

Revista Mexicana de Historia del Derecho

Nueva Época

Volumen 34

Número 45

ENERO-JUNIO DE 2024

ISSN (versión electrónica): 2448-7880



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Revista Mexicana de Historia del Derecho, vol. 34, núm. 45, enero-junio de 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474 ext. 85238, correo electrónico: *rmhd.ijj@unam.mx*. Editor responsable: Luis René Guerrero Galván. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título: 04-2023-010611420300-102. ISSN 2448-7880. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

Revista Mexicana de Historia del Derecho, Segunda Época del *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*.

REVISTA MEXICANA DE HISTORIA DEL DERECHO

Director

Dr. Luis René Guerrero Galván

Coordinación editorial

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Consejo de Honor

Dra. Beatriz Bernal; Dr. José Luis Soberanes

Consejo Editorial

Dr. Silvio Zavala (†); Dra. María del Refugio González; Dr. Andrés Lira González; Dr. José de Jesús López Monroy (†); Dr. Jorge Adame; Dr. Oscar Cruz Barney; Lic. Jaime del Arenal Fenochio; Mtro. Alejandro Mayagoitia; Dr. Rafael Diego Fernández Sotelo; Dr. Marco Antonio Pérez de los Reyes; Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez; Dr. José Enciso Contreras; Dr. Jaime Hernández Díaz; Dr. Humberto Morales.

Comité Editorial

Dr. José Antonio Caballero; Dr. Rigoberto Ortiz Treviño; Dr. José Ramón Narváez Hernández; Dr. Juan Pablo Pampillo; Dr. Rafael Estrada Michel; Mtro. Juan Carlos Abreu y Abreu; Dr. Juan Pablo Salazar Andreu; Dr. Juan Ricardo Jiménez Gómez; Dr. Jesús Antonio de la Torre Rangel; Mtra. María Audry Luer; Mtro. Fernando Marcín Balsa; Dra. Ana Brisa Oropeza Chávez; Dr. Alonso Guerrero Galván; Dra. Carolina Yeveth Aguilar García.

Miembros correspondientes de la Revista en el extranjero

Profa. Linda Arnold (Estados Unidos); Dra. Ana Barrero (España); Dr. Feliciano Barrios (España); Dr. Bernardino Bravo Lira (Chile); Dra. Luisa Brunori (Italia); Dr. Antonio Capuccio (Italia); Dr. Serge Dauchy (Francia); Dr. Antonio Dognac (Chile); Dr. José A. Escudero (España); Dr. Nader Hakim (Francia); Dr. Alberto de la Hera (España); Dr. Farid Lekéal (Francia);

Dr. Abelardo Levaggi (Argentina); Dr. Jorge Luján (Guatemala); Dr. José M. Mariluz Urquijo (Argentina); Dra. Rosa M. Martínez de Codes (España); Dr. Eduardo Martiré (Argentina); Dr. Arturo Muro Romero (España); Dr. Mariano Peset (España); Dr. José Reig Satorres (Ecuador); Dra. Daisy Ripodaz (Argentina); Dr. José Sánchez Arcilla (España); Dr. Víctor Tau Anzoátegui (Argentina); Dr. Carlos Pérez Fernández-Turegano (España); Dr. John F. Chuchiak IV (Estados Unidos); Dr. Juan Carlos Domínguez Nafria (España); Dr. Manuel Andreu Gálvez (España).

Gestor editorial: Dr. José Enrique Atilano Gutiérrez

Las opiniones expresadas en la presente publicación son las de los autores y no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Revista Mexicana de Historia del Derecho por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinObra Derivada 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 15 de marzo de 2024

2024. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Hecho en México

ISSN (versión electrónica): 2448-7880

Contenido

Editorial	VII
-----------------	-----

Artículos

El federalismo mexicano. ¿Una imitación extralógica del federalismo norteamericano?	3
Jorge Chaires Zaragoza	
La verdadera Fórmula Otero en el derecho de amparo en México	31
Julio César Romero Ferré	
Los folletos como instrumentos de recepción de la tradición jurídica en México en el siglo XIX	43
Alejandra Juksdivia Vázquez Mendoza	
Mujeres amancebadas e infidentes frente a la insurgencia en Nueva España (1816-1817)	69
Mariana López Hernández	
Teología moral y justicia penal en Lima siglo XVIII: el lenguaje normativo-teológico y los delitos	93
Elaine Godoy Proatti	

Editorial

Estimados lectores: ponemos a su alcance un nuevo número de la *Revista Mexicana de Historia del Derecho*. Hemos dividido las temáticas de los artículos en dos bloques: el primero versa sobre investigaciones legislativas al interior del derecho mexicano contemporáneo, y el segundo, toca diversos temas del México decimonónico.

Respecto al primer bloque, Jorge Chaires nos ofrece un análisis histórico-jurídico en el que analiza, de manera sugerente, algunas de las razones por las que el federalismo mexicano comparte muchos intereses jurisprudenciales con el federalismo norteamericano; apostando por una interpretación propia de la cultura política federal. En otro orden de ideas, Julio César Romero comparte algunos comentarios críticos en torno al juicio de amparo en México promovido por Mariano Otero y que se conoce como Fórmula Otero.

Alejandra Vázquez apertura el segundo bloque con un análisis sobre la circulación de folletos políticos en México durante el siglo XIX y, de esta manera, ahondar en el tema de la recepción de la tradición jurídica. Por su parte, Mariana Hernández, a partir del estudio documental de dos causas criminales por infidencia y amancebamiento, aporta algunas reflexiones críticas en torno las figuras del Estado, la iglesia y la sociedad novohispana. Por último, Elaine Godoy brinda algunas reflexiones en torno a las distintas relaciones jurídicas entre la teología moral y la justicia penal implementadas en la Real Audiencia en Lima durante el siglo XVIII.

Les recordamos que la convocatoria para el envío de artículos, reseñas y comentarios jurisprudenciales está abierta y es permanente. Para más información, consulte nuestro sitio web: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/historia-derecho/>

Luis René GUERRERO GALVÁN

Director

Artículos

El federalismo mexicano. ¿Una imitación extralógica del federalismo norteamericano?

Mexican federalism. An extra-logical imitation of American federalism?

Jorge CHAIRES ZARAGOZA

 <https://orcid.org/0000-0002-5678-361X>

Universidad de Guadalajara. México

Correo electrónico: jorge.chaires@academicos.udg.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487880e.2024.45.17966>

RESUMEN: A través de un ejercicio metodológico histórico-jurídico en el trabajo se analiza las razones por las cuales el federalismo mexicano resultó ser una imitación extralógica del federalismo norteamericano, a partir de tres variables: primero, la *ratio legis* que llevó a los constituyentes norteamericano y mexicano a adoptar el sistema federal; segundo, la cultura política federal que solo se puede concebir en país con una larga trayectoria de autorregulación y autogobierno, por lo que no puede provenir de las diputaciones provinciales y, tercero, el sistema de distribución de competencias residuales que adoptó tácitamente el Constituyente mexicano de 1824, en un país que no tenía características para retener ni delegar facultades.

Palabras clave: federalismo, descentralización, autorregulación, autogobierno, diputaciones provinciales.

ABSTRACT: Through a historical-legal methodological exercise, the paper analyzes the reasons why Mexican federalism turned out to be an extra-logical imitation of American federalism, based on three variables: first, the *ratio legis* that led the American and Mexican constituents to adopt the federal system; second, the federal political culture that can only be conceived in a country with a long history of self-regulation and self-government, so it could not come from the provincial deputations and, third, the system of distribution of residual powers tacitly adopted by the Mexican constituent of 1824, in a country that had no characteristics to retain or delegate powers.

Keywords: federalism, decentralization, self-regulation, self-government, provincial deputations.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El sistema de distribución de competencias en los Estados Unidos de Norteamérica.* III. *El origen del sistema de distribución de competencias en México.* IV. *El sistema de distribución de competencias del federalismo mexicano no tiene nada que ver con la Constitución de Cádiz. A manera de conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Como bien se sabe, existe un viejo debate respecto a la influencia que recibió el federalismo mexicano, quienes, por un lado, ven una clara influencia del federalismo norteamericano y, quienes, por otro lado, afirman que el génesis del federalismo se encuentra en las diputaciones provinciales de la Constitución de Cádiz de 1812.

Algunos autores de la época como Servando Teresa de Mier, Lorenzo de Zavala, Lucas Alamán o José María Luis Mora, así como autores extranjeros como Henry George Ward, Alex de Tocqueville o, más recientemente, John Lloyd Meham, Kenneth Clinton Wheare o Daniel Elazar, difundieron la idea de que el federalismo mexicano no contaba con un sustento histórico que lo vivificara, sino que había sido una imitación extralógica del federalismo norteamericano.

Dicha tesis fue rebatida por Nettie Lee Benson en su obra *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, al afirmar que México sí contaba con un sustento histórico para la adopción del federalismo, por lo que no había sido una copia del federalismo norteamericano.¹ Para la historiadora norteamericana, la existencia de pequeños reinos o provincias es argumento suficiente para pensar en un sistema federal propio y que la descentralización no había sido un proceso ocurrido bruscamente con la aprobación de la Constitución de 1824, sino gradualmente a lo largo del tiempo, acelerándose con la creación de las diputaciones provinciales en la Constitución española de 1812, en donde, se declararon las provincias como políticamente independientes entre ellas.

La hipótesis de Benson ha permeado en los estudios historiográficos y de derecho constitucional, en donde se asegura que el federalismo mexicano no solo no es una copia del norteamericano, sino que niegan cualquier influencia, ya que su base ideológica emana de la Constitución de Cádiz.

No obstante, estos estudios no han prestado mayor atención a la *ratio legis* que nos permita entender la intencionalidad del constituyente norteamericano y mexicano respecto a la pretensión federalista. Por ejemplo ¿por qué el constituyente norteamericano no declaró expresamente en el texto constitucional la soberanía de los estados y, por el contrario, por qué el constituyente mexicano no solo prescribió su soberanía, sino también que serían independientes y libres?

En su caso ¿cuáles fueron las repercusiones respecto a la evolución y desarrollo del federalismo en un país con una larga experiencia de autogobierno y cuáles en otro país en donde prácticamente no la hubo?

¹ Benson, Nettie Lee, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, Colegio de México-Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Pero, además, se ha minimizado la influencia del sistema distribución de competencias residuales del federalismo norteamericano que, sin señalarse expresamente en el texto constitucional de 1824, fue el mismo que se adoptó, en un país que no tenía características para retener ni delegar facultades.

A partir de un análisis metodológico histórico-jurídico, el presente trabajo tiene como objetivo indagar, por un lado, si el federalismo mexicano resultó ser una imitación extralógica del federalismo norteamericano y, por otro lado, si su antecedente se encuentra en las diputaciones provinciales de la Constitución de Cádiz.

La línea teórica argumentativa se sustenta en que el federalismo es más que un simple sistema de descentralización territorial de competencias, sino que, como lo ha sostenido la doctrina internacional, tiene que ver con una cultura política federal de autogobierno, que le da sentido al régimen de facultades retenidas, delegadas y residuales. El planteamiento del problema parte de cuestionar si las diputaciones provinciales de la Constitución de Cádiz de 1812 crearon esa cultura política de autorregulación y autogobierno suficiente para pensar en un federalismo propio.

En tanto que la hipótesis principal es que México intentó adoptar el mismo sistema de distribución de competencias de los Estados Unidos sin establecer expresamente la cláusula residual en el texto constitucional, en un país que por su evolución y desarrollo histórico no tenía las características para retener ni delegar facultades, porque sencillamente las distintas regiones de la Nueva España nunca las tuvieron; se retiene y se delega algo que se tiene potestad para ejercer.

Y como hipótesis derivada, que ante el argumento de que el federalismo mexicano deviene de la existencia de pequeños reinos o provincias y la división territorial en diputaciones provinciales, ello no las hizo autogobernables, por lo que se puede hablar sí de descentralización, pero no necesariamente de federalismo.

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

1. La importancia de la autorregulación y autogobierno de las trece colonias en la formación del federalismo

El sistema de distribución de competencias del federalismo norteamericano está determinado por las facultades retenidas, delegadas, enumeradas y residuales. Las facultades retenidas son aquellas que las colonias ejercían con anterioridad al pacto y decidieron conservar. Las facultades delegadas refieren

a todas aquellas que estuvieron de acuerdo en ceder al gobierno nacional para la realización de los fines del pacto.

Las facultades enumeradas son aquellas que el constituyente acordó que debería conocer el gobierno nacional y enlistarse de manera taxativa en el texto constitucional. Finalmente, las facultades residuales son todas aquellas que no están expresamente señaladas como competencia del gobierno nacional y que, por exclusión, entran en la esfera de competencia de los gobiernos locales.

Dicho sistema de distribución de competencias encuentra su origen en los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua y en la Constitución de los Estados Unidos. En el artículo II de la Confederación se dispuso que: «Cada Estado retiene su soberanía, libertad e independencia, así como toda potestad, jurisdicción y derecho que esta Confederación no delegue expresamente en los Estados Unidos reunidos en Congreso».

En tanto que en la sección 8ª del artículo II de la Constitución se enumeraron las facultades del gobierno nacional y en la décima enmienda aprobada el 15 de diciembre de 1791 se estableció que: «Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo».

Para entender el sistema de reparto competencial del federalismo norteamericano, es indispensable tener presente la formación y evolución de las trece colonias, particularmente en lo relativo al nacimiento de una nueva cultura política y jurídica de los colonos que alimentó la autorregulación y el autogobierno. Estados Unidos, de acuerdo con Michael Burgess, se construyó sobre la base de la soberanía del pueblo, pero desde abajo y en espiral hacia arriba, desde el individuo en las comunidades locales y municipales para construir el gobierno federal.²

La doctrina constitucional norteamericana tiene muy claro el origen de su sistema federal de reparto competencial basado en cosoberanías que, como afirma Michael Burgess, solo se puede entender a través de su experiencia política de una práctica real del autogobierno colonial local de muchos años, que ayudó a moldear una cultura política federal distinta.³

Para Robert Friedlander, la autorregulación de las colonias inglesas alimentó sentimientos de identidad y pertenencia que sembrarían las semillas de la autonomía y soberanía.⁴ En tanto que para Daniel Elazar, los sistemas

² Burgess, Michael, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2006, p. 11.

³ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

⁴ Friedlander, Robert, “Autonomy and the Thirteen Colonies: Was the American Revolution Really Necessary”, *Duquesne Law Review*, 1980, vol. 18, núm. 3, pp. 507-520.

federales exitosos parecen requerir una base cultural apropiada, que entrelaza el autogobierno y gobierno compartido.⁵ Incluso Tocqueville advertía que el federalismo tenía sentido en un pueblo habituado desde largo tiempo a dirigir por sí mismo sus negocios.⁶

Cuando Montesquieu describe el sistema federal hablaba de una sociedad constituida por otras sociedades, lo que sugiere es que se trata de pueblos soberanos autogobernables, en igualdad de condiciones para celebrar una alianza de paz y gobernabilidad y en donde cada uno de ellos seguía siendo soberano en los asuntos internos.⁷

A pesar de ciertos rasgos de identidad que compartían los habitantes de las colonias inglesas, como el origen europeo, el idioma, una base religiosa judío-cristiana-protestante, así como un sistema institucional político-jurídico heredado del constitucional inglés se desarrollaron núcleos poblacionales con grandes diferencias entre ellos, con identidades propias que iban más allá de simples cuestiones culturales.⁸

Ello fue posible gracias a que la corona inglesa permitió que cada colonia pudiese crear su propio sistema de gobierno y promulgase sus propias leyes, en tanto no contradijeran los estatutos y decretos de la monarquía.

Cada colonia mantenía una relación directa e independiente con el gobierno de Inglaterra, lo que impidió que existiese una dependencia o sumisión con alguna colonia en particular que se asumiera como capital o virreinato, como sucedió en las posesiones españolas. Incluso hubo colonias que se manejaron como propiedad privada. Nueva York fue un territorio feudal propiedad del duque de York; Maryland fue propiedad de los Calvert, condes de Baltimore; Pennsylvania era propiedad de la familia Penn.

Algunas colonias dependían directamente del rey, mientras que otras, como las dos Carolinas, habían sido creadas por compañías privadas y dirigidas por una junta de directores. De acuerdo con Stanley L. Engerman, las colonias eran una mezcla de nación colonizada y regiones independientes con sus propios líderes y legislaturas, elegían a sus propios órganos de representación y al responsable del poder ejecutivo, así como a sus jueces.⁹

⁵ Judah Elazar, Daniel, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987, p. 5.

⁶ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 2008, p. 159.

⁷ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, España, Altaya, 1993, p. 99.

⁸ Cueva Fernández, Ricardo, “¿Qué federalismo? La República estadounidense originaria y las tribulaciones de Publius”, *Menores y derecho, Sección Abierta*, Granada, España, vol. 49, pp. 281-309.

⁹ Engerman, Stanley Lewis, “Institutions of a New Nation: From Thirteen Colonies to the United States”, en *Ronald Harry Coase Conference. The College of Arts and Sciences*, Nueva York, The University at Buffalo, 2015, p. 6.

Ello alentó la formación de una cultura política y jurídica netamente americana. Las colonias crearon un sistema jurídico-político y económico independiente entre ellas y con cierta flexibilidad en su relación con Inglaterra. Aunque estuvieron sometidas a un riguroso control comercial por parte de la corona inglesa, a través de leyes promulgadas desde la metrópoli que regulaban aspectos esenciales como los impuestos, la navegación o la exportación e importación de mercancías, las colonias siempre gozaron de un cierto grado de autodeterminación respecto a sus asuntos internos (*domestic affairs*), que les permitía, por ejemplo, promulgar sus propios estatutos gubernamentales para la formación de los poderes y asambleas electivas, requisitos de sufragio y de cargos públicos, así como reglas para el control presupuestal o derechos de propiedad.¹⁰

La autorregulación fue un proceso fundamental para lograr el autogobierno de las trece colonias. Las primeras regulaciones de los padres fundadores de las colonias, si bien implicaba la pérdida gradual de los derechos consuetudinarios ingleses, abrió la puerta a la autodeterminación que culminaría con la declaración de independencia. Robert A. Friedlander resalta el efecto que tuvo el que la corona británica permitiera que una legislatura local coexistiera con el parlamento inglés, cuando se suponía que era la institución que representaba a todos los ciudadanos ingleses.¹¹

De particular importancia fueron algunos documentos que Donald Lutz los concibe como *protoconstitutions*, que inconscientemente dieron forma al federalismo norteamericano, no tanto como derivación teórica sino como emanación de la experiencia de autodeterminación de las colonias, pero que aún no tenía nombre para describirlo.¹² Entre estos documentos destacan *The Fundamental Orders of Connecticut* de 1639, considerada por algunos como la primera Constitución escrita en América, que creó un autogobierno popular,¹³ así como *The Massachusetts Body of Liberties* de 1641, en donde se reconocen ciertos derechos y libertades que iban más allá de los derechos consagrados en la *Carta Magna* de 1215 y *the Petition of Rights* de 1628.

Con el paso del tiempo, nos dice Friedlander, se hizo cada vez más difícil distinguir entre autorregulación y autogobierno.¹⁴ El derecho de regular su propio sistema de gobierno abrió la posibilidad de autogobernarse, bajo unos principios y derechos muy diferentes a como los entendían los ingleses. Los de-

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Friedlander, Robert, *op. cit.*, p. 511.

¹² Lutz, Donald, "The Articles of Confederation as the Background to the Federal Republic", *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 20, núm. 1, invierno de 1990, pp. 55-70.

¹³ Beaumont, Elizabeth, "The Slow Evolution of the «Constitution State»", en Connor, George y Hammons, Christopher (eds.), *The Constitutionalism of American States*, Columbia, Estados Unidos, University of Missouri Press, 2008, pp. 3-23.

¹⁴ Friedlander, Robert, *op. cit.*, p. 512.

rechos de los hombres libres se concebían de una manera diferente a como el parlamento inglés los tenía en mente.

El reconocimiento de libertades para el ciudadano americano llevaba implícita la libertad de comercio, situación que no era compartida del otro lado del Atlántico. La forma de interpretar y aplicar el derecho colonial comenzó a ser muy distinto del derecho inglés, dando nacimiento al *common law* americano. En la terminología jurídica se comenzó a utilizar cada vez más el acento colonial, que derivó en la divergencia entre la teoría jurídica inglesa y el derecho práctico norteamericano. Para los problemas legales de las colonias, los precedentes del derecho inglés o no existían o sencillamente no eran aplicables.

La permisividad de la corona británica para que las colonias tuviesen un margen muy importante de autorregulación alimentó sentimientos de identidad y pertenencia que los alejarían cada vez más de la calidad de ciudadanos ingleses. Ya no solo era que los ingleses los considerasen como ciudadanos de segunda clase, sino que los americanos comenzaron a marcar sus diferencias con leyes creadas por los americanos para los americanos, que sembraron las semillas de la autonomía y soberanía no solo frente a la madre patria, sino también respecto a las otras colonias y, posteriormente, ante el nuevo gobierno federal.¹⁵

La emancipación de las trece colonias no significó el rompimiento de su vida institucional y legal, sino que implicó una adaptación a las nuevas reglas de juego, que rompieron con las teorías absolutistas reminiscentes de la escuela escolástica medieval, que proclamaban tanto el derecho divino del rey a gobernar, como la unidad del Estado. Si bien en Inglaterra ya se habían establecido límites al poder del monarca, colocando al parlamento y al *common law* por encima del rey, lo cual se vio materializado en los célebres *Case of prohibitions* de 1607 y *Case of Proclamation* de 1610, los constituyentes norteamericanos lo llevaron a un nivel superior al proclamar la soberanía popular y la república: «¡Bajo qué sutilezas y absurdos se ha impuesto a la credulidad de los hombres la teoría del derecho divino!».¹⁶

Las nuevas reglas partían no solo del reconocimiento de la soberanía popular, sino de una doble soberanía dentro del mismo Estado.

El principio de la cosoberanía o doble soberanía es una de las aportaciones más importantes del constitucionalismo norteamericano al mundo de la ciencia política y del derecho. Es una ficción jurídica-política creada como fórmula intermedia entre una alianza de paz de la confederación y del Estado-nación, para solucionar los problemas de unidad de dos o más estados con grandes di-

¹⁵ *Ibidem*, p. 511.

¹⁶ Painr, Thomas, *Los derechos del hombre*, 3a. ed., México, FCE, 2017, p. 37.

ferencias. El constituyente llevó al terreno práctico las ideas de Montesquieu, que invocaban las antiguas confederaciones de los estados griegos y el sistema de autonomías de los pueblos conquistados por los romanos.

La autorregulación y el autogobierno de las colonias derivaron en que se concibiesen como entidades soberanas, a las que se les permitiría seguir gobernándose bajo sus propias leyes y la misma estructura político-institucional que ellos mismos habían diseñado, y que cada uno de los estados retuvieron en defensa de una identidad colectiva etnocultural que fueron construyendo a lo largo de muchos años. Esa identidad estaba lejos de ser expresión de unidad de valores, intenciones y fines, ya que estaba salpicada por una gran diversidad de intereses, actores y formas de acción multipolar tanto de oportunidades como de restricciones. El principal reto era lograr la unidad necesaria para construir una nación dentro de la diversidad: *E pluribus unum*.¹⁷

2. Por qué el constituyente norteamericano ideó en un sistema basado en facultades retenidas, delegadas y residuales

Como se sabe, el sistema federal como hoy lo conocemos tiene lugar y fecha concreta de nacimiento: la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos en 1787, pero comprende un largo proceso de formación que de otra manera no se entendería. Además, surgió con un sentido muy claro: la unión de las trece colonias para la defensa de ataques externos e internos, así como la prosperidad económica de toda la nación, sin que ello no implicará socavar el desarrollo económico y la identidad institucional que habían construido las colonias.¹⁸

Se ha atribuido la implementación del sistema federal de los Estados Unidos a los padres fundadores, particularmente a Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, quienes plasmaron en los famosos *Federalist papers*, las ventajas de abandonar la alianza de la confederación y unirse por medio de una federación. Sin embargo, se ha dejado a un lado la valiosa contribución de los llamados antifederalistas: «*unsung defenders of a federalism*»,¹⁹ quienes hasta 1787 eran considerados los verdaderos federalistas que defendieron las competencias originales de las trece colonias, logrando el establecimiento

¹⁷ Grant, James Alan Clifford, “El sistema federal de los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Los sistemas federales del continente americano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-FCE, 1972, pp. 381-462.

¹⁸ Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, México, FCE, 1994.

¹⁹ Burguess, Michael, *op. cit.*, p. 60.

de un sistema basado en la doble soberanía y el equilibrio de poderes de manera vertical.²⁰

La unión de las trece colonias por medio de un modelo que implicase la existencia de un gobierno central no contaba con el apoyo de la mayoría de la población, que veía con escepticismo y desconfianza las atribuciones que le fueron concedidas al gobierno federal. Los opositores al proyecto constitucional temían que la federación subsumiese a las colonias y las convirtiera en simples departamentos administrativos, haciéndolas volver al pasado absolutista de la corona de la Gran Bretaña.²¹ Como lo hace ver Michael Burgess, no habían liberado una guerra y expulsado a los británicos de América del Norte para ser reemplazados con un nuevo despotismo.²²

El primer reto que tuvieron que enfrentar los defensores del federalismo fue convencer a los antifederalistas, sobre la insuficiencia que representaba la confederación para la unión y protección de las trece colonias. Los constituyentes norteamericanos conocían bien las ideas del Barón de Montesquieu sobre la finalidad del federalismo, quien, en su célebre obra *Del espíritu de las leyes*, afirmaba que la forma en que las repúblicas podían procurar su seguridad era por medio de un convenio entre varias sociedades para conformar un Estado mayor.²³

La confederación se había concebido como una liga de amistad para la defensa y protección mutua, particularmente en contra de los peligros que representaban las potencias externas. No había un gobierno central y cada estado debía ser libre, soberano e independiente. Sin embargo, para los federalistas la alianza ya no garantizaba la seguridad y unión de las colonias, no solo de las amenazas externas, sino también internas (*domestic riots*). «Esperar que pueda continuar la armonía entre varias entidades soberanas vecinas, independientes e inconexas, sería volver la espalda al curso uniforme de los acontecimientos humanos, desafiando la experiencia acumulada a través de los siglos».²⁴

Las disputas entre federalistas y antifederalistas, por un lado, los partidarios de un gobierno federal fuerte y, por el otro lado, los defensores de la soberanía de los estados, fue determinante para que la Unión ya no solo se pensara como una alianza de paz y defensa frente a las amenazas externas, sino también

²⁰ Cornell, Saul, *The Other Founders: Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788-1828*, Chapel Hill, Estados Unidos, University of North Carolina Press, 1999.

²¹ Amar, Akhil Reed, “Anti-Federalists, The Federalist Papers, and the Big Argument for Union”, Massachusetts, Estados Unidos, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1993, vol. 16, núm. 1, p. 111.

²² Burgess, Michael, *op. cit.*, p. 60.

²³ Montesquieu, *op. cit.*, p. 99.

²⁴ Hamilton, Alexander *et al.*, *op. cit.*, p. 19.

contra las ambiciones e intereses internos. Hamilton dedica varios escritos a los peligros internos y las hostilidades entre los estados:

He dedicado los tres últimos números de este periódico a enumerar los peligros a que nos expondríamos, en el supuesto de encontrarnos desunidos, las intrigas y la hostilidad de las naciones extranjeras. Ahora describiré peligros de un género diferente, y tal vez más alarmantes: los que surgirían sin duda alguna de las diferencias entre los Estados mismos y de los bandos y tumultos domésticos.²⁵

Superado el debate sobre la finalidad de la federación, el siguiente reto era definir los límites competenciales entre el gobierno federal y los estados. La labor de los constituyentes norteamericanos no iba a ser sencilla. Había que encontrar la fórmula que permitiera, por un lado, conciliar la necesidad de contar con un gobierno central que asumiera los poderes suficientes para lograr los fines de la Unión, sin invadir la soberanía de los estados y, por otro lado, evitar los peligros que representaba la existencia de estados con demasiada autonomía, que abriese las puertas a los intereses locales haciéndolos débiles frente a los países extranjeros que alentara riesgos secesionistas.

Se concibió la idea de una doble soberanía para convencer a los *antifederalists* de que con la nueva fórmula de distribución de competencias no perderían su soberanía. Madison hizo un análisis pormenorizado de las implicaciones de una doble soberanía, en donde precisaba que en un sistema federal las autoridades forman porciones que son distintas e independientes de la soberanía nacional, pero que no están sujetas a la autoridad federal, la cual está subordinada a ellas.

Refuta las críticas de quienes alegaban que el gobierno propuesto se pudiese calificar como centralista, debido a que la jurisdicción del gobierno nacional se extiende únicamente a ciertos objetivos enumerados y deja a los estados una soberanía residual que es inviolable.²⁶

Si bien tanto los federalistas como los antifederalistas eran partidarios de implementar un sistema de pesos y contrapesos para limitar el poder, no coincidían en las formas. Para el antifederalista John Lansing, conocido en los *antifederalist papers* con el seudónimo de Sidney, la fórmula debía consistir en encontrar un gobierno que combinase las ventajas de las monarquías, aristocracias y democracias, y además excluyera los peligros e inconvenientes que le son propios, es decir, abogaba por una república mixta de gobierno: «La dificultad entonces consiste en conocer cuáles son las proporciones de los ingredientes que deben tomarse de cada uno o, en las palabras de Montesquieu,

²⁵ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

²⁶ *Ibidem*, pp. 158-163.

‘combinar los diversos poderes para regular, atemperar y permitir que marchen de modo que uno se balance contra el otro’». ²⁷

A los antifederalistas les inquietaba el que no se hubiesen establecido los contrapesos necesarios para evitar caer en lo que tanto les había costado desprenderse. “*No taxation without representation*”, se convirtió en el eslogan de las antifederalistas. ²⁸ Fueron muy críticos, por ejemplo, respecto a que no se señalara expresamente en la Constitución el principio de la división de poderes. Veían con gran desconfianza las atribuciones del poder ejecutivo, al que equiparaban con el rey de la Gran Bretaña, «haciéndolo pasar no como un embrión, sino como el hijo plenamente desarrollado de tan detestado antecesor». ²⁹

En palabras de George Clinton, otro antifederalista que escribió con el seudónimo de *Cato*: «La imprecisión del sistema político hará que nuestra posteridad se vea amenazada por la concentración de poder que, conectada con la ambición, el lujo de los gobernantes y la adulación, producirá un Cesar, un Calígula, un Nerón en América, porque las mismas causas se dieron en el Imperio Romano». ³⁰

Preocupaba particularmente la cláusula de poderes implícitos (*implied powers*), prevista en el artículo 1o. (sección octava, fracción 18) de la Constitución: El Congreso tiene facultades: «Para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores y todos los demás que esta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios», que, junto con la declaración de supremacía de la Constitución, de las leyes federales y los tratados internacionales sobre las constituciones de los estados, representaba un riesgo de expansión de poderes del gobierno federal. Así lo expuso Robert Yeats, otro antifederalista conocido con el seudónimo de *Brutus*:

Como está diseñado, este gobierno posee poderes incontrolables: [...] Un poder [legislativo] que puede hacer todas las leyes que sean *necesarias y adecuadas* para ejecutar los poderes que la Constitución le otorga al gobierno de los Estados Unidos será un poder omnicompreensivo que, de hecho, abolirá las legislaturas. ³¹

La fórmula que finalmente permitió conciliar los diferentes intereses locales con las necesidades de la Unión fue la llamada cláusula residual que los

²⁷ Benegas Lynch, Alberto, “Los papeles antifederalistas”, *Libertas*, año VI, núm. 10, mayo de 1989, p. 255.

²⁸ Amar, Akhil Reed, *op. cit.*, pp. 111, 112 y 115.

²⁹ Hamilton, Alexander *et al.*, *op. cit.*, p. 285.

³⁰ Benegas Lynch, Alberto, *op. cit.*, p. 245.

³¹ *Ibidem*, pp. 237 y 239.

antifederalistas pudieron revivir de los artículos de la Confederación: «Art. II. Cada Estado retiene su soberanía, libertad e independencia, así como toda potestad, jurisdicción y derecho que esta Confederación no delegue expresamente en los Estados Unidos reunidos en Congreso». Dicha disposición fue incorporada al texto constitucional como una enmienda en 1791: «Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo».

Con una enumeración taxativa de las atribuciones del gobierno federal junto con la cláusula residual, los estados podían blindarse de las tentaciones de un gobierno que quisiese ir más allá de las atribuciones que expresamente se le habían conferido y, con ello, amenazar con vulnerar su soberanía. Iba a ser un recordatorio permanente de que primero fueron los estados y, después, el gobierno federal; y que solo le habían cedido aquellas atribuciones necesarias para lograr los fines de la Unión, en tanto que los estados se reservarían o conservarían las demás atribuciones para ellos.

Tanto la *doctrine of Enumerated Powers* como *residual power* son doctrinas consideradas como esenciales dentro del sistema federal norteamericano. Por un lado, la unión de estados autónomos y soberanos que ostentan el poder originario y aceptan derivar o delegar ciertas competencias al poder central para la consecución de ciertos fines en común y, por otro lado, un sistema constitucional de reparto de competencias vertical entendido como *balance of powers*, en donde se limita la acción del gobierno federal con facultades taxativas.³²

Sin embargo, los principios de poderes enumerados y residuales pronto se confrontaron jurisprudencialmente con una interpretación amplia de la doctrina de los poderes implícitos, bajo la premisa de que el gobierno posee todas aquellas facultades derivadas o implícitas que sean necesarias y adecuadas para cumplir con aquellas que expresamente le confirió la Constitución, recogida en la famosa sentencia *McCulloch vs. Maryland*, de 1819: «Un Gobierno al que se le confían poderes tan amplios, de cuya debida ejecución depende la vitalidad y la prosperidad de la Nación, también se le deben confiar amplios medios para su ejecución».³³

La enérgica oposición de los antifederalistas fue determinante para construir el sistema de reparto de competencias que caracterizó al federalismo dual de equilibrio de poderes de los Estados Unidos; no obstante, esta fórmula se ha visto alterada de forma importante en distintos momentos de su historia, que ha

³² Corwin, Edward Samuel, “The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States to June 30, 1952”, *American Political Science Review*, 1954, vol. 48, núm. 3, pp. 864-865.

³³ Schwartz, David S., *The Spirit of the Constitution: John Marshall and the 200-Year Odyssey of McCulloch V. Maryland*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, p. 50.

flexibilizado el sistema de distribución de competencias balanceándose entre los poderes enumerados e implícitos y las facultades retenidas, delegadas y residuales, que recuerdan constantemente las raíces del federalismo.³⁴

Para Stanley Engerman, uno de los legados coloniales más importantes fue, precisamente, la mezcla entre un poder centralizador y la descentralización, que permitió la flexibilidad en la toma de decisiones de acuerdo con el contexto histórico, lo que condujo al éxito económico y político de la nueva nación. El federalismo, así concebido, asevera Engerman, implicó la capacidad de tener diferencias entre los estados que, en algunos casos, fueron útiles para la mayoría de los estados, aunque, por otro lado, permitió también que se aceptasen algunas políticas internas en las que no se estaba de acuerdo, como la continuación de la esclavitud en algunas partes de la Unión.³⁵

III. EL ORIGEN DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MÉXICO

1. Estado de la cuestión

Mucho se ha debatido sobre la influencia del federalismo que adoptó la Constitución de 1824. Por un lado, están los partidarios de que la influencia deviene del federalismo norteamericano, en tanto que, para otros, su génesis se debe encontrar en las diputaciones provinciales de la Constitución gaditana de 1812.

En primer término, es necesario precisar de qué se está hablando, porque en el debate se suele confundir la influencia que recibió la Constitución de 1824 con la influencia del federalismo. Existe un consenso en la doctrina constitucional respecto a que la principal influencia proviene del texto gaditano,³⁶ pero también, y en gran medida, del norteamericano y, de manera indirecta, del constitucionalismo francés e inglés.³⁷ Incluso, hay testimonios de que

³⁴ Andreu Castellá, Josep Maria, “Tribunal Supremo y cambios en el federalismo de Estados Unidos”, *Teoría y realidad constitucional*, 2009, núm. 24, pp. 491-510.

³⁵ Engerman, Stanley Lewis, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

³⁶ *Cfr. Memoria del seminario: Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América*, Barceló Rojas, Daniel y Serna de la Garza, José Ma. (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

³⁷ Torre Villar, Ernesto de la, “El decreto constitucional de Apatzingán y sus fuentes legales. Estudio comparativo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año X, núms. 28 y 29, enero-agosto de 1977; Ferrer Muñoz, Manuel y Luna Carrasco, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996. También Eissa-Barroso, Francisco A., “Mirando hacia Filadelfia desde Anáhuac: La Constitución estadounidense en el Congreso Constituyente Mexicano de 1823-1824”, *Política y gobierno*, 2010, vol. 17, núm. 1, pp. 97-125.

la Constitución de Cúcuta fue un referente. Por lo que, en efecto, no se puede afirmar que la Constitución de 1824 sea una copia servil de la norteamericana.³⁸

En donde no existe acuerdo es respecto a la influencia del federalismo. Gran parte de la doctrina ha defendido la hipótesis de Nettie Lee Benson, en el sentido de que las diputaciones provinciales dieron forma al sistema federal, al preverse en la Constitución de Cádiz de 1812 que cada provincia fuera políticamente independiente. La historiadora norteamericana en su obra *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, sugiere que la existencia de pequeños reinos o provincias es argumento suficiente para pensar en un sistema federal propio. Sostiene que la descentralización no había ocurrido bruscamente con la adopción del sistema federal, sino que fue un proceso gradual a lo largo del tiempo, que precipitó la creación de las diputaciones provinciales en la Constitución española de 1812.³⁹

Este argumento ha servido para que una gran parte de la historiografía y del constitucionalismo mexicano rechace las afirmaciones de algunos autores extranjeros como Henry George Ward,⁴⁰ Tocqueville,⁴¹ John Lloyd Meham,⁴² o Kenneth Clinton Wheare,⁴³ respecto a que el federalismo mexicano no tenía un sustento histórico que lo vivificase, sino que había sido una imitación extralógica del federalismo norteamericano. Incluso, la doctrina internacional sigue sosteniendo que México no contaba con el sustento histórico necesario para la adopción del federalismo. Para Daniel Elazar, el federalismo latinoamericano sigue siendo la manifestación primaria de un federalismo feudalista con jefes y caudillos que remplazaron a los condes y duques.⁴⁴

Alicia Tecuanhuey llevó a cabo un excelente trabajo de recopilación doctrinal, en donde reflexiona sobre las distintas interpretaciones de la historiografía en torno al establecimiento del federalismo. Identifica y resalta las divergencias y distintas corrientes constitucionalistas, históricas o político-institucionales. Se enfoca a los análisis de causalidad que la doctrina ha argüido sobre el fracaso de federalismo, a partir del papel que jugaron las regiones o las contradicciones ente liberalismo y centralismo.⁴⁵

³⁸ Barragán Barragán, José, "La Primera Corte Suprema", *La Suprema Corte de Justicia, su tránsito y su destino*, México, SCJN, 1986, pp. 19-35.

³⁹ Benson, Nettie Lee, *op. cit.*

⁴⁰ Ward, Henry George, *México en 1827*, México, FCE, 1981.

⁴¹ Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*

⁴² Meham, John Lloyd, "The Origins of Federalism in Mexico", *The Hispanic American Historical Review*, vol. 18, núm. 2, mayo de 1938, pp. 164-182.

⁴³ Wheare, Kenneth Clinton, *Federal Government*, Nueva York y Londres, Oxford University Press, 1947.

⁴⁴ Judah Elazar, Daniel, *op. cit.*, pp. 192 y 195.

⁴⁵ Tecuanhuey Sandoval, Alicia, "En los Orígenes del Federalismo Mexicano. Problemas

Sin embargo, no analiza la intencionalidad normativa del constituyente que nos permita dilucidar las pretensiones federalistas. Por ejemplo ¿fue la misma razón por la cual el constituyente norteamericano implementó un sistema de cosoberanías que la del constituyente mexicano? o ¿por qué el constituyente norteamericano decidió no establecer expresamente en el texto constitucional que los estados serían libres, soberanos e independientes y, por qué el constituyente mexicano, por el contrario, decidió prescribir que sus partes integrantes son estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior? La respuesta a estas interrogantes nos puede ayudar a entender de mejor manera, las razones por las cuales el federalismo no tuvo el mismo desarrollo que en el país vecino.

Como bien lo expone, Alicia Tecuanhuey, la doctrina constitucional no ha sido unánime en cuanto a la influencia que recibió el federalismo mexicano, asumiendo posiciones incluso discordantes. Por razones de espacio, solo se citarán algunas de las posturas que se consideran más representativas sobre el origen del federalismo mexicano.

Tena Ramírez reconoce que, si bien México no había transitado por la misma trayectoria histórica a la de Norteamérica, ello no era impedimento para adoptar el federalismo, ya que, para él, no era un fenómeno histórico sino una técnica constitucional que bien podía ser importada y utilizada por países que no habían recorrido una trayectoria histórica similar.⁴⁶

De igual manera, Ignacio Burgoa es partidario de que el federalismo mexicano no se había encauzado por los senderos naturales como sucedió con el federalismo norteamericano, pero que no por ello había sido una implementación artificiosa o ficticia, sino que el germen del federalismo eran las diputaciones provinciales.⁴⁷

Jorge Carpizo también apoya esta teoría, aunque, para él, la amenaza segregacionista de algunos estados debe ser considerada como la base del sistema federal. Precisa que fue una necesidad que sirvió para unir lo que se estaba desunido: «El régimen federal no fue una solución de gabinete, teórica, irreal, sino que fue el anhelo de las provincias, por el que lucharon y triunfaron».⁴⁸

José Barragán ha defendido la idea de que el federalismo mexicano comenzó con el Acta de Casa Mata, en donde se dio paso de manera innegable

Historiográficos Recientes”, *Revista Complutense de Historia de América*, 2007, vol. 33, pp. 71-91.

⁴⁶ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 108.

⁴⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1996, pp. 467-469.

⁴⁸ Carpizo, Jorge, “Sistema federal mexicano”, *Los sistemas federales del continente americano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-FCE, 1972, p. 469.

a las proclamas de autodeterminación independiente y soberana de los estados, aunque no niega la influencia de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo mexicano.⁴⁹

Otros autores se han inclinado en el sentido de que el germen del federalismo se encuentra en las diputaciones provinciales de la Constitución de Cádiz, sin concederle ninguna o poca influencia al federalismo norteamericano. David Pantoja Morán incluso llega a asegurar que la referencia que hiciera Ramos Arizpe sobre la creación de diputaciones provinciales en la Nueva España «no dejan lugar a duda acerca de la influencia sobre el origen de la adopción de la forma federal de Estado en México, desechándose la idea de que hubiese sido una copia servil de la norteamericana».⁵⁰

En el mismo sentido, Jaime Enrique Ramírez llega a afirmar que «un análisis de los debates del Congreso Constituyente de 1823 indica que la Constitución estadounidense de 1787 prácticamente no tuvo influencia alguna sobre la Carta mexicana»,⁵¹ no obstante, una lectura más detallada de los debates, como lo hizo Francisco Eissa-Barroso, evidencia el pleno conocimiento que el Constituyente mexicano de 1823-24 tenía sobre la Constitución de los Estados Unidos, quienes constantemente citaban en los debates cuando se discutía el reparto de competencias.⁵²

Jesús Reyes Heróles va más allá al sugerir que la existencia en el ámbito local de cabildos, audiencias, universidades, así como sociedades mineras o religiosas constituyeron factores de descentralización, que crearon hábitos de autogobierno dirigidos a sembrar los gérmenes de las futuras aspiraciones federales.⁵³ En el mismo sentido, Josefina Vázquez apunta que desde el virreinato se venía gestando una federalización clandestina, consecuencia de la le-

⁴⁹ Barragán Barragán, José, *Introducción al federalismo. La formación de los poderes*, Guadalajara, México, Universidad de Guadalajara, 1994, p. 113.

⁵⁰ Cfr. Pantoja Morán, David, “Ramos Arizpe y la gestación del federalismo en México”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, México, Segunda Época, vol. XXVIII, julio-diciembre de 2013, p. 158. Entre los autores que defienden esta postura, Chust Calero, Manuel, “Nación y federación: cuestiones de doceañismo hispano”, en Chust Calero, Manuel (ed.), *Federalismo y cuestión federal en España*, Castellón de la Plana, Universidad Jaime I, 2004, núm. 14, pp. 11-44; Cruzado Campos, Carlos, “Miguel Ramos Arizpe y el federalismo mexicano”, *Historia constitucional. Federalismo y centralismo en México (1824-1847)*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. Disponible en: <https://www.Youtube.Com/Watch?V=K0yy2xycdgi&T=1520s>.

⁵¹ Cfr. Rodríguez Ordóñez, Jaime Edmundo, “La influencia de la emancipación de Estados Unidos en la independencia de Hispanoamérica”, *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, Ecuador, núm. 31, enero-junio de 2010, p. 38.

⁵² Eissa-Barroso, Francisco A., *op. cit.*

⁵³ Reyes Heróles, Jesús, “Los orígenes”, *El Liberalismo Mexicano*, México, FCE, 2008, t. 1, p. 362.

janía con la metrópoli, las dimensiones territoriales de los virreinos y la falta de comunicación, lo que terminó por alentar los intereses locales.⁵⁴

Incluso Jaime Olveda es de la opinión de que la tesis de Nettie Lee Benson debe replantearse, ya que considera que sus raíces se hunden en el siglo XVI, con las constantes demandas de autonomía que los gobiernos y las élites de los distintos reinos plantearon durante el periodo virreinal. Asegura que tanto Ramos Arizpe como otros diputados americanos «no fueron otra cosa que voceros y defensores de las viejas tendencias autonómicas».⁵⁵

Entre los autores que ven una clara influencia del sistema federal norteamericano, se encuentran Jorge Gaxiola, quien considera que el principio de los poderes enumerados y expresos, así como la supremacía constitucional fueron una importación yanqui;⁵⁶ Patricia Galeana, que asegura que los federalistas de 1824 usaron como modelo a la Constitución de los Estados Unidos,⁵⁷ así como Francisco Eissa-Barroso, que en su trabajo *Mirando hacia Filadelfia desde Anáhuac. La Constitución estadounidense en el Congreso Constituyente mexicano de 1823-1824*, demuestra las numerosas referencias a la Constitución de los Estados Unidos.⁵⁸

2. Por qué se afirma que el federalismo mexicano es una imitación extralógica del federalismo norteamericano

A. El conocimiento de la Constitución de los Estados Unidos en 1812

Es posible afirmar, sin cuestionarse, que los diputados novohispanos en Cádiz no sabían nada sobre de los Artículos de la Confederación y del sistema federal de la Constitución de los Estados Unidos, de tal forma que la única influencia del federalismo hubiese sido la Constitución gaditana. Resulta difícil de imaginar si se considera que, para cuando se promulgó la Constitución gaditana en 1812, ya habían pasado treinta y cinco años de la celebración de la confederación y veinticinco años de la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos, además de que existen evidencias de que el gobierno norteamericano-

⁵⁴ Vázquez y Vera, Josefina Zoraida, “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824. Contexto Histórico del Constituyente de 1824”, *México y sus constituciones*, México, FCE, 2003, pp. 78-88.

⁵⁵ Cfr. Olveda, Jaime, *Autonomía, soberanía y federalismo: Nueva Galicia y Jalisco*, Jalisco, México, El Colegio de Jalisco, 2014, p. 72.

⁵⁶ Gaxiola, Francisco Jorge, *Orígenes del sistema presidencial: Génesis del Acta Constitutiva de 1824*, Imprenta Universitaria, 1952, p. 22.

⁵⁷ Galeana Herrera, Patricia, “El Federalismo Mexicano”, *Pluralidad y Consenso*, México, 2019, vol. 9, núm. 40, pp. 4-11.

⁵⁸ Eissa-Barroso, Francisco A., *op. cit.*

no difundió las ideas de su sistema constitucional en los países de América, no solo para alentar los movimientos secesionistas que se habían propagado en todo el territorio de Hispanoamérica, sino también para que adoptaran constituciones similares.

La doctrina constitucional e historiográfica no se ha detenido a analizar con profundidad la influencia que ejerció la alianza de la confederación y la Constitución de los Estados Unidos en las aspiraciones descentralizadoras y autonomistas de los diputados novohispanos en Cádiz, porque se parte de una premisa que no puede ser concluyente, en el sentido de que se tenía poco conocimiento del sistema de gobierno norteamericano, ya que para 1823 circulaba en Puebla una mala traducción impresa de la Constitución de los Estados Unidos.

Jorge Gaxiola se cuestiona si realmente pudieron propagarse las ideas del constitucionalismo norteamericano, en un pueblo que no sabía leer y que realmente eran pocos las personas ilustradas. De acuerdo con Gaxiola, la propaganda de la doctrina Monroe existía desde 1810, cuando los buques llamados *bostonianos*, además de llevar mercancía de contrabando, traían documentos en donde se hacía alusión a los principios proclamados en la Convención de Filadelfia, así como de la Declaración de Independencia y de la Constitución Norteamericana.

Y, aunque, aclara que dicha propaganda debió haber sido un tanto inútil por la barrera del idioma, diversos documentos históricos dan cuenta del conocimiento que se tenía sobre el sistema de gobierno estadounidense y de su interés para que los países latinoamericanos siguiesen su ejemplo.⁵⁹

Los planes expansionistas de los Estados Unidos incluían el desestabilizar a la Corona española para que sus posesiones en América lograsen la independencia, por lo que difundieron por toda Hispanoamérica las desventajas de las monarquías y ensalzaron las virtudes de un gobierno republicano.⁶⁰ Jesús Yemoff Cabrera se refiere a varios documentos que circularon en América Latina de forma clandestina después de que estalló la Independencia de México y en donde se hace referencia al sistema de gobierno de los Estados Unidos.⁶¹

Hay que recordar que Poinsett recorría América del Sur desde 1810, difundiendo las ideas y principios de la Constitución de Norteamérica. Incluso, en 1812 llegó a elaborar un proyecto de Constitución para Chile, con una

⁵⁹ Gaxiola, Francisco Jorge, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰ Ward, Robert Joseph, “Los Estados Unidos y sus intereses en las colonias españolas: la Nueva España”, en Torre Villar, Ernesto de la, (ed.), *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*, México, 1972, vol. 4, pp. 63-93.

⁶¹ Yhmoff Cabrera, Jesús, “Dos publicaciones periódicas de interés para los estudiosos del federalismo en México”, *Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas*, México, 2013, núms. 16 y 17, pp. 145-178.

evidente similitud con la Constitución de los Estados Unidos.⁶² La provincia de Cartagena, en una circular de fecha 19 de septiembre de 1810, recomienda la adopción del sistema federal. Además de que el Acta de la Confederación de las Provincias de la Nueva Granada de 1811, sigue los mismos principios de los Artículos de la Confederación norteamericana,⁶³ al promulgar que: «Las Provincias Unidas de la Nueva Granada se reconocen mutuamente como iguales, independientes y soberanas».

En la carta que el jalisciense Tadeo Ortiz le envía a José María Morelos el 18 de junio de 1812 desde Nueva Orleans, le hace saber que los países del sur habían logrado su independencia y establecido un sistema de gobierno republicano, siguiendo la Constitución del país vecino.⁶⁴

Como se sabe, en 1811 el gobierno estadounidense condicionó el préstamo de 20 millones de pesos para financiar la causa independentista, a que México adoptase un gobierno republicano y aprobase una Constitución similar. Ernesto de la Torre, afirma que hubo influencia del proceso constitucional de los Estados Unidos en los primeros textos constitucionales de México, particularmente en la Constitución de Apatzingán, no solo por parte de la Constitución norteamericana, sino de algunas constituciones de los estados de la Unión, como la de Massachusetts aprobada en 1780 o la de Pennsylvania en 1790.⁶⁵

Es evidente, pues, que en todo América hispana se tenía conocimiento de la Constitución de los Estados Unidos, aunque se limitara a algunas pocas personas, ya que eran las que finalmente debatirían el tema en los congresos constituyentes. Todo ello nos pone en contexto sobre las expectativas que pudo haber generado el sistema constitucional a poco tiempo de estallar la revuelta independentista en la Nueva España, lo que evidencia que tanto los principios federalistas como autonomistas estaban presentes y se articulaban, por lo que no se puede llegar a afirmar, de manera categórica, que las ideas descentralizadoras de los diputados americanos en Cádiz surgieron única y exclusivamente de las diputaciones provinciales, sino que eran aspiraciones que se alimentaron con los ejemplos de la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución de Cádiz.

⁶² Guerrero Lira, Cristián, “El Proyecto Constitucional de Joel R. Poinsett para Chile: 1812”, *Cuadernos de historia*, Santiago, núm. 37, diciembre de 2012, pp. 225-240.

⁶³ Camargo, Pedro Pablo, “La federación en Colombia”, *Los sistemas federales del continente americano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-FCE, 1972, p. 342.

⁶⁴ Hernández y Dávalos, Juan Evaristo, *Colección de documentos para la historia de la guerra de Independencia de México de 1808 a 1821*, Edición Facsimilar de 1877-1882, México, 1985.

⁶⁵ Torre Villar, Ernesto de la, *op. cit.*

B. La autonomía o la descentralización no es necesariamente federalismo

Ahora bien, concediendo que, en efecto, al momento de la promulgación de la Constitución de 1812 no se sabía nada o muy poco de la Constitución de los Estados Unidos, por lo que la única fuente de descentralización debió de provenir de la existencia de reinos y provincias y, en su caso, de las diputaciones provinciales, nos lleva a cuestionar si dichos reinos y provincias eran autogobernables, de forma que sugiriera que estarían en condiciones para formar una república compuesta con estados libres, soberanos e independientes en todo lo concerniente a su régimen interior.

Como se expuso, el federalismo de los Estados Unidos tuvo sentido por su largo proceso de autorregulación y autogobierno, lo que nunca sucedió con los territorios de la corona española en América, por lo que el federalismo estaba destinado a fracasar.

La relativa autonomía y descentralización que pudieron tener los distintos reinos o provincias de ningún modo supuso la creación normativa, lo cual, como refiere Robert Friedlander (1979), es el primer paso al autogobierno. Por otro lado, se debe considerar que esa autonomía y descentralización existe en mayor o menor medida en todos los países, incluso centralistas o unitarios.

Estos argumentos se caen desde el momento en que España no se proclamó como federal, como lo hizo notar la historiadora Susana Uribe de Fernández de Córdoba,⁶⁶ y como tampoco lo hizo Francia que, siendo un país con fuerte arraigo regionalista en el antiguo régimen derivado de una larga tradición feudalista, se decidió por un gobierno unificado.

Como se ha documentado, Ramos Arizpe y otros diputados buscaban la descentralización política y administrativa de las provincias de la Nueva España,⁶⁷ pero no se puede inferir de ahí que fuera el origen del sistema federal en México. Los diputados de la Nueva España en Cádiz, hasta donde se sabe, no llevaban abiertamente pretensiones federalistas, aunque, de acuerdo con Manuel Chust,⁶⁸ parece ser que veladamente lo aspiraban.

Se puede hablar de autonomía o descentralización, pero nunca de federalismo, porque el federalismo implica más que una simple distribución territorial de competencias, sino que tiene que ver con un sistema que involucra a pueblos soberanos con una larga tradición de autorregulación y autogobierno, de tal for-

⁶⁶ Uribe de Fernández de Córdoba, Susana, "Orígenes del Federalismo", *Historia Mexicana, El Colegio de México*, México, vol. 6, núm. 2, octubre-diciembre de 1956, pp. 284-288. Disponible en: <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/673/564>.

⁶⁷ Rojas Nieto, Beatriz, "El reclamo provincial novohispano y la Constitución de Cádiz", *ISTOR: Revista de Historia Internacional*, México, 2006, vol. 7, núm. 25, p. 133.

⁶⁸ Chust Calero, Manuel, *op. cit.*, pp. 11-44.

ma que la distribución de competencias se define por las facultades retenidas, delegadas y residuales; se retiene y se delega algo sobre lo que se tiene potestad para ejercer.

Esa cultura política federal de autorregulación y autogobierno no pudo forjarse en los países que venían de un sistema centralista como el que ejerció la monarquía española. La presencia de ciertos intereses locales, como lo refiere Reyes Heróles, o afirmar que el abandono de las provincias por parte del gobierno virreinal fue un poderoso resorte que compelió al federalismo, como lo sugiere David Pantoja, no nos conduce a la existencia de un pueblo habituado desde largo tiempo a dirigir por sí mismo sus negocios, como lo hizo notar Tocqueville, ni pensar en una cultura política federal como la norteamericana que, como lo señala Michael Burgess se construyó desde abajo, sobre la base de la soberanía del pueblo.⁶⁹ Y ello se logra, en gran medida, debido a dos elementos: la autorregulación y el autogobierno.

Jaime Edmundo Rodríguez considera erróneo suponer que el fracaso de los países recién emancipados de la corona española se debió a su falta de preparación para un gobierno autónomo, así como la adopción de modelos políticos extranjeros inapropiados, pues según él, los habitantes de la monarquía española estaban bien preparados para el gobierno autónomo.⁷⁰

Sin embargo, ello resulta poco creíble por la sencilla razón de que las nuevas instituciones operaban sin las leyes y reglamentos necesarios para su adecuado funcionamiento, como tampoco con recursos, personal ni instalaciones, como se evidencia en el informe que la Suprema Corte de Justicia presentó en 1834, sobre la creación e instalación de los juzgados y tribunales en todo el país:

[...] había jueces pero no existían locales donde atendieran. No tenían personal por falta de recurso. Muchos eran abogados sin experiencia, pues lo únicos centros de práctica judicial habían sido las residencias de las antiguas audiencias. [...] Casi todos los abogados deseaban ocupar cargos en el centro del país y no trasladarse a los desiertos del Norte ni a las selvas tropicales [...].⁷¹

Por mucho que los diputados novohispanos pidiesen abierta o veladamente de un sistema federal, sus propuestas no se acercaban en nada a las de un sistema de transmisión de facultades desde lo local, porque nunca las tuvieron.

⁶⁹ Burgess, Michael, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁰ *Cfr.* Rodríguez Ordóñez, Jaime Edmundo, *op. cit.*, p. 41.

⁷¹ Cabrera Acevedo, Lucio, “Orígenes y primeros años de la Suprema Corte de Justicia”, en *La Suprema Corte de Justicia, sus Orígenes y Primeros Años, 1808-1847*, México, SCJN, 1986, p. 60.

El federalismo, así entendido, se reduce a una cuestión de nomenclatura o técnica constitucional, que solo puede entenderse como un simple modelo de descentralización de competencias y no un modelo que implique entidades autogobernables que retengan y deleguen facultades a fin de defender su institucionalidad e identidad, de tal manera que justifique la celebración de un pacto, como lo hizo ver Ignacio Burgoa: «Esta situación se revela en la falta de autarquía o autosuficiencia económica de las entidades federativas y de los municipios que las integran, los cuales no podrían subsistir sin el respaldo pecuniario de la Federación».⁷²

En todo caso, se coincide con José Barragán en el sentido de que no fue sino hasta el plan de Casa Mata que se comienza a plantear, aunque de manera velada, un sistema de distribución de competencias basado en cosoberanías, y en donde surgieron por primera vez proclamas de autodeterminación independiente y soberana de algunos estados.

IV. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL FEDERALISMO MEXICANO NO TIENE NADA QUE VER CON LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En el texto constitucional de 1824 se recogieron algunos principios jurídicos del sistema federal, que conducen a afirmar que no solo fue una imitación extralógica sino una mala copia.

Los constituyentes mexicanos entendieron mal el significado y los alcances del federalismo y lo que hicieron fue aplicar las reglas de un sistema de distribución de competencias que el constituyente norteamericano ideó para solucionar los problemas de la unión de las trece colonias y de acuerdo con su muy particular realidad histórica, muy diferente a la mexicana, como en su momento lo hicieron ver Fray Servando Teresa de Mier o, incluso, Simón Bolívar.

Primero, porque el constituyente mexicano implementó un modelo que se acerca más a una confederación que una federación, al establecer en el artículo 6o. del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, que las partes integrantes serían estados «libres, soberanos e independientes, en lo que exclusivamente corresponda a su administración y gobierno interior, según se detalla en esta acta y en la constitución general».

Esta disposición se recoge de los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua de las trece colonias de Norteamérica, que su artículo 2o. señala que cada Estado conservaría su «soberanía, libertad e independencia». Pero a diferencia de la Constitución mexicana esta disposición no se estableció en el

⁷² Burgoa Orichuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 464.

texto constitucional de los Estados Unidos porque, como se expuso, se entendió perfectamente que declarar la soberanía de los Estados miembros amenazaría los propósitos de la Unión, lo que nos dice que el constituyente mexicano entendió no de una manera distinta sino errónea la *ratio legis* norteamericana para implementar el federalismo, al no entender y visualizar los riesgos que implicaría declarar a los estados como libres, soberanos e independientes.

En este punto, existe un consenso en el constitucionalismo mexicano, en cuanto que la adopción del federalismo mexicano fue una elección o, como lo apunta Jorge Carpizo, una necesidad para unir lo que se estaba desuniendo.⁷³

La segunda influencia se encuentra no solo en lo que dice la Constitución de 1824 sino en lo que no dice. De acuerdo con una interpretación declarativa productora, se puede afirmar que se siguió un sistema de reparto de competencias residual, pero el constituyente lo entendió de manera tácita y ello se desprende de la simple lectura sistemática y armónica de la Constitución de los Estados Unidos y de la Constitución de México de 1824.

Esto es, en la Constitución de Estados Unidos se enumeraron las competencias que consideraron debían entrar en la esfera del gobierno central, para mantener la unión y la prosperidad de los estados miembros y, de manera residual, todas las demás competencias les correspondían a los estados. Para lo cual, se dispuso en la décima enmienda que los poderes que la Constitución no delegaba al gobierno federal ni prohibía a los estados quedaban reservados a los estados o al pueblo.

Los constituyentes mexicanos de 1824, sin adoptar expresamente la misma disposición, siguieron el mismo modelo del federalismo residual de competencias. Es decir, enumerar las competencias del gobierno federal y dejar las restantes competencias a los estados. La prueba es que los constituyentes dedicaron tan solo cinco artículos a los estados (157 al 162), porque entendieron que eran soberanos para regular su régimen interior, a diferencia de los 30 artículos (307 al 337) de la Constitución centralista de Cádiz, que regula de la manera más detallada posible las competencias de las provincias y ayuntamientos.

La tercera influencia se encuentra en el principio de poderes implícitos que el constituyente norteamericano estableció para que el gobierno federal pudiera cumplir con los poderes que el Congreso le había conferido. Como se explicó, en la Constitución de los Estados Unidos (artículo 1o., sección octava, fracción 18), se dispuso que el Congreso tiene facultad: «Para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores y todos los demás que esta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o a cualquiera de sus departamentos o funcionarios».

⁷³ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 469.

Esta disposición es muy similar a lo que se estableció en la fracción 31 del artículo 50 de la Constitución de 1824, que dispone que el Congreso tiene facultad para: «Dictar todas las leyes y decretos que sean conducentes, para llenar los objetos de que habla el artículo 49, sin mezclarse en la administración interior de los estados».

Pero, a diferencia de los Estados Unidos, en México no se diseñó un mecanismo jurídico para que la actuación del gobierno federal no se viera obstaculizada por una interpretación taxativa de los poderes enumerados del gobierno federal; es decir, nunca se implementó la cláusula de poderes implícitos que en los Estados Unidos se definió vía jurisprudencial y ha permitido la flexibilidad de su sistema federal que lo caracteriza.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMAR, Akhil Reed, “Anti-Federalists, the Federalist Papers and the Big Argument for Union”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Massachusetts, 1993, vol. 16, núm. 1, p. 111.
- ANDREU CASTELLÁ, Josep Maria, “Tribunal Supremo y cambios en el federalismo de Estados Unidos”, *Teoría y realidad constitucional*, 2009, núm. 24.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *Introducción al federalismo. La formación de los poderes*, Guadalajara, México, Universidad de Guadalajara, 1994.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, “La Primera Corte Suprema”, *La Suprema Corte de Justicia, su tránsito y su destino*, México, SCJN, 1986.
- BEAUMONT, Elizabeth, “The Slow Evolution of the «Constitution State»”, en CONNOR, George y HAMMONS, Christopher (eds.), *The Constitutionalism of American States*, Columbia, Estados Unidos, University of Missouri Press, 2008.
- BENEGAS LYNCH, Alberto, “Los papeles antifederalistas”, *Libertas*, año VI, núm. 10, mayo de 1989.
- BENSON, Nettie Lee, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, Colegio de México-Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- BURGESS, Michael, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2006.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1996.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, “Orígenes y primeros años de la Suprema Corte de Justicia”, *La Suprema Corte de Justicia, sus orígenes y primeros años, 1808-1847*, México, SCJN, 1986.

- CARPIZO, Jorge, “Sistema Federal Mexicano”, en *Los sistemas federales del Continente Americano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-FCE, 1972.
- CAMARGO, Pedro Pablo, “La federación en Colombia”, *Los sistemas federales del continente americano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-FCE, 1972.
- CHUST CALERO, Manuel, “Nación y federación: cuestiones de doceañismo hispano”, en CHUST CALERO, Manuel (ed.), *Federalismo y cuestión federal en España*, Castellón de la Plana, Universidad Jaime I, 2004, núm. 14.
- CORNELL, Saúl, *The other founders: Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788-1828*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999.
- CORWIN, Edward Samuel, “The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States to June 30, 1952”, *American Political Science Review*, 1954, vol. 48, núm. 3.
- CRUZADO CAMPOS, Carlos, “Miguel Ramos Arizpe y el federalismo mexicano”, en *Historia constitucional. Federalismo y centralismo en México (1824-1847)*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=k0yY2XYcdGI&t=1520s>
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, “¿Qué Federalismo? La República estadounidense originaria y las tribulaciones de Publius”, *Menores y derecho*, Granada, España, *Sección Abierta*, 2015, vol. 49, pp. 281-309.
- EISSA-BARROSO, Francisco A., “Mirando hacia Filadelfia desde Anáhuac: La Constitución estadounidense en el Congreso Constituyente Mexicano de 1823-1824”, *Política y gobierno*, 2010, vol. 17, núm. 1, pp. 97-125.
- ENGERMAN, Stanley Lewis, “Institutions of a New Nation: From Thirteen Colonies to the United States”, *Ronald Harry Coase Conference. The College of Arts and Sciences*, Nueva York, Estados Unidos, The University at Buffalo, 2015.
- FERRER MUÑOZ, Manuel y LUNA CARRASCO, Juan Roberto, *presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo Mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- FRIEDLANDER, Robert, “Autonomy and the Thirteen Colonies: Was the American Revolution Really Necessary”, *Duquesne Law Review*, vol. 18, núm. 3, 1980.
- GUERRERO LIRA, Cristián, “El Proyecto Constitucional de Joel R. Poinsett para Chile: 1812”, *Cuadernos de historia*, Santiago, núm. 37, diciembre de 2012, pp. 225 - 240.

- GALEANA HERRERA, Patricia, “El federalismo mexicano”, *Pluralidad y consenso*, México, 2019, vol. 9, núm. 40, pp. 4-11.
- GRANT, James Alan Clifford, “El sistema federal de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Los sistemas federales del continente americano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-FCE, 1972, pp. 381-462.
- GAXIOLA, Francisco Jorge, *Orígenes del sistema presidencial: Génesis del Acta Constitutiva de 1824*, Imprenta Universitaria, 1952.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El federalista*, México, FCE, 1994.
- HERNÁNDEZ Y DÁVALOS, Juan Evaristo, *Colección de documentos para la historia de la guerra de Independencia de México de 1808 a 1821*, Edición facsimilar de 1877-1882, México, 1985.
- JUDAH ELAZAR, Daniel, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987.
- LUTZ, Donald, “The Articles of Confederation as the Background to the Federal Republic”, *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 20, núm. 1, invierno de 1990, pp. 55-70.
- MECHAM, John Lloyd, “The Origins of Federalism in Mexico”, *The Hispanic American Historical Review*, vol. 18, núm. 2, mayo de 1938, pp. 164-182.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Altaya, 1993.
- OLVEDA, Jaime, *Autonomía, soberanía y federalismo: Nueva Galicia y Jalisco*, Zapopan, Jalisco, El Colegio de Jalisco, 2014.
- PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, 3a. ed., México, FCE, 2017.
- PANTOJA MORÁN, David, “Ramos Arizpe y la gestación del federalismo en México”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, México, Segunda Época, vol. XXVIII, julio-diciembre de 2013, pp. 147-181.
- REYES HEROLES, Jesús, “Los orígenes”, *El liberalismo mexicano*, México, FCE, 2008, t. 1.
- RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ, Jaime Edmundo, “La influencia de la emancipación de Estados Unidos en la Independencia de Hispanoamérica”, *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia*, Ecuador, núm. 31, enero-junio de 2010.
- ROJAS Nieto, Beatriz, “El Reclamo Provincial Novohispano y la Constitución de Cádiz”, *ISTOR: Revista de Historia Internacional*, México, 2006, vol. 7, núm. 25, pp. 132-145.
- SCHWARTZ, David S., *The Spirit of the Constitution: John Marshall and the 200-Year Odyssey of McCulloch V. Maryland*, Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2019.
- TECUANHUEY SANDOVAL, Alicia, “En los orígenes del federalismo mexicano. Problemas historiográficos recientes”, *Revista Complutense de Historia de América*, 2007, vol. 33.

- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 1994.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 2008.
- TORRE VILLAR, Ernesto de la, “El Decreto Constitucional de Apatzingán y sus fuentes legales. Estudio comparativo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año X, núms. 28 y 29, enero-agosto de 1977.
- URIBE DE FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Susana, “Orígenes del federalismo”, *Historia mexicana, El Colegio de México*, México, vol. 6, núm. 2, octubre-diciembre de 1956, pp. 284-288. Disponible en: <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/673/564>
- VÁZQUEZ Y VERA, Josefina Zoraida, “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1824. Contexto Histórico del Constituyente de 1824”, *México y sus Constituciones*, México, FCE, 2003.
- WARD, Henry George, *México en 1827*, México, FCE, 1981.
- WARD, Robert Joseph, “Los Estados Unidos y sus intereses en las colonias españolas: la Nueva España”, en TORRE VILLAR, Ernesto de la (ed.), *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*, México, 1972, vol. 4, pp. 63-93.
- WHEARE, Kenneth Clinton, *Federal Government*, Nueva York y Londres, Oxford University Press, 1947.
- YHMOFF CABRERA, Jesús, “Dos publicaciones periódicas de interés para los estudiosos del federalismo en México”, *Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas*, México, núm. 16-17, 2013.

La verdadera Fórmula Otero en el derecho de amparo en México

The real Otero Formula in Mexican amparo law

Julio César ROMERO FERRÉ

Posgrado en Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí

Correo electrónico: julio.ferre@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487880e.2024.45.15262>

RESUMEN: El juicio de amparo en México, surgido de la invención de Mariano Otero y Mestas,¹ producto de su incommensurable visión social, y gracias a la lectura que realizó de la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, fue algo que causó un positivo impacto a nivel global en la historia del derecho, de tal suerte, que la mayoría de los diferentes Estados hispanoamericanos lo adoptaron *ex profeso* en sus respectivos quehaceres jurídicos, empero, con sus propias costumbres y limitaciones.

Palabras Clave: Fórmula Otero, derecho de amparo, relatividad de las sentencias, Alexis de Tocqueville, jurisprudencia.

ABSTRACT: The amparo trial in Mexico, which arose from the invention of Mariano Otero y Mestas, product of his immeasurable social vision, and thanks to his reading of Alexis de Tocqueville's work, *Democracy in America*, was something that caused a positive impact at a global level in the history of Law, to such an extent, that most of the different Hispanic American States adopted it *ex profeso* in their respective juridical tasks, however, with their own customs and limitations.

Keywords: Fórmula Otero, amparo law, relativity of judgments, Alexis de Tocqueville, jurisprudence.

SUMARIO: I. “*De la démocratie en Amérique*” de Alexis de Tocqueville. II. *Proyecto de Constitución para el Estado de Yucatán: 23 de diciembre de 1840*. III. *El Proyecto de la Minoría de 1842*. IV. *El Acta de Reformas de 1847*. V. *La Constitución de 1857*. VI. *La Constitución de 1917*. VII. *Naturaleza de la ley*. VIII. *Características de la ley*. IX. *Jerarquía de las leyes en los Estados Unidos Mexicanos*. X. *Leyes autoaplicativas y leyes heteraplicativas*. XI. *Bibliografía*.

¹ Es preciso mencionar que a Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá se le considera como el precursor de esta institución, y a don Mariano Otero como su creador.

I. DE LA DÉMOCRATIE EN AMÉRIQUE DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE

Esta obra que data del año de 1835 fue la tesis de Alexis de Tocqueville, vizconde de Tocqueville (Francia). Con dicha obra, a su joven autor se le catalogó, intelectualmente hablando, a la altura de Aristóteles y de Maquiavelo. En el capítulo IV de la *Democracia en América*, cuyo título es “El Poder Judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política”, Tocqueville menciona la siguiente idea:

La primera característica del Poder Judicial, entre todos los pueblos, es la de servir de árbitro. Para que tenga lugar la actuación de los tribunales, es indispensable que haya litigio. Para que haya juez es necesaria la existencia de un proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una demanda, el Poder Judicial no tiene ocasión de ocuparse de ella. Existe, aunque no se la vea. Cuando un juez, en un proceso, se opone a una ley relativa al mismo, amplía la esfera de sus atribuciones; pero sin éxito, porque le fue necesario juzgar a la ley misma para llegar a juzgar el proceso. Cuando se pronuncia sobre una ley sin partir de un litigio, se sale completamente de su círculo para invadir el del Poder Legislativo.

La segunda característica del Poder Judicial es la de poder pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales. Cuando un juez decide una cuestión particular, destruye un principio general por la certidumbre que tiene sobre él. Siendo cada una de las consecuencias de dichos principios abordadas de la misma forma, el principio se hace estéril y permanece en su círculo natural de acción. Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener en cuenta un caso particular, sale de la esfera en la que todos los pueblos están de acuerdo en mantenerlo.

Se transforma en algo más importante todavía y más útil quizá que un magistrado, pero cesa de representar al Poder Judicial.

La tercera característica del Poder Judicial es la de no poder actuar más que cuando se acude a él o, según la expresión legal, cuando se le somete una causa.²

Tomando como referencia lo dicho acerca de la segunda característica del Poder Judicial estadounidense, surge la necesidad de preguntarse por la relación que ésta tiene con la Fórmula Otero o, en otras palabras, con el principio de relatividad de las sentencias de juicios de amparo. Esto se debe a que, para Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, la cita antes mencionada le sirvió como ejemplo para elaborar el *Proyecto de Constitución yucateca* en 1840. Con motivo de esa inspiración, el célebre jurista yucateco implementó el prin-

² Tocqueville, Alexis de, *De la Démocratie en Amérique*, 12a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 106 y 107.

cipio de relatividad de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales en materia de cuestiones ventiladas con motivo de leyes inconstitucionales. Lo anterior fue consecuencia de una adecuación mexicana a la figura jurídica de origen hispano-norteamericano que García Rejón hizo con base en la lectura que hizo de la *Democracia en América*. La modificación antes mencionada tenía la función de proteger al particular o gobernado contra los diversos actos de la autoridad contemplados, *prima facie*, como contrarios a la Ley Fundamental.

Lamentablemente, esta nobilísima institución jurídico política fue objeto de una artera amputación por parte de la Comisión Constituyente de 1856. Dicha amputación consistió en derogar los numerales 22, 23 y 24 que conformaban el *Acta de Reformas*, los cuales contenían y explicaban de manera sistemática el procedimiento de anulación de una ley inconstitucional, dejando únicamente en vigencia el artículo 25 del mismo documento, cuyo contenido versa sobre el principio de relatividad de las sentencias de los juicios de amparo. A este último se le conoce, aunque de manera errónea, por *Fórmula Otero*.

Lo anterior es así debido a que, en la exposición de motivos antes contextualizada, se arguyeron justificaciones que dejaron mucho que desear *verbi gratia*. El hecho quedó justificado en una sentencia emitida por Mariano Otero en la que decía que la *Fórmula Otero*: “era sinónimo de una declaración vehemente con la cual se ultrajaba a la soberanía federal o de los Estados; o el criterio de entender que las mismas sentencias ultrajaban y deprimían al poder soberano del cual había nacido la ley.”

Esto nos lleva a pensar que la referida Comisión Constituyente tuvo ciertos intereses ocultos propios de un Estado autoritario. Lo peor de todo fue que dicha modificación, propuesta en 1856 y ratificada en 1857, prevaleció hasta el día de hoy *—némine discrepante—*, permitiendo, a su vez, una vida legal que iba en contra de toda lógica jurídica, pues se le estaba dando a esta ley inconstitucional un trato de autoridad contrario al Pacto Federal; siendo este último concreto y particular, mientras que dicha ley no era particular ni tampoco concreta. En ese sentido, debemos recordar que la ley es, y debe ser, general impersonal, abstracta y obligatoria.

Es así, pues, que la *Formula Otero* subsiste legalmente, aun cuando se ha demostrado su inconstitucionalidad; y continúa aplicándose de manera injusta a todos los demás gobernados que no pueden o que no han tenido la oportunidad de excitar la función jurisdiccional para que se les ampare con la protección de la justicia de la Federación, cesando la efectividad de dicha ley. De esto último surge preguntarse: ¿qué pasa con lo establecido en el numeral 13 del Código Político que contempla la prohibición del fuero? ¿Acaso el hecho de que una persona logre el amparo y que, con motivo del mismo, no se le imponga más la ley que impugnó, significa que tiene ciertos privilegios respecto a quienes sí se les sigue aplicando la ley? En ese sentido, es oportuno

precisar que al haber cercenado la original *Formula Otero*, inevitablemente crearon una *inconstitucionalidad constitucional*. Esto se asevera, en tanto que el numeral 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, *prima facie*, el principio de supremacía constitucional, mismo que refiere que la Carta Magna goza de suprallegalidad respecto de los ordenamientos que de ella misma emanen.

Por su parte, el artículo 107, en su fracción II, enuncia y da a entender que la ley impugnada por inconstitucional se mantendrá en vigencia, en el supuesto de que quede demostrada con la sentencia que ampare al quejoso, esto, porque las sentencias pronunciadas en los juicios de amparo tienen efectos de *res inter alios acta* y nunca *erga omnes*.

En lo concerniente a la cuestión de los efectos de las sentencias, en México existe la figura jurídica conocida como *controversia constitucional*, comprendida desde el 31 de diciembre de 1994 en la fracción I del artículo 105 del Código Político. Éstas son cuestiones legales que se ventilan ante el máximo tribunal del país, quien tiene el monopolio de su conocimiento y cuyas partes litigantes son personas morales oficiales que afectan e interfieren entre una ley y la demás. Por lo tanto, las sentencias sí tienen efectos de generalidad en los juicios, so pretexto de que con las mismas sentencias que protegen, se beneficie a todos los habitantes que conforman la población de la entidad regional que se defiende.

Por otra parte, la *Fórmula Otero*, que no es otra cosa que el principio de relatividad que caracteriza a las sentencias de amparo, y que en el juicio de amparo en contra de las leyes se trata de una cuestión de *summa gravaminis*, pues dicho principio deja sin efectos a la ley impugnada por inconstitucional mientras aún exista cualquier tipo de relación con el quejoso previamente amparado, dejando subsistente al precepto normativo en relación a todos los demás gobernados afectados por la misma ley; lo que no tiene mucha coherencia jurídica, pues, al ser la ley válida para algunos, pero no obligatoria para otros, ésta pierde una de sus características: la generalidad.

El pensamiento que se contrapone a todo lo que anteriormente dicho señala que el juicio de amparo nació con la *Fórmula Otero* y que con ella debe permanecer. Este razonamiento se justifica en tanto que el principio de relatividad distingue al juicio de amparo mexicano de los demás sistemas de control constitucional por vía jurisdiccional prevalecientes en otros países.

Por lo tanto, cabe preguntar de nuevo: ¿pero esto cómo aplica en el caso de las leyes inconstitucionales? En ese tenor, el hecho de que se mantenga con vigencia una ley que ha sido declarada inconstitucional por el Poder Judicial Federal está fuera de toda lógica jurídica, sobre todo en un sistema democrático como el que prevalece en el Estado mexicano.

Y lo que es aún peor, que dicha transgresión política esté contemplada en la fracción II del artículo 107 del mismo texto constitucional dando pie a pensar, como ya se dijo antes, en una *inconstitucionalidad constitucional*. En ese orden de ideas, no debería existir dicha anomalía jurídica, pues ninguna ley inconstitucional puede, ni debe, tener vida jurídica.

Ya se dejó claro líneas arriba: la naturaleza humana es falible, los legisladores son humanos y pueden cometer errores con o sin conciencia de su equivocación, empero, la cuestión de legislar no es algo fácil de llevar; por eso mismo es que se debe ser muy cauto al momento de legislar, pues los resultados de este trabajo se verán envueltos en una *conditio iuris* para un gran número de mexicanos.

Mención aparte merece el asunto del rezago judicial, que, con motivo de la *Fórmula Otero*, ostenta una presencia efectiva dentro del Poder Judicial Federal, y la cual, lejos de disminuir, va en aumento; amén del costo que representa para el erario la transformación de cada juicio de amparo contra leyes.

II. PROYECTO DE CONSTITUCIÓN PARA EL ESTADO DE YUCATÁN: 23 DE DICIEMBRE DE 1840

Puede decirse, que este documento fue el primer antecedente mexicano del principio de relatividad de las sentencias. El día 23 de diciembre de 1840 se presentó un *Proyecto de Reformas* a la Constitución Política del Estado de Yucatán, llevado a cabo por Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá. En la exposición de motivos, los comisionados explicaron:

Así es que, aunque según el proyecto se da al Poder Judicial el derecho de censurar la legislación, también se le obliga a ejercerlo de una manera oscura y en casos particulares, ocultando la importancia del ataque a las miras apasionadas de las fracciones. Sus sentencias pues, como dice muy bien Tocqueville, no tendrían por objeto más que el de descargar el golpe sobre un interés personal, y la ley así censurada no quedará destruida: Se disminuirá sí su fuerza moral, pero no se suspenderá su efecto material.

Sólo perecerá poco a poco y con golpes redobladados de la jurisprudencia, siendo además fácil de comprender que, encargando al interés particular promover la censura de las leyes, se enlazarán el proceso hecho a éstas con el que se siga a un hombre, y habrá por consiguiente seguridad de que la legislación no sufrirá el más leve detrimento, cuando no se le deje expuesta por este sistema a las agresiones diarias de los partidos.

En fin, multiplicándose por el medio referido los fallos contra las leyes inconstitucionales, se harán éstas ineficaces, teniendo las Cámaras por lo mismo

que derogarlas y sacándose por consiguiente la ventaja de conservar al Código Fundamental intacto, por un antemural el más fuerte que se ha levantado contra la tiranía de las asambleas legislativas.³

De lo antes citado, se puede observar de manera indubitable que Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá contemplaba el principio primigenio de la relatividad de las sentencias en los juicios de amparo. El mencionado documento, a la postre, sería aceptado por su Constituyente. Sin embargo, en el Acta de Reformas del Constituyente de 1847 se desechó el proyecto de la minoría de la Comisión respectiva y se aprobó lo sugerido en el Voto de Mariano Otero, razón por la cual a los efectos relativos propuestos para las sentencias de amparo se les conoce *ex tunc* como *Fórmula Otero*.

III. EL PROYECTO DE LA MINORÍA DE 1842

En 1842 se formó una Comisión que tenía como objetivo principal reformar la Constitución de 1836. Esta Comisión estuvo conformada por siete personas, empero, al empezar el proyecto surgió una discrepancia muy grande, dado que cuatro de ellos, propugnaban por que el sistema jurídico mexicano se rigiera por el principio centralista; a lo que los otros tres integrantes, siendo obviamente minoría, no les pareció conveniente, pues eran hombres de reacios criterios federalistas. Los hombres que estuvieron en contra fueron: Espinoza de los Monteros, Muñoz Ledo y Mariano Otero.

Dadas las circunstancias antes referidas, cada uno de los grupos formuló su propio proyecto de Constitución, atendiendo cada quien a sus ideas y puntos de vista. Es muy importante señalar, además de conveniente, que el proyecto estaba dirigido en un criterio eminentemente federalista y contempló, por primera vez en la historia política mexicana, los derechos del hombre; esto en razón de que los tres juristas antes mencionados tenían la nobilísima creencia de que esos derechos eran “la base y el objeto de las instituciones sociales”.⁴

Así, el sistema o *modus operandi* que proponía la fracción minoritaria era: cuando a una persona la privaran de alguna de sus garantías individuales, ya fuera por medio del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, ésta, en la vía del reclamo, sometería a consideración de la Suprema Corte la violación perpetrada en su contra. Por lo que se refería al control de la constitucionalidad de las leyes, otorgaba al Congreso general la revisión de los reclamos suscita-

³ Castro, Juventino, *Hacia el amparo evolucionado*, 6a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 19 y 20.

⁴ Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2002, t. I, p. 96.

dos por leyes inconstitucionales emitidas por las legislaturas; y, en contraparte, extendía la revisión por parte de la minoría de las legislaturas, así como de las leyes inconstitucionales emitidas por el Congreso general.

IV. EL ACTA DE REFORMAS DE 1847

Con el voto emitido el 21 de abril de 1847 por el Congreso Constituyente se acordó, además de dejar asentados los puntos de vista de Mariano Otero, incorporarlos al texto que conformaba el *Acta de Reformas*, de tal manera, que el artículo 19 —que no es otra cosa que el texto primigenio, casi íntegro, del actual artículo 76 de la Ley de Amparo; Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos— pasó a ser el numeral 25 de la mencionada *Acta*.

Al quedar estipulada esta disposición jurídica en el texto de la ley fundamental de ese entonces, nació el juicio de amparo en el mundo jurídico mexicano. Así, se reitera que en el ordinal 25, Mariano Otero sentó las bases para que se llevara un control constitucional por la vía de acción, sin embargo, en los numerales 22, 23, y 24 el jurista jalisciense contemplaba una manera de impugnar las leyes inconstitucionales por la vía política, en sintonía a las revisiones que habría de hacer el Congreso general respecto a las leyes emitidas por las legislaturas; y éstas, a su vez, harían lo propio respecto a los ordenamientos jurídicos emitidos por aquél.

Es necesario señalar la opinión de Mariano Otero respecto a que no tenía ningún sentido que los tribunales federales hicieran declaraciones generales sobre los actos impugnados por inconstitucionales, tal y como lo señalaba el numeral 25, pues los artículos 22, 23 y 24 establecían un mecanismo para impugnar a las leyes.

V. LA CONSTITUCIÓN DE 1857

El Congreso Constituyente de 1856 consideraba que la declaración de nulidad de las leyes federales o locales, comprendida en los numerales 22, 23 y 24 del *Acta de Reformas*, constituía una declaración de *casus belli* con nefastas consecuencias. Y es que, en efecto, la mencionada Comisión argüía en su exposición de motivos:

...que quien considere inconstitucional una ley deberá acudir a la justicia federal, pues no habrá en adelante y siempre que se trate de actos inconstitucionales, ya de la Federación o ya de los Estados, aquellas iniciativas ruidosas, aquellos discursos

y declaraciones vehementes con que se ultrajaba la soberanía Federal o la de los Estados, con mengua y descrédito de ambos y notables perjuicios de las instituciones, ni aquellas reclamaciones públicas y oficiales que muchas veces fueron el preámbulo de los pronunciamientos; habrá sí, un juicio pacífico y tranquilo, y un procedimiento de formas legales, que se ocupe de pormenores y que dando audiencia a los interesados, prepare una sentencia.

La cual, si bien deje sin efecto en aquél caso la ley de que se apela, no ultraje ni deprima al poder soberano de que ha nacido, sino que lo obligue por medios indirectos a revocarla por el ejercicio de su propia autoridad.⁵

De esta manera, la Comisión Constituyente, sin fundamento lógico jurídico, cercenó tanto el Proyecto como la *Fórmula Otero*. Y es que señalaba como contrario al sistema Federal el procedimiento de nulidad de la ley inconstitucional por provocar una declaración de *casus belli* que sólo a ellos y a su extraña conveniencia se les ocurrió y que estaba establecido en los artículos 22, 23 y 24 correspondientes al *Acta de Reformas*. Como se puede observar, la amputación de la *Fórmula Otero* obedeció a cuestiones políticas y por conveniencias de *illo tempore* que tenían y la consideraban peligrosa en su versión original.

VI. LA CONSTITUCIÓN DE 1917

La Carta Magna vigente, promulgada el 5 de febrero de 1917, referente al tópico del juicio de amparo contra leyes conserva el mismo sistema que la Constitución de 1857. Dicho sistema ha quedado consagrado en los numerales 103, mismo que es exactamente igual al ordinal 101 del Código Político de 1857; y en el artículo 107, el cual, salvo algunas reformas procesales, es muy similar al artículo 102 de la Constitución antecesora.

Desde el año en que se promulgó la actual Constitución, hasta nuestros días, ha sido casi infructuoso lograr las tan ansiadas y justas declaratorias, *erga omnes*, sobre las sentencias de los juicios de amparo contra las leyes referidas. Tal es el *statu quo* del principio de relatividad en sus sentencias de este juicio de amparo que no se le ha puesto en el menor predicamento.

Fue a partir de la reforma constitucional de 1988 y la respectiva a la ley reglamentaria del juicio de amparo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación únicamente examina cuestiones de inconstitucionalidad y ya no de legalidad, salvo cuando ejercita su facultad de atracción, o, cuando resuelve una contradicción de tesis en cuestiones de legalidad bajo el precedente de las resolucio-

⁵ Tena, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, 23a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 549.

nes de los Tribunales Colegiados de Circuito. Un hecho que significó un avance —a medias— en lo concerniente a la vida jurídica mexicana, tuvo lugar el 31 de diciembre de 1994 con la reforma al artículo 105 constitucional. Sin embargo, a pesar de lo antes dicho, la acción de amparo contra leyes y sus sentencias sigue sin modificarse respecto a los efectos de generalidad, aun y cuando la jurisprudencia se contempla firme.

VII. NATURALEZA DE LA LEY

Hablar de la naturaleza de la ley es tratar sobre la esencia de la ley misma. Esto no es otra cosa que propender hacia el bien común de la colectividad de la que se pretende dar vigencia jurisprudencial. Así, dicha naturaleza debe de estar elaborada con base en la razón humana, teniendo siempre en cuenta que el poder dimana de la mayoría, y, por lo tanto, su naturaleza debe estar encaminada a velar por los mejores intereses de la colectividad y nunca buscar perjudicar a la misma. Por lo tanto, es menester de la ley procurar la mejor convivencia, así como el buen funcionamiento del Estado y de los diversos sectores que lo conforman. Dicho de otra manera, la ley debe tener como principal teleología lograr, por medio de su fuerza obligatoria y a través de su observancia general, el bien común de la colectividad y el debido respeto de ésta a las instituciones estatales que garanticen la soberanía general.

Quebrantado lo anterior, la ley tiene toda la potestad y el imperio necesario para reprimir a quien causare tal quebrantamiento, así como de imponer conductas de resarcimiento de daños que fueron la causa de no observar, por parte de los obligados, a cumplir lo enumerado por la ley misma.

VIII. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY

La ley tiene que hacer, la mayor de las veces, de control y freno de la conducta de los que integran la colectividad y las relaciones cotidianas entre sí. El derecho descansa, pues, invariablemente en ella, y, por lo mismo, no debe ser contraria al derecho mismo. Siguiendo el apotegma del derecho romano-germano-canónico *ubi societas, ubi ius*, podemos concluir que en toda sociedad debe existir un derecho que rija su actuar y sus relaciones.

De esta manera, la ley que impera en una sociedad debe regular las relaciones y las conductas que surjan o que pudieran surgir entre los integrantes de dicha sociedad y, en su caso, la autoridad.

Por lo tanto, la ley no puede estar dirigida a una sola persona, pues de ser así no sería socialmente plena, ni tampoco realizaría el bien común que toda

norma o ley persigue. De todo lo anterior dicho, enfatizamos que una característica de la ley es su generalidad, porque, si el precepto normativo estuviera elaborado para imponerse a una sola persona o a un grupo determinado, estaríamos en presencia de una ley privativa, y esto no va de acuerdo con lo que señala el texto del numeral 13 de la Carta Magna.

Otra característica de la ley es la abstracción, lo que quiere decir que la ley enuncia y formula sus hipótesis legales y sus consecuencias jurídicas. *Verbi gratia*: el legislador parte de una abstracción la cual se convierte en una realidad legal toda vez que se materializa o se lleva a efecto lo señalado y previsto en la literalidad del precepto normativo. En ese sentido, el término abstracción debe entender como lo contrario a concreto.

En ese orden de ideas, la validez formal representa una característica más de la ley, pues significa que la modificación del contenido textual de una disposición legal debe efectuarse mediante la manera en la que señala la Constitución federal a través de una disposición derivada del órgano legislativo, pues, de otra manera, no se puede modificar el contenido de una ley. Así, Ricardo Ojeda Bohórquez señala dos características más: la permanencia y el carácter imperativo.⁶

La primera se refiere a que los derechos y potestades que confiere la ley, además de las obligaciones, no se extinguen por su ejercicio o por su cumplimiento; esto porque no va dirigida a una sola persona en específico, y, con que un solo gobernado la cumpla, no quiere decir que deje de tener validez para con el resto de gobernados. El ordenamiento, entonces, queda de manera permanente para que sea observado por todos los demás integrantes de la colectividad.

La segunda aduce que el carácter distintivo de la ley es su imperatividad, porque se tiene, indubitablemente, la obligación de observarse y someterse a sus disposiciones; caso contrario si existiera cierta reticencia por parte del particular u obligado a darle cabal cumplimiento, ya que el poder público tiene la necesidad de intervenir para garantizar el cumplimiento de dicha ley, empero, esta vez de carácter coercitivo y siempre dentro del marco de la legalidad.

IX. JERARQUÍA DE LAS LEYES EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La jerarquización, como en todas las cosas de la vida, está concatenada al valor. Las leyes no están exentas de ese valor mencionado, dado que, en tanto

⁶ Ojeda, Ricardo, *El amparo contra normas con efectos generales*, México, Porrúa, 2001, pp. 56 y 57.

que instrumentos jurídicos, deben estar organizados para evitar cualquier tipo de contradicción. De lo anterior, se desprende que la norma suprema o aquella que se encuentre en la cúspide será la Constitución federal, y que las demás leyes deben estar en plena concordancia, armonía y nunca contradecirla en disposición alguna.

En la organización jerárquica legislativa mexicana tenemos, en un primer plano, a la Constitución federal; en un segundo lugar, tenemos a las leyes secundarias aprobadas por el Congreso de la Unión; y, a la par de éstas, se encuentran los tratados internacionales celebrados por los Estados Unidos Mexicanos en los convenios multilaterales. En un tercer peldaño están los reglamentos, decretos, órdenes y acuerdos emitidos por el órgano ejecutivo y, en ocasiones, por las diferentes Secretarías que conforman el estado mexicano. Así, el estado mexicano, al ser depositario de los intereses de su generalidad conformadora, tiene valores que proteger. Por dar algunos ejemplos: la seguridad, la educación, el empleo, la legalidad conforme a la cual deben conducirse sus instituciones administrativas y cuya importancia capital es mucho mayor que el contenido en una disposición secundaria —como lo sería el impuesto a los fósforos—. Es por esa razón que los intereses de mayor importancia, como los que se enunciaron antes, se han plasmado en la Constitución federal, y el segundo, en un ordenamiento especial.

X. LEYES AUTOAPLICATIVAS Y LEYES HETEROAPLICATIVAS

Por ley autoaplicativa o ley de acción inmediata se debe entender a toda aquella ley que su contenido hipotético-normativo se realice o se lleve a efecto desde el momento en el que ésta entre en vigor, produciendo, así, consecuencias jurídicas a un particular determinado. Dicho de otra manera, este tipo de leyes, con su sola promulgación, ya implican una obligatoriedad para las personas que afectan.

Por su parte, la ley hetero aplicativa, también conocida como de “acción reservada” es aquella que, por su sola expedición, no produce perjuicio alguno a las personas, sino que requiere la comisión de un acto aplicativo posterior que haga observar las disposiciones legales. Todo lo anterior se traduce en que es *conditio sine qua non* la realización de un acto de autoridad posterior que aplique la ley.

XI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Horacio, *El amparo contra leyes*, 2a. ed., México, Trillas, 2005.

- ARELLANO, Carlos, *El juicio de amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2001.
- BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 39a. ed., México, Porrúa, 2002.
- CASTILLO, Alberto del, *Ley de amparo comentada*, 9a. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 2007.
- CASTRO, Juventino, *Hacia el amparo evolucionado*, 6a. ed., México, Porrúa, 2003.
- NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2002, t. I.
- OJEDA, Ricardo, *El amparo contra normas con efectos generales*, México, Porrúa, 2001.
- PADILLA, José, *Sinopsis de amparo*, 10a. ed., México, Cárdenas, 2006.
- TENA, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 12a. ed., México, Porrúa, 1973.
- TENA, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, 23a. ed., México, Porrúa, 2002.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, 12a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- WILKER, Jorge, *Como elaborar una tesis de grado en derecho*, 2a. ed., México, PAC, 1986.

Los folletos como instrumentos de recepción de la tradición jurídica en México en el siglo XIX

Pamphlets as Instruments for the Reception of the Legal Tradition in Mexico in the 19th Century

Alejandra Juksdivia VÁZQUEZ MENDOZA

 <https://orcid.org/0000-0001-8919-2835>

Posgrado de Derecho de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. México

Correo electrónico: ale_vmc@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487880e.2024.45.15378>

RESUMEN: El folleto fue un instrumento muy importante de la cultura jurídica en el México decimonónico, ya que cumplía varios propósitos: difundir ideas, contribuir a la enseñanza del derecho, denunciar injusticias, educar al pueblo, informar sobre la expedición de leyes, entre otros. Empero, las ideas contenidas en los folletos no sólo reflejan los sentimientos y pensamientos de diversos grupos, sino que también proporcionan una visión significativa del surgimiento y consolidación del derecho en el siglo XIX. Así pues, el folleto no es solo un conjunto de palabras, sino un tratado con amplias referencias a obras doctrinales, filosóficas, religiosas, jurídicas, canónicas y teológicas.

Palabras clave: folletos, cultura jurídica, comunicación, leyes, reglamentos, discusiones, peticiones, cosmovisión, época decimonónica.

ABSTRACT: The pamphlet was a very important instrument of legal culture in nineteenth-century Mexico, as it served several purposes: to disseminate ideas, to contribute to the teaching of law, to denounce injustices, to educate the people, to inform about the issuance of laws, among others. However, the ideas contained in the pamphlets not only reflect the feelings and thoughts of various groups, but also provide a significant insight into the emergence and consolidation of law in the nineteenth century. Thus, the pamphlet is not just a collection of words, but a treatise with extensive references to doctrinal, philosophical, religious, legal, canonical and theological works.

Keywords: pamphlets, legal culture, communication, laws, regulations, discussions, petitions, worldview, nineteenth century.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los folletos como objetos de estudio.* III. *La cultura jurídica en el siglo XIX, una mirada a través de los folletos.* IV. *Las cuestiones del Derecho plasmadas en los folletos.* V. *Los autores de los folletos jurídicos.* VI. *Características de los folletos que albergaban la cultura jurídica.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de folletería en el México decimonónico es abordar una serie de documentación y de impresos que circularon ampliamente en todo el territorio mexicano y que reflejan la cultura y el sentir de un pueblo, de sus gobernantes y sus gobernados, es penetrar en un mundo de ideas, hechos, interpretaciones, alegatos, y, sobre todo, de posturas.

El objetivo del presente trabajo es mostrar cómo las publicaciones en México en el siglo XIX, no periódicas, llamadas folletos u opúsculos constituyeron instrumentos muy importantes para la cultura jurídica. Usos diversos se les dio: para difundir ideas, para enseñar a los jóvenes que se formaban como abogados, para reclamar lo que se consideraba una injusticia, para hacer una petición a una autoridad, para aleccionar al pueblo, para convencer que se tenía la razón, para protestar y para hacer circular las nuevas leyes o reglamentos que se creaban.

Estas múltiples tareas nos hablan de la gran importancia que tuvieron dicho tipo de publicaciones para la sociedad decimonónica. Su amplia proliferación da cuenta de lo trascendente que fue su uso durante el siglo XIX. El período de estudio va desde las discusiones suscitadas en el Congreso Constituyente de 1823 hasta la revolución maderista de 1910. Este espacio temporal elegido obedece a las fechas en las que fueron publicados los folletos que ahora se albergan en las misceláneas y que constituyen las fuentes primarias de esta investigación.

II. LOS FOLLETOS COMO OBJETO DE ESTUDIO

Estos pequeños libros vistos como objetos de estudio nos acercan a la cosmovisión del derecho que prevaleció durante el siglo XIX y nos permiten conocer cómo fue el proceso de construcción del derecho y el papel que jugaron diversos actores e instituciones en él. Además, permiten vislumbrar que el derecho no sólo se conformó por los múltiples documentos que contenían disposiciones reglamentarias, sino también de puntos de vistas, reglas no escritas y procedimientos institucionales. En particular, considero que los folletos permiten conocer a esa sociedad que les dio vida a las normas; nos llevan a ver la mentalidad, las costumbres y los valores jurídicos del México decimonónico.

Cabe destacar que la situación económica, política, religiosa y social que vivía México durante el siglo XIX propició la manifestación de las ideas y con ello el auge de aquellos instrumentos que permitían dar a conocer qué se pensaba, para con ello tratar de convencer que se tenía la razón. En este contexto, los medios de difusión cobraron un papel relevante incrementando de manera significativa el auge editorial.

El amplio número de ejemplares producidos reflejan que los folletos fueron un medio muy importante de comunicación que respondió a las necesidades de una población deseosa de enterar y manifestar a un público más amplio lo que acontecía en el país. Fueron los instrumentos para dar a conocer la ideología y la manera de pensar de los grupos sociales y políticos que en ese momento se disputaban el poder.

Por folleto se entiende una publicación no periódica, de cualquier temática, impresa en México o en el extranjero. Almacenados en un pequeño libro, de un número indeterminado de páginas, con breves datos sobre su publicación, sin orden específico y generalmente cocidos, los folletos se guardan en lo que se conoce como misceláneas.¹ Estas son clasificadas comúnmente sin atender a lo que cada una contiene, pues la diversidad que en ellas se alberga representa un proceso complejo de catalogación.

Los folletos como una publicación no periódica y característica del siglo XIX han sido objeto de algunas investigaciones.² Se han realizado trabajos sobre la problemática que existe tanto en la conservación como en la catalogación de los folletos,³ los proyectos de rescate de dichas fuentes,⁴ el uso que la Iglesia dio a estos medios de comunicación,⁵ sobre la función política de dichos ins-

¹ Se les llama misceláneas porque en cada uno de estos libros se encuentran almacenadas publicaciones de una variada índole, desde los discursos cívicos, los elogios sobre batallas, sermones religiosos, alegatos jurídicos, textos académicos y científicos, recetas y méritos de imagen religiosa. Por ejemplo, la miscelánea número 158 de la Biblioteca Pública del estado de Jalisco *Juan José Arreola* contiene: un discurso sobre la colonización del Istmo de Tehuantepec, una colección de leyes y decretos del supremo gobierno, la colección de sentencias de tribunales y juzgados de la República, un discurso sobre la esclavitud en la isla de Cuba, una disertación sobre el poder temporal de la Santa Sede Apostólica, una reflexión sobre los diezmos y la contestación sobre un negocio ejecutivo sobre pesos en un juicio testamentario.

² Nicole Girón sostiene que folleto se deriva de la voz foja o folio a la cual se le agrega el sufijo “eto” para acentuar que se trata de algo diminutivo. Afirma que los folletos también se les conoce como opúsculos o cuadernos. Véase Girón, Nicole, “La folletería durante el siglo XIX” en Clark de Lara, Belem y Speckman Guerra, Elisa (eds.), *La república de las letras. Asomos a la cultura escrita del México decimonónico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, vol. II, p. 376.

³ Girón, Nicole, “El proyecto de Folletería Mexicana del siglo XIX: alcances y límites”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, México, Instituto Mora, Nueva Época, 1997, núm. 39, pp. 7-24, y Altamirano Cozzi, Graziella Fanny y Arias Gómez, María Eugenia, “Los folletos, reflejo de una época (1893-1910)”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX, cit.*, pp. 115-125.

⁴ Arenal Fenocio, Jaime del, “El folleto jurídico y la colección de la Escuela Libre de Derecho”, *Secuencia. Folletería, cit.*, pp. 33-39; Brem, Walter, “Aportaciones de la folletería mexicana a la estadística decimonónica (1821-1910)”, *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, pp. 49-54.

⁵ Suárez de la Torre, Laura Beatriz, “De la devoción al interés político”, *Secuencia. Folletería Mexicana, op. cit.*, 1986, pp. 61-72, y Rodríguez Piña, Javier, “La defensa de la Iglesia ante la legislación liberal en el periodo 1855-1861”, *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, pp. 73-82.

trumentos durante el siglo XIX,⁶ y como medios muy importantes para conocer diversos aspectos de la cultura en la época decimonónica.⁷

A pesar de que los folletos representan importantes fuentes de información para comprender algunos fenómenos del siglo XIX, existen algunas razones por las cuales éstos han sido poco estudiados y en gran medida relegados. Algunos de estos motivos son señalados por Nicole Girón: se trata de publicaciones que nunca acataron las normas establecidas en el alto mundo editorial abocado a la producción de los libros, por lo tanto, sus pies de imprenta son frecuentemente incompletos. En algunas ocasiones los sucesos o personajes que aparecen en los folletos no lograron la relevancia necesaria para ser consignados en obras de consulta de carácter general y finalmente, algunos de los temas tratados son tan propios de la problemática de su momento que se disparan de las categorías señaladas hoy en día en los criterios de clasificación de las bibliotecas.⁸

Estos inconvenientes no excluyen la gran riqueza que albergan dichas fuentes. Elisa Speckman sostiene que la ebullición de ideas y debates políticos a raíz de la independencia propiciaron un auge editorial que encontró en los folletos uno de los mejores medios de expresión.⁹ Así, siendo un género literario que tuvo un gran auge durante el siglo XIX resulta muy pertinente y necesario acudir a ellos para conocer y comprender la cultura que existía en esta época.¹⁰

Acercarse a los folletos como objetos de estudio para conocer la cultura jurídica del siglo XIX no es una tarea fácil, pues son muy pocas las investigaciones que han tomado como fuentes este tipo de impresos. Jaime de Arenal señala que el gran número de folletos refleja la importancia que tuvieron para

⁶ Villa Guerrero, Guadalupe, “¿Interés público o beneficio particular? El agua en la comarca lagunera (1881-1910)”, *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, pp. 41-47; Connaughton Hanley, Brian Francis, “El sermón, la folletería y la ampliación del mundo editorial mexicano, 1810-1854” *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, pp. 55-60; Muñoz Mata, Laura, “La política exterior en la folletería mexicana del siglo XIX”, *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, pp. 83-101, y Pi-Suñer Llorens, Antonia, “La guerra de los folletos como antecedente de la intervención española en México (1851-1861)”, *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, 1986, pp. 103-114.

⁷ Solares Robles, Laura, “La organización de la justicia. Una mirada a través de la folletería mexicana del siglo XIX, 1821-1857”, *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, pp. 25-31, y Girón, Nicole, “La folletería durante el siglo XIX”, *op. cit.*, pp. 375-390.

⁸ Girón, Nicole, “El proyecto de folletería mexicana del siglo XIX: alcances y límites”, *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, pp. 7-24.

⁹ Speckman Guerra, Elisa, “Las posibles lecturas de «La República de las letras: escritores, visiones y lectores»”, en Clark de Lara, Belem y Guerra, Elisa (eds.), *La República de las letras. Asomos a la cultura escrita del México decimonónico*, vol. I, *cit.*, pp. 47-72.

¹⁰ Son estas virtudes las que se exaltaron y llamaron la atención para hacer un rescate y catalogación de los folletos en México, proyecto académico llevado a cabo en el Instituto Mora en el año de 1997 y en el cual se estableció una base de datos de 26,500 títulos de folletos mexicanos del siglo XIX.

la sociedad decimonónica en particular para la vida jurídica y para conocer los múltiples asuntos del derecho que se desarrollaban.¹¹ Por su parte, Laura Solares advierte sobre la trascendencia de estos impresos para conocer la organización y la administración de justicia.¹²

Estos llamados sobre la riqueza de dichas fuentes fueron un aliciente para sumergirme en dichas publicaciones y la gran sorpresa que encontré es la multitud de información y las diversas vetas de información que se abren a partir de la consulta de estos documentos. En este sentido, el presente artículo es una muestra de la riqueza se guarda en las misceláneas.

Para la presente investigación se consultó la Biblioteca Pública de Jalisco *Juan José Arreola*, la Biblioteca del Colegio de Michoacán *Luis González y González* y el catálogo de la Colección de José María Lafragua 1800-1875.

III. LA CULTURA JURÍDICA EN EL SIGLO XIX, UNA MIRADA A TRAVÉS DE LOS FOLLETOS

La cultura jurídica a mediados del siglo XIX si bien estuvo fuertemente influenciada por las luchas ideológicas que se sostenían en el país, y que caracterizaron a esta época, también se conformó y nutrió de una gran cantidad de actos y cuestiones en las que se vislumbran los conocimientos, las interpretaciones y la recepción de aquello que se relacionaba con las normas y con la regulación de la vida en sociedad.

Se trata de expresiones en las que subyacen las cosmovisiones sobre aquello que se consideraba justo y bueno; y, por tanto, había que respetarlo, cumplirlo y garantizarlo. Pero, también, se muestra lo que se estimaba dañaba al bien común; por lo que, no había que acatarlo. Así, se creía que el derecho debía construirse de postulados y premisas aceptados por una colectividad. En ese derecho era en el que se albergaba la fe y se guardaba la esperanza. Las personas depositaban su confianza en las normas jurídicas dado que eran éstas las podían garantizar el bien común.

Es muy importante destacar que en el siglo XIX sobre todo a mediados de éste, el derecho se asociaba con la justicia, el bien común y de manera muy palpable con la ley. Así, el derecho se imponía como la máxima autoridad ante la cual debían ceder y obedecer todas las personas habitantes del territorio

¹¹ Arenal Fenochio, Jaime del, “Hacia el estudio de la folletería jurídica mexicana (1851-1910)”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 4, enero-abril de 1987, pp. 79-116.

¹² Solares Robles, Laura, “La organización de la justicia. Una mirada a través de la folletería mexicana del siglo XIX, 1821-1857”, *Secuencia. Folletería Mexicana, cit.*, pp. 25-31.

mexicano; se concibió como una fuerza que era capaz de modificar actitudes y posturas políticas o institucionales. Se añoraba el derecho que buscaba la justicia y pregonaba por el bienestar de los pueblos.

El obispo Clemente de Jesús Munguía, arduo defensor de los derechos de la Iglesia y quien publicó un gran número de folletos cuando consideró que los privilegios de dicha institución se estaban vulnerando, estimó que los principios eran aquellos fundamentos de las leyes que en ningún momento conculcaban o dañaban a la sociedad civil. Los concibió como las máximas inscritas en la justicia eterna, en el derecho público y en el derecho constitucional. Además, declaró que no debía llamarse principio a aquello que destruía las bases de la sociedad; por lo que las disposiciones legislativas no podían fundamentarse en lo que hacía mal a la sociedad civil.¹³

La justicia, se entendió como aquella que velaba por los intereses colectivos y por el bienestar común, pero también la que respetaba los derechos adquiridos. Es por esta razón que en muchos de estos instrumentos se difundían cuestiones del derecho que invitaban a la reflexión e indagación de que lo que se creía prudente para el pueblo mexicano.

Así, la justicia no se comprendía como una cuestión imprecisa, al contrario, estaba identificada con los derechos de los hombres, con la razón y la garantía que se debía dar a cada uno de ellos; sólo las leyes que observaban tales prerrogativas y que las protegían verdaderamente merecían la denominación de justas; si atentaban contra ellos, aún en busca del orden, y quizás, del bienestar social, se estimaba que se actuaba con injusticia, por lo que podía presentarse la desobediencia a las leyes. Se actualiza así lo que sostiene Harold Berman sobre las tensiones que surgieron en la tradición jurídica occidental donde, por un lado, se deseaba conservar el orden y por otro, hacer justicia.¹⁴

En particular, a mediados del siglo XIX y ante las reformas que se avecinaban, el derecho y las concepciones que se tenían sobre éste fueron materia de arduas discusiones, pues era desde las normas donde se pretendía crear una nueva nación y erradicar aquellos actos y costumbres que se estimaban eran ya obsoletas o dañinas para la sociedad. Por ello, serían las reformas legales las que permitirían ese nuevo rumbo para el país.

Las ideas del individualismo habían permeado a la sociedad mexicana, se añoraba la libertad para todos, el bienestar, el acceso a los servicios y a la prosperidad. Por ello, el derecho se concebía como aquel que no hacía dis-

¹³ Munguía y Núñez, Clemente de Jesús, *Decreto del Ilmo. Sr. Obispo de Michoacán normando la conducta de los Sres. Curas, Sacristanes, Mayores y Vicarios de su Diócesis, con motivo de la ley de 11 de abril de 1857, sobre derechos y obvenciones parroquiales*, en Biblioteca Luis González y González, miscelánea 322.1°7237, folleto 1, p. 21, 42 pp.

¹⁴ Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 32.

tinciones entre ricos y pobres y, sobre todo, como el que garantizaba una nueva vida de oportunidades para quienes por mucho tiempo se les habían negado.

Esta multitud de concepciones acerca del derecho nos hablan de la complejidad de los cambios que se vivían y de las diversas posturas en las que se encontraba la sociedad. La Iglesia, por un lado, apelaba a un derecho que le garantizara sus privilegios gozados hasta ese momento; pero, por otra parte, el pueblo o quienes se oponían a esas permanencias, invocaban un derecho de cambio, de prosperidad y de reformas. Aún en estas divergencias, el derecho se asociaba con la justicia, el bien común y con el bienestar de la nación. Sin duda, había una fe casi total en las normas y en sus creadores.

IV. LAS CUESTIONES DE DERECHO PLASMADAS EN LOS FOLLETOS

Múltiples fueron las cuestiones jurídicas que encontraron en los folletos un lugar para plasmarse y perdurar en el tiempo. Desde los juicios y las resoluciones dictadas en asuntos privados hasta los exámenes recepcionales celebrados en las escuelas donde se formaban los abogados; obras doctrinales, iniciativas del Congreso, reformas legales, protestas, peticiones a diversas autoridades, dictámenes, discursos, testamentos, estatutos, explicaciones, interpretaciones de leyes y las nuevas disposiciones fueron impresos en estos pequeños libros.

Es importante destacar que no existe un número determinado de folletos que traten las cuestiones jurídicas, pues esta clasificación puede llegar a ser muy subjetiva, ya que, no sólo se trata de analizar las cuestiones ventiladas en los tribunales, sino como podrá observarse fueron múltiples los elementos jurídicos que se plasmaron. Es tarea de cada investigador que se acerque a esta fuente el seleccionar y cuantificar los ejemplares útiles para su objeto de estudio.

El proyecto que ahora nos ocupa, y de acuerdo con la investigación realizada, se ha hecho una clasificación de los distintos rubros en los que pueden enmarcarse las cuestiones jurídicas planteadas en los folletos y he decidido agrupar en cinco apartados: discusiones en el Congreso Constituyente, doctrina jurídica, administración de justicia, colección de leyes y el ejercicio del derecho de petición.

Cabe destacar que esta agrupación de ninguna manera es definitiva y solamente tiene como finalidad mostrar la variedad de temas y cuestiones que pueden encontrarse en estas publicaciones. Como podrá observarse algunos de los rubros como la doctrina jurídica o la administración de justicia fueron más prolíficos que otros. A pie de página y a manera de ejemplo se insertan los datos de algunos folletos representativos de cada tema.

1. *Discusiones en el Congreso Constituyente*

La construcción de un nuevo país y las aspiraciones de sentar las bases jurídicas sobre las que habría que cimentar la independencia y el nuevo rumbo de la nación fueron objeto de múltiples manifestaciones. Desde la discusión que dio lugar a la Constitución de 1824 hasta los debates sostenidos en el Congreso Constituyente de 1856 causaron grandes polémicas,¹⁵ por lo que se recibieron múltiples representaciones. Asimismo, los folletos fueron los instrumentos para hacer llegar las peticiones ante este órgano y los votos particulares que en esta asamblea se discutían.

Sobresalen las discusiones sostenidas entre julio de 1856 y 1857 en el Congreso; en particular, las ideas opuestas entre conservadores y liberales y las reformas originadas por estas diferencias las cuales originaron una gran cantidad de manifestaciones tanto a favor como en contra. Una cuestión muy debatida fue acerca del juramento constitucional, reforma que estableció la obligación de todo funcionario público, sin excepción, de prestar juramento antes de tomar posesión de su cargo. El objetivo era prometer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanaban.¹⁶

Esta disposición no fue bien vista por los obispos quienes ordenaron que no se administrase el sacramento de la penitencia a los que acataron las disposiciones de la suprema autoridad y juraran la Constitución de 1857.

Gran controversia causó la iniciativa que planteaba permitir la tolerancia de cultos en la república mexicana. Un número considerable de folletos se expresaron en contra de la profesión de otras creencias. Se creía que la llegada de nuevas religiones al país daría paso a la discordia y con ello al quebranto de la unidad religiosa que imperaba en el país. Por tales temores, obispos, grupos de mujeres, indígenas, ayuntamientos, profesores y sacerdotes elevaron protestas y manifestaciones para impedir que se aprobara el artículo 15 del proyecto constitucional que contemplaba la libertad de creencias.

La tolerancia de cultos planteada en el artículo 15 del proyecto de Constitución causó un gran revuelo, ciudadanos de la Barca, Jalisco,¹⁷ Ayuntamien-

¹⁵ *Diario de sesiones del Congreso Constituyente de la Federación Mexicana, sesión del día 23 de julio de 1824*, folleto 3, miscelánea 88 en Biblioteca Pública de Jalisco Juan José Arreola, en adelante BPJ, 36 pp.

¹⁶ Para conocer sobre el juramento constitucional, véase Adame Goddard, Jorge Carlos, “El juramento de la Constitución de 1857”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 1998, núm. 10, pp. 21-37.

¹⁷ *Representación que el vecindario de la Barca dirige al soberano Congreso de la República contra el artículo 15 del proyecto de Constitución*, Guadalajara, Rodríguez, 1857, en BPJ, miscelánea 120, folleto 4, 7 pp.

tos como el de Tototlán, Jalisco,¹⁸ los vecinos de Morelia,¹⁹ grupos indígenas,²⁰ y profesores de instrucción primaria,²¹ expresaron estar en contra del artículo que permitía la libertad de creencias.

Quienes protestaron sostuvieron que el gobierno estaba obligado a proteger la religión católica como única en México y como la base de la moral pública y de la legislación. Afirmaron que permitir la tolerancia de cultos era un acto pernicioso para la sociedad, muestra de ello era lo sucedido en otros países como en los Estados Unidos.²²

Como fruto de estos cambios y de la nueva cosmovisión surgiría la Constitución de 1857 en la cual se plasmaron los lineamientos para la futura relación entre el Estado y la Iglesia. Varias fueron las modificaciones consagradas en el texto constitucional, entre ellas: la libertad de enseñanza, la no coacción civil en el cumplimiento de los votos religiosos, la libertad de expresión y de imprenta, la prohibición para que las corporaciones eclesiásticas adquirieran bienes, la libertad de asociación y la supresión de los fueros especiales.

Aunque hubo una gran aprobación por el nuevo proyecto de nación que se había plasmado también existió una ola de protestas ante los cambios que se avecinaban, especial papel desempeñó la Iglesia como portavoz y opositor de las discusiones que se suscitaban en el Congreso. Lejos de permanecer inmóvil ante los cambios que se avecinaban se insertó en los debates y discusiones que buscaban definir el rumbo del país con la finalidad de revertir los cambios y aleccionar sobre las consecuencias que éstos traerían a la sociedad. Por tal razón se puede afirmar que la Iglesia fue un actor fundamental de lucha, resistencia y defensa que encontró en los folletos un vehículo para entablar su defensa.

2. *Doctrina jurídica*

Los folletos fueron un instrumento muy importante para dar a conocer las obras doctrinales relacionadas con el derecho, pero Además y un aspecto que tras-

¹⁸ *Representación que el H. Ayuntamiento de Tototlán eleva al Supremo Congreso Constituyente contra la tolerancia de cultos en la República*, Guadalajara, Rodríguez, 1856, en BPJ, miscelánea 12, folleto 8, 8 pp.

¹⁹ *Manifestación que hacen los vecinos de Morelia con motivo del juramento de la Constitución sancionada en cinco de febrero de mil ochocientos cincuenta y siete*, Morelia, Imprenta de I. Arango, en Biblioteca del Congreso del Estado de Michoacán, 1857, 14 pp.

²⁰ *Representación de los indígenas de Zalatitán, San Gaspar y Rosario contra la tolerancia de cultos*, Guadalajara, Rodríguez, en BPJ, miscelánea 12, folleto 7, 1856, 8 pp.

²¹ *Representación que los profesores de instrucción primaria de esta capital dirigen al Soberano Congreso de la Nación contra el artículo 15 del proyecto de Constitución*, en BPJ, miscelánea 17, folleto 6.

²² *Idem*.

ciende, es que éstos fueron los vehículos en los cuales debatían los abogados y académicos. Las personas inmersas en el mundo jurídico usaron estos medios de comunicación para confrontar sus ideas respecto de los libros que consultaban o de las normas que se encontraban vigentes. Se demuestra así un ejercicio académico en el que no sólo se exponían lo que se pensaba; Además, era preciso contestar a quienes cuestionaran las consideraciones expuestas. Prueba de esto es la contestación y refutación que hace Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel a un comentario hecho por el abogado Florentino Mercado sobre el Libro de los Códigos.²³

En la misma tesitura se encuentra los dictámenes, amplias disertaciones sobre las cuestiones que causaban conflicto y en donde era preciso interpretar normas para lo cual se invocaban postulados, obras y todos aquellos principios que se creían fundamentales para sustentar lo que se afirmaba. Estas disertaciones fueron presentadas por ejemplo por los licenciados Manuel de la Peña y Peña y José María Jáuregui cuando se les pidió dilucidaran si el decreto que prohibía la venta de alhajas, obras de oro y piedras preciosas emitido por el presidente Santa Anna estaba conforme con los principios y los fundamentos de la justicia.²⁴

Los folletos también fueron los medios para quienes intentaban publicar alguna obra o dar a conocer sus puntos de vista respecto de las normas que se encontraban vigentes en esos momentos.²⁵ Comentarios a obras heredadas a los mexicanos también merecieron un espacio en los folletos. El abogado Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel hizo comentarios al Libro de los Códigos,²⁶ y a la antigua legislación sobre juicios de adeudos de alcabalas y su aplicación.²⁷

²³ Rodríguez de San Miguel, Juan Nepomuceno, *Contestación del licenciado Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel al señor licenciado D. Florentino Mercado sobre la impugnación que este señor le dirige en la página 91 del libro de los códigos*, México, Imprenta de Lara, en BPJ, miscelánea 123, folleto 5, 1858, 44 pp.

²⁴ *Dictámenes dados al Ministerio de Justicia y Negocios Eclesiásticos con motivo de la protesta hecha por el reverendo obispo de Michoacán, D. Juan Cayetano Portugal a la ley de 31 de agosto de 1843, por los excmos. sres. D. Manuel de la Peña y Peña y D. José María Jáuregui*, México, Imprenta de Lara, en Biblioteca Luis González y González, miscelánea 322.1°7237, folleto 6, 1843.

²⁵ Gómez de la Serna, Pedro, *Prolegómenos del derecho por D. Pedro Gómez de la Serna, reimpresso para el uso de los alumnos del Instituto y de la Universidad de Jalisco a expensas del señor D. Manuel Escandón*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, en BPJ, miscelánea 287, folleto 6, 1848, 131 pp.

²⁶ Rodríguez de San Miguel, Juan Nepomuceno, *Observaciones del licenciado Rodríguez de San Miguel, Juan Nepomuceno, referente a artículo bibliográfico sobre el Libro de los Códigos*, México, en BPJ, miscelánea 123, folleto 4, 1859, 39 pp.

²⁷ Rodríguez de San Miguel, Juan Nepomuceno, *La antigua legislación sobre juicios de*

Jaime del Arenal sostiene que antes de la consolidación de la república liberal las condiciones para la producción literaria en México fueron casi nulas; sin embargo, a pesar de dichas condiciones, obras importantes como *Las lecciones de práctica forense* de Manuel de la Peña y Peña o de las *Pandectas hispano-mexicanas* de Rodríguez de San Miguel fueron impresas en folletos.²⁸

Asimismo, la doctrina jurídica que llegó de otras naciones tuvo una gran proliferación en los folletos. Se puede encontrar la historia del plebiscito del autor Erckamann-Chatrian,²⁹ una obra sobre la libertad en Europa,³⁰ y unas notas sobre *Las Siete Partidas*.³¹ Esto encuentra su razón de ser ya que en la construcción de la nación que se aspiraba tener era preciso observar y aprender de las ideas y los acontecimientos que en otras partes del mundo habían sucedido. En este proceso los libros jugaron un papel determinante, pues se erigieron como los instrumentos en donde se creía estaban las respuestas a las dudas e inquietudes que aquejaban a la sociedad.³² Se aprecia como en la comprensión de lo jurídico existió una fuerte influencia de la cosmovisión religiosa en la que se reconocía un orden divino natural. Dicho orden era revelado a través de la tradición textual (teología jurídica y la tradición histórica) que se manifestaba en la búsqueda de los derechos y sus garantías.³³

Un papel fundamental desempeñó los folletos en los centros de enseñanza del derecho, disertaciones, concursos, exámenes, tesis y exposiciones de alum-

adeudos de alcabalas y su aplicación en nuestros tiempos, México, Imprenta de Lara, en BPJ, miscelánea 123, folleto 3, 1859, p. 11.

²⁸ Arenal Fenochio, Jaime del, “Hacia el estudio de la folletería jurídica mexicana (1851-1910)”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, cit., pp. 79-116.

²⁹ Erckamann-Chatrian, *Historia del plebiscito*, Madrid, Biblioteca de Instrucción y Recreo. Impresión Medina y Navarro, en BPJ, miscelánea 485, folleto 3, p. 256.

³⁰ *Observaciones escritas y publicadas en Londres a principios de octubre de 1820, o sea estado político de la libertad en Europa. Sacado de la colección de documentos que han servido a la historia del proceso de la reina de Inglaterra*, Barcelona, Nacional de la Viuda Roca, en BPJ, miscelánea 88, folleto 6, 1821, 43 pp.

³¹ Vizcaíno Pérez, Vicente, *Compendio de las Leyes de las Siete Partidas, colocadas en el orden más natural con sus remisiones a las leyes posteriormente recopiladas que confirman, corrigen o declaran aquellas. Por el licenciado Vicente Vizcaíno Pérez abogado de los reales consejos y del ilustre Colegio Madrid. Primera edición corregida y aumentada con las referencias respectivas a las leyes de la novísima recopilación por el L. D. J. A. E., abogado de los tribunales de la república y del ilustre y nacional colegio del México*, México, Imprenta de Santiago Pérez, miscelánea 345, folleto 8, 1835, 11 pp.

³² Suárez de la Torre, Laura Beatriz, “Los invisibles de la edición: los traductores. Ciudad de México, siglo XIX” en Folguera Crespo, Pilar et al., *Pensar con la historia desde el siglo XIX: actas del XII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*, Madrid, UAM, 2015, pp. 841 y 842.

³³ Galante Becerril, Mirian, “La historiografía reciente de la justicia en México, siglo XIX: perspectivas, temas y aportes”, *Revista Complutense de Historia de América*, 2011, vol. 37, pp. 93-115.

nos que se formaban para abogados fueron albergados en los llamados folletos. Éstos se convirtieron en los instrumentos para dar publicidad y enterar a la sociedad sobre aquellos jóvenes que se preparaban para ejercer el oficio de abogado.

Cuando fue necesario abordar el estudio de algún concepto o una institución y dar a conocer ese análisis, los folletos fueron los medios que permitieron plasmar las ideas. Algunos de estos estudios no tenían autor ni datos sobre su lugar de impresión; así, se tiene un tratado sobre los bienes eclesiásticos,³⁴ y otros si contenían datos de su impresión, pero no de su autor como el análisis sobre la antigua legislación que trata sobre juicios de adeudos de alcabalas.³⁵

Las obras destinadas a la enseñanza no siempre se imprimieron en libros; fueron los folletos los que albergaron todas estas obras didácticas y las fuentes de conocimiento para brindar instrucción a quienes serían juristas, entre éstas se encuentran las obras de Francisco J. Zavala, *Prolegómenos de jurisprudencia o introducción o introducción al derecho internacional* y *Elementos de derecho internacional privado o sea conflictos de derecho civil, comercial de procedimientos y penal entre las legislaciones de diversos países*.³⁶ Todos estos elementos permiten hablar de la gran importancia que los folletos cobraron en la educación que se daba a los jóvenes que cursaban la carrera de abogado pues fueron instrumentos fundamentales para la enseñanza y la transmisión del conocimiento y los saberes.

Estos pequeños libros fueron los receptores de una tradición que se actualizaba a la realidad mexicana y a los cambios que ella demandaba. Los juristas no sólo los usaron para protestar o para dar a conocer el estatus de los juicios que se desarrollaban en los tribunales. Además de esto, los convirtieron en los portadores del conocimiento y en los vehículos para hacer llegar a las nuevas generaciones aquello que se debía aprender. Tal uso quizá respondió a la inmediatez de la información y la facilidad que existía para imprimir los folletos.

³⁴ *Tratado sobre los bienes eclesiásticos*, en BPJ, miscelánea 28, folleto 31, 35 pp.

³⁵ *La Antigua legislación sobre juicio de adeudos de alcabalas y su aplicación en nuestros tiempos*, México, J. M. Lara, en BPJ, miscelánea 68, folleto 14, 1859, 11 pp.

³⁶ *Artículo contra la usura tomado en su mayor parte del Diccionario Universal en ciencias eclesiásticas de Richard, para la instrucción de los jóvenes dedicados al estudio de la Filosofía Moral en el Seminario Conciliar de Guadalajara*, Guadalajara, Imprenta del gobierno, en BPJ, miscelánea 288, folleto 2, 1840, 31 pp. Zavala y Santa María, Francisco José, *Prolegómenos de jurisprudencia o introducción al derecho internacional escrita por Francisco J. Zavala catedrático del ramo en el Instituto del Estado de Jalisco*, Guadalajara, Tip. El católico, en BPJ, miscelánea 448, folleto 1, 1887, 32 pp. Zavala y Santa María, Francisco José, *Elementos de derecho internacional privado, o sea conflictos de derecho civil, comercial, de procedimientos y penal entre las legislaciones de diversos países por Francisco J. Zavala, director de la Escuela de Jurisprudencia y Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco*, Guadalajara, Tip. De Gobierno, en BPJ, miscelánea 482, folleto 1, 1886, 173 pp.

3. Administración de justicia

En las misceláneas un gran número de folletos albergan cuestiones relacionadas con la administración de justicia, entendida ésta como la actividad mediante la cual se aplicaban las leyes a casos concretos, tarea desarrollada fundamentalmente en los tribunales. Los abogados, personas a quienes los tribunales consideraban capaces de alegar por otros hicieron de éstos los instrumentos para presentar sus alegatos, para ofrecer pruebas, para contestar o para impugnar los actos o resoluciones que se estimaban eran injustas.³⁷

Diversos procedimientos en distintas materias fueron objeto de publicación en los folletos. Desde las cuestiones testamentarias,³⁸ recursos de fuerza,³⁹ conflictos por arrendamientos,⁴⁰ adjudicación de minas,⁴¹ cobro de lo debido,⁴² homicidios,⁴³ expulsión de extranjeros y cuestiones militares fueron vislumbradas.

³⁷ Sobre el ejercicio de los abogados durante el siglo XIX, véase Lira González, Andrés, “Abogados, tinterillos y huizacheros en el México del siglo XIX”, en Soberanes Fernández, José Luis (coord.), *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 379.

³⁸ Un ejemplo de una parte de un juicio testamentario que fue publicado es el siguiente: Rodríguez de San Miguel, Juan Nepomuceno, *Apuntamientos del informe que por parte testamentaria de D. José María Flores hizo el licenciado en el Tribunal de circuito de México en la vista del recurso de denegada apelación del fallo pronunciado en el Juzgado de Distrito en el juicio de alcabalas instaurado por el denunciante D. Manuel Nava, contra la expresada testamentaria*, México, Imprenta de Lara, en BPJ, miscelánea 123, folleto 8, 1859, 39 pp.

³⁹ Rodríguez de San Miguel, Juan Nepomuceno, *Informe o alegación en derecho que, por el convento de Carmelitas de la Ciudad de Querétaro, y en apoyo de la jurisdicción del ordinario hizo ante la primera sala de la Suprema Corte de Justicia en la vista del recurso de fuerza introducido por el M. P. provincial del Carmen sobre no tocar al ordinario conocer de la enajenación de la hacienda de Chichimequillas*, México, Imprenta de Lara, en BPJ, miscelánea 242, folleto 5, 1851, 39 pp.

⁴⁰ Bernal de Suárez, Loreto, *Alegato de buena prueba presentado por la parte de la señora Doña Loreto Bernal de Suárez en el juicio ejecutado que contra ella sigue don José I. Limantour sobre arrendamientos de la casa número 19 de la calle D. Juan Manuel*, México, Imprenta de Mariano Villanueva, en BPJ, miscelánea 361, folleto 18, 1863, 27 pp.

⁴¹ López Portillo, Jesús, *Alegato leído al tiempo de la vista por el licenciado en el juicio seguido entre los Sres. D. Lino Martínez y el Gral. Félix Vega sobre adjudicación de cinco minas*, Guadalajara, Antigua de Carrillo a cargo de Higinio Benavides, en BPJ, miscelánea 436, folleto 19, 1882, 25 pp.

⁴² Robles Martínez, Juan, *Informe a la vista del licenciado Juan Robles Martínez, apoderado del Sr. D. Miguel Brizuela, hecho al fallarse en la 1a. instancia del juicio ejecutivo que en su contra ha promovido el Sr. Juan de Dios Rosas sobre el pago de una letra de cambio cuatro libranzas*, Guadalajara, Tip. de José María Brambila, en BPJ, miscelánea 448, folleto 3, 1866, 47 pp.

⁴³ Padilla Celedonio, *Informe leído ante la Sala Segunda del Supremo Tribunal de Justicia en la vista de la causa animada contra Salvador Ruelas por indicios de homicidio. Sentencia de vista en dicha causa con breves anotaciones*, Guadalajara, Tip. El católico, en Biblioteca de Jalisco, miscelánea 448, folleto 5, 1887, 40 pp.

das a través de estos impresos como una defensa hecha ante la Suprema Corte Marcial y el fallo definitivo cuando se juzgó al general Mariano Arista.⁴⁴

Las autoridades de los diversos niveles hicieron de los folletos los instrumentos para rendir sus informes, en ellos justificaban sus actos y las resoluciones o determinaciones que había dictado. Se tiene por ejemplo un folleto del gobernador de Jalisco Santos Degollado donde informa la necesidad de expulsar fuera de la República a los ciudadanos extranjeros residentes en Tepic, Guillermo Forbes y Eustaquio Barrón, pues estima que su conducta ha sido perniciosa para el país.⁴⁵

Ante la multitud de folletos impresos sobre la administración de justicia surge la pregunta de por qué se dio esta proliferación de publicaciones en las que los abogados exponían sus argumentos o alegatos e incluso los jueces publicaban las sentencias que dictaban. Una respuesta nos la da Jaime del Arenal, quien considera que el jurista decimonónico publicó sus reflexiones porque obedeció a ciertas presiones internas y externas. Desde su perspectiva, los juristas de esta época tenían mucha claridad en torno a qué era la ética, el honor y el derecho y por ello estimaban que era muy importante informar y dar cuenta de los asuntos que habían causado conmoción en las familias y con los vecinos.⁴⁶

Así es posible afirmar que la administración de justicia no se limitó ni se desarrolló solamente en los tribunales, trascendió a estos y los folletos fueron los vehículos que permitieron esa expansión tanto para los abogados y las personas particulares que resolvían sus asuntos como para los jueces y demás funcionarios judiciales.

Dadas las múltiples cuestiones en torno a la aplicación de la justicia plasmadas en estos pequeños libros es posible reconstruir una parte muy importante de la justicia jurídica, la historia judicial, pero también, de la historia social. Dichas fuentes nos permiten indagar sobre el desarrollo de los tribunales, los personajes que en ellos participaban, los delitos que se cometían y los derechos que se reclamaban. Asimismo, cada uno de estos folletos puede cons-

⁴⁴ Filísola, Vicente, *Defensa hecha por el General de División en la suprema corte marcial en favor del comandante de escuadrón del 8o. regimiento D. Ramón Parres acusado de los delitos militares y comunes que en ella se expresan*, México, Cumplido, en BPJ, miscelánea 23, folleto 1, 1841, 28 pp.

⁴⁵ Santos Degollado, *Informe con justificación que el gobernador y comandante general del estado de Jalisco, ciudadano Santos Degollado rinde al supremo gobierno nacional para demostrar la convivencia, justicia y necesidad de expulsar fuera de la república a los extranjeros perniciosos D. Guillermo Forbes y D. Eustaquio Barrón, residentes de Tepic*, Guadalajara, Tip. del gobierno a cargo de J. Santos Oroasco, en BPJ, miscelánea 17, folleto 10, 1856, 68 pp.

⁴⁶ Arenal Fenochio, Jaime del, “Hacia el estudio de la folletería jurídica mexicana (1851-1910)”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 4, enero-abril de 1987, pp. 83 y 84.

tituir una rica fuente de información sobre un personaje en particular, ya sea un juez o un abogado, o puede ser el medio que permite conocer parte de la historia de un pueblo, una comunidad, una institución o un municipio.

4. Colección de leyes

Los folletos fueron un vehículo para dar a conocer las nuevas normas, leyes,⁴⁷ códigos, reglamentos y decretos que se expedían. Asimismo, sirvieron para dar publicidad a los proyectos de leyes que eran discutidos en los congresos.⁴⁸ Algunas de estas disposiciones plasmadas en los folletos eran incluso firmadas por las más altas autoridades de la república como la ley de 1856 que regulaba el uso del papel sellado, la cual fue firmada por el presidente Ignacio Comonfort.⁴⁹

Tanto regulaciones de orden federal como estatal fueron albergadas en los folletos, incluso, se imprimían aquellas que iban dirigidas sólo a un gremio o a una compañía determinada como el reglamento de la compañía de artesanos de Guadalajara.⁵⁰

De acuerdo con Nicole Girón la impresión de leyes y decretos en folletos fue un fenómeno frecuente en el siglo XIX, pues este medio permitió asegurar la circulación en todo el país de dichas disposiciones, ya que era un instrumento de fácil manejo, de formato cómodo y manuable que albergaba en ocasiones textos muy largos.⁵¹ Así, las autoridades hacían un uso muy frecuente de los folletos para enviar las nuevas disposiciones de aplicación obligatoria.

⁴⁷ *Ley vigente para juzgar a los vagos en el estado de Durango, reproducida por orden del gobierno del mismo estado en el número 34 de la "restauración liberal" correspondiente al 26 de abril del presente año de 1868*, Durango, Imprenta del Gobierno a cargo de M. Gómez, en BPJ, miscelánea 445, folleto 2, 1868, 6 pp. *El gobernador constitucional del estado de Puebla Ignacio Romero Vargas da a conocer la ley de organización y atribuciones del Ministerio Público del estado de Puebla*, Puebla, Tip. Del Hospicio, en BPJ, miscelánea 445, folleto 12, 1871, 17 pp. *Ley del Timbre para documentos y libros, renta interior, contribución federal y estampillas especiales de aduanas, expedida el 31 de marzo de 1887*, México, Tip. El Gran Libro de F. Pares y Cía., en BPJ, miscelánea 448, folleto 2, 1887, 76 pp.

⁴⁸ Ortigosa, Vicente, *Proyecto de la Ley Electoral*, Guadalajara, Imprenta de Dionisio Rodríguez, en BPJ, miscelánea 351, folleto 6, 1861, 27 pp. y Frías y Soto, Hilarión, *El Divorcio. Proyecto de ley presentado en el Congreso de la Unión el día 20 de febrero de 1868 por el señor diputado D. Hilarión Díaz Frías y Soto*, México, Tip. Literaria de Filomeno Mata, miscelánea 389, folleto 3, 1883, 15 pp.

⁴⁹ *Ley que arregla la renta del papel sellado y los usos de éste*, decretada el 14 de febrero de 1856, México, Imprenta de Vicente G. Torres, en BPJ, miscelánea 351, folleto 3, 1856, 23 pp.

⁵⁰ *Reglamento de la compañía de artesanos de Guadalajara*, Guadalajara, Manuel Brambila, en BPJ, miscelánea 70, folleto 9, 1850, 35 pp.

⁵¹ Barthe, Nicole, "La práctica de la libertad de expresión en el siglo XIX: una indagación sobre la huella de los derechos del hombre en la folletería mexicana" en Moreno-Bonett, Marga-

Sobresalen dentro de estas publicaciones la disposición legal que determina la prohibición de impresos por la autoridad eclesiástica mandados a publicar por la orden del supremo gobierno,⁵² el arancel para el cobro de los derechos judiciales y de la curia eclesiástica en el estado de Jalisco,⁵³ la Ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común,⁵⁴ la Ley del Timbre para documentos y libros, renta interior, contribución federal y estampillas especiales de aduanas,⁵⁵ y la Ley sobre impuestos directos e indirectos que debe regir en el estado de Veracruz.⁵⁶

5. *Derecho de petición*

El derecho de petición, entendido como la facultad para expresar actos que causaban molestias o para solicitar el reconocimiento de una prerrogativa, fue ejercido en gran medida mediante los folletos. Cuando una persona estimaba que habían sido vulnerados sus derechos,⁵⁷ o que existía una injusticia y se debían revocar los actos que habían dado lugar a ella,⁵⁸ exponía su situación por medio de estos impresos.⁵⁹ En algunas ocasiones, estas peticiones no tenían

rita, y González Domínguez, María del Refugio (coords.), *La génesis de los derechos humanos en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 311.

⁵² *Disposiciones legales y otros documentos relativos a la prohibición de impresos por la autoridad eclesiástica mandados publicar de orden del supremo gobierno*, México, Imprenta de Ignacio Arango, en BPJ, miscelánea 574, folleto 1, 1850, 127 pp.

⁵³ *Arancel para el cobro de los derechos judiciales y de la curia eclesiástica en el estado de Jalisco*, Guadalajara, Urbano Sanromán, en BPJ, miscelánea 39, folleto 10, 1825, 25 pp.

⁵⁴ *Ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común*, México, J. M. Lara, en BPJ, miscelánea 68, folleto 7, 1853, 84 pp.

⁵⁵ *Ley de Timbre para documentos y libros, renta interior, contribución federal y estampillas especiales de aduanas*, expedida el 31 de marzo de 1887, México, Tip. "El Gran Libro" de F. Pares y Cia., en BPJ, miscelánea 448, folleto 2, 1887, 76 pp.

⁵⁶ *Ley sobre impuestos directos e indirectos que deben regir en el estado de Veracruz*, en BPJ, miscelánea 454, folleto 1, 74 pp.

⁵⁷ Santa María, Miguel, *Exposición y protesta de Miguel Santa María, ciudadano mexicano ante el supremo poder judicial por atentados perpetrados contra la nación y notoria violación de las leyes cometidas en la persona del protestante*, México, Imprenta a cargo de Miguel González, en BPJ, miscelánea 68, folleto 16, 1834, 48 pp.

⁵⁸ Barrón, Juan José y Barrera, Francisco Javier De la, *Representación dirigida al soberano Congreso Constituyente por los ciudadanos pidiendo se declare nula la provisión de contador general de lotería hecha en el exdiputado Antonio Cumplido por ser contraria a las leyes que prescriben la religiosa escala en estos empleos*, México, Mariano Zúñiga y Ontiveros, en BPJ, miscelánea 76, folleto 1, 1823, 22 pp.

⁵⁹ Santa María, Miguel, *Exposición y protesta de Miguel Santa María, ciudadano mexicano ante el supremo Poder Judicial por atentados perpetrados contra la nación y notoria violación de las leyes cometidas en la persona del protestante*, México, Imprenta a cargo de Miguel González, en BPJ, miscelánea 68, folleto 16, 1834, 48 pp.

la firma de una persona en particular, pero se hablaba de forma colectiva, se erigía como “la voz del pueblo”.⁶⁰

En estos desplegados las personas exponían lo que estimaban afectaba su esfera de derechos o su vida privada o la de su familia, incluso cuando consideraban que se atentaba contra la nación. Por tanto, era común encontrar la petición para que fueran revocados actos o sentencias que se habían dictado en juicios o en procedimientos particulares.

Por ejemplo, se tiene un folleto donde el ciudadano José María Castaños denuncia a la Aduana Marítima de San Blas por haber atentado en la ciudad de Tepic contra la Constitución.⁶¹ Los folletos también fueron el vehículo para defender instituciones o alguna actividad en particular como la fabricación de papel.⁶²

Otro hecho que dio lugar a diversas manifestaciones, peticiones e interpretaciones de las normas que se encontraban vigentes en el territorio mexicano fue la expulsión de los jesuitas. Por ejemplo, Tranquilino de la Vega hizo una amplia disertación, en la que abrevia de diversas teorías y ordenamientos, para pedir el restablecimiento de la Compañía de Jesús en la República Mexicana.⁶³

Las peticiones también se erigieron en forma de protestas, cuando se estimaba que se debía reclamar por una nueva ley que se había aprobado o se quería apoyar una disposición que sería derogada, los folletos fueron un instrumento muy importante para lograr tal propósito. Esta situación prevaleció en gran medida a mediados del siglo XIX cuando se inició con la serie de cambios legales que buscaban lograr la secularización en México.

Estas manifestaciones fueron en su gran mayoría hechas por algunos representantes de la Iglesia y había quienes contestaban a los argumentos expuestos en dichos discursos. Pero, grupos de vecinos y de pobladores también se hicieron presentes en estas distintas visiones sobre la conformación del país y de las leyes que lo debían de regir.

⁶⁰ *La voz del pueblo en el santuario de la ley; o representación dirigida a la H. Cámara de Diputados sobre libertad en las elecciones*, Guadalajara, Jesús Camarena, en BPJ, miscelánea 70, folleto 7, 1851, 11 pp.

⁶¹ Castaños, José María, *Atentados contra la Constitución cometidos en Tepic por la Aduana Marítima de San Blas y denunciados a la nación por José María Castaños*, Guadalajara, Manuel Brambila, en BPJ, miscelánea 163, folleto 4, 1845, 12 pp.

⁶² *Representación que en defensa de la industria nacional y especialmente de la fabricación de papel elevan al supremo gobierno*, México, Imprenta de Ignacio Escalante, en BPJ, miscelánea 535, folleto 7, 1878, 16 pp.

⁶³ De la Vega, Tranquilino, *Los Jesuitas y la Constitución, ósea. Colección de los fundamentos legales que obran en favor del restablecimiento de la compañía de Jesús en la República Mexicana, Opúsculo escrito por el lic. Tranquilino de la Vega*, México, Luis Abadiano y Valdés, en BPJ, miscelánea 52, folleto 2, 1850, 189 pp.

Tales peticiones dan cuenta de la multitud de facetas en las que el derecho se vio involucrado, permiten observar las necesidades de una población que tenía fe en la ley y en las autoridades y que alzaba su voz con la firme intención de que ésta fuera escuchada.

La gran diversidad de temas jurídicos plasmados en los folletos permite visualizar al derecho como un fenómeno social que tuvo impacto en distintos aspectos de la vida decimonónica. Se actualiza entonces la premisa fundamental de que el derecho es una manifestación trascendental de la cultura, que encierra Además de las reglas y leyes sancionadas por una autoridad, procesos, conceptos, instituciones, agentes, principios, valores, costumbres, cosmovisiones, objetivos y, sobre todo, formas de pensamiento.

Esto nos lleva a afirmar que el derecho no sólo se trata de enunciados que describen acciones y penas para quien delinca o trasgreda una norma establecida, pues más allá de regular la conducta presupone toda una organización de la sociedad que indica los anhelos y las aspiraciones de la colectividad.

Estos folletos son instrumentos para observar estos procesos, nos muestran los cambios, las cosmovisiones, las inquietudes, las dudas, los problemas, los miedos y las aspiraciones de una sociedad que creía en los postulados y los principios del derecho, pero añoraba el bienestar, la paz, la tranquilidad y el progreso.

Como puede advertirse, las leyes y su aplicación no se usaron sólo en los tribunales, trascendieron a estas instituciones y permearon muchos otros aspectos de la cultura. Así, el derecho se convirtió en un elemento de disputa y lucha, pero también de resistencia y apoyo. Se invocó para legitimar cambios o para invocar la permanencia de instituciones y de derechos. Se conjuga así los elementos que dan vida a la tradición, vista ésta como una manifestación cultural en la que se recibieron expresiones, pero también se actualizaron y adecuaron a la realidad mexicana.⁶⁴

La interpretación que se hacía de éste nos lleva a conocer las cosmovisiones que imperaban en ese momento. La gran fe que se tenía en los principios sobre todo en la justicia y en la ley como portadora de ésta, hablan de una sociedad anclada en un presente que revivía el pasado pero que aspiraba al progreso y al bienestar y que estaba deseosa de manifestar su parecer sobre el rumbo que tomaba el país y en torno a los cambios que se avecinaban.

⁶⁴ En esta investigación se acoge el concepto de tradición acuñado por Carlos Herrejón quien señala que la tradición tiene un doble sentido como contenido, pues alberga corrientes culturales a través del tiempo y como acción. Herrejón Peredo, Carlos, "Tradición. Esbozos de algunos conceptos", *Relaciones*, Zamora, Michoacán, núm. 59, 1994, pp. 135-149.

V. LOS AUTORES DE LOS FOLLETOS JURÍDICOS

Los folletos sobre los temas jurídicos fueron publicados por diversas personas. Destacan algunos abogados como Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel e Ignacio L. Vallarta, juristas sobresalientes del siglo XIX.

Miembros de la Iglesia usaron en gran medida los folletos como medios de protesta cuando se discutían reformas que tocaban sus derechos o los privilegios de los que habían gozado durante tantos años. De manera especial, fueron los obispos quienes dieron la batalla ante los cambios que se avecinaban. El obispo de Michoacán, Juan Cayetano Gómez de Portugal protestó el 22 de septiembre de 1843 ante la expedición del decreto, expedido por el presidente Santa Anna, que prohibía la venta de alhajas, obras de oro y plata y piedras preciosas. Esta queja causó revuelo y el presidente tuvo que solicitar a los abogados Manuel de la Peña y Peña y José María Jáuregui que hicieran un examen minucioso del decreto para determinar si cumplía con los principios de justicia.

Años más tarde, en 1855 cuando se reunió el Congreso Constituyente y se deliberaba sobre las reformas tendientes a lograr la secularización en México, varios obispos expresaron su preocupación y su molestia por las transformaciones que se avecinaban, entre ellos se encuentra Clemente de Jesