

RECEPCIÓN EN MÉXICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

José BARRAGÁN BARRAGÁN

SUMARIO: I. *Presentación del tema*. II. *Premisa general: la recepción en México del derecho*. III. *Premisa particular: la recepción en México de la legislación sobre derechos humanos*.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

1. *Persona humana y derechos humanos*

He aquí el punto de partida, el origen de los derechos humanos. Nada nuevo, por supuesto, porque el ser humano es también el centro de todo el derecho.

Recordemos, por tanto, como punto de partida, que los derechos humanos, son prendas de la personalidad, son ideas, son conceptos derivados de la filosofía universal. Nuestras ideas, nuestros conceptos de la personalidad humana las recibimos de la filosofía occidental. Es decir, de la cultura griega y de la cultura latina fundamentalmente, ambas bautizadas por la llamada patrística griega y la patrística latina, o por el cristianismo: por el cristianismo de oriente y el cristianismo de occidente; los cristianos romanos y los cristianos protestantes.

Y no sólo la idea de persona humana proviene de estos pensadores, sino que de ellos proviene también la idea del derecho natural, al cual, por cierto, se vincula el nacimiento de la doctrina acerca del significado de las leyes fundamentales e inmutables, de donde, como lo explica el profesor García de Enterría, se origina la idea de la Constitución, como ley fundamental e inmutable.¹

¹ Véase su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 41 y ss. La idea de Constitución, dice, debe ser referida a una corriente que viene de los siglos medievales, p. 44.

El ser humano es el sujeto por excelencia del derecho, y en particular, es el sujeto de los derechos humanos. En otras palabras, los derechos humanos son prerrogativas intrínsecas a la personalidad. Son las prendas de la personalidad, las prendas más hermosas de todas, las más valiosas de todo cuanto existe, como su vida y su libertad.²

Los derechos humanos, en su sentido filosófico, no son producto de cultura alguna. En cuanto que muchos de ellos son prerrogativas de la personalidad, le son inherentes y siempre le han sido inherentes, aunque, como sabemos, no siempre se les haya aceptado así, ni se les haya reconocido como tales, circunstancias éstas que sí recogen las culturas: la cultura de la esclavitud; la cultura del tormento y la tortura, por decirlo con ejemplos que hablan de su negación, en tiempos remotos, como no tan remotos, y en nuestro tiempo.

Ahora bien, en sentido positivo y como ejemplos de su lento desarrollo, podemos hablar de la cultura del hombre libre, tan destacada en Grecia como en Roma; de la cultura de la propiedad y la posesión, tan antiguas como modernas; y de la cultura de la igualdad, tal vez el anhelo más largamente soñado, tan culto y refinado siempre como imposible de alcanzar del todo.

Y si hablamos de la cultura, o de las culturas de los derechos humanos, es decir de las ideas filosóficas que les van dando nombre y significado, debemos reconocer que los derechos humanos nos llegaron a través de las universidades confesionales, es decir, unas pontificias y otras protestantes. Solamente en los últimos tiempos, debemos tomar en cuenta a las universidades laicas.

2. *El derecho y el tema de los derechos humanos*

La cultura de los derechos humanos se hizo y llega hasta nuestros días gracias a las mejores acciones legislativas, a las mejores doctrinas de

² Jorge Carpizo y Jorge Madrazo en una monografía titulada “Derecho constitucional”, publicada en el libro *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM, 1981, t. I, positivizando el concepto, se expresa, así: “el hombre es persona jurídica por el hecho de existir, y como persona tiene una serie de derechos”. Todos, añadimos nosotros, los que le reconoce la Constitución vigente de 1917, que es el referente de la cita, p. 121. Ésta es la idea, o el principio que se maneja en las Declaraciones de Derechos Humanos, desde las mencionadas en las Constituciones estatales y en la general de Norteamérica; desde la francesa de 1789 hasta la Universal de 1948. También es el principio que anima e inspira toda la larga lista de tratados sobre la materia de derechos humanos.

los filósofos del derecho, de los juristas, y a las mejores prácticas de los jueces y tribunales. Y esta cultura se encuentra en una larga lista de leyes, de cédulas, de disposiciones y normas jurídicas, que hablan para bien de libertades, de privilegios, de derechos, de fueros, para ordenar su respeto y su protección.

En el centro de esta filosofía está la idea del poder. Según la doctrina aristotélica de la democracia, el poder reside en el pueblo; consiste en la capacidad para determinar la forma de gobierno que más le convenga y, como Aristóteles estudia los casos de democracias perfectas, permitir el gobierno del pueblo por el pueblo.

La filosofía cristiana parte de una idea diferente, cuando se afirma que todo poder viene de la divinidad y, vuelve a coincidir con Aristóteles, cuando se precisa que *per homines* se deposita en tal o cual monarca, en tal o cual asamblea, etcétera.³ La finalidad del poder es la misma: el bienestar del grupo social de que se trate. El artículo 39 de la Constitución de 1917 en vigor expresa muy bien el objeto de la soberanía, cuando dice: que el poder se instituye para su beneficio.

El legislador histórico se atiene a esta filosofía. En las *Siete Partidas*, por ejemplo, dice: "...el poder que es sobre todas las cosas del mundo, se ayunta o se afirma en Dios, del le resciben".⁴

Las *Siete Partidas* manejan la doctrina de las dos espadas, o de los dos poderes, el espiritual del Papa y el temporal del emperador o rey. Ambos provienen de Dios: Nuestro Señor Dios puso otro poder temporal en la tierra.⁵

Como vemos, el legislador, siguiendo el ejemplo del Supremo Legislador,⁶ que es la divinidad, por los principios de este derecho natural,

³ Francisco de Vitoria dice lo mismo, pero en latín: "...non sit maior ratio ut ipsa potestas sin in uno quam in altero". (Nuestra traducción: "no existe mayor razón como para que esa misma potestad [soberanía] se deposite en una o en otra persona").

⁴ Véase la Ley IV del Título Primero de la *Primera Partida*, Martínez Alcubilla, Marcelo, *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885, t. I, p. 195.

⁵ Este pasaje está tomado del prólogo de la *Segunda Partida*. Véase en la misma obra ya citada, t. I, p. 284.

⁶ Esta invocación, por cierto, se encuentra en muchas de las llamadas primeras constituciones de los estados de la Unión federativa mexicana, como sucede con la de Chiapas, la de Yucatán, la de Zacatecas, de Michoacán y otras más. Ver estas Constituciones en la edición especial que publica la imprenta de Galván, México, 1829, en tres tomos.

está obligado a reconocer la dignidad de la persona, a reconocerle su prerrogativa de hombre libre y a reconocerle otros derechos y libertades. Las *Siete Partidas*, hablando de las leyes, nos asegura que fueron tomadas, primero, de las palabras de los santos; y, en segundo lugar, de las palabras de los sabios:

Tomadas fueron estas leyes de dos cosas: la una de las palabras de los santos, que fablaron espiritualmente lo que conviene a la bondad del ome salvamiento de su alma. La otra de los dichos de los sabios, que mostraron las cosas naturalmente: que es para ordenar los hechos del mundo, de cómo se faga bien, e con razón.⁷

De esta corriente nacen las limitaciones que la tradición inglesa opone al rey, al decir de García de Enterría, así como la idea de la “Ley perpetua” de Martínez Marina, citado también por el mismo autor.⁸ De esta corriente, añadimos nosotros, nace la noción que las *Siete Partidas* nos ofrecen de la ley; o las limitaciones que el *Fuero Juzgo* le señala al rey, al afirmar:

Ça los reys son dichos reys, por que regnan... Et así como el sacerdote ye dicho de sacrificar, así el re ye dicho de regnar piadosamente; mes aquel non regna piadosamente, quien non a misericordia. Doncas faciendo derecho el rey, debe aner nomne de rey; et faciendo torto, pierde nomne de rey.⁹

De este misma corriente nacen las ideas pactistas entre el rey y el reino, en expresión ahora de García de Enterría,¹⁰ y nace la idea de Constitución, ya que tiene que ver, en último término, con la idea de que el pueblo decide por sí mismo: “este es, comenta García de Enterría, el famoso comienzo de la Constitución americana: *We, the people of the United States... do ordain and establish Constitution*”.¹¹

⁷ Véase la Ley II del Título Primero de la *Primera Partida* en la obra de Martínez Alcubilla, Marcelo, *op. cit.*, nota 4, t. I, p. 195.

⁸ Véase en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 44.

⁹ El texto transcrito está tomado de la Ley II, Martínez Alcubilla, Marcelo, *op. cit.*, nota 4, t. I, p. 8.

¹⁰ *Ibidem*, p. 44.

¹¹ *Idem*.

Ahora ya podemos preguntarnos ¿cómo se reciben en México los derechos humanos, en cuanto leyes y disposiciones, en cuanto doctrinas y prácticas jurídicas? ¿Y cómo, además, se reciben en México los sistemas legales para su salvaguarda?

Las preguntas son muy interesantes y plantean correctamente las cuestiones en examen. Pero no son muy fáciles de contestar, más que nada porque se trata de un tema poco estudiado, como muchos otros, no obstante que las comisiones de derechos humanos han contribuido mucho con acciones de fomento y de divulgación de la cultura de estos temas.

II. PREMISA GENERAL: LA RECEPCIÓN EN MÉXICO DEL DERECHO

1. *Idea general*

Para mejorar nuestro planteamiento, debemos partir de la idea amplia de la recepción de un determinado derecho, cuando lo hay. En otro caso, ya se procede a dar el siguiente paso, es decir, al estudio de una idea en particular, de una filosofía especial, o de un ejemplo de contenido jurídico.

En México se reciben influencias de las prácticas y tradiciones de los pueblos aborígenes; se recibe masivamente el derecho español con la llegada del conquistador y durante la etapa de la colonia. No hay recepción de ningún otro derecho, pero sí existen influencias particulares y determinadas de otras culturas. En todo caso, la recepción de que se trate, se debe demostrar, o cuando es obvia reconocer.

2. *El derecho de los pueblos aborígenes*

Yo debo empezar diciendo que me encuentro imposibilitado para hablar de la recepción del derecho de los pueblos aborígenes. No siempre puede uno abarcar todo cuanto se quisiera. Con todo, son bien conocidos los esfuerzos que han venido haciendo la antropología social, la antropología política, e inclusive desde la antropología jurídica.

Algunos de estos esfuerzos se han llevado, por ejemplo, a los congresos de Historia del derecho mexicano, en cuyas respectivas memorias se han recogido trabajos como: “Algunos aspectos del régimen tributario azteca y sus supervivencias en comunidades indígenas actuales”, de Sara Bialostosky; “Algunos aspectos de la organización judicial azteca”, de Fernando

Flores García; “Algunos aspectos sustanciales del gobierno aborigen desde antes de las dos conquistas”, de Juan A. Freile-Granizo; “Las costumbres jurídicas precortesianas en el Totonacapan, de Mercedes Gayoso y Navarrete y Socorro Moncayo Rodríguez; “El delito y su castigo en la sociedad maya”, de Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva; “Derecho tarasco”, de Marco Antonio Pérez de los Reyes. Todos ellos publicados en la *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, de 1982.

En la *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, publicada en 1988, como prueba de la continuidad de estos esfuerzos, volvemos a contar con nuevas aportaciones, como “La evolución del pensamiento jurídico en México respecto del derecho indígena”, de María del Carmen Carmona; “Reflexiones sobre la condición estatal de algunas minorías de Mesoamérica”, de Fernando Flores García; “Causas que determinaron la ausencia de la adopción en el derecho azteca”, de Mercedes Gayoso y Navarrete.

Por supuesto que aquí debemos mencionar también los capítulos consagrados al estudio del derecho de los pueblos aborígenes en los diversos manuales de Historia del derecho mexicano, como es el manual clásico de Toribio Esquivel Obregón: *Apuntes para la historia del derecho en México*. La edición que nosotros tenemos a la vista es la de 1984. En este manual, por ejemplo, el Libro II está dedicado al estudio del derecho azteca (pp. 135-189).

Como se aprecia por la sencilla relación de los ejemplos citados, indiscutiblemente se va ya consolidando una magnífica reconstrucción del derecho de cada uno de nuestros pueblos aborígenes, que desde luego debe ser mencionada y reconocida.

3. *Sobre la recepción del derecho español*

Al hablar de la recepción, o imposición¹² del derecho español en lo que ahora es México, aparecen dos etapas históricas diferentes, dignas de tomarse en cuenta: la primera etapa es el periodo de la Colonia; la segunda etapa, que también está clara, se puede plantear en forma de interrogación,

¹² Como se sabe, existe una cierta polémica sobre si se debe hablar de una recepción, o más bien de una imposición del derecho español. En este trabajo solamente se destacan los hechos en cuanto tales, con calificaciones o sin ellas.

aunque sea por obedecer la exigencia de la hipótesis de trabajo: ¿también sobrevive el derecho español, después de consumada la independencia política de nuestro país?

A. *El derecho español durante la etapa colonial*

La imposición del derecho español sobre las colonias conquistadas en el gran continente americano, es una cuestión obvia, que nadie pone en duda, de manera que ahora vamos a decir unas breves palabras sobre este punto, a fin de que nos sirva luego de presupuesto para entender mejor lo que ocurre en la segunda etapa, ya señalada.

Como bien se conoce, existen al alcance de la mano, por un lado, las famosas obras de recopilación del llamado derecho novohispano y, más en general, del llamado derecho indiano; así como diversos manuales y libros de texto, tanto de la Historia del derecho mexicano, en donde se incorporan los capítulos pertinentes al derecho novohispano, cuanto manuales de derecho indiano. Igualmente existen investigaciones, bien logradas, respecto de temas puntuales de ambas ramas.

a. Las compilaciones y los manuales

Nuestra compañera, María del Refugio González, en su estudio introductorio, preparado para la edición de las *Pandectas Hispano-mexicanas*, de Juan N. Rodríguez de San Miguel, de 1991, apoyándose en Alfonso García-Gallo, comenta: “Siguiendo a este autor, se puede afirmar que el orden jurídico indiano y, por supuesto, el novohispano, formaban parte del sistema jurídico castellano, aunque para las Indias, el derecho de Castilla era común o general, y el indiano el particular o especial”.¹³

De conformidad con lo expuesto, la autora citada, dice que este derecho estaba conformado, primero: por las *Partidas*, *Fuero Real*, *Fuero Juzgo*, *Ordenamiento de Alcalá*, *Nueva Recopilación de 1567* y *Novísima Recopilación* de 1805;¹⁴ más las fuentes del derecho canónico, como el llamado Decreto de Graciano, etcétera. A continuación, la autora va pasan-

¹³ La cita se encuentra en la p. XVIII.

¹⁴ La cita se encuentra en la p. XVIII.

do revista completa de cada una de las fuentes del derecho novohispano, en donde entran, las compilaciones, como la de Puga de 1563; la recopilación general de las Leyes de Indias; las leyes dictadas por facultades delegadas, etcétera. Se trata de una inmensa labor legislativa, como todos sabemos.

Por otro lado, tenemos muchos manuales del derecho novohispano, así como manuales de derecho mexicano, que dedican sendos capítulos al estudio del derecho indiano en la Nueva España. Uno de los más conocidos es el de Toribio Esquivel Obregón intitulado: *Apuntes para la historia del derecho en México*. En este manual el Libro V habla de las autoridades; el Libro VI se refiere al estudio de las instituciones de la Nueva España; el libro VII está dedicado al estudio del derecho privado durante esa misma etapa.

b. Los trabajos especializados

Por último, dentro de este apartado, también se conocen infinidad de trabajos especializados sobre temas del derecho que estamos analizando de este periodo. Nada más vamos a recordar algunos, a modo de ilustración, porque están al alcance de la mano. En efecto, muchas de estas investigaciones se han venido presentando a los congresos de Historia del Derecho Mexicano, ya comentados y, como es natural, se han recogido en sus respectivas memorias, como “Legislación novohispana en materia carcelaria”, de Beatriz Bernal Gómez; “La justificación del Juzgado General de Indios (1595-1606)”, de Woodrow Borah; “Algunos aspectos del régimen jurídico de las tierras de indios en la Recopilación de Leyes de Indias. Su carácter proteccionista”, de Carlos G. Cabrera Breck; “Consideraciones sobre el refrendo en el Cedulaario novohispano de 1563”, escrito por su servidor, y muchos ejemplos más.

c. Conclusión preliminar

La imposición del derecho español en sus colonias y en particular en la Nueva España es masiva, de miles de cédulas, de miles de leyes y de disposiciones sobre casi todas las cosas, sagradas y profanas. De ahí que lo afirmado por José Luis Soberanes Fernández en el prólogo del *Manual de historia del derecho indiano* de Antonio Dougnac Rodríguez es muy cierto: “Los actuales países hispanoamericanos, desde México hasta

Argentina, hemos recibido y nos hemos incorporado a la tradición jurídica romano-canónica a través de España”.¹⁵

Regresamos, por tanto, a nuestro planteamiento inicial, conscientes de que la pregunta fundamental de nuestro trabajo tiene que ver, no con la recepción de los derechos humanos en la Nueva España, es decir, durante la etapa colonial, sino con la recepción de los derechos humanos en el México independiente.

B. Recepción del derecho español después de la independencia

Dentro del planteamiento correcto de la hipótesis de trabajo que hemos venido manejando, el presente apartado se coloca como presupuesto lógico de la posibilidad de que puedan encontrarse influencias españolas en la materia, objeto de estudio. Por tanto, para quienes opinan que al declararse y producirse la independencia de México dejó de existir el derecho español en México, resulta ocioso hablar de alguna influencia. Con la independencia de México murió, o tenía que haber muerto todo lo que tuviera olor y sabor a España.

La verdad es muy otra. En México, después de consumada su independencia, seguimos hablando el español, seguimos yendo a misa y seguimos maltratando a nuestros semejantes, los aborígenes. Además, seguimos con los mismos cuerpos de Leyes de Indias, pero acomodadas a la forma de gobierno que la independencia nos dio, como pasamos a examinar.

a. Las diversas declaraciones de vigencia

Dichos cuerpos de Leyes de Indias adquirieron vigencia en el México independiente, precisamente porque las autoridades legítimas mexicanas declararon su vigencia. Esta clase de declaraciones se encuentran leyendo el *Diario de Sesiones*, o el respectivo libro de *Actas* y, desde luego, se incorporan en la respectiva Colección de Leyes, órdenes y decretos. Veamos algunos ejemplos.

¹⁵ Esta cita se encuentra en la p. 7.

1) La llamada Constitución de Apatzingán de 1814 trae un capítulo, el XVII que intitula “De las leyes que se han de observar en la Administración de Justicia”, que contiene un solo artículo, el 211, el cual dice textualmente:

Artículo 211. Mientras que la soberanía de la nación forma el cuerpo de leyes que han de sustituir a las antiguas, permanecerán éstas en todo su vigor, a excepción de las que por el presente y otros decretos anteriores se hayan derogado y de los que en adelante se deroguen.¹⁶

Este mismo Decreto le dedicó dos capítulos al Juicio de Residencia, el XVIII y el XIX, artículos del 212 al 231. Es una magnífica reglamentación de la institución mejor del derecho indiano para proteger los derechos reconocidos, castigando a los que los violaren, junto con los juicios de amparo de las *Siete partidas*. Sobra advertir que se declaran vigentes todas las leyes históricas sobre la materia.¹⁷

2) El Plan de Iguala, de 24 de febrero de 1821, su artículo 15 trae la siguiente previsión: “Artículo 15. Todos los ramos del Estado y empleados públicos, subsistirán como en el día, y sólo serán removidos los que se opongan a este plan”.¹⁸ A continuación el artículo 20 decía: “Artículo 20. *Interim* se reúnen las Cortes, se procederá en los delitos con total arreglo a la Constitución española”.¹⁹

3) Por lo que toca a la Soberana Junta Provisional Gubernativa, tenemos el Decreto del día 5 de octubre de 1821, el cual transcribimos a continuación:

La Soberana Junta Provisional Gubernativa del imperio mexicano, considerando que desde el momento en que decretó solemnemente su independencia de España, debe emanar del mismo imperio, toda la autoridad que necesita

¹⁶ Véase este Decreto de Apatzingán en la obra de Montiel y Duarte, Isidro Antonio, *Derecho público mexicano*, t. I, p. 37.

¹⁷ Barragán Barragán, José, *El juicio de residencia en el origen constitucional del juicio de amparo mexicano*, Valencia, 1971, hacemos un detenido examen de esta parte de la Constitución de Apatzingán, pp. 437 y ss.

¹⁸ Montiel y Duarte, Isidro Antonio, *Derecho público mexicano, cit.*, nota 16, t. I, p. 47.

para el ejercicio de la administración de justicia y demás funciones públicas, ha tenido a bien habilitar y confirmar a todas las autoridades en calidad de por ahora, y con arreglo al Plan de Igualdad y Tratados de la Villa de Córdoba, para la legitimidad del ejercicio de sus funciones respectivas.²⁰

4) El Primer Congreso Constituyente Mexicano se instaló el día 24 de febrero de 1822.²¹ Ese mismo día hace una declaración solemne y en su párrafo cuarto decía:

delegando interinamente el ejercicio del Poder Ejecutivo en las personas que componen la actual Regencia y el judicial en los Tribunales que actualmente existen, o que se nombren en adelante, quedando unos y otros cuerpos responsables ante la nación por el tiempo de su administración con arreglo a las leyes.²²

Consecuentemente, el día 26 el propio Congreso emitió un Decreto expresando que: “El soberano Congreso Constituyente Mexicano confirma por ahora a todos los tribunales y justicias establecidos en el imperio, para que continúen administrando justicia según las leyes vigentes”.²³

5) *Las Pandectas Hispano-mexicanas*. Es el título de una obra clásica del derecho mexicano del siglo XIX, de don Juan N. Rodríguez de San Miguel. Fue publicada en 1839, 1852, 1980 y 1991. Esta última edición lleva un “Estudio introductorio” de nuestra compañera, Ma. del Refugio González. En él se habla del autor, de la obra y, en general, del derecho mexicano de ese periodo. ¿Qué son las Pandectas Hispano-mexicanas?

Para los propósitos de este trabajo son lo que indica el subtítulo de la misma obra, que transcribimos:

O sea Código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autos y providen-

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*, t. I, pp. 219 y 220. Dichos tratados, en su artículo 12, indican que la misma Junta Provisional Gubernativa gobernará conforme a las leyes vigentes.

²¹ Véase su libro de *Actas*, cuya edición fue preparada por Barragán Barragán, José, *Colección de Actas Constitucionales Mexicanas 1821-1824*, México, UNAM, t. 2, 1920.

²² Montiel y Duarte, Isidro Antonio, *Derecho público mexicano*, *cit.*, nota 16, p. 228.

²³ *Ibidem*, t. I, p. 229.

cias conocidas por de Montemayor y Beleña y cédulas posteriores hasta el año de 1820, con exclusión de las totalmente inútiles, de las repetidas; y de las expresamente derogadas.²⁴

No existe mejor testimonio sobre la recepción de las leyes españolas, castellanas y de Indias, en el México independiente, que esta obra de uno de los juristas más famosos del siglo XIX mexicano. Rodríguez de San Miguel nace en Puebla en 1808 y muere en 1877. La edición de 1980 y la de 1991 es una reproducción de la edición de 1852.

6) Podemos citar el testimonio de José María Lozano y Manuel Dublán, recogido en las páginas primeras de su famosa Colección, denominada *Legislación Mexicana*, en donde bajo el título de “Advertencia”, justifica la incorporación a su obra de muchas leyes españolas de la siguiente manera: “Muchas de las leyes de esta asamblea (Cortes Españolas de Cádiz) han servido de base a la legislación patria; y algunas aún después de tantos años, por falta de ley mexicana, tienen frecuente aplicación en nuestros tribunales”.

En consecuencia, en la Colección citada, que tiene carácter oficial, se comprenderá:

- I. Las reales cédulas no recopiladas que, en todo o en parte, se consideran vigentes en la República.
- II. Los decretos de las Cortes Españolas en sus épocas, que puedan ser obligatorios para México.
- III. Los expedidos durante el reinado de Fernando VII, que tengan la misma calidad.²⁵

La obra de José María Lozano y Manuel Dublán inició su publicación en 1876. Se trata de una compilación oficial, ordenada por el gobierno para incorporar, junto a las leyes mexicanas, expedidas a partir de la independencia de 1821, las reales cédulas no recopiladas y un número importante de decretos y de órdenes aprobadas por las Cortes españolas de Cádiz.

²⁴ Como decimos, el texto transcrito pertenece al título de la obra, por tanto, viene en la portada de la misma. El propio autor, en la parte introductoria, explica el sentido de la recopilación y el orden seguido.

²⁵ Esta advertencia se encuentra en el t. I, pp. 3 y 4.

7) Como otros ejemplos, ahora referidos a las leyes emanadas de las Cortes españolas de 1810-1813, tenemos la *Colección de los decretos y órdenes de las Cortes españolas, que se reputan vigentes en la República de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada por la imprenta de Galván en 1829.

b. Conclusión preliminar

La breve relación, que antecede, sobre declaraciones generales de vigencia de leyes españolas y la breve referencia a las colecciones de leyes que las recogen, son nada más eso: una breve relación de ejemplos, ya que se pueden citar otras varias colecciones tan importantes como las mencionadas. De hecho, a continuación examinamos esta supervivencia de las leyes españolas, pero bajo otro enfoque.

c. Declaraciones de vigencia en los Estados

Hemos ejemplificado la supervivencia de leyes españolas por virtud del mandato expreso emitido por autoridades mexicanas, para su vigencia a nivel general, leyes que se incorporan a las colecciones oficiales mexicanas. Lo propio ocurrió en cada uno de los estados miembros de la Unión federativa mexicana. Vamos a citar algunos ejemplos, igualmente estudiados por el autor de este artículo.

El caso de Jalisco. En otro lugar, su servidor ha estudiado el proceso de formación del estado de Jalisco. En relación con nuestro tema, véase el Plan Provisional de 21 de junio de 1823, así como los primeros decretos emitidos por su Constituyente. En ellos vemos que, primero, se confirma a todas las autoridades civiles, eclesiásticas y militares para que continúen ejerciendo sus funciones en tanto no se opusieran al nuevo estado de cosas creado por los pronunciamientos de convertirse en un Estado libre e independiente. Después se declara como Constitución propia, mientras se emite la particular del Estado, a la Constitución de 1812 y la vigencia de todos los demás cuerpos de leyes españolas, “en todo aquello que no pugne con el presente Plan, se dice”.²⁶

²⁶ Esta materia ha sido estudiado con detalle por nosotros en el libro *Introducción al federalismo mexicano*, México, UNAM, 1978. El estudio en pp. 147 y ss. La Audiencia

El caso de Zacatecas. Un decreto de 23 de octubre de 1823 ordenaba:

Se observarán y se harán observar con exactitud en todo el Estado las leyes comunes constitucionales de España y particulares de la nación, que estaban vigentes al tiempo de declararse esta provincia en Estado libre y federado, y posteriores, en lo que no pugnen con el referido sistema.²⁷

El caso de Oaxaca. Otro decreto del día 28 de julio de 1823 declaraba la vigencia para Oaxaca de las leyes españolas de la siguiente manera: “Por ahora quedan en su vigor y vigencia la Constitución General y leyes y órdenes y reglamentos que hasta hoy han regido y no se opongan al sistema de independencia y república federal”.²⁸

El caso de Veracruz. La secuencia es la misma. Primero se confirma a las autoridades para que continúen laborando como hasta ahora, conforme a las leyes en vigor y, a continuación, inclusive se procede a la transformación de alguna de las instituciones tradicionales en una nueva, como es el caso del jefe superior político, Miguel Barragán, quien pasa a ser el primer gobernador provisional del nuevo Estado libre y soberano de Veracruz. Veamos: en el primer Decreto del Constituyente de 9 de mayo de 1824, en su número 4o. y 5o. dispuso: “4o. Residirá el poder Ejecutivo en una persona con denominación de Gobernador del Estado: entre tanto se nombra éste, desempeñará sus funciones el jefe político”,²⁹ “5o. Las autoridades que hoy ejercen el Poder Judicial, continuarán ejerciéndolo”.

Por otro lado, mediante el decreto número 5 del día 11 de mayo se confirma a las demás autoridades en los términos siguientes: “Número 5. El Congreso del Estado libre de Veracruz, decreta: los ayuntamientos y demás corporaciones civiles continuarán funcionando como hasta aquí con sujeción a las leyes vigentes”.³⁰

de Guadalajara será transformada en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado; el Jefe Superior Político, que es Quintanar, fue nombrado primer gobernador provisional del nuevo Estado de Jalisco. Son ejemplos de esa pervivencia de instituciones coloniales posterior a la independencia.

²⁷ Este caso también ha sido estudiado en nuestro libro ya citado, *Introducción al federalismo mexicano*.

²⁸ *Ibidem*, p. 139.

²⁹ Véase su Colección de leyes, decretos y órdenes, expedida en Xalapa, a partir de 1825, t. I, p. 17.

³⁰ *Ibidem*, t. I, p. 19.

El caso del Estado de México. En los primeros decretos, expedidos por el Congreso Constituyente, se procede a confirmar al Jefe Superior Político, que es el general Múzquiz, para que continúe ejerciendo su cargo, pero ahora con el nombre de gobernador provisional del estado.³¹ Después, se emite otro decreto y en su artículo 8 se afirma que el nuevo Poder Judicial del estado residirá por ahora en las autoridades que actualmente lo ejercen, que es la Audiencia, como se precisó en el artículo 9, haciendo uso de las facultades que hasta hoy tiene. Mientras que el artículo 10 confirma a las demás autoridades civiles, eclesiásticas y militares, para que sigan desempeñando sus cargos, arreglándose en todo a las leyes vigentes.³²

El caso de Guanajuato. Iguales previsiones se encuentran para el estado de Guanajuato en los artículos 2 y 4 del decreto del día 25 de marzo del año de 1825.

El caso del estado de Michoacán. En la Colección de Corominas encontramos el decreto del día 6 de abril de 1824, el cual en el artículo 12 trae las previsiones relativas a la confirmación de las autoridades para que continúen ejerciendo sus funciones con apego a las leyes vigentes.

III. PREMISA PARTICULAR: LA RECEPCIÓN EN MÉXICO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. *Examen de las teorías*

La doctrina patria, sobre este particular, suele afirmar que la cultura de los derechos humanos proviene, por una parte, de la cultura anglosajona, es decir de Inglaterra y la influencia norteamericana; por otra parte, se menciona la influencia francesa, la Declaración de 1789; en tercer lugar, se acepta que ciertas leyes o institutos de origen español también hayan contribuido a la creación de la cultura de los derechos humanos en México; y, por último, se afirma que todo lo relativo al proceso de creación y

³¹ Se trata del primer decreto del 2 de marzo de 1824. Véase en *Colección de decretos y órdenes del Estado de México*, Toluca, 1848, t. I, pp. 5 y 6.

³² Véase el texto de este otro decreto en la misma *Colección de decretos del Estado de México*, t. I, p. 5.

funcionamiento de las comisiones de derechos humanos está tomado de la cultura del *ombudsman*.

Ernesto de la Torre Villar, en su libro *Estudios de historia jurídica*, queriendo profundizar y enriquecer esta metodología desde su vocación de historiador, que todos le conocemos, y al hablar del constitucionalismo mexicano y su origen, nos sitúa perfectamente en el México de 1808, o los preludios criollos de 1808;³³ en el Valladolid de 1809;³⁴ nos habla de las ideas del padre Hidalgo, de la Suprema Junta Nacional Americana, de López Rayón, del Congreso de Chilpancingo, de los *Sentimientos de la Nación* de Morelos.

El mismo autor, al hablar de las fuentes legales y doctrinarias de dicho constitucionalismo, ilustra muy bien lo relativo al ejemplo norteamericano; a la influencia francesa;³⁵ a la influencia o *patrón español*³⁶ destacando la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812.

Y, más adelante, al reconocer la posible influencia de algunos otros autores, entre los que menciona a Locke, Hume, Jefferson, Bentham, Paine, Burke, Montesquieu, Rousseau, Feijoo, Mariana, Suárez y Martínez, precisa: “Señalar hasta qué punto sus ideas se encuentran vertidas en nuestros primeros textos constitucionales es tarea no fácil, que escapa a los límites de este trabajo”.

Como ejemplo de esa dificultad y de esas no menos posibles influencias, recuerda De la Torre Villar cómo William Burke recomendaba a los sudamericanos en sus escritos publicados en la Gaceta de Caracas (desde el 23 de noviembre de 1810 hasta el 20 de marzo de 1812) la adopción de muchas de sus ideas libertarias, así como el que se adoptaran la ley del *habeas corpus*, el juicio por jurados.³⁷

En su planteamiento De la Torre Villar, no sólo se sitúa en el periodo histórico pertinente, sino que lo anima y lo recrea en la información propia de dicha etapa histórica, configurando un buen marco de referencia del tema de los derechos humanos.

En un capítulo aparte del mismo libro, De la Torre Villar examina la génesis del Poder Judicial, a partir de la división de poderes, de donde

³³ *Estudios de historia jurídica*, México, UNAM, 1994, p. 213.

³⁴ *Ibidem*, p. 222.

³⁵ *Ibidem*, p. 245.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 247.

deriva, dice.³⁸ Cita a John Locke, y su *Ensayo sobre la tolerancia* y su otro *Ensayo sobre el gobierno civil*. Cita a Rousseau, Bodino, Montesquieu y los va comparando con ideas y escritos aparecidos en México, como es el caso de fray Melchor de Talamantes, Morelos, Rayón y otros muchos documentos, para ilustrar la influencia de algunas Constituciones de los estados de la Unión norteamericana, de la propia Constitución de Estados Unidos y la proveniente de la Constitución española de Cádiz. Esta comparación detallada la hace tomando como guía básica el texto de la llamada Constitución de Apatzingán de 1814.

Este planteamiento de Ernesto de la Torre Villar es un buen ejemplo a seguir y, si se puede, mejorar. El mismo autor reconoce que no es tarea fácil establecer el nexo entre las posibles fuentes originales de una influencia y los efectos reales producidos en el momento de su recepción.³⁹

Al hablar de la recepción de la cultura de los derechos humanos en México, por regla general, todos los autores aceptan esa triple fuente de influencias: la tradición y el derecho anglosajón; las ideas revolucionarias francesas y la fuente de origen español. Ahora bien, ya en particular, apreciamos diferencias importantes de cómo se manejan estas influencias de un autor a otro.

Manuel González Oropeza se ha venido especializando en el conocimiento de la jurisprudencia norteamericana y la tradición inglesa. Acaba de publicar un interesante libro sobre *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*.⁴⁰ En este libro se estudian varios casos que tienen que ver con el control jurisdiccional de los derechos humanos, unos tomados de la jurisprudencia anglosajona, otros tomados del proceso de aparición de los juicios de amparo mexicanos. En él encontramos efectivamente estudios que tienen que ver con los orígenes del control jurisdiccional, en el derecho anglosajón y una posible comparación, sobre el tiempo y la forma en que van apareciendo los juicios de amparo del derecho mexicano. ¿En qué medida se han podido recibir, o en qué medida no se recibieron en México los ejemplos y la jurisprudencia, en general, de origen anglosajón sobre esta materia, como los casos estudiados por Manuel González Oropeza? Esta cuestión ciertamente no que-

³⁸ *Ibidem*, p. 257.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos, 2003.

da resuelta en su libro. Incluso, no sé si el autor se propuso algo más que colocar uno y otro sistema, el anglosajón y el mexicano, frente a frente, en términos de comparación.

La pregunta tiene su importancia, porque en el prólogo, firmado por José Luis Soberanes Fernández, no sé si como consecuencia de la lectura del libro que prologa, o por convicción propia y debido a resultados de sus propias investigaciones, hace las siguientes afirmaciones: “El amparo, además de ser la aportación más importante del derecho mexicano a la cultura jurídica universal, es, hoy en día, la institución procesal de mayor relevancia y trascendencia en nuestro país”.⁴¹

Y a continuación añade: “Ahora bien, el control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos fundamentales, no es producto de la cultura jurídica mexicana, sino de un lento proceso de cristalización que tiene sus orígenes en Inglaterra, en el siglo XVII”.⁴²

José Luis Soberanes Fernández está hablando del juicio de amparo en cuanto medio de control jurisdiccional: la razón de ser del juicio de amparo, dice, “sigue siendo la misma: el control jurisdiccional de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales que ésta reconoce”.

Sin duda, esta clase de afirmaciones forman parte de las convicciones de su autor. En efecto, en otro prólogo, ahora hecho para el *Manual de historia del derecho indiano*, de Antonio Dougnac Rodríguez, decía:

Los actuales países hispanoamericanos, desde México hasta Argentina, hemos recibido y nos hemos incorporado a la tradición jurídica romano-canónica a través de España; de ahí que nuestros sistemas legales guarden notables coincidencias y sean los mismos un fuerte lazo de unión.⁴³

Con todo, y no obstante la afirmación que antecede, el mismo año de 1994 aparece el libro de José Luis Soberanes Fernández sobre *La evolución de la ley de amparo*, en donde hace la siguiente aclaración: “el juicio de amparo es una creación hecha en México, aunque se adoptó el nombre de amparo, pues era una expresión de gran raigambre en la producción jurídica mexicana, que venía desde la época de la Colonia”.⁴⁴

⁴¹ *Ibidem*, p. 9.

⁴² *Idem*.

⁴³ Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, México, 1994, p. 7.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 9.

Siguiendo con los ejemplos, Emilio Rabasa, en varias de sus obras y con motivos diversos ya sea hablando sobre las garantías individuales: véase *Mexicano, esta es tu Constitución*; ya sea al hablar del constitucionalismo, trae expresiones como la siguiente;

Universalmente, el constitucionalismo en su sentido moderno, halla sus raíces más propias y cercanas en la independencia norteamericana y en su Constitución, con las primeras diez enmiendas sobre derechos humanos y, por supuesto, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, hecha en Francia en 1789.

El texto citado fue tomado de la introducción del libro *Hacia una nueva Constitución*, publicado en México en 1999.⁴⁵

Otro ejemplo parecido lo podemos tomar de un artículo de Víctor Martínez Bullé Goyri, quien, al hablar del origen de los derechos humanos, por un lado reconoce que desde las primeras formaciones de los seres humanos, el hombre ha luchado por recibir en sociedad un trato acorde con su dignidad, y , por otro lado, añade:

La consagración moderna de los derechos humanos, actualmente vigente, surge precisamente como producto de la lucha de independencia de las colonias de Norteamérica y de la lucha del pueblo francés contra el régimen absolutista. Los derechos humanos son así fruto precisamente del movimiento intelectual de la ilustración... Es a partir de ese momento, y durante todo el siglo XIX, que los derechos humanos comienzan a penetrar en todos los sistemas jurídicos de occidente.⁴⁶

Para completar esta ilustración, conviene referirse a lo que dicen los diccionarios jurídicos y los comentarios al texto constitucional. En ambos casos, esto es, cuando se comenta un artículo que consagra un derecho, o cuando se escribe la voz correspondiente para el diccionario, el autor hace referencia a sus antecedentes, procurando profundizar en el estudio particular del caso y, cuando se puede, el autor detalla la forma de su recepción en el derecho mexicano. En la mayoría de las veces, los antecedentes,

⁴⁵ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁶ Martínez Bullé Goyri, Víctor, "Derechos humanos y Constitución", *Problemas actuales de la Constitución*, México, 1994, pp. 248 y 249.

tomados en cuenta tienen que ver con los textos precedentes de carácter constitucional, aunque también hay estudios y comentarios que se remontan a los orígenes del derecho en examen.

Entre los textos comentados de nuestra Constitución, el esfuerzo mayor corresponde a la obra *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*. En esta obra se presenta cada uno de los textos en vigor del articulado de la Constitución de 1917, adjuntándole, primero, el comentario del autor y, después, los antecedentes constitucionales de dicho artículo, incluidos los debates de que haya podido ser objeto y sus sucesivas reformas.

Existen otras obras de nuestra Constitución comentada, como la que ha venido editando el Instituto de Investigaciones Jurídicas, con el patrocinio del gobierno de la Ciudad de México. Igualmente Emilio Rabasa y Gloria Caballero publicaron: *Mexicano: ésta es tu Constitución*, entre otros varios autores.

Por último, tenemos los planteamientos que acostumbran hacer los manuales de derecho constitucional y los de garantías individuales. Se trata de libros de texto, en los que se revisa con cierto detenimiento el capítulo correspondiente a los orígenes de las garantías o derechos humanos estudiados, sin mayor acompañamiento del aparato crítico respectivo, con excepción de los libros especializados, como fue el de Ignacio L. Vallarta *El juicio de amparo y el Writ of Habeas corpus*, publicado en 1881.⁴⁷

A partir de estos diferentes enfoques o modos de estudiar el tema de la recepción en México de los derechos humanos y los sistemas para protegerlos, como se aprecia por los diversos ejemplos brevemente citados, podemos llegar a algunas conclusiones preliminares.

Primera. La inmensa mayoría de los autores aceptan la existencia de tres posibles fuentes de origen: la fuente anglosajona, la fuente francesa y la fuente española.

Segunda. La mayoría de los autores acepta también que los juicios de amparo obedecen fundamentalmente a la influencia anglosajona, con la

⁴⁷ Hurtado Márquez, Eugenio y Vallejo y Arizmendi, Jorge, han publicado una magnífica obra sobre la bibliografía acerca de esta clase de manuales, intitulada *Ensayo bibliográfico de derecho constitucional mexicano y de garantías, amparo y derechos humanos*, México, UNAM, 1998.

sola excepción de la voz empleada, la de “amparo”, recogida de la tradición jurídica española, como afirma José Luis Soberanes Fernández.

Tercera. La inmensa mayoría de los autores aceptan que, por lo que respecta a derechos humanos y a la expresión declaraciones de derechos, provienen de Francia.

Cuarta. No hay mayoría de opinión acerca de qué cosas provienen de España, además de la voz “amparo”. Por ejemplo, Ernesto de la Torre Villar hace comentarios muy bien fundados sobre la influencia de la Constitución de Cádiz, así como sobre la influencia de algunos pensadores españoles, como el padre Feijoo, el padre Mariana y otros.

Juan José Mateos Santillán, en un libro muy reciente en colaboración, *Teoría de la Constitución*, nos ofrece un excelente estudio acerca del origen de la idea de la soberanía, aceptada en el constitucionalismo mexicano, base indiscutible de toda la organización y funcionamiento del moderno Estado de derecho. En su opinión, ese origen es español.⁴⁸

Hay otros estudios destacando la influencia española, aunque no directamente sobre temas de derechos humanos, salvo algunas de las obras del que suscribe que iremos mencionando a lo largo de este trabajo, quien, por lo demás, acepta todas las influencias mencionadas y otras posibles, como hipótesis a demostrar.

En mi opinión, los planteamientos hechos por la doctrina general, muy someramente ilustrados con ejemplos en estas páginas, además de respetables, sin duda son perfectibles, de ahí que nos atrevamos a señalar algunas deficiencias en sentido general, es decir, no atribuidas a ningún autor en particular, cuya superación podría contribuir a mejorar esta clase de estudios.

2. Ausencia de estudios críticos

Examinar las cosas, ir a ver las fuentes originales, estudiar hechos, conductas y documentos históricos sin asumir una actitud crítica, es como ir a una fuente de agua y proceder a sacarla con un cedazo. Es cerebro vacío. No es inteligente, precisando que la investigación científica es, en esen-

⁴⁸ Este capítulo sobre la soberanía se encuentra en pp. 111 y ss.

cia, manejo inteligente de información. No cabe duda, las verdades deben aceptarse como tales y hacerse propias y repetirse. Pero no los errores.

Por ejemplo, quienes afirman que los juicios de amparo se configuran como tales, gracias a las influencias anglosajonas, sin el debido manejo de la fuente apropiada y sin ningún aparato crítico que lo demuestre, dan testimonio de no haber leído nunca los libros de *Actas* o los respectivos *Diarios de sesiones* donde se discutieron las diversas leyes reglamentarias de dichos juicios, las de 1861, 1869, o 1882, por mencionar los debates que han sido recopilados y publicados por el autor de este artículo.⁴⁹ En estos debates, hay parlamentarios que reconocen esas influencias, pero también hay otros que las niegan: ese es el debate y sirve para precisar qué sí se acepta como de origen exterior y qué es lo que no se acepta.

Sin embargo, entre las fuentes consultada por los estudiosos mexicanos, por regla general, nunca figura la consulta de los libros de *Actas*, ni de los libros del *Diario de sesiones* de las asambleas que hayan podido discutir esta clase de temas. Igualmente no se han estudiado suficientemente los expedientes judiciales de nuestro país, ni del ramo federal, ni de los ramos locales. Tampoco se han estudiado los expedientes históricos del periodo de la Colonia, salvo casos aislados como es el estudio de Andrés Lira sobre los amparos coloniales, por ejemplo, ni los regímenes forales españoles, siempre en esta materia de derechos humanos.

Hablar de la obra de las Cortes españolas de Cádiz 1810-1813; hablar de la obra de los insurgentes reunidos en Chilpancingo, luego en Apatzingán; o de la obra de cada una de las asambleas soberanas mexicanas del periodo de 1821-1824; hablar de la obra de los primeros Congresos Constituyentes de los estados de la Unión mexicana entre 1823 y 1827, sin haber leído sus respectivos libros de *Actas* y, cuando los hubo, sus libros del *Diario de sesiones*, revela falta de seriedad en el trabajo, por decir lo menos, y puede conducir a repetir los errores que otros han dicho.

Cuando nos preguntamos por la recepción de los derechos humanos en México, estamos hablando de la recepción que tiene lugar a partir del momento en que se aplica un texto constitucional, a partir, incluso, de la fecha de la declaración de independencia de 1821; en fin, a partir del momento

⁴⁹ Véase *La primera ley de amparo de 1861*, México, UNAM, 1978; *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869*, México, UNAM, 1978; *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1882*, México, UNAM, 1994.

en que deliberan las asambleas soberanas de nuestro país y se debate y se aprueba el texto constitucional propio.⁵⁰ Esto es, la pregunta se ubica dentro del proceso de discusión de dichos textos constitucionales, cae dentro del proceso de debate completo de la asamblea de referencia. Se debe leer todo el *Diario de Debates*.

Invitamos al lector a asumir una actitud crítica frente a las afirmaciones vacías y desprovistas de elementos probatorios; que no sea indiferente frente a la fuente consultada. ¿Cuántos autores de los que hablan y estudian la materia de la recepción de los derechos humanos en México han leído estos libros de sesiones? La respuesta es muy fácil de obtener con sólo repasar o revisar la fuente consultada en cada caso. Hasta ahora, prácticamente nadie.

Además de la lectura obligada de los libros de sesiones mencionados, se debe hacer el esfuerzo por reconstruir la historia de cada uno de los derechos y libertades de que se trate, a fin de precisar el origen del derecho estudiado.

Por ejemplo, ¿quién puede afirmar que el derecho de propiedad y de posesión en México se recibe de Francia, en vez de ser algo connatural a las culturas aborígenes, por ejemplo, y al mismo tiempo reconocer que venía siendo regulado por las leyes más remotas de la cultura jurídica romana? Por otro lado, ¿quién puede ignorar que, tratándose de la propiedad y posesión, se han tenido siempre las medidas de protección necesarias, tan antiguas como los mismos derechos, a través de los interdictos romanos, las cartas de amparo, los autos gallegos o las firmas posesorias?

Hablamos de reconstruir la historia de cada instituto jurídico, llamado libertad o derecho humano, y de cada instituto jurídico creado para proteger alguna libertad o algún derecho.

⁵⁰ El mejor ejemplo de cómo deben ser los estudios de derecho constitucional, integrando el texto constitucional con su debate, lo tenemos en la magnífica obra de Isidro Antonio Montiel y Duarte, *Derecho público mexicano*. En esta obra, como indica su subtítulo, se recopilan importantes documentos relativos a la independencia; la Constitución de Apatzingán; el Plan de Iguala; los tratados de la Villa de Córdoba; el Acta de Independencia; Cuestiones de derecho público resueltas por la Soberana Junta Provisional Gubernativa; Cuestiones constitucionales tratadas por el Primer Congreso Constituyente Mexicano; el Acta Constitutiva de los Estados Unidos Mexicanos; la Constitución de 1824; las Leyes Constitucionales de 1836; las Bases Orgánicas; el Acta de Reformas; la Constitución de 1857 y la discusión de todas estas Constituciones.

Víctor Fairén Guillén, hace una excelente reconstrucción de las libertades reconocidas en Aragón, de las instituciones protectoras, como el Justicia, como el procedimiento de manifestación de personas, o los procedimientos de *greuges* (agravios).⁵¹

Toda esta legislación histórica colonial ya contiene una lista larga de lo que hoy llamamos derechos humanos y las medidas de protección correspondientes, que resulta muy difícil de considerarlas ahora. Sin embargo, sí pasamos al examen que de esta materia se hace por las Cortes españolas de Cádiz, cuya legislación, en efecto, recoge lo mejor de esta tradición y las adecua al naciente Estado constitucional.

3. Examen particular de la legislación española de las Cortes de Cádiz

A. Planteamiento general

Hemos hecho referencia, con simples ejemplos, a la presencia masiva de la legislación española en lo que ahora es México, vigentes tanto durante la etapa colonial cuanto después de ganada su independencia. Falta ver si dicha legislación contiene o no contiene enunciados en materia de derechos humanos y, supuesta la existencia de tales derechos, saber cuáles son para, a continuación, preguntarnos si esos mismos derechos fueron o no recibidos, con la legislación española, en el México independiente. Además, debemos examinar si, con los enunciados sobre derechos humanos, se recibieron también las medidas necesarias para protegerlos. Así quedaría bien planteada nuestra hipótesis de trabajo.

Sin embargo, en esta ocasión, no se trata de pasar revista a toda la legislación española para ir buscando todos y cada uno de los derechos humanos reconocidos, ni todas ni cada una de las diversas medidas de protección existentes. Para los propósitos de este trabajo solamente vamos a ocuparnos de algunos ejemplos. Más aún, los ejemplos van a ser tomados de la obra de las Cortes de Cádiz, es decir, de su Constitución y de otras leyes, obra que recoge lo mejor de la legislación histórica, que tampoco queda derogada sino en la medida en que pudiera oponerse al nuevo Estado de derecho.

⁵¹ He aquí algunos de sus trabajos: *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971; “Los procesos aragoneses y los derechos humanos”, *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 2, 1969, p. 165.

B. Ausencia de declaración formal

Todos sabemos que la Constitución española de 1812 no contiene ninguna declaración formal de derechos semejante a la hecha en Francia en 1789. De manera que las Cortes de Cádiz nunca aprobaron hacer una declaración formal siguiendo el ejemplo francés; nunca aprobaron libertad alguna, ni derecho humano alguno tomado de la tradición jurídica francesa. El profesor de Derecho constitucional, J. Luis García Ruiz, de la Universidad de Cádiz, en una ponencia presentada en el *Primer Simposio Internacional sobre la Constitución de 1812*, leída el día 26 de abril de 2002, expresa esta misma opinión de la siguiente manera:

Al repasar por encima la Constitución de 1812, encontramos una gran diferencia de sistemática con los textos francés y americano aprobados más de veinte años antes. Frente a los 17 artículos de la Declaración francesa y la amplitud de las 10 Enmiendas americanas, aparentemente sólo un artículo de la Constitución de 1812, el cuarto, se ocupa de lo que podría denominarse una Declaración de Derechos.⁵²

No contiene una declaración formal, porque sigue una sistemática diferente, en palabras del profesor García Ruiz. Y eso es lo que explica en su ponencia, ya que la Constitución de Cádiz de 1812 contiene una larga lista de libertades y derechos, siguiendo una sistemática no sólo propia y original, sino también muy moderna, adelantándose a muchas Constituciones del siglo XIX y del siglo XX, incluso, señalamos nosotros, en mejores condiciones, con técnicas mucho más modernas que las empleadas por las Constituciones mexicanas de 1857 y la vigente de 1917.

El profesor gaditano precisa que el artículo 4 mencionado no puede ser considerado como una declaración formal de derechos humanos, sino que dicho artículo consigna el principio de la obligación que tiene la nación para conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la pro-

⁵² Tuve la suerte y el agrado de participar, como ponente también, en el *Primer Simposio Internacional sobre la Constitución de 1812*, en la misma mesa en que expuso el profesor García Ruiz. Su ponencia lleva el título: “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz”. La ponencia nuestra se llamó *Derechos humanos y sistemas de protección en la obra de las Cortes de Cádiz*”. Ambas han sido publicadas en la *Memoria de dicho coloquio con el título: La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia el origen del constitucionalismo iberoamericano y latino*, Caracas, 2004, p. 401.

riedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que los componen.⁵³

C. *El listado de los derechos reconocidos*

El profesor García Ruiz, después de reconocer que la Constitución de Cádiz, sigue una sistemática diversa a la usada por la Declaración francesa de 1789 y a las 10 enmiendas de la Constitución norteamericana, dice:

Pero cuando nos adentramos de verdad en el contenido de sus 384 artículos y los leemos con detenimiento nos vamos asombrando más y más ante la modernidad y anticipación, en el tema de los derechos y libertades, de un texto que, en bastantes de sus extremos no sería igualado por el constitucionalismo hasta doblado el siglo XX. Y ello resulta del hecho de que la Constitución de 1812 se ocupará de los derechos a lo largo de su articulado, en una visión que podríamos llamar práctica y que consiste en ir haciéndolos aparecer al socaire de una limitación al ejercicio del poder.⁵⁴

“Derecho a la integridad física” (artículo 303): “No se usará nunca del tormento ni de los apremios”.⁵⁵ “Libertad personal” (artículo 172.11). Este artículo dice: “Artículo 172. Las limitaciones de la autoridad del rey son las siguientes: Undécima: No puede el rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna”.

Esta libertad viene vinculada con los mandatos contenidos en los artículos 287, 290, 293, 295 y 299. “Artículo 287. Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y así mismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión”.⁵⁶

La libertad personal, consagrada en el artículo 172, restricción undécima, se complementa aquí con una excepción prevista en el mismo artículo

⁵³ *Ibidem*, p. 407.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 401 y 402.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 408. Este derecho, que tiene todo ser humano, fue debatido y aprobado previamente por el decreto del 16 de abril de 1811, como se ve con detenimiento en mi libro *Temas del liberalismo gaditano*, pp. 118 y ss.

⁵⁶ Los textos citados están tomados del escrito de la ponencia, pero también pueden consultarse en Sevilla Andrés, Diego, *Constitución y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, Editora Nacional, 1969, t. I, p. 188.

lo 172, restricción undécima, párrafo segundo: en el caso en que el bien y la seguridad del Estado exijan el arresto de una persona, con la condición de que sea puesta a disposición del juez dentro de las 48 horas siguientes.

Se complementa esta libertad con la obligación del secretario de Estado de firmar o refrendar la orden del rey, comenta García Ruiz.⁵⁷ Además, deberá ser informado, es decir, el derecho de ser informado el detenido acerca del hecho por el cual se le arresta;⁵⁸ y la necesidad de mandamiento judicial de prisión por escrito, que se le notificará en el momento mismo de la prisión.⁵⁹ Luego, el artículo 290 dice:

Artículo 290. El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado ante el juez, siempre que no haya cosa que la estorbe, para que le reciba declaración; mas si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas.⁶⁰

Más adelante, García Ruiz comenta otras garantías de la libertad individual ahora previstas en el artículo 293:

Artículo 293. Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad.⁶¹

Como se aprecia, se establece la garantía del auto por escrito y motivado para decretar el ingreso a la prisión, sin el cual la detención es ilegal, según el comentario de García Ruiz. Se decreta un reforzamiento de esta garantía al obligar al alcaide bajo acusación de detención arbitraria, a que

⁵⁷ *Ibidem*, t. I, p. 202.

⁵⁸ *Memoria del Primer Simposio...*, *cit.*, nota 52, pp. 408, 409 y 410.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 411 y 412.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 411.

⁶¹ Véase este texto en el libro de Sevilla Andrés, Diego, *op. cit.*, nota 56, t. I, p. 203. Se acepta la detención en flagrancia, según el artículo 292, que dice: *in fraganti* todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarlo y conducirlo a la presencia del juez; presentado o puesto en custodia, se procederá en todo, como se previere en los dos artículos precedentes.

efectivamente se le haga entrega del mandamiento escrito y motivado. De otro modo, el alcaide no debe permitir el ingreso de ninguna persona a la cárcel. Además, se le ordena llenar un libro de registro de personas encarceladas. Este registro será público.

Todavía se complementa la libertad personal con la aceptación de fianza, para no ingresar a la cárcel, cuando no lo prohíba la ley, según el artículo 295: “Artículo 295. No será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza”.⁶²

Por último, comenta García Ruiz, se refuerza el derecho de la libertad personal al decretarse en el artículo 299 la tipificación como delito de detención arbitraria. “Artículo 299. El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes, serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal”.⁶³

Después de estos comentarios, García Ruiz dice textualmente:

Todo este elenco de preceptos sorprenden por su modernidad, de manera que, a salvo determinadas interconexiones o expresiones propias de la época, difícilmente encontramos en las Constituciones de nuestros días una regulación más detallada y garantista del derecho de la libertad personal.⁶⁴

Tiene toda la razón García Ruiz al destacar el sentido perfeccionista de estas garantías. Nada existe en las Constituciones mexicanas de 1857 y 1917 tan claro y tan hermoso como esta regulación gaditana. El lector puede ver la forma en que fue discutida y la forma en que se fue aprobando toda esta materia en nuestro libro *Temas del liberalismo gaditano*, en donde le hacemos un seguimiento al proceso del debate sobre la libertad individual. Este debate es hermoso, apasionado, muy ilustrado, con un acertado manejo de información de la situación real acerca del estado de cosas vigente en ese momento histórico en materia de detenciones arbitrarias, sobre el estado de las cárceles, etcétera. Y un acertado manejo de la información sobre la legislación histórica en esta misma materia, tal como se puede apreciar en el capítulo “El tema de cárceles y la libertad individual. De nuestro libro *Temas del liberalismo gaditano*”.

⁶² Sevilla Andrés, Diego, *op. cit.*, nota 56, t. I, p. 204.

⁶³ *Memoria del Primer Simposio...*, *cit.*, nota 52. Véase Sevilla Andrés, Diego, *op. cit.*, nota 56, t. I, p. 204.

⁶⁴ Sevilla Andrés, Diego, *op. cit.*, nota 56, t. I, p. 204.

Examinar esta materia de la libertad individual a la luz del debate es la manera más precisa para apreciar la verdad de la afirmación del profesor gaditano acerca de la diversa sistemática seguida por las Cortes españolas de Cádiz frente a la declaración francesa de 1789 y las enmiendas americanas. De hecho, estas garantías fueron aprobadas mucho antes de que se presentara a debate esta parte del proyecto de Constitución, debido justamente a esa diversa sistemática, tal como se puede apreciar leyendo su *Diario de sesiones*, cuyo seguimiento se hace en el libro ya citado, *Temas del liberalismo gaditano*, en el capítulo no sólo relativo a “El tema de cárceles y la libertad individual”, sino también en este otro capítulo, “Proposición para redactar una ley al tenor de la del *Habeas* en las Cortes de Cádiz”.⁶⁵

Garantías procesales y penales. El profesor García Ruiz empieza esta parte de su trabajo haciendo alusión al marco general en que se inscriben estas garantías, capítulo I del título V de la Constitución. En este marco de referencia tenemos varias garantías procesales y penales.⁶⁶

a) El principio de la exclusiva atribución a los tribunales de la potestad de aplicar las leyes a las causas civiles y criminales (artículo 242)⁶⁷ y la consecuente prohibición para que ningún otro poder ejerza esta función, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos (artículo 243).

b) El principio de legalidad: se extenderá al orden y a las formalidades del proceso; las leyes serán uniformes para todos los tribunales y se prohíbe su dispensa (artículo 244);⁶⁸ se prohíbe a los tribunales ejercer funciones distintas a las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado; se les prohíbe, además, hacer reglamentos en materia de administración de justicia (artículos 245 y 246).⁶⁹

c) Principio del juez competente, determinado con anterioridad por la ley y la prohibición de ser juzgado por comisión (artículo 247).⁷⁰

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 111-166.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁷ *Memoria del Primer Simposio...*, *cit.*, nota 52.

⁶⁸ Véase artículo 243.

⁶⁹ Véase artículo 244.

⁷⁰ Véase artículo 245.

d) Principios de la igualdad de toda clase de personas ante las leyes civiles y criminales (artículo 248),⁷¹ con excepción de los eclesiásticos (artículo 249)⁷² y de los militares (artículo 250).⁷³

e) Principio de responsabilidad personal de los jueces por la violación de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal (artículo 254).⁷⁴

f) La garantía de la publicidad de los juicios (artículo 302).⁷⁵

g) La garantía que otorga el establecimiento de la acción popular para combatir el soborno, el cohecho y la prevaricación de los magistrados y jueces (artículo 255).⁷⁶

h) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 291).⁷⁷

i) Derecho a ser informado de la acusación (artículo 301).⁷⁸

j) Derecho a declarar sin juramento y el derecho a no declarar sobre hechos propios (artículo 291).⁷⁹

Respecto de estas garantías y derechos García Ruiz comenta:

En todo caso, creo que lo que conviene destacar ahora con relación a este derecho es el carácter moderno y auténticamente precursor que tiene esta garantía en nuestra Constitución de Cádiz, si tenemos en cuenta que la formulación técnica de la misma no adquiere un desarrollo pormenorizado en las declaraciones de derechos hasta mucho tiempo después.⁸⁰

⁷¹ Véase artículo 246.

⁷² Véase artículo 247.

⁷³ Véase artículo 248.

⁷⁴ Véase artículo 249.

⁷⁵ Véase artículo 250.

⁷⁶ Véase artículo 254.

⁷⁷ Véase artículo 302.

⁷⁸ Véase artículo 255.

⁷⁹ Véase artículo 291.

⁸⁰ Véase artículo 301.

Y un poco más adelante, vuelve a emitir el siguiente juicio de valor al ir narrando esta lista de garantías

y otros puntos que podríamos citar constituyen, a mi juicio, auténtico motivo de asombro cuando recordamos la fecha en que fueron establecidos. Permítase que, como último botón de muestra de este apartado, traiga a colación la “modernidad” de la Constitución cuando llega a plantear incluso el sentido de la pena de prisión.⁸¹

k) Principio sobre que la cárcel no forma parte de la pena o castigo penal. La cárcel es el lugar en donde se cumplen los castigos y las penas, a que son sentenciados los reos. Por ello, después de un largo debate sobre el estado de cosas en que se encontraban las cárceles y demás lugares de detención y después de despachar su visita de algunas de ellas, se aprobó el artículo 297, que dice:

Artículo 297. Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos; así el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos.⁸²

Inmovilidad del domicilio. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 306: “no podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado”.⁸³

Libertad de expresión y libertad de prensa e imprenta. García Ruiz comenta que se trata de una necesidad educacional y que por ello se consagra en el artículo 371 bajo el rubro relativo a la instrucción pública,⁸⁴ al decir: “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 responsabilidades que se establezcan las leyes”.

⁸¹ Véase artículo 291.

⁸² *Memoria del Primer Simposio...*, cit., nota 52, p. 411.

⁸³ *Ibidem*, p. 411.

⁸⁴ Sevilla Andrés, Diego, *op. cit.*, nota 56, p. 214. Por otro lado, este tema es estudiado en nuestro libro *Temas del liberalismo gaditano*, pp. 3 y ss.

Derecho de propiedad. Comienza su comentario García Ruiz destacando que en el proceso de aprobación de este derecho, que es clásico como un derecho preferente en el movimiento constitucional, lo que llama la atención es la forma de hacerlo, es decir el casuismo de la misma, cuya consecuencia será también aquí la introducción de principios cuyo detalle nos llevará al descubrimiento de instituciones jurídicas que no aparecerán expresadas como tales hasta muchos decenios después.⁸⁵

Así es. El derecho de propiedad se encuentra en el artículo 172, el cual contiene las restricciones impuestas al rey. La número 10 dice:

No puede el rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado.⁸⁶

García Ruiz observa ahora cómo la restricción octava introduce el principio del *no taxation without representation*, al disponer “no puede el rey imponer por sí directa ni indirectamente contribuciones, ni hacer pedidos bajo cualquier nombre o para cualquier objeto que sea, sino que siempre los han de decretar las Cortes”⁸⁷.

Por último, vincula este derecho de propiedad con la prohibición de la confiscación de bienes, que trae el artículo 304, de manera expresa.⁸⁸

Derecho a la igualdad. Se trata de un derecho difícil de enunciar, comenta García Ruiz, más allá de las declaraciones simples, basadas en la lógica. De esta manera, la Declaración francesa, en su artículo sexto, dice que la ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga, siendo todos los ciudadanos ante los ojos de la ley.

⁸⁵ *Memoria del Primer Simposio...*, cit., nota 52, p. 414.

⁸⁶ Sevilla Andrés, Diego, *op. cit.*, nota 56, t. I, p. 188.

⁸⁷ *Memoria del Primer Simposio...*, cit., nota 52, p. 414. Además, añade García Ruiz que lo dispuesto en el artículo 172, Octava, se complementa con el artículo 338, el cual indica que *Las Cortes establecerán o confirmarán anualmente las contribuciones*. Una clara reserva legal a favor del Poder Legislativo.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 415.

En cambio, en la Constitución de 1812, como la otra cara de la misma moneda, trae el enunciado en forma de garantía de que no habrá privilegio alguno, de tal manera que la ley es igual para todos: “Artículo 172. Las limitaciones de la autoridad del rey son las siguientes: Novena: no puede el rey conceder privilegio exclusivo a persona ni corporación alguna”.⁸⁹

Se debe tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 258, que establece la unidad de Códigos para toda la monarquía y en el 248 al disponer la igualdad de fuero, salvo para los eclesiásticos y los militares. Efectos, dice García Ruiz, del planteamiento casuístico, tan típico de la Constitución de 1812.

Derecho de participación política. La Constitución de 1812 es uno de los textos primigenios que consagra mayor extensión a la implantación del gobierno representativo,⁹⁰ ya que dedica 104 artículos para regular esta materia (artículos 27 al 130).

Efectivamente durante el trabajo de las Cortes de Cádiz se debatió ampliamente la idea de la representación y la democracia, como lo hemos examinado nosotros en nuestro libro *Proceso histórico de formación del senado mexicano*, el cual se configura sobre el examen de la idea de la representación (en una o dos cámaras) y la democracia.

Ahora bien, el debate más violento, si se puede emplear esta palabra como calificativo, habido durante los trabajos de aquellas Cortes, fue el debate sobre el derecho de votar y ser votado en las elecciones no reconocido por esta Constitución de 1812 a las castas americanas. Es decir, cuando se debatieron los artículos 22 y 27, textos que reservan dichos derechos de votar y ser votados únicamente a los españoles, excluyéndose expresamente a las clases morenas e indígenas de las Américas. Este debate se analiza con detalle en nuestro libro *Temas del liberalismo gaditano*, en donde se dedica un capítulo denominado “La cuestión política y social de las Américas”.

Se trató, en este caso, de una obstinación de los diputados peninsulares contra las enérgicas reclamaciones de los diputados americanos.

⁸⁹ Sevilla Andrés, Diego, *op. cit.*, nota 56, p. 188. Este tema fue objeto de interesantes comentarios a la hora en que se discutió. Véase nuestro libro *Temas del liberalismo gaditano*, pp. 80 y ss., donde el mexicano Ramos Arizpe decía que no habría libertad civil, ni libertad personal, mientras ambas no dependan únicamente de la ley (sesión del 30 de diciembre de 1811).

⁹⁰ Son palabras de García Ruiz, *Memoria del Primer Simposio... cit.*, nota 52, pp. 416 y 417.

Como quiera que sea, más adelante, estas mismas Cortes trataron de enmendar este grave error, al decretar: “que los americanos, así españoles como indios, y los hijos de ambas clases tengan igual opción que los europeos para toda clase de empleos y destinos, así en la corte como en cualquier otro lugar de la monarquía, sean de carrera eclesiástica, política o militar”.⁹¹

Hemos seguido muy de cerca la lista de derechos humanos que García Ruiz reseña en su ponencia citada. Se trata de un estudio hecho sobre el texto formal de la Constitución de 1812. Es un excelente estudio. Además de la lista que ya conocemos de derechos consagrados, se habla de las previsiones sobre suspensión de garantías y le dedica las tres últimas páginas de su ponencia a las garantías de los derechos.

En este último apartado dice que la Constitución de 1812 no establece en su articulado un sistema de protección y garantías de los derechos que reconoce, salvo que convierte al Poder Judicial en garante de la aplicación de los mismos.

Para García Ruiz, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 16, no especifica de qué tipo debe ser la garantía que se requiere para salvaguardar los derechos reconocidos. También afirma que la atribución de la garantía a un órgano jurisdiccional no se producirá sino hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 8, cuando dice: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”, salvo lo que sucede en la tradición de la Constitución americana y las Enmiendas incorporadas a ella. Finalmente se refiere al juicio de amparo mexicano: “En efecto, el amparo toma su nombre y se origina en el derecho mexicano, donde adquiere por primera vez carácter constitucional al establecerse en la Constitución de 1857”.⁹²

Y más adelante comenta: “Pues bien, a pesar de que ha existido controversia doctrinal sobre ello, parece de gran verisimilitud la teoría de que el amparo mexicano es indirectamente de origen hispánico y concretamente de la Constitución de 1812”.⁹³

⁹¹ Véase este Decreto en Dublán y Lozano, *Legislación Mexicana, cit.*, nota 25, t. I, p. 516.

⁹² *Memoria del Primer Simposio..., cit.*, nota 52, pp. 420, 421 y 422.

⁹³ *Ibidem*, p. 421.

Menciona a continuación la tesis del profesor Víctor Fairén en el sentido de que habría habido una influencia de las instituciones protectoras del derecho aragonés sobre los juicios de amparo mexicanos.⁹⁴

Me parece muy interesante la lista de derechos fundamentales de la Constitución de 1812 que trae la ponencia del profesor García Ruiz, así como el hacer hincapié en lo que él llama la sistemática de carácter casuístico empleada por aquellas Cortes de Cádiz para ir mencionando y reconociendo cada uno de dichos derechos.

En mi opinión, la lista puede enriquecerse y complementarse con la lectura detallada de los libros de su *Diario de sesiones*, ya que el debate ofrece la información indispensable para conocer el alcance y la naturaleza de cada uno de los enunciados constitucionales, así como las circunstancias particulares que se darán cita en su proceso de aprobación.

Es decir, la lectura del *Diario de sesiones* permite conocer la obra de aquellas Cortes en su conjunto y permite conocer cada uno de los derechos reconocidos en el articulado de la Constitución de 1812, en el conjunto de esa misma obra.

Por ejemplo, todos sabemos que la libertad de imprenta se discutió muy al inicio de las sesiones y se aprobó mediante un Decreto del 10 de noviembre de 1811. Cómo se presenta este tema al pleno de las Cortes y cómo discurre su discusión, es una cuestión que estudiamos en uno de los capítulos del libro *Temas del liberalismo gaditano*, denominado “Libertad de imprenta”. Luego se dirá en la Constitución de 1812 que serán las Cortes las que se encargarán de garantizar su ejercicio, no obstante la creación, organización y funcionamiento de las llamadas Juntas de Censura, que eran una especie de Juntas protectoras de dicha libertad.⁹⁵

Otro ejemplo es la proposición del diputado Manuel de Llano, de Guatemala, para dictar una ley al tenor de la ley del *Habeas Habeas* de Inglaterra, presentada durante la sesión del 10 de diciembre de 1810 y que motivará la adopción de una serie muy larga de medidas verdaderamente asombrosas tanto para reconocer derechos como para decretar las correspondientes medidas de protección. Motiva una serie de visitas de cárceles;

⁹⁴ Véase el libro de Víctor Fairén escrito sobre esta temática; *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, cit., nota 51.

⁹⁵ Todavía no han sido estudiadas estas Juntas de censura, las cuales, pese a su denominación, tenían el encargo de proteger la libertad de imprenta y evitar la censura, dando cuenta a las Cortes.

motiva la aprobación del famoso decreto de abolición de la tortura y de toda clase de tormentos y apremios del día 16 de abril de 1811 y desde luego motivó una gran reforma en materia de administración de justicia que, entre otras cosas, pasó íntegra a la Constitución.⁹⁶

En suma, el examen de los derechos humanos a la luz del debate (de aquellas Cortes o de las asambleas mexicanas) será siempre un examen muchísimo más completo que el examen limitado y formal del texto constitucional. En el apartado siguiente trataremos de ampliar esta consideración.

D. *Breve referencia a las medidas para su protección*

a. Planteamiento general

Mi intención es presentar aquí un breve resumen acerca de las diversas garantías y medidas de protección aprobadas por aquellas Cortes de 1810-1813, no sólo en el texto constitucional del 19 de marzo de 1812, sino en diversas normas que expidieron para tales efectos. Un resumen a partir de mis propias investigaciones ya publicadas.

Sobre la diversa sistemática. Como ya ha quedado ejemplificado, los derechos reconocidos obedecen a una sistemática diferente seguida por aquellas Cortes frente al planteamiento que se hace por la Asamblea francesa de 1789 y frente al ejemplo seguido por las asambleas norteamericanas.

¿Se puede explicar por qué esa diferente sistemática? Claro que sí. La lectura atenta del *Diario de Sesiones*, por un lado, aunado a las circunstancias históricas creadas por la invasión de Napoleón de la península ibérica, por otro lado, permiten explicar cada una de las leyes, de los decretos y órdenes aprobados por aquellas Cortes.

En la península existe un estado generalizado de lucha contra Napoleón; en las Américas existe un estado generalizado de insurgencia y desconcierto político. Fernando VII fue preso por Napoleón. Abdicó al trono y

⁹⁶ Esta secuencia de hechos y del debate explica satisfactoriamente cómo es que se fue formando dicho Título V relativo a la administración de justicia de la Constitución de 1812 y explica, además, cuál fue el sentido casuístico, por usar la misma expresión de García Ruiz, de esa estupefante serie de garantías consagradas en esta parte de la Constitución.

fue nombrado un francés en su lugar. Las Cortes, reunidas en la isla de León frente a Cádiz, desde el primer día tomaron conciencia de la muy compleja situación que debían afrontar. Declaran haberse instalado legítimamente; haber asumido la plenitud de la soberanía y, entre otros extremos, ordenan a todas las autoridades y al pueblo entero que les rinda el juramento de obediencia que correspondía.

Muy pronto empezó a llegar y a salir la información necesaria como para poder tomar las decisiones más oportunas y eficaces, así como para poder ir formando la correspondiente orden del día de cada sesión. Son unas Cortes diferentes y distantes a las Cortes tradicionales. Es una Asamblea Constituyente que asume la plenitud de la soberanía en momentos de crisis total y vacío de poder y ejerce efectivamente esa soberanía ocupándose de todos los asuntos de gobierno.

Por estas razones la obra toda, es una obra casuística; por estas razones, que el lector puede apreciar página tras página de su *Diario de Sesiones*, los derechos fueron aprobándose en el momento casuístico que correspondía, casi siempre antes de presentarse al pleno el *Proyecto de Constitución*.⁹⁷ Es una obra casuística, pero no desordenada. Al contrario, muy racionalizada y sabiamente ordenada, como se aprecia al leer cada uno de sus decretos y de sus órdenes.

Algo muy parecido, pero por causas diferentes, les ocurrirá a la Asamblea insurgente mexicana de Chilpancingo, a las asambleas constituyentes generales de 1821 a 1824 y, desde luego, a las asambleas constituyentes de cada uno de los estados de la federación mexicana, que la declaran propia a la Constitución de Cádiz y que la imitan en cada una de sus partes. Ninguna de estas asambleas hizo declaración formal de derechos humanos. Y todas y cada una procede a enumerar y consagrar los derechos siguiendo finalmente el sistema gaditano.⁹⁸

⁹⁷ En efecto, la mayoría de estas garantías se fueron aprobando antes de que se presentara a debate el Proyecto mencionado, de manera que cuando éste se somete al pleno, ya no fueron objeto de debate.

⁹⁸ Decimos que siguen el modelo gaditano, porque la Constitución mexicana de 1824 y la primera Constitución de los estados vemos que consagran las mismas garantías, con una redacción muy similar y en la misma parte del texto, es decir, bien como restricciones a las facultades del presidente, o, en su caso, del gobernador, y en la parte relativa a la administración de justicia. Estas Constituciones fueron publicadas por la imprenta de Galán en 1829 en tres tomos.

Sobre el control de carácter jurisdiccional. Un autor clásico en esta clase de temas es García de Enterría, quien nos ofrece el libro: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*.

Dicho autor comienza precisando que la idea de Constitución como ley superior se produce dentro de la tradición del derecho natural:

La idea de un derecho fundamental o más alto (*higher law*) era claramente tributaria de la concepción del derecho natural como superior al derecho positivo e inderogable por éste y va a ser reafirmada por los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que le reprochan desconocer sus derechos personales y colectivos.⁹⁹

Más adelante afirma que la gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que divide la validez de las leyes del parlamento: “De este modo, investido con forma legal e instrumentado por la *judicial review*, el *higher law* con juventud renovada, entra en uno de los grandes periodos de su historia y jurídicamente el más fructífero desde los días de Justiniano”.¹⁰⁰

Bien, queremos llegar a la conclusión que el propio García de Enterría formula cuando dice:

La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstos, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surge.¹⁰¹

Nosotros suscribimos lo dicho por García de Enterría en el texto transcrito. Por tanto, una cosa es el control judicial de la Constitución, así concebida, y otra cosa, muy diferente, es el control jurisdiccional de los derechos humanos. El primero nace con el constitucionalismo americano. El segundo, en cambio, puede haber tenido orígenes más remotos y diferentes. Más

⁹⁹ Este texto se encuentra en la p. 51 de su libro.

¹⁰⁰ García Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 53.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 51.

aún, en cada país puede o no existir ese sistema y haber aparecido o no en esas épocas remotas.¹⁰²

La legislación española histórica tiene, entre otras medidas de protección de derechos humanos, las de carácter jurisdiccional. La Constitución de 1812 decretó el control jurisdiccional, de carácter penal, para proteger al texto constitucional, y dejó en vigor muchas de las medidas de protección jurisdiccional de derechos humanos de la legislación histórica. Es decir, se adopta esta clase de control, porque eran los jueces los que habían venido ejerciendo esta función, por medio de los juicios de residencia, los amparos posesorios, las firmas, la manifestación de personas, entre otros recursos, como pasamos a ver.

b. Los sistemas de control jurisdiccional de derechos humanos

No sólo ahora, por obra de las Cortes de Cádiz, se decretan diferentes sistemas de control jurisdiccional de los derechos humanos, sino que las medidas más importantes y en el mayor número de ellas, reguladas por la legislación histórica española, tienen el carácter de controles jurisdiccionales, recordando que en esta primera etapa no se pensaba en que también la representación popular (llámese Cortes, Congreso o Parlamento) pudieran emitir leyes inconstitucionales.

Ausencia de control de las leyes inconstitucionales. Siguiendo un cierto orden, debemos comenzar advirtiendo la ausencia de control de las leyes, o de las disposiciones del Poder Legislativo. Durante las labores de las Cortes de Cádiz se pensó siempre que la representación genuina y legítima del pueblo, como eran las Cortes, nunca podrían ir en contra de la Constitución. Por ello, que yo recuerde o sepa, no se previno medida alguna para combatir la inconstitucionalidad de las disposiciones aprobadas por la representación popular.

¹⁰² De hecho el Dictamen de la Comisión de Arreglo de Tribunales, se hace eco de esta idea, cuando afirma que los recursos protectores de la libertad, del derecho de propiedad y de posesión y de otras libertades y derechos, existen también en las demás naciones católicas. Esto ocurrió durante la sesión del 16 de septiembre de 1812. Véase esta parte del Dictamen en mi libro *Temas del liberalismo gaditano*, pp. 179 y ss.

Control jurisdiccional de carácter penal. Con excepción de las disposiciones y de los actos del Poder Legislativo, todos los demás actos de toda clase de autoridades y de las particulares, que fueran contrarios a la Constitución, eran considerados ilícitos penales.

Existen diferentes declaraciones sobre la ilicitud de tales actos. La mejor expresión se encuentra en el artículo 28 y 30 del decreto del 30 de abril de 1821, mismo que fue aplicado en México, al menos hasta 1845, motivo por el cual se cita aquí con preferencia:

Artículo 28. No pudiendo el rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle, por sí, pena alguna, el Secretario del despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute, serán responsables a la nación, y uno y otro perderán el empleo; quedarán inhabilitados perpetuamente para obtener oficio o cargo alguno y resarcirán a la parte agraviada todos los perjuicios. Artículo 30. Cométese el crimen de detención arbitraria:

Primero, cuando el juez, arrestado un individuo, no le recibe su declaración dentro de las 24 horas.

Segundo, cuando le manda poner o permanecer en la cárcel en calidad de preso, sin proveer sobre ello auto motivado, de que se entregue copia al alcalde.

Tercero, cuando el alcalde, sin recibir esta copia e insertarla en el libro de presos, admite alguno en calidad de tal.

Cuarto, cuando el juez manda poner en la cárcel a una persona que dé fiador, en los casos en que la ley no prohíbe expresamente que se admita la fianza.

Quinto, cuando no pone al preso en libertad bajo fianza, luego que en cualquier estado de la causa aparece que no puede imponérsele pena corporal.

Sexto, cuando no hace las visitas de cárceles prescritas por las leyes, o no visita a todos los presos cuando, sabiéndolo, tolera que el alcalde los tenga privados de comunicación sin orden judicial, o en calabozos subterráneos o mal sanos.

Séptimo, cuando el alcalde incurre en estos dos últimos casos, u oculta algún preso en las visitas de cárcel para que no se presente en ellas.

Son meros ejemplos. En este caso para proteger la libertad individual. ¡Qué hermosos! No hay nada comparable en estos momentos en la legislación vigente mexicana. Más aún, en mi opinión estos textos están en vigor, toda vez que nunca se han derogado. ¿Y a quién se le podría ocurrir derogarlos?

Bien, además de la tipificación detallada, este decreto amplía la cobertura al establecer unos tipos de violación genérica, es decir, de cualquier precepto de la Constitución, al decir:

Artículo 33. Además de los casos expresados, la persona de cualquier clase y condición que sea, que en cualquier otro punto contravenga con conocimiento a disposición expresa de la Constitución, perderá el empleo que obtenga, resarcirá todos los perjuicios que cause y quedará inhabilitado por cuatro años para obtener otro oficio o cargo alguno. El mismo resarcimiento con suspensión de empleo y sueldo por un año se impondrá a cualquiera que por falta de instrucción o por descuido quebrante alguna otra disposición expresa de la Constitución, y si fuere juez o magistrado se le aumentará por un año la suspensión.

Otro artículo, que era el 3o., se expresaba de la siguiente manera:

Artículo 3o. Cualquier español de cualquier condición y clase que de palabra o por escrito tratase de persuadir que no debe guardarse en las Españas o en alguna de sus provincias la Constitución política de la monarquía en todo o en parte, sufrirá...

El artículo 6 disponía que fuera condenada una persona “cuando de palabra o por escrito propagase máximas o doctrinas dirigidas a destruir o trastocar la constitución, la monarquía constitucional, o la religión”.

Incluso, da la impresión que el sistema de control de carácter penal, que comentamos, es más severo con los jueces, como lo demuestran los siguientes ejemplos tomados del decreto de 24 de marzo de 1813, capítulo I, artículos I y II:

- I. Son prevaricadores, los jueces que a sabiendas juzgan contra derecho por afecto o desafecto hacia alguno de los litigantes, u otras personas.
- II. El magistrado o juez de cualquier clase que incurra en este delito, será privado de su empleo, e inhabilitado perpetuamente para obtener oficio ni cargo alguno, y pagará a la parte agraviada todas las costas y perjuicios. Si cometiere la prevaricación en alguna causa criminal, sufrirá además la misma pena que injustamente hizo sufrir al procesado.

De paso, permítame recordarle al lector que este decreto de 1813 se declaró vigente en la ley de amparo de 1869. Mientras que en la ley de

amparo de 1882 parece mucho más reforzado este mismo sistema de responsabilidad, mostrando cómo el sistema de amparo, además de proteger debía castigar, aplicando, entre otras normas, este decreto español de las Cortes de Cádiz.

El control es para proteger la primacía de la Constitución y, consecuentemente, el principio de legalidad. Indiscutiblemente también es para proteger los derechos humanos, toda vez que, como hemos visto, se establecen tipos muy severos sobre el particular. Y es un sistema de control jurisdiccional, porque se encomienda a la justicia ordinaria. Ésta conocerá estos asuntos en juicios sumarísimos y dándoles preferencia con respecto a los demás:

Artículo 35. Los delincuentes contra la Constitución podrán ser acusados ante los jueces y tribunales competentes por todo español a quien la ley no prohíba este derecho y cualquiera puede representar contra las infracciones o al rey, que las hará examinar y juzgar por quien corresponda, o directamente a las cortes, conforme al artículo 373.

Para mayor claridad, el artículo 34 ya había dicho que los que cometan delitos contra la Constitución, serían *juzgados por la jurisdicción ordinaria*. El artículo 273 decía: “Artículo 373. Todo español tiene el derecho de representar a las Cortes o al rey para reclamar la observancia de la Constitución”.

Para comprender mejor lo dispuesto en los artículos citados, tenemos el siguiente pasaje, tomado del decreto de 24 de marzo de 1813, y referido a la denuncia en contra de ciertas y determinantes autoridades:

Cualquier español (que) tenga que quejarse ante las Cortes o el rey, o ante el Supremo de Justicia contra algún jefe político, intendente u otro cualquier empleado, podrá acudir ante el juez letrado del partido o ante el alcalde constitucional que corresponda, para que se le admita información sumaria de los hechos en que funde su agravio, y el juez o alcalde deberán admitirla inmediatamente bajo la más estrecha responsabilidad, quedando al interesado expedito su derecho para apelar a la Audiencia del territorio por la resistencia, morosidad, contemplación u otro defecto que experimente en este asunto.¹⁰³

¹⁰³ Este texto lo hemos tomado de nuestro libro *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824. Antecedente inmediato del amparo*, México, UNAM, 1978, p. 73.

Por último, permítame el lector formular un comentario más sobre la escasa vigencia de este sistema en la Península Ibérica, debido a que pronto, en 1814, de regreso Fernando VII decretó disolver las Cortes ordinarias, que estaban en funciones, y la anulación total de la obra de aquellas Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz.

La escasa vigencia en España de las leyes gaditanas, la vuelta al antiguo régimen decretada desde la ciudad del Turia en 1814 por Fernando VII, quizá sea una de las causas del olvido enorme en que se ha tenido a la Constitución de 1812 y el poco conocimiento que se tiene de ella en España y en otras partes en las que se declaró su vigencia. Como sabemos, el regreso al antiguo régimen decretado duró hasta la aparición del llamado Estatuto Real de 1834 y la Constitución de 1837, con el paréntesis llamado Trienio liberal de 1820, 1821 y 1822, durante el cual se volvió a restablecer la vigencia de la Constitución de 1812.

Los juicios de residencia. He aquí el sistema previsto en la legislación histórica para hacer efectiva la responsabilidad de las autoridades y empleados públicos. Los juicios de residencia llegaron a México para enjuiciar a Hernán Cortés y con ellos llegó el tribunal de la Audiencia de México.

Son un verdadero y apropiado sistema de control jurisdiccional del principio de la legalidad y de libertades, derechos, privilegios y fueros de los particulares. Al principio la residencia sólo se imponía al final del encargo. Después, debido a alguna denuncia grave, o como consecuencia de alguna visita, se podía decretar en cualquier momento. A Hernán Cortés se le sometió a juicio de residencia por las diversas quejas que en su contra habían llegado a oídos del rey.¹⁰⁴

La Constitución de 1812 consagró el juicio clásico de la residencia en el artículo 261, que habla de las facultades del Supremo Tribunal de Justicia: la sexta decía: “conocer de la residencia de los empleados públicos que estén sujetos a ella”. Como se aprecia, se recogen los juicios de resi-

¹⁰⁴ Un buen conocedor del tema, además de haber gozado de su excelente magisterio, nuestra generación fue la última a la que él le dio clases en la Facultad de Valencia, don José María Ots y Capdequí, quien fungió de presidente en mi jurado del doctorado, comentaba que fue en los territorios de las Indias donde el juicio de residencia alcanzó una estructuración más amplia y sistemática y en donde cumplió una función histórica más completa. Véase esta cita en su trabajo “El juicio de residencia en la historia del derecho indiano”, *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, 1964, p. 557.

dencia en el sentido en que se encontraban regulados en ese mismo momento histórico, y ello, sin perjuicio de poder hacer efectiva la responsabilidad correspondiente de conformidad con las nuevas reglas dictadas por estas Cortes.

Se trata de un sistema poco estudiado. Las secciones de juicios de residencia de los archivos nacionales de Colombia y de México siguen esperando la visita de los investigadores. En el Archivo Nacional de Bogotá se conservan más de 60 tomos con más de once mil páginas sobre esta clase de juicios. En México la Diputación de Puebla de 1823 estaba solicitando ser sujeta a un juicio de residencia para lavar su honra contra las calumnias vertidas en un impreso. Y el proyecto llamado de la mayoría de 1842 todavía consagraba esta clase de juicios; el otro proyecto, el de la minoría, habla del juicio de amparo.

Una última reflexión: durante los debates de estas Cortes se generaliza la discusión, hablando en términos de responsabilidad general, como lo hacen el decreto de 24 de marzo de 1813 y otras disposiciones. Es decir, además de conservarse la residencia clásica, se actualiza todo el sistema de la residencia como un juicio de responsabilidad, plenamente asimilado en México, por la Constitución de Apatzingán, y por todas las demás Constituciones, como se demuestra en nuestros libros *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824. Antecedente inmediato del amparo*, y *El presidente de México y el sistema de responsabilidad a que está sujeto*.

Control de la ilegalidad cometida por los jueces. En esta abreviada referencia, cabe preguntarse cómo se debía combatir la ilegalidad cometida por los jueces. Es decir, ¿cuál era el control establecido para combatir las violaciones a la Constitución y, consecuentemente, a alguna garantía constitucional cometidas por los jueces y tribunales? ¿Cómo hacer efectiva la responsabilidad en que pudieran incurrir los jueces por violar lo que los abogados denominan quebrantamiento de las formalidades del proceso o procedimiento, o violación de una ley que afecte el fondo de los asuntos examinados?

La respuesta se encuentra, entre otras disposiciones, en el *Decreto para hacer efectiva la responsabilidad de los empleados públicos*, publicado el día 24 de marzo de 1813, el cual recoge, sistematizadas, las medidas precisas para combatir esas posibles violaciones. Y, como su nombre lo indica, se hace por medio de un sistema de responsabilidad, muy severo por cier-

to, deducida esta responsabilidad ante el superior inmediato del juez o magistrado infractor. Esto es, el control es de carácter jurisdiccional.

En otras palabras, la jurisdicción, desde siempre, ha sido el mejor sistema de protección en contra de las actuaciones ilegales de los jueces, como lo ilustran, entre otros ejemplos, los recursos de amparo regulados en las *Siete Partidas*, en donde se regula el amparo casación.

Otros controles de carácter jurisdiccional. Las Cortes de Cádiz, después de largos debates y después de haberse venido aprobando diversas medidas de protección, incluidas las contenidas en la Constitución del 19 de marzo de 1812, publicó la ley de arreglo de los tribunales del 9 de octubre de 1812.

En esta ley, en el capítulo II, artículo XII, se declararon subsistentes una serie de recursos especiales, regulados en las leyes forales históricas, para la protección especial de varios derechos y muy en particular de los derechos de propiedad y de posesión. Este artículo XII dice:

XII. No debiendo ya instaurarse en primera instancia ante las audiencias los recursos de que algunas han conocido hasta ahora con el nombre de auto ordinario y firmas; todas las personas que en cualquier provincia de la monarquía sean despojadas o perturbadas en la posesión de alguna cosa profana o espiritual, sea eclesiástico, lego o militar el perturbador, acudirán a los jueces letrados de partido para que los restituyan o amparen; y éstos conocerán de los recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda, y aun por el plenario de posesión, si las partes lo promovieren con las apelaciones a la audiencia respectiva en el modo y casos que previene el artículo 43 del capítulo I, reservándose el juicio de propiedad a los jueces competentes siempre que se trate de cosas o personas que gocen de fuero privilegiado.¹⁰⁵

Durante el debate de estas materias, se ponderó la importancia de los recursos mencionados, y se aprobó la pervivencia de otras especies de recursos forales.

Se mencionan para Galicia, el auto ordinario o auto gallego; para el reino de Aragón y Valencia, los recursos de firmas posesorias y los recursos de firmas titulares; el recurso de firma y contrafirma; el recurso de

¹⁰⁵ Esta ley se incorpora a la Colección de Dublán y Lozano, t. I.

aprehensión de bienes para ponerlos bajo protección; los recursos de inventario y de manifestación de personas; para el reino de Castilla, los recursos de amparos posesorios, o interdictos *adipiscendae*; *retinendae*, *recuperandae* y la parte es desde luego amparado o mantenido; y se acepta que otro tenga mejor derecho para pedir la posesión, o para resistir el amparo.¹⁰⁶

Se comenta también que estos recursos, por ejemplo en Aragón, se hicieron en los primeros tiempos valer ante el Justicia, ante las Cortes y, posteriormente, ante la Audiencia; en Castilla ante los justicias ordinarios, ante la Chancillería; en Granada, también ante la Chancillería; en Navarra, ante el Consejo. Se precisa que se trata, ante todo, de otorgar una protección para evitar la violencia, sin perjuicio de que posteriormente se hagan valer los respectivos derechos por medio de los juicios correspondientes, interpuestos ante los jueces competentes.

Por regla general, esta clase de recursos se usaban para pedir la protección en materia del derecho de propiedad y de posesión. Sin embargo, también podían usarse para demandar la protección personal, o de sus personas, de sus libertades y de otros varios derechos y libertades:

sino que por medio de otro proceso conocido por el nombre de firmas, la Audiencia, a instancia de los oprimidos, o que temen serlo, prohíbe a cualesquier jueces o particulares, eclesiásticos o seculares,, el inquietarlos indebidamente en sus personas, derechos y bienes o en la posesión de ellos, y entiende también y determina sobre esta en el juicio sumarísimo, y en el plenario con la misma o mayor amplitud.¹⁰⁷

En otro pasaje del dictamen sobre el Proyecto de arreglo de las Audiencias, se dice:

Los aragoneses, siempre amantes de su justa libertad, introduxeron estos remedios, con los cuales acudiendo al Tribunal real, y al principio al Justicia de Aragón, conseguían asegurar sus bienes, derechos y personas, libertándose por estos remedios de la turbación y violencia que les causaban o intentaban

¹⁰⁶ Esta parte del Dictamen se puede consultar en nuestro libro *Temas del liberalismo gaditano*, pp. 179 y ss.

¹⁰⁷ Este comentario se encuentra en el mismo Dictamen, que venimos citando. Véase también en nuestro libro *Temas del liberalismo gaditano*.

causar, no sólo los particulares, sino también los jueces, así seculares como eclesiásticos, por sus injustos y violentos procedimientos.

Ante las dudas que se formulan sobre estos recursos, he aquí otro pasaje tomado del mismo dictamen, el cual ha sido objeto de un análisis detallado por el que suscribe desde el año de 1978, en que apareció mi libro sobre *Temas del liberalismo gaditano*:

Viniendo el recurrente con las calidades prevenidas por fuero, despacha el Tribunal Real el correspondiente amparo, con el que queda libre de toda violencia y perturbación; debiendo obedecer estas provisiones bajo la pena de fractores, mientras se ventila el asunto en el tribunal de donde dimanar, en el cual se conoce no sólo en el sumarísimo, sino en el plenario de posesión de cualquier cosa, sea espiritual o profana. Todos los referidos recursos se fundan en la protección que debe dispensar el soberano a sus súbditos contra cualesquiera violencia, quienquiera que sea el que la cause.

c. Otras medidas de protección

1). *Las visitas de cárceles*. Las visitas jugaron un papel muy importante para la buena marcha de la empresa colonizadora. Responden a la necesidad de mantener siempre bajo control el gobierno de las colonias. Se practicaron diferentes tipos de visitas. En este momento nos interesan las visitas de cárceles, encomendadas a los jueces y todos los demás tribunales del reino. Debían hacerse una vez por semana, así como en ciertos días solemnes. Y se imponen como una obligación para proteger mejor la libertad personal. No cumplir con dicha obligación, y no cumplirla como ordenan las leyes, podía ser constitutivo de un delito en contra de la libertad de personas.

Se trata la institución que mayor tiempo estuvo en vigor en nuestro país, tanto a nivel federal como a nivel local. Todas las leyes orgánicas de los poderes judiciales la incorporaron. Pero hace muchísimos años que no se practican, no obstante la idea de que su incumplimiento conlleva la comisión de un muy grave delito.

La visita de cárceles va vinculada profundamente, no sólo con la idea de la protección de la libertad personal, sino también con la dignidad de los presos y detenidos y la idea humanitaria que acerca de la cárcel tienen aquellas Cortes, como ya lo observaba García Ruiz. Se podría afirmar que para aquellas Cortes la cárcel debía ser para el juez o tribunal algo así

como el hospital para los médicos; y los presos debían ser para los jueces y los tribunales algo así como los enfermos para los médicos.

Nosotros hemos estudiado este punto con mucho detenimiento en nuestro libro, *El liberalismo gaditano*. Además, la Secretaría de Gobernación nos publicó este otro libro, *Legislación mexicana sobre presos, cárceles y sistemas penitenciarios (1790-1939)*, en donde se recopilan todas las normas sobre el particular.

En mi opinión estas normas están en vigor, al menos en lo esencial, es decir, en la obligación de hacer dichas visitas. Repetimos hace muchísimo tiempo que los jueces no las hacen. En cambio, los visitantes de las comisiones de derechos humanos sí hacen visitas de cárceles, pero lamentablemente carecen de facultades para hacer algo que no quede en una inatendida recomendación.

2) *El refrendo ministerial*. Ya vimos el comentario de García Ruiz sobre la responsabilidad en que incurre el secretario que firma la orden del rey violatoria de alguna de las restricciones que le impone la Constitución, especialmente en materia del derecho de libertad personal y el derecho de propiedad y de posesión, tal como lo previene el artículo 172, restricción décima y undécima, en relación con la tipificación de esta clase de delitos hecha por el decreto de 1821.

El tema del refrendo ministerial ha sido objeto por parte de nosotros de un estudio que me llevó varios años. Fruto de este estudio es el libro *Algunos apuntes para la historia del refrendo ministerial*. Estoy muy satisfecho por esta investigación y recomiendo la lectura de este libro a quien le interese el tema. Desde luego es una medida de protección de derechos humanos contra actos emanados del rey o del presidente, según los casos, y, contra la opinión de la doctrina mexicana, importa responsabilidad por aquellos actos que violen la Constitución.

El refrendo, que nosotros sepamos, nace con una ley de Toledo en el año de 1480, que lo regula de una manera expresa, de una manera hermosa, por así decirlo. Esta ley, con su lenguaje castizo, casi dice lo mismo que el vigente artículo 92 constitucional. Tenía una imperfección, propia de la época: el refrendo daba validez a los actos del rey, pero no importaba responsabilidad alguna. Son las Cortes de Cádiz las que discuten ampliamente esta materia y las que añaden la responsabilidad para el Secretario, a tal grado que así lo dicen en la propia Constitución y en el decreto de conspiradores de 1821. El refrendo también es letra muerta en México.

3) *El juramento de guardar y hacer guardar la Constitución.* He aquí otra gran medida de protección de la Constitución y los derechos humanos en ella reconocidos. Es una de las instituciones más antiguas del derecho español, de donde proviene. También es un punto estudiado por nosotros en el libro *El liberalismo gaditano*, aparecen en el último capítulo de este libro. Importa responsabilidad y da derecho a una resistencia civil e incluso armada. El pueblo de Querétaro, por ejemplo, se levanta en armas en contra de Agustín de Iturbide precisamente por haber éste faltado a su juramento, como se explica en el capítulo de referencia.

4) *La jurisdicción como medida de control.* Hemos dejado para el final de esta lista lo más obvio de todo y que, con mucha frecuencia, por no decir que siempre, es olvidado. A saber: que la jurisdicción es en sí misma una medida protectora. Sin lugar a dudas, se debe indicar que las segundas instancias (y no se diga de las terceras instancias y recursos de responsabilidad) son, por su propia naturaleza, instancias de protección.

Efectivamente, protegen de la ilegalidad de los jueces, o del tribunal que haya conocido y fallado en primera instancia. Ilegalidad por violar, como se acostumbra a decir, las formalidades del proceso o procedimiento, o por violar el fondo: dos garantías constitucionales. Por tanto, siempre que haya habido en una jurisdicción histórica determinada una segunda instancia, o algún recurso jurisdiccional, siempre habrá habido un principio de protección contra la ilegalidad de los jueces. Un ejemplo, cercano y maravilloso, lo encontramos en los cuatro recursos de amparo regulados por *Las Siete Partidas*, ya citados en este trabajo, a uno de los cuales se le podría denominar como el recurso de amparo casación.

E. *Sobre su recepción en México*

a. *Planteamiento general*

Vamos a intentar dar un paso adelante en nuestra investigación, abordando directamente el tema de la recepción de los derechos humanos en México de origen español. Para ello, como es natural, vamos a correlacionar lo expuesto en el apartado de la recepción del derecho en México con lo expuesto en el apartado sobre los derechos consagrados en esa legislación

histórica española y, en particular, en la obra de las Cortes de Cádiz, para así poner de manifiesto cómo es que se reciben los derechos humanos, de origen español, en nuestro país.

b. La recepción formal

La recepción formal de los derechos humanos de origen español se produce en virtud de los diferentes mandatos hechos por las propias autoridades mexicanas a raíz del proceso de consumación de la independencia. Primero, vino el movimiento insurgente y su Decreto constitucional de 1814; después vino la declaración de independencia, el Plan de Iguala y los llamados Tratados de Córdoba de 1821; a continuación, se instala la Soberana Junta Provisional Gubernativa; el primer Congreso Constituyente mexicano; la Junta Nacional Instituyente; el segundo Congreso Constituyente mexicano; y, por último, tenemos los procesos de independencia de los estados y la aparición de su primera Constitución.

Ya conocemos el contenido de sus declaraciones formales: por un lado, se confirma a las autoridades existentes, que son todas autoridades de sabor colonial, o de origen gaditano; y, por otro lado, se declaran en vigor a la Constitución de 1812 y al resto de la legislación hasta entonces vigente, en lo que no se oponga a las medidas adoptadas por las nuevas autoridades.

Además, hemos citado diversas colecciones de leyes, unas publicadas en esos años del inicio de la vida independiente de México, y otras muchos años después, como es la de Dublán y Lozano en las que invariablemente figuran las leyes históricas de España, como las llamadas *Pandectas mexicanas*, y muchas de las leyes de Cádiz y de las del llamado Trienio liberal, como es el caso del decreto de conspiradores de 1821.

Todos los derechos, todas las garantías, todas las libertades, consagradas en la Constitución de 1812, se incorporan a las Constituciones mexicanas (el Acta y la Constitución federal; y las primeras Constituciones de los estados). También se incorporan los recursos tradicionales de carácter foral y los regulados por las *Siete Partidas* o *Pandectas mexicanas*, como los recursos de amparo, regulados por más de 120 leyes en dichos cuerpos legales. Por último, se incorporan los sistemas para su protección, los de carácter jurisdiccional, como los juicios de residencia y juicios penales por violaciones a la Constitución y los derechos reconocidos, o simplemente juicios de responsabilidad por violaciones al texto fundamental;

y, desde luego, se incorporan los recursos especiales protectores de ciertos derechos, como los recursos de amparo.

Por ejemplo, durante la sesión del día 2 de enero de 1824, mientras se estaba debatiendo una de las facultades del Congreso, la de proteger la libertad de imprenta (de la misma manera que se dijo en Cádiz), el diputado 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”.

A Zavala le respondió el diputado por Veracruz, Becerra, quien: “Contestó que de la Constitución española debía entenderse derogado lo que fuese contrario al Acta”.

La recepción es, pues, consciente y autorizada paso a paso. Es verdad que hubo quienes se negaron a que esto sucediera así, entonces, después y ahora. Por ejemplo, durante la defensa que se hace del general Cuervo, acusado ante el Congreso, primero, y luego ante la Corte, su abogado dijo lo siguiente respecto de la ley de 24 de marzo de 1813:

Sería, pues, un absurdo pretender que en la actual condición política de México pudieran fundarse de alguna manera esta clase de juicios en disposiciones que, como la referida, afectan a su modo de ser, estando calcadas precisamente sobre el régimen de que lo desembarazó el hecho de su independencia, régimen que, por otra parte, hemos sustituido con otro que nos es propio y enteramente diverso. No me detengo en refutar tan extraña hipótesis, porque no suponiéndola imaginable en ningún cerebro bien organizado, sería hacer un insulto a las reconocidas luces de este tribunal, el distraer su atención siquiera en examinarla.¹⁰⁸

Ahí está la objeción, enunciada con toda la dureza de un abogado desvergonzado, que trata de salvar a su cliente. El abogado es Alfonso Lancaster Jones. Incluso, en este mismo juicio el propio fiscal dijo que, en su opinión, esta ley de 24 de marzo de 1824 no era aplicable al caso, más aún afirmó que:

Ni con relación a los delitos que especifica, se dé, en opinión del fiscal, considerar en vigor entre nosotros, si no es expresamente establecido por

¹⁰⁸ *Documentos importantes del proceso del gobernador constitucional de Jalisco*, México, Antonio Gómez Cuervo, 1868, p. 80.

una ley nuestra posterior, porque habiendo sido consecuencia y parte de un sistema político y administrativo diferente, han sido completamente derogadas por las instituciones que en estos órdenes se ha dado nuestra República.¹⁰⁹

El fiscal es Ignacio Altamirano. Bien, pese a estos dichos la verdad es que sí existen positivamente las declaraciones de vigencia de la ley mencionada por ellos, así como de otras muchas leyes emitidas por el mismo gobierno español. Vigencia hecha por autoridades mexicanas, exactamente como lo demandan los abogados omisos y descerebrados. La Suprema Corte, de hecho, la está aplicando a los casos de responsabilidad de los jueces. La ley de amparo de 1869, para dar respuesta al fiscal y al abogado citados, la declara en vigor, en palabras de los artículos 15 y 17.¹¹⁰

Otra declaración de vigencia viene en la Memoria de la Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública, presentada al Congreso de la Unión el 15 de noviembre de 1869 y publicada en 1870, en donde se comenta que el “Congreso extendió a mayor número de casos esta responsabilidad, declarando vigente la ley de la materia de 24 de marzo de 1813”.

Poco después, tuvo lugar una nueva declaración de vigencia, hecha también por el mismo Congreso, durante la octava legislatura de 1878, la cual aprueba una proposición de la comisión de justicia en el sentido de que: “Se declare que la Suprema Corte ha sido y es la competente para conocer de las causas de responsabilidad de los magistrados del Tribunal Superior del Distrito, y la ley a que deben sujetarse los procedimientos, la de 24 de marzo de 1813”.¹¹¹

Otro buen conocedor de los juicios de amparo y de responsabilidad, y procurador general de la República, León Guzmán, en el pedimento del 31 de agosto de 1871, pedimento que se recoge en la resolución del Tribunal de Circuito de México del 20 de junio de 1890, decía que la responsabilidad en los negocios civiles era un derecho que la ley concedía a los que habían litigado, pero que la responsabilidad en las causas criminales puede ser un derecho del que ha sido condenado y puede ser también una

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 28.

¹¹⁰ Véase mi libro *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869*, México, UNAM, 1987, p. 316.

¹¹¹ *Diario de las Sesiones de la Cámara de Diputados*, México, 1978, t. III, pp. 119 y ss.

obligación del ministerio público, a cuyo cargo está el examinar las infracciones que pueda haber en los procedimientos, mencionado expresamente en la ley del 24 de marzo de 1813.

Los ejemplos pueden multiplicarse, de manera que el reproche que formula el abogado de Gómez Cuervo se le puede revertir muy fácilmente. De hecho también está en vigor en los estados, como en el de Sinaloa, según la resolución del Supremo Tribunal de Justicia del mismo estado del año de 1867, publicada en el periódico *El derecho*, en donde se reproduce dicha resolución, que en su parte conducente tampoco lo exculpa, y no lo exime de la pena que impone el artículo 1o., fracción 7a. de la ley de 24 de marzo de 1813.

Nosotros hemos estudiado la secuencia de estas leyes, de estos derechos humanos, de sus garantías y demás medidas de seguridad en los libros, *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824, antecedente inmediato del amparo; Introducción al federalismo mexicano: la formación de poderes en 1824; Temas del liberalismo gaditano; Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo; La primera ley de amparo de 1861; Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869; Proceso de discusión de la ley de amparo de 1882; Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados en las Siete Partidas; El presidente mexicano y el sistema de responsabilidad a que está sujeto; Algunas notas para la historia del refrendo ministerial*, y otros trabajos menores. Ante la imposibilidad de seguir extendiendo más esta ponencia, me veo obligado a rogarle al lector interesado acepte esta remisión general.

Para terminar, quiero hacer dos reflexiones finales: a partir del año de 1825 y debido a que el Constituyente mexicano amplió la responsabilidad también a las leyes locales, que fueran contrarias al Acta y la Constitución, o al gobernador respectivo por su publicación, los Congresos generales comenzaron a conocer de la inconstitucionalidad de dichas leyes, dándole entrada a las quejas y deshogándolas como si se tratase de una iniciativa de ley, es decir, primero se recibe y se debate en una Cámara y después se envía a la colegisladora.

El libro de *Historia parlamentaria* de Juan A. Mateos, da cuenta del siguiente caso:

Se declara inconstitucional el decreto núm. 22 de la Honorable Legislatura de Querétaro. Inmediatamente se hizo moción para que se dispensase la

segunda lectura y así se acordó en votación nominal por el sufragio de 34 señores siguientes.¹¹²

Esta es una buena noticia sobre un tema que nunca ha sido estudiado, que nosotros sepamos, pero que explica por qué en el periodo centralista se piensa en un *Supremo Poder Conservador*, a quien se le encomendará la conservación precisamente de la inviolabilidad de la Constitución; y por qué, más adelante, Mariano Otero propone una fórmula interesante para proteger, por un lado, al particular, pero, por otro lado, invalidar las leyes inconstitucionales.

Pese a estos precedentes, el sistema para proteger a la Constitución y a los derechos humanos, ciertamente descansará en los juicios de amparo y en el sistema de la responsabilidad de tipo penal de origen gaditano, mismo que se incorporó plenamente al Código Penal de 1871, el cual dedica todo el Título V, a lo largo de siete capítulos, a la tipificación de los delitos que atacan a los derechos del hombre, como lo comenta Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión que lo elaboró, en la publicación que hace de este Código en 1883.¹¹³ Esta tipificación es tan interesante como la que ya traía el decreto de conspiradores de 1821, aplicado en México en un caso de 1845. He aquí el testimonio:

El señor fiscal concluye con que el general Reyes ha incurrido en crimen de usurpación de una de las más augustas prerrogativas del poder Legislativo y que debe por lo mismo sufrir la triple pena de pérdida de su empleo, inhabilitación perpetua para obtener en la república el cargo de ministro de Estado y otros de igual jerarquía, y reclusión por diez años en un castillo: todo conforme a los artículos 24 y 25 del decreto de las Cortes españolas de 17 de abril de 1821.

Por toda ingente y pesada tradición, las resoluciones de los juicios de amparo de esa época solían traer un doble pronunciamiento: por el primero se otorga el amparo solicitado por el quejoso; por el segundo se consigna a la autoridad responsable, para que se le instruya el correspondiente expediente para hacérsela efectiva, como leemos en el siguiente fallo del 15 de enero de 1881:

¹¹² Mateos, Juan A., *Historia parlamentaria*, t. IV, p. 8.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

Se consigna al Tribunal competente al jefe superior político del Centro y al alcalde de la cárcel de Querétaro, contra quienes se interpuso este amparo, para que se averigüe la responsabilidad en que hubieren incurrido con motivo de los malos tratamientos que ha sufrido Francisca Olvera en la prisión.

Llevamos más de cien años en que los juicios de amparo solamente protegen. Jamás castigan, por olvido, quizá, o por la simple complicidad.

La otra reflexión tiene que ver con los juicios de amparo de la legislación tradicional, de las *Siete Partidas*, de las *Pandectas mexicanas*, o de las leyes recopiladas, según se quiera.

Ya vimos que se declararon en vigor por la ley de 9 de octubre de 1812, misma que se está invocando como vigente en una resolución del 25 de diciembre de 1890,¹¹⁴ además de haberse declarados subsistentes las propias leyes históricas. Tanto así que, aprobadas las leyes de amparo de 1861 y de 1869, continuaron tramitándose esta clase de interdictos y de recursos de amparo.

Veamos el siguiente ejemplo, que hemos tomado del periódico *El Derecho* (t. II, p. 208) Se trata de una resolución emitida por el Juzgado 6o. del ramo civil de México, la cual lleva la fecha del día 17 de noviembre de 1868, y en ella dice que se le da vista:

interdicto de amparo de privilegio y de conformidad con lo dispuesto en la ley 1a., título 14, partes 3a. y 8a., título 22 de la misma partida, fallo: 1o. Que debía absolver y absuelvo de la demanda que sobre amparo de privilegio entabló.

En otra resolución, ahora del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, emitida a través de su Primera Sala, tramitando *un interdicto de retener o de amparo*, termina así: “1a. Se ampara a don Andrés Altamirano en la posesión que tiene”.

Es un ejemplo más, ahora del ámbito de la justicia federal. En efecto, en una resolución de México, a 25 de julio de 1890 se da vista en “un artículo de previo y especial pronunciamiento sobre competencia de la justicia federal para conocer de interdicto de despojo”.

¹¹⁴ Véase esta resolución en el periódico *El Derecho*, tercera época, t. II, pp. 61 y 62.

En esta resolución se precisa que la ley aplicable para conocer de estos supuestos, no es la ley de la Novísima Recopilación, sino la posterior de 9 de octubre de 1812, que en el artículo 12, del capítulo II ordena y transcribe el texto que ya conoce el lector.¹¹⁵

Y así se pueden citar muchísimos ejemplos más, tomados del propio periódico *El Derecho*, que es una publicación coetánea de Ignacio M. Altamirano y de Alfonso Lancaster Jones. También pueden tomarse otros ejemplos de los expedientes judiciales, tanto federales cuanto estatales. En todo caso, no se puede seguir cultivando la cultura del engaño, la simulación y la mentira, o la cultura de la impunidad y la perversión en que hemos vivido desde hace un siglo y en la que seguimos viviendo.

En suma, se aprecia que la influencia de estos juicios es mucho mayor que la de ofrecer el solo nombre de la voz “amparo” a la cultura mexicana de los juicios de amparo.

¹¹⁵ *El Derecho*, t. II, pp. 27, 28, 35, 36, 37 y 38.