, en lugar de julio, y el periodo ordinario de sesiones del Congreso comenzaría el 1o. de noviembre.

De esa manera entre la elección del presidente y su toma de posesión transcurrirían sólo un poco más de tres meses, en lugar de los casi cinco cuando las elecciones se celebraban en julio. No fue posible reducir más ese periodo, debido a que subsistía el sistema de autocalificación de las elecciones de los diputados, y a que la Cámara de Diputados seguía siendo el colegio electoral que calificaba la elección presidencial.

El sistema de calificación de las elecciones fue avanzando hasta llegar a la situación actual, de heterocalificación, a cargo de organismos especializados (Instituto Federal Electoral y Tribunal Federal Electoral), con lo cual además de contar con mejores garantías de imparcialidad, se dispone de procedimientos más rápidos para conocer los resultados definitivos de las elecciones. Esto no obstante, mediante una inconveniente reforma constitucional de 1993 los comicios regresaron a julio y la instalación del Congreso al 1o. de septiembre.

En el futuro habrá que corregir esta situación, que periódicamente genera una tensión adversa a la seguridad jurídica que, conforme a los principios del Estado de derecho, debe caracterizar todos los actos del poder público. La posibilidad de prever las decisiones del poder, en tanto que se basan en disposiciones normativas, se ve afectada en la medida en que se introducen factores de indeterminación que se prolongan más de lo que suele ser habitual en los sistemas democráticos.

Con motivo de los cambios de gobierno todos los sistemas experimentan ajustes. La perspectiva de que algunas de las “reglas del juego” sean objeto de modificación con motivo de la adopción de nuevos planes y programas políticos, genera situaciones de relativa incertidumbre. Este es un fenómeno común en todas las democracias, pero lo importante es que los efectos puedan ser absorbidos por un complejo institucional que permite encauzar las dudas sin causar tensiones.

El problema se acentúa cuando las instituciones mismas presentan una capacidad de respuesta limitada. Es cierto que no hay un concepto unívoco del término “institución”. Para unos es una organización que tiene duración indeterminada; para otros es un conjunto de procedimientos

practicados de manera general y duradera; unos más la entienden como formas de conducta adoptadas por una comunidad que perduran independientemente de la voluntad de cada uno de sus miembros. Pero con independencia del contenido que se atribuya a las instituciones, entre ellas se incluye a los diferentes órganos del poder.

Los cambios democráticos suponen siempre modificaciones en la forma de ejercer el poder; pero en algunas ocasiones también comprenden la transformación de los órganos mismos del poder. En cuanto al primer caso el ejercicio del poder está sujeto a las reglas conocidas y vigentes; en el segundo lo que se plantea es precisamente la adopción de nuevas reglas. Prolongar excesivamente la incertidumbre acerca del rumbo que tomarán esas definiciones, altera el comportamiento de los agentes sociales y hace impredecible el comportamiento del poder durante algún tiempo. Esto no fortalece el Estado de derecho. De ahí que el problema que se presenta en México de un “interregno” muy prolongado, deba ser resuelto mediante la adecuación de los periodos electorales federales.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Aun cuando las bases del sistema electoral han experimentado un giro copernicano desde las que fueron elaboradas a raíz de la Constitución de 1917, y a pesar de que ya hay en México procesos electorales confiables que aseguran la legitimidad democrática de los titulares de los órganos del poder, subsisten aspectos que deben ser atendidos como condición para que impere el Estado social y democrático de derecho.

La democracia interna en los partidos políticos, el reconocimiento de los derechos de la oposición, la limitación del presidencialismo plebiscitario y la reducción del periodo de incertidumbre que transcurre entre la elección presidencial y la toma de posesión del presidente, son algunos aspectos que deberán ser considerados. El estudio del derecho comparado nos permite advertir las tendencias que en ese sentido se han venido registrando, y que van adquiriendo una difusión progresiva.

El Estado de derecho requiere ajustes permanentes en el funcionamiento de las instituciones. Desde luego, lo que aquí se ha planteado es apenas una parte de los muchos cambios que requiere el sistema constitucional mexicano. Como todo orden normativo, siempre requerirá de ajustes que lo hagan permanentemente funcional. Mantenerlo inmutable es transformar los aciertos previos en problemas futuros.

## LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

Jorge WITKER\*

*A mi entrañable amigo Manuel Gutiérrez de Velasco*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto, importancia y evolución reciente de la IED.* III. *Regulaciones multilaterales de la IED.* IV. *El TLC y las inversiones.* V. *Los tratados bilaterales de inversión.* VI. *Consideraciones finales.*

### I. INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera, al igual que el comercio exterior, constituye una importante fuente de ingresos para llevar a cabo los procesos de desarrollo e industrialización de los países. Ahora bien, en la era de la globalización económica la inversión extranjera juega un doble papel: por un lado, se ha convertido en fuente alterna de financiamiento para el sector público; por el otro, constituye una significativa transferencia de capital para el sector privado, que requiere de recursos frescos para adquirir tecnología de punta y producir artículos de mayor calidad con el menor costo posible.

Una característica peculiar del sistema internacional actual es la competencia en la que se ven inmersos los países para captar inversión privada. Estos flujos, sin embargo, son cada vez más escasos. Las economías de las naciones industrializadas enfrentaron en los últimos años algunos problemas de recesión, con la consecuente desaceleración del crecimiento económico y de una disminución en los niveles de ahorro interno y, por ende, de capital excedente.<sup>1</sup>

Si bien en principio los capitales extranjeros arriban a los mercados que más ventajas y ganancias les proporcionan, existen también condicio-

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Peter Martin, Hans, *et. al.*, *La trampa de la globalización*, Madrid, Ed. Taurus, 1998, p. 123, Yip, Georges S., *Globalización: estrategias para obtener una ventaja competitiva internacional*, Colombia, Grupo Edit. Norma, 1997.



nantes de otra naturaleza, a saber: aspectos políticos, expectativas sociales, ya sean optimistas o negativas, condiciones de mercado, posición geográfica y facilidades de acceso a otros mercados, facilidades para la repatriación de utilidades, incentivos fiscales y productivos, etcétera.

Por tanto, a efecto de atraer flujos de capital extranjero, la mayoría de los países han realizado importantes reformas económicas y jurídicas, para adecuar sus legislaciones nacionales al nuevo entorno internacional. Casi todos los países del orden han procedido en este sentido; no obstante, existe siempre un alto riesgo de vulnerabilidad para sus economías, frente al flujo excesivo de capitales extranjeros volátiles, como lo llegan a ser los capitales en cartera. Paralelamente, las reformas emprendidas en este sentido han contribuido a la consolidación del sistema capitalista neoliberal.<sup>2</sup>

Este documento comprende un análisis de las regulaciones de la inversión extranjera directa en el mundo actual en sus vertientes multilaterales y regionales, concluyendo en aprovechar tales esfuerzos en la posibilidad de suscribir o proyectar un tratado latinoamericano para la promoción y protección de la inversión directa latinoamericana, como un paso previo para insertar a la región en los esfuerzos globales que a niveles de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y la Organización Mundial de Comercio se realizan.

## II. CONCEPTO, IMPORTANCIA Y EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA IED

Al analizar el tema de inversión extranjera,<sup>3</sup> hay que distinguir la inversión extranjera directa (IED), que es capital productivo invertido a largo plazo, de la inversión extranjera en cartera (mercado de dinero y mercado de capitales), que es una inversión de corto plazo básicamente especulativa, porque busca —atraída por la alta rentabilidad ofrecida en los mercados emergentes— la mayor ganancia en el menor tiempo posible.

Para efectos metodológicos:

por inversión extranjera directa entendemos los flujos internacionales de capital en los que una empresa de un país crea o amplía una filial en otro

2 Soros, George, *Crisis del capitalismo global*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

3 La inversión es cualquier clase de activo como inversiones en la creación, expansión o participación de una empresa y que puede asumir distintas modalidades en los países huéspedes.

país. La característica distintiva de la inversión extranjera directa es que no sólo implica una transferencia de recursos, sino también la adquisición del control. Es decir, la filial no solamente tiene una obligación financiera hacia la empresa materna, es parte de la misma organización estructural.<sup>4</sup>

En otras palabras:

la IED (inversión extranjera directa) es aquella que tiene características de permanencia y se materializa principalmente instalando una empresa nueva o ampliando una existente; mientras que la inversión de cartera o de portafolio se orienta fundamentalmente a operaciones bursátiles en todas sus variantes y, preponderantemente, hacia diferentes actividades financieras y cambiarias.<sup>5</sup>

Tradicionalmente, la inversión extranjera ha sido vista como complemento del históricamente escaso ahorro interno en los países en desarrollo. Ciertamente, sin magnificar la importancia de este tipo de capital, puede decirse que la IED tiene ventajas sobre otros tipos de financiamiento como el de la deuda externa que ha significado una pesada carga para las economías de los países en desarrollo.<sup>6</sup>

La inversión extranjera constituye, sin duda, uno de los signos más elocuentes de la globalización, la cual podría definirse como un creciente e irreversible proceso de internacionalización de la producción, las finanzas, el comercio, las comunicaciones, los problemas, etcétera.<sup>7</sup> En el amplio entorno de la globalización, lo nacional es global y lo global es nacional. Las fronteras entre ambos aspectos tenderían a diluirse.

4 A. Barrera, Carlos, *et. al.*, *El impacto de la globalización, la encrucijada de la economía del siglo XXI*, Buenos Aires, Ediciones Letra Buena, 1994, p. 29.

5 C. Kortzen, David, *Cuando las transnacionales gobiernan el mundo*, Chile, Ed. Cuatro Vientos, 1998.

6 La inversión extranjera se tomaría en un círculo virtuoso en la medida en que se introduzcan en mayores flujos de reservas internacionales, fortalecimiento de la capacidad de generar superávit comerciales, vía el impulso de la capacidad exportadora, pues las inversiones extranjeras tienden a elevar la competitividad hacia el mercado internacional. En contraste, la experiencia reciente en México y en otros mercados emergentes demuestra el serio riesgo y alto costo de recurrir a la inversión extranjera de corto plazo como instrumento central para financiar desequilibrios en cuenta corriente y acumular reservas. Con ello no se pretende afirmar que este tipo de flujo de capital resulte totalmente negativo, sino que es necesario buscar los elementos de mercado o regulatorios para controlar sus montos.

7 La globalización representa un serio desafío a la concepción tradicional de soberanía que, dicho sea de paso, ha venido cediendo terrenos ante los cada vez más numerosos temas globales, que conforman la nueva agenda internacional.

En el amplio entorno de la globalización, las empresas transnacionales son —junto con los llamados inversionistas institucionales— uno de los actores clave que mueven y determinan los flujos de inversión extranjera<sup>8</sup>, máxime hoy en día en que estas corporaciones realizan un proceso de relocalización de inversiones y plantas, buscando mejores condiciones para incrementar sus márgenes de ganancia, a través del pago de bajos salarios y, sobre todo, del uso de intensos procesos tecnológicos que, hoy por hoy, constituyen el elemento primordial para lograr una mayor competitividad internacional.

A partir de lo expuesto, la pregunta obligada es ¿qué papel debe y puede jugar la inversión extranjera en las estrategias nacionales de desarrollo? Mucho se ha dicho y escrito sobre las bondades y desventajas de la inversión extranjera, pero lo cierto es que actualmente prevalece el punto de vista de que la inversión extranjera —básicamente la directa— es una herramienta financiera muy útil en materia de política económica y en muchos otros campos.

### III. REGULACIONES MULTILATERALES DE LA IED

#### 1. *La OCDE y el proyecto AMI*

La OCDE tiene una larga trayectoria en el campo de IED. Como fruto de su trabajo ha logrado la adopción de algunos instrumentos muy valiosos para promover la liberalización de los flujos de inversión, particularmente el Código de Liberalización de Movimientos de Capital y el Código de Liberalización de Transacciones Corrientes Invisibles, ambos de 1961, y la Declaración sobre Inversión Extranjera y Empresas Multinacionales, con sus cuatro elementos: el Instrumento de Trato Nacional, la Guía de Empresas Multinacionales, el Instrumento sobre Incentivos y Desincentivos a la Inversión y el Instrumento sobre Requerimientos Conflictivos. Ninguno de ellos, sin embargo, es un acuerdo comprensivo en la materia, y aun cuando algunos fueron adoptados a través de decisiones jurídicamente vinculantes del Consejo de la OCDE, como no tienen me-

8 La importancia creciente de las empresas transnacionales en la composición de los flujos de IED, puede ser precisada, por una parte, a través del crecimiento que han tenido estos flujos en las últimas décadas, por otra, por la expansión de dichas empresas en años recientes. Las ETs muestran un alto nivel de concentración. Se estima que sólo el uno por ciento de las corporaciones matrices de las ETs son propietarias de más de la mitad del stock de la IED proveniente de sus países de origen.

canismos jurídicos o cuasi-jurídicos de solución de controversias no está claro lo que su carácter de obligatoriedad significa.<sup>9</sup>

El Acuerdo Multilateral de Inversiones (en adelante AMI) aspira a ser un acuerdo de altos niveles de disciplina, tanto en materia de liberalización, como de protección. Actualmente, la OCDE negocia su clausula-do, mismo que pasamos a resumir.

### A. *Ámbito de aplicación*

El AMI define al inversionista como la personal natural o jurídica de una parte contratante. En el caso de la persona natural se trata de nacionales o residentes permanentes, mientras que en el caso de la persona jurídica se hace referencia a personas jurídicas u otras entidades constituidas u organizadas bajo la legislación respectiva de la parte contratante.

Por su parte, la inversión es cualquier clase de activo, incluyendo inversiones directas (como la creación, expansión o participación en una empresa), pero también inversión en portafolio (a través de deuda u otros), bienes raíces, derechos de propiedad intelectual, derechos derivados de un contrato o de autorizaciones o permisos. El AMI incluye una lista de activos cubiertos por la definición de inversión que tiene únicamente carácter ilustrativo.

### B. *Trato de inversionistas y de inversiones*

El AMI obliga a toda parte contratante a otorgar al inversionista y a la inversión trato nacional y de nación más favorecida, cubriendo no sólo discriminación *de jure*, sino también *de facto*; asimismo, a publicar toda medida que afecte la operación del acuerdo. Si bien no existe una disposición específica relacionada con el establecimiento de puntos de contacto, sí existe la obligación de responder con prontitud a cualquier consulta que se efectúa sobre las medidas de una parte contratante.

### C. *Protección de la inversión*

a) Tratamiento justo y equitativo, protección y seguridad plenas y constantes, efectos en la operación de la inversión. De conformidad con el AMI, los inversionistas recibirán trato justo y equitativo, protección y

9 Sistema Económico Latinoamericano, *Las negociaciones internacionales sobre la investigación extranjera*, Caracas, Venezuela, Secretaría Permanente, 1997, p. 36.

seguridad plenas y constantes. Asimismo, las partes contratantes se abstendrán de afectar la operación de la inversión, para lo cual está por definirse si el parámetro de este criterio se relacionará con medidas injustificadas o discriminatorias.

b) Expropiación e indemnización: Una expropiación o una medida con efecto equivalente sólo está permitida si se conforma con los requisitos de interés público, no discriminación, debido proceso legal y pago de indemnización pronta, adecuada y efectiva. Por otra parte, la indemnización deberá pagarse sin demora y deberá ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión, plenamente realizable y libremente transferible.

c) Protección en caso de conmoción, el AMI dispone que las partes contratantes estarán obligadas a aplicar el trato nacional o de nación más favorecida, cualquiera que sea más favorable al inversionista, en caso de restitución, indemnización, compensación u otros casos similares por pérdidas debidas a guerras o conflictos armados, estado de emergencia, revolución, insurrección y otros.

d) Transferencias: el AMI establece que todo pago relacionado con una inversión será libremente transferible sin demora, e incluye una lista ilustrativa de transferencias, con capital inicial y montos adicionales para mantener o incrementar una inversión, ganancias, pagos realizados bajo un contrato, inclusive uno de préstamo, productos derivados de la venta o liquidación de una inversión, pagos derivados de indemnizaciones por concepto de expropiación, pagos que provengan de las disposiciones relativas al sistema de solución de controversias, ganancias y otras remuneraciones del personal extranjero relacionadas con una inversión. Dichas transferencias deberán realizarse en una divisa de libre convertibilidad.

#### D. *Solución de controversias*

a) *Entre partes contratantes.* El proceso de solución de diferencias Estado-Estado se inicia con consultas entre las partes para tratar de resolver la cuestión amigablemente. Si ello no se logra, las partes podrían, de mutuo acuerdo, solicitar la intervención del grupo de las partes para que considere el asunto y formule recomendaciones. Podrían, asimismo, solicitar la mediación o conciliación, según las reglas y procedimientos que acuerden. De lo contrario, cualquiera de las partes puede someter la disputa a un tribunal arbitral, integrado por tres o cinco miembros, en este último caso si una parte así lo prefiere.

El AMI establecerá reglas y procedimientos básicos para este arbitraje, aunque para una diferencia específica las partes podrían acordar aplicar reglas modificadas. En materia del derecho sustantivo, las normas a aplicar son las disposiciones del AMI, pero otras reglas de derecho internacional podrían ser relevantes en la interpretación y aplicación del tratado.

El laudo arbitral será final y vinculante para las partes en la controversia. Las medidas que el tribunal podría ordenar incluyen una declaración de que la acción contraviene el AMI, el otorgamiento de daños pecuniarios, y la recomendación de que una parte ponga su medida en conformidad con el acuerdo, o cualquier otro remedio que la parte demandante acepte, como podría ser la restitución en especie.

b) *Una parte contratante y un inversionista.* En el procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado, el primero puede decidir someter el conflicto para su resolución a los tribunales judiciales o administrativos del Estado anfitrión a un mecanismo de solución de controversias, acordado con anterioridad al conflicto o a los procedimientos establecidos en el AMI. Con la adopción del acuerdo, las partes contratantes estarán brindando su consentimiento incondicional a que todo conflicto cubierto por el mismo pueda ser resuelto de conformidad con las reglas de CIADI o del mecanismo adicional de CIADI, de CNUDMI o de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. En caso de una disputa que ha sido sometida a los tribunales nacionales o a arbitraje internacional de conformidad con otro mecanismo de solución de controversias, se autoriza a las partes contratantes a abstenerse de dar su consentimiento.<sup>10</sup>

## 2. La Organización Mundial de Comercio y las inversiones directas<sup>11</sup>

### A. Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (TRIMs, Trade Related Investment Measures)

El Acuerdo sobre el TRIMs empieza por reconocer que ciertas medidas en materia de inversiones pueden causar efectos de restricción y distorsión del comercio. Sin embargo, su ámbito de aplicación se limita ex-

10 Vives Chillida, Julio A., *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), España, Ed. McGraw-Hill, 1998.

11 Véase Acuerdos de Marrakech de la Ronda Uruguay del GATT.

clusivamente a las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías (MICs), no de servicios.

La esencia del Acuerdo consiste en prohibir a los miembros aplicar ninguna MIC que sea incompatible con las obligaciones de trato nacional y de eliminación de restricciones cuantitativas, previstas en los artículos II y XI del GATT de 1994.<sup>12</sup> Por otra parte, el Acuerdo establece un comité de medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio, encargado de vigilar el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo.

Finalmente, el Acuerdo dispone que a más tardar cinco años después de su entrada en vigor, el Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC examinará su funcionamiento, a efectos de proponer, cuando proceda, modificaciones a su texto y de estudiar si el mismo debe complementarse con disposiciones relativas a la política de inversiones y competencia.

### B. *General Agreement on Trade in Services: GATS* (*Acuerdo General sobre Comercio de Servicios*)

El *GATS* es el acuerdo de la OMC que contiene la mayor cantidad de disposiciones relevantes para el tema del trato de la IED, tanto en materia de protección, como de liberalización. Ello obedece al reconocimiento de que la naturaleza propia del comercio de servicios requiere, en muchos casos, de la presencia física de largo plazo del proveedor del servicio en el mercado, lo que se materializa a través de la IED.<sup>13</sup>

El *GATS* consta de tres partes fundamentales: un marco de normas y disciplinas generales aplicable a todas las medidas que afecten el comercio de servicios, compromisos específicos de trato nacional y acceso a mercados, aplicables únicamente a los sectores y subsectores incluidos en las listas de compromisos de cada país, y una serie de anexos específicos

12 El anexo al Acuerdo incorpora una lista ilustrativa de MICs incompatibles con estas obligaciones, ya sea porque son obligatorias o porque su cumplimiento es necesario para obtener una ventaja: las que demandan la compra o utilización de productos nacionales; las que restringen el volumen o valor de productos importados que una empresa puede comprar o utilizar al volumen o valor de los productos que exporte; las que restringen el volumen de las importaciones a una cantidad de divisas relacionada con las entradas de divisas atribuibles a esa empresa; y las que restringen las exportaciones de una empresa, ya sea en términos de productos determinados, de volumen o valor de los productos o como proporción del volumen o valor de su producción local. En cuanto a las MICs que estuviera aplicando, los miembros tienen la obligación de notificarlas dentro de los 90 días siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo y de eliminarlas en 2, 5 o 7 años, según se trate de países desarrollados, en vías de desarrollo o menos adelantados.

13 Hoekman, Bernard, "Assessing the General Agreement on Trade in Services", en Martin and Winters (eds), *op. cit.*, p. 89.

que detallan la manera en que las reglas se aplican a ciertos sectores en particular.

El *GATS* define el comercio de servicios en atención a los denominados cuatro “modos de prestación” o “modos de suministro” de un servicio: comercio transfronterizo, que no requiere el movimiento ni del prestador, ni del consumidor del servicio; movimiento del consumidor al territorio del prestador del servicio; establecimiento comercial de empresas extranjeras en el mercado a servir, y movimiento temporal de personas físicas. Aun cuando el *GATS* no menciona el término de IED, es claro que ésta se encuentra comprendida dentro del tercer modo de prestación de los servicios, denominado presencia comercial, la cual es definida por el mismo acuerdo<sup>14</sup> como “todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través entre otros medios de: la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica o la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un miembro con el fin de suministrar un servicio”.<sup>15</sup>

Al no ser un acuerdo de inversión propiamente, el *GATS* no contiene el tipo de disciplinas usuales en éstos.<sup>16</sup> No obstante, sí comprende una serie de normas relevantes para la IED. Dentro de éstas, una de las más importantes es la obligación de brindar el trato de nación más favorecida a los servicios y proveedores de servicios de los países miembros en todos los sectores, la cual, sin embargo, se ve calificada por la posibilidad que tuvieron los países de incluir excepciones —en principio, temporales— a dicha obligación. Se incluyen también normas de aplicación general en las áreas de transparencia, divulgación de la información confidencial, participación creciente de los países en desarrollo, integración económica, acuerdos de integración de los mercados de trabajo, reconocimiento, excepciones y otros aspectos.

14 Artículo XXVIII, d.

15 Obsérvese que se trata de una definición que, si bien comprende aspectos relacionados con el pre y post-establecimiento y que se aplica a las nuevas inversiones y a las existentes, su ámbito de aplicación es sustancialmente más limitado que el de aquellos acuerdos que utilizan una definición de la inversión basada en el concepto de activo. Sauvé, Pierre; *A first look at investment in the final Act of the Uruguay Round*, Journal of World Trade, Ginebra Suiza, vol. 28, núm. 5, octubre 1994, p. 9.

También son relevantes para la IED las disposiciones relacionadas con el movimiento de personas físicas, en tanto ellas afectan la posibilidad de los funcionarios de empresas transnacionales de moverse libremente entre la casa matriz y las empresas afiliadas en distintos países. Brewer y Young (1994), *op. cit.*, p. 73.

16 Véase WTO, *Trading into the Future*, Geneva Switzerland, 1999, para una descripción del acuerdo.



### C. Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio ADPIC (TRIPs)

El Acuerdo sobre TRIPs no contiene disciplinas de inversión propiamente dichas. Sin embargo, es relevante en esta materia porque sus disposiciones en materia de protección, procedimientos domésticos de observancia y solución de controversias se relacionan directamente con el ámbito legal de la IED, en tanto la definición de inversión incluye, en muchos acuerdos internacionales —particularmente, los TBI—, la propiedad intelectual.<sup>17</sup> Dentro de este razonamiento, se considera que este Acuerdo generará una serie de externalidades positivas en relación con la protección de la inversión.<sup>18</sup>

## IV. EL TLC Y LAS INVERSIONES

Las disposiciones del TLC se aplican a las inversiones que realicen los inversionistas de un país miembro en territorio de otro, o las realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del tratado. Se excluyen del ámbito de aplicación aquellas actividades económicas que expresamente se reservan los Estados firmantes.<sup>19</sup> Si las leyes mexicanas o sus reglamentos fueran reformados para permitir inversiones de capital privado en las actividades reservadas al Estado, se ha establecido que México puede imponer restricciones en la participación de inversiones extranjeras.

### 1. *Trato nacional y nivel mínimo de trato*

El capítulo XI del Tratado establece que cada país otorgará a los inversionistas del TLC y a las inversiones que ellos realicen un trato no me-

17 WTO, *op. cit.*, nota 16, p. 71, véase SELA, “Inventores o plagarios: Las aristas de la propiedad intelectual”, *Notas Estratégicas*, núm. 17: sept. 95; SELA, *Nuevas políticas de propiedad intelectual. ¿arma de negociación o instrumento de desarrollo?*, 1995, y SELA, *Informe final del Taller de Expertos en Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Contexto de la Aplicación del Acuerdo TRIPs en Centroamérica*, San José, Costa Rica, 5-7 de mayo 1997 (SP/TRIPs/Di No. 1).

18 Sauvé, Pierre, *op. cit.*, nota 15, p. 13.

19 México se reservó, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 25, 27 y 28 de su Constitución política, el derecho de propiedad, de desempeñar exclusivamente y de no permitir inversiones en las siguientes actividades: a) petróleo y otros hidrocarburos; b) petroquímica básica; c) electricidad; d) energía nuclear; e) tratamiento de minerales radioactivos; f) comunicaciones vía satélite; g) servicio postal; j) ferrocarriles; k) emisión de billetes; l) acuñación de moneda; m) control, inspección y vigilancia de puertos marítimos y terrestres así como aeropuertos y helipuertos. Véase Seymour J. Rubin y Dean C. Alexander, *NAFTA and Investment, USA*, Kluwer Law International, 1995.

nos favorable que el que otorga a sus propios inversionistas (trato nacional) o a los inversionistas de otros países (trato de nación más favorecida). En lo que respecta a las disposiciones estatales, provinciales o municipales, el trato nacional será no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios inversionistas.<sup>20</sup>

Una reserva muy importante al principio general de trato nacional consiste en que los extranjeros, las empresas extranjeras o las sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, no podrán adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una franja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las costas (la zona prohibida). Sin embargo, podrán adquirir “certificados de participación inmobiliaria” (CPI) que otorgan al beneficiario el derecho de uso y goce sobre la propiedad.<sup>21</sup>

De igual forma, cada país se compromete a otorgar a las inversiones de países del TLC, trato justo y equitativo, así como plena seguridad y protección acordes con el derecho internacional.

## 2. *Requisitos de desempeño*

El TLC establece que ningún país miembro podrá imponer requisitos de desempeño a las inversiones en su territorio, tales como niveles de exportación, contenido nacional mínimo, trato preferencial a proveedores nacionales, importaciones sujetas a los ingresos por exportaciones, transferencia de tecnología y requisitos de fabricación de productos de una región determinada.<sup>22</sup>

20 Cabe señalar que México formuló varias reservas al principio de trato nacional, especificando que para ciertas actividades económicas aún seguirá habiendo limitaciones a la inversión extranjera, la que no podrá participar en las actividades económicas reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.

21 Asimismo, México podrá revisar la adquisición directa o indirecta que realice un inversionista de Estados Unidos o de Canadá de más del 49% de la participación en una empresa establecida en México, cuando el valor de sus activos brutos sea superior a los umbrales aplicables a la entrada en vigor del Tratado y subsecuentemente ajustados anualmente. La base para el cálculo de los umbrales será de 25 millones de dólares en los primeros tres años a partir de la entrada en vigor del TLC; 50 millones de dólares por el siguiente periodo de tres años; 75 millones de dólares por el siguiente periodo de tres años y 150 millones de dólares a partir del décimo año de entrada en vigor del TLC.

22 Sin embargo, México formuló distintas reservas a este apartado del TLC en relación con algunos casos concretos. Entre dichas reservas destaca el caso de la industria maquiladora de exportación, ya que se exige a dichas empresas que exporten la mayor parte de su producción, puesto que no pueden vender en el mercado interno mexicano más del 50% del total del valor de las exportaciones que hayan realizado en el año anterior.

Se incrementará paulatinamente la autorización a las empresas maquiladoras para vender sus productos en el mercado doméstico mexicano, comenzando con el 55% del valor total de sus exportaciones al entrar en vigor el TLC, cantidad que se verá incrementada 5% cada año hasta llegar al 85% durante el séptimo año de la entrada en vigor del Tratado. A partir del octavo año las maquiladoras no tendrán restricción alguna en lo que se refiere a su posibilidad de ventas en el mercado interno mexicano.

### 3. *Transferencias*

Los inversionistas de un país miembro del TLC pueden convertir la moneda en curso legal en divisas al tipo de cambio que prevalezca en el mercado, de sus ganancias, ingresos derivados de una venta, pago de préstamos, u otras transacciones relacionadas con su inversión. Cada país miembro del TLC asegurará que esas divisas puedan transferirse libremente.

### 4. *Expropiación*

El TLC establece que ningún país miembro podrá nacionalizar o expropiar, de manera directa o indirecta, inversiones que realicen los empresarios de los países miembros del TLC, salvo por causas de utilidad pública, con base en el principio de no discriminación y de acuerdo con las formalidades que establece la ley. Los inversionistas afectados deberán recibir una indemnización cuyo monto será determinado conforme al valor justo de mercado de las inversiones expropiadas. Como podrá observarse dichas disposiciones se apegan a los mismos conceptos establecidos en el artículo 27 de la Constitución mexicana.

### 5. *Medio ambiente*

El Tratado establece que ningún país deberá reducir sus normas ambientales como medio para atraer, expandir o conservar inversiones en su territorio. La violación de esta obligación podrá dar origen al inicio de consultas entre las partes con el fin de que se eviten incentivos de esta naturaleza.

## 6. Solución de controversias

El capítulo de inversiones del TLC establece que los inversionistas de los países miembros podrán reclamar el pago de daños pecuniarios por violaciones a las disposiciones de este apartado por parte del país receptor de la inversión, mediante procedimientos de arbitraje entre el inversionista y el Estado, o ejercitar los recursos disponibles ante los tribunales nacionales de ese país. Antes de llegar al proceso de arbitraje las partes deberán de dirimir la controversia por medio de consultas o negociación.<sup>23</sup>

Las reglas que deberán regir el procedimiento arbitral, y que deberán tenerse en cuenta antes de entablar una demanda, pueden ser cualquiera de las tres siguientes alternativas:

- a) El Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de CIADI), siempre que tanto el Estado al cual pertenece el inversionista reclamante como el Estado demandado hayan suscrito y sean partes de dicho Convenio. Cabe señalar que México todavía no firma el Convenio de CIADI.
- b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del Convenio arriba citado (Reglas Complementarias del CIADI), cuando el Estado del inversionista reclamante o el Estado demandado, pero no ambos, sea parte del Convenio del CIADI.
- c) Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de septiembre de 1976.<sup>24</sup>

Existen únicamente dos tipos de resoluciones que un tribunal arbitral puede dictar en contra de un Estado firmante del TLC: a) Pago de daños pecuniarios e intereses o b) La restitución de la propiedad, o en sustitución, el pago de daños pecuniarios más intereses.

Asimismo, establecen exclusiones de la aplicación del procedimiento arbitral, entre otros en los siguientes casos: cuando se involucran aspectos de seguridad nacional, o en las cuestiones que cada Estado haya señalado

23 TLC Artículo 1118.

24 TLC Artículo 1120.

en lo particular en el anexo 1138.2. En el caso particular de México, las decisiones de la CNIE que resulten de someter a su revisión una inversión para la adquisición o establecimiento en las actividades restringidas señaladas en el anexo número 1, así como para la adquisición de más del 49% en actividades no restringidas cuando el monto de la inversión sea superior a los umbrales aplicables.

Las excepciones son necesarias, pues la Cláusula Calvo requiere que los inversionistas extranjeros en México se consideren como nacionales con respecto a su inversión, y convienen en no invocar la protección de su gobierno en relación con dicha inversión. En consecuencia, únicamente tienen a su alcance los dos recursos que se han mencionado.

No obstante lo anterior, es probable que México modifique sus bases constitucionales y legales que imponen la Cláusula Calvo en sus tratados con inversionistas extranjeros, en vista de que por el momento se puede interpretar como un impedimento para someterse al arbitraje para la solución de controversias con inversionistas extranjeros.

Bajo estas circunstancias, es probable que México se vea en la necesidad de modificar su postura frente a instituciones tales como el CIADI, el MIGA y la propia Cláusula Calvo, aceptando el arbitraje internacional como un medio de solución a posibles conflictos, con lo cual se incrementaría notablemente la confianza del inversionista extranjero, y no únicamente del estadounidense y canadiense, para invertir en México.<sup>25</sup>

## V. LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN TBI<sup>26</sup>

Los TBI determinan su ámbito de aplicación definiendo a las inversiones y a los inversionistas cubiertos por sus disposiciones y que por ende goza de la protección que ellos acuerdan. Al definir las formas de inversiones cubiertas por el acuerdo, la mayor parte de los TBI se refieren a “todo tipo de activos”. Los TBI suscritos por Estados Unidos utilizan la

25 La entrada en vigor del Tratado Trilateral de América del Norte, ha permitido a México alcanzar un récord en términos de flujo de inversión extranjera, en vista de que en el periodo enero-noviembre de 1993 ascendió a once mil quinientos millones de dólares. El TLC de América del Norte se ha convertido en un imán para los inversionistas extranjeros, de tal suerte que el saldo de la inversión extranjera en México ascendió a 50,211 mdd en diciembre de 1992.

26 Trebilcock, Michael J., Howse, Robert, *The Regulation of the International Trade*, London, Ed. London and London, 1997.

expresión “cualquier clase de inversión”. Esta fórmula general es ilustrada comúnmente en todos los TBI con una lista no taxativa de ejemplos.<sup>27</sup>

En general, los TBI definen a los “inversionistas” o “nacionales” que han de recibir los beneficios de la protección que concede el Acuerdo. Típicamente, la definición abarca: personas naturales y personas jurídicas u otras entidades legales.

### 1. *Cláusulas de admisión*

En los tratados bilaterales de inversiones, la sección sobre admisión se refiere a la entrada de inversiones e inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante. En general, el tema de la admisión se trata en la disposición sobre promoción de inversiones, o en la referente a promoción y protección de las inversiones.

### 2. *Cláusulas de tratamiento*

Tratamiento es un término amplio que se refiere al régimen jurídico que se aplica a las inversiones una vez que han sido admitidas por el Estado anfitrión. En la mayoría de los TBI se exigen los cinco principios siguientes: tratamiento justo y equitativo; alguna forma de protección; no discriminación; trato nacional, y cláusula de la nación más favorecida.

En la mayoría de los tratados se prevén excepciones explícitas, especialmente con respecto al trato nacional de la NMF. Las dos excepciones más comunes son las relacionadas con: 1) privilegios que cualquiera de las dos partes contratantes conceda a inversionistas de un tercer Estado debido a que son miembros de, o están asociados con, una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o un acuerdo regional; 2) preferencias o privilegios resultantes de un acuerdo internacional relacionado plena o principalmente con asuntos tributarios.

27 Típicamente, esa lista incluye: bienes muebles e inmuebles así como los otros derechos reales relacionados, tales como hipotecas o derechos de prenda; acciones, cuotas sindicales, obligaciones comerciales y toda otra forma de participación en una compañía, empresa o *joint venture*; dinero, títulos de crédito y todo otro derecho o una prestación contractual que tengan un valor financiero y préstamos directamente relacionados con una inversión específica; derechos de propiedad intelectual, incluyendo derechos relacionados con derechos de autor, patentes, marcas como así también nombres comerciales, diseños industriales, valor llave, secretos comerciales y transferencia de conocimientos tecnológicos; derechos, otorgados por ley o por contratos para llevar a cabo cualquier actividad económica y comercial, incluyendo cualquier derecho para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

### A. *Requisitos de desempeño*

Los TBI de Estados Unidos disponen que no podrán preceptuarse ni hacerse cumplir requisitos de desempeño (por ejemplo alcanzar determinado nivel o porcentaje de contenido local; limitar importaciones y ventas y transferir tecnología) como condición para el establecimiento, la adquisición, la expansión, la dirección, la explotación o el funcionamiento de una inversión protegida.

### B. *Pérdidas debidas a conflictos*

En la mayoría de los tratados se dispone que los nacionales o compañías de cualquiera de las dos partes contratantes cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte contratante debido a guerras u otros conflictos armados, revoluciones, estados de emergencia nacional, perturbaciones civiles u otros hechos similares, recibirán un tratamiento en relación con restituciones, indemnizaciones, compensaciones o reparaciones, no menos favorable que el acordado por la otra parte contratante a sus propios inversionistas o a inversionistas de cualquier tercer Estado. En varios tratados se destaca el carácter de transferible de esos pagos.<sup>28</sup>

## 3. *Cláusulas sobre transferencias*

### A. *Tipos de pagos*

El país anfitrión debe garantizar a los inversionistas de la otra parte contratante la transferencia de fondos relacionados con inversiones. En general, siempre se incluyen en los tipos de transferencia de fondos que por definición deben garantizarse los siguientes: rentabilidad (ganancias, intereses, dividendos y otros ingresos en moneda); reembolso de préstamos, y el producto de la liquidación total o parcial de una inversión.<sup>29</sup>

28 Los TBI de Estados Unidos disponen que debe aplicarse el trato nacional o el de nación más favorecida, si este último fuera más favorable.

29 Además, suelen mencionarse otros tipos de pagos; por ejemplo: aportes adicionales al capital para el mantenimiento o desarrollo de una inversión; gratificaciones y honorarios; salarios y otra remuneración obtenida por un ciudadano de la otra parte contratante; y compensaciones o indemnizaciones. En los TBI de Estados Unidos se incluyen también los pagos provenientes de controversias sobre inversiones.

## B. Convertibilidad, tipos de cambio y momento de la transferencia

En la mayoría de los tratados se estipula que las transferencias deben realizarse en una moneda convertible. En algunos se establece que puede ser la moneda en que se hayan efectuado las inversiones o en cualquier moneda convertible. En casi todos los tratados se destaca que las transferencias deben efectuarse sin demora, siendo las excepciones los tratados bilaterales de inversiones Bolivia-Ecuador y Panamá-Estados Unidos.<sup>30</sup>

### 4. Diferencias entre partes contratantes

En los TBI se dispone que las diferencias entre Estados, referentes a la interpretación o aplicación del tratado, deben ser sometidas, a solicitud de cualquiera de las dos partes, a tribunales arbitrales *ad hoc*. El arbitraje, sin embargo, debe ser precedido por consultas.<sup>31</sup> Sólo hay diferencias en cuanto al período de tiempo que los TBI conceden para que la controversia sea resuelta a través de consultas antes de que sea sometida a procedimientos de arbitraje.<sup>32</sup>

En general, los TBI establecen algunas normas para la constitución del tribunal *ad hoc*.<sup>33</sup> Los tratados incluyen también procedimientos para los casos en que no puede llegarse a un acuerdo respecto a los nombramientos, o cuando otras circunstancias impiden la constitución del tribunal.

Normalmente, se incluyen en el acuerdo algunos procedimientos generales que debe observar el tribunal arbitral.<sup>34</sup> Finalmente, algunos tratados incluyen una referencia a la ley que deben aplicar los tribunales arbi-

30 El tratado Ecuador-El Salvador y los TBI de Chile son los únicos que definen el concepto “sin demora”, que significa el tiempo normal necesario para cumplir las formalidades con respecto a la transferencia. Este “tiempo normal” no debe pasar de 30 días (Bolivia-Chile, Chile-Paraguay, Chile-Uruguay), 60 días (Chile-Ecuador, Ecuador-El Salvador), dos meses (Argentina-Chile, Chile-Venezuela) o seis meses (Brasil-Chile).

31 Típicamente, los TBI requieren que las disputas, siempre que sea posible, sean resueltas amistosamente a través de consultas o canales diplomáticos.

32 Ese periodo varía entre tres, seis y doce meses, aunque en algunos casos no se define el límite.

33 Generalmente prevén que cada parte nombre un árbitro, dentro de un periodo de dos meses. Esos árbitros deben seleccionar al nacional de un tercer Estado para que actúe como presidente del Tribunal dentro de un periodo que oscila, dependiendo del tratado, entre 30 días y dos, tres o cinco meses, aunque un periodo de dos meses parece la fórmula más usada.

34 Las disposiciones establecen, a este respecto, que las decisiones del tribunal deben ser adoptadas por mayoría de votos, ser definitivas y obligatorias para ambas partes. Aparte de esas indicaciones básicas, los TBI dejan en manos del tribunal mismo determinar sus propios procedimientos. Los TBI celebrados por Estados Unidos refieren a las normas de arbitraje de CNUDMI cuando no puede alcanzarse un acuerdo sobre los procedimientos.



trales al decidir una controversia. La disposición típica establece que el tribunal arbitral debe decidir conforme a las disposiciones del Acuerdo y a los principios del derecho internacional.

### 5. *Diferencias entre una parte contratante y un inversionista*

Los TBI generalmente contienen disposiciones separadas referentes a diferencias entre una parte contratante y un inversionista, conocidas generalmente como diferencias sobre inversiones. En todos los tratados se prevé el arbitraje como mecanismo para la solución de este tipo de controversias.<sup>35</sup>

Todos los TBI examinados se refieren al arbitraje enmarcado en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales de Otros Estados (CIADI), o conforme al Mecanismo Complementario del CIADI, cuando el Estado anfitrión o el de origen del inversionista extranjero no sea parte contratante de CIADI. Siguiendo lo que constituye cada vez más la práctica en los tratados modernos sobre inversiones, en la mayor parte de los TBI se incluyen formas alternativas de arbitraje.<sup>36</sup>

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha observado en los párrafos precedentes, los esfuerzos por regular las inversiones extranjeras en el mundo, han sido diversos, destacándose en todos ellos la tendencia a equilibrar los intereses legítimos de los ahorradores foráneos con las políticas públicas que los gobiernos se ven obligados a plantear como una forma de garantizar un desarrollo económico armónico e integral.

Los esfuerzos del acuerdo multilateral de inversiones (AMI) no han prosperado por la oposición de países como Francia y Canadá, con lo cual los compromisos multilaterales para otorgar a las inversiones extranjeras

35 En general incluyen una referencia a determinados mecanismos específicos institucionales de arbitraje, a diferencia de lo que normalmente se establece en relación con disputas entre partes contratantes, en cuyo caso se asignan a tribunales arbitrales *ad hoc* sin procedimientos preestablecidos.

36 Esto resulta particularmente relevante para aquellos casos cuando el arbitraje en el marco del CIADI no es aplicable debido a restricciones de jurisdicción. En su gran mayoría se refieren a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sólo en un caso (TBI Estados Unidos-Haití) se hace referencia al arbitraje en el marco de la Cámara Internacional de Comercio (CIC).

un tratamiento privilegiado han quedado en simples aspiraciones y proyectos. México fue uno de los pocos países emergentes que apoyó sin reservas el proyecto AMI, tal vez confiado en que el TLCAN podía ser el escenario para atraer los capitales extranjeros que en la actual estrategia de política económica aparece como indispensable.

Sin embargo, los principios del AMI se han venido a reproducir en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión que México ha suscrito con varios países europeos, estrategia ésta, que ha venido a reiterarse en el capítulo respectivo del Tratado de Libre Comercio recientemente suscrito con la Unión Europea.

## ACERCA DE LOS AUTORES

JORGE ADAME GODDARD

Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ALEJANDRO ANAYA

Licenciado en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestro en Administración Pública por el Instituto Nacional de Administración Pública. Ha sido servidor público desde 1988 en las siguientes instituciones: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LIV y LV Legislaturas; Procuraduría General de la República; Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Miembro activo del Colegio Mexicano de Abogados desde 1995 y director de la Revista Indicador Jurídico desde 1995.

SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA

Licenciado en derecho egresado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Maestro de Historia en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Profesor titular por oposición en derecho del trabajo en la Facultad de Derecho y profesor titular por oposición de Historia de México en la Escuela Nacional Preparatoria y diplomado en Seguridad Social.

MANUEL BECERRA RAMÍREZ

Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; investigador nacional del SNI, y profesor de derecho internacional, en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y del ITAM.

### MARÍA BONO LÓPEZ

Fue miembro del personal académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Actualmente es profesora de la Facultad de Derecho del ITAM.

### ENRIQUE CÁCERES NIETO

Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

### MIGUEL CARBONELL

Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

### JORGE CARPIZO

Doctor en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, investigador titular de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia UNAM; investigador nacional de máximo nivel, vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

### ÓSCAR CRUZ BARNEY

Licenciado por la Universidad Iberoamericana con estudios de doctorado por la Universidad Panamericana y miembro del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Profesor en las universidades Iberoamericana y Panamericana.

### LUIS T. DÍAZ MÜLLER

Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de la cátedra “Derechos Humanos” en la División de Estudios Superiores en la Facultad de Derecho de la UNAM e investigador nacional.

### EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Secretario de Estudio y Cuenta en la 2a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

### MANUEL FERRER MUÑOZ

Doctor por la Universidad de Navarra, España. Investigador titular “C” de tiempo completo, en el área historia del derecho. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y del PRIDE. Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Filosofía y Letras, UNAM; y profesor de la licenciatura de la Facultad de Derecho de la UNAM en la asignatura historia del derecho mexicano.

### HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Licenciado y doctor en derecho por la Universidad Autónoma de México. Actualmente investigador emérito de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia UNAM. Doctor *Honoris Causa* de las universidades de Sevilla, España y de Colima en México.

### ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO

Estudios completos de doctorado “*ès sciences politiques*” en el Institut Universitaire de Hautes Études Internationales de Genève (Suiza). Investigador y profesor por oposición de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

### NURIA GONZÁLEZ MARTÍN

Doctora en derecho por la Universidad Nacional de Tlaxcala. Actualmente investigadora titular definitiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recibió el premio “Ignacio Manuel Altamirano” Año 2000.

### MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA

Doctor en derecho por la UNAM. Investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM desde 1982.

## OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

Profesora en derecho penal en la División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho de la UNAM. Autora de varios libros y múltiples artículos publicados en revistas especializadas en las diferentes áreas de las ciencias penales. Miembro del Consejo de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Actualmente investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de México. Catedrático por oposición en las facultades de Contaduría y Administración y Derecho en la UNAM. Catedrático de excelencia nivel III e investigador nacional nivel II por el CONACYT. Actualmente investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## SERGIO LÓPEZ-AYLLÓN

Doctor en derecho por la UNAM. Fue director de Análisis Legal de la Unidad de Negociación del Tratado de Libre Comercio y posteriormente director de América del Norte y Solución de Controversias de la Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México. Actualmente es investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM donde se desempeña como secretario académico. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

## MARTA MORINEAU

Investigadora titular “B” de tiempo completo, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, egresada de la licenciatura de la Facultad de Derecho de la UNAM, y de la maestría en derecho en la Universidad Iberoamericana de la ciudad de México. Sus áreas de especialización son: derecho romano, historia del derecho y sistemas jurídicos contemporáneos; con relación a estas áreas ha publicado libros, artículos, ponencias y reseñas.

### MARCIA MUÑOZ DE ALBA MEDRANO

Licenciada en derecho, egresada de la Facultad de Derecho de la UNAM. Realizó una estancia doctoral en 1997 en la Universidad de Boston, Massachusetts. Desde 1994 es investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas donde actualmente es coordinadora del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derecho desde noviembre de 1999; actualmente también es coordinadora de los Programas de Maestrías y Diplomados del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

### JOSÉ OVALLE FAVELA

Investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; y profesor de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

### GREGORIO RODRÍGUEZ MEJÍA

Licenciado y doctor en derecho por la UNAM. Maestro en el posgrado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Actualmente investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

### HÉCTOR SANTOS AZUELA

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

### LARA SEMBOLONI

Profesora de derecho en la Universidad de Florencia, Italia.

### DIEGO VALADÉS

Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Facultad de Derecho y miembro del Colegio de Sinaloa. Investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Actualmente es director de este Instituto.

JORGE WITKER

Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile y doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador nacional del Sistema Nacional de Investigadores. Actualmente investigador titular “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



*Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 11 de diciembre de 2000 en los talleres de Alejandro Cruz Ulloa, Editor. En la edición se utilizó papel cultural de 70 x 95 de 50 Kgs. para los interiores y cartulina couché de 162 Kgs. para los forros. Tiraje: 1,000 ejemplares.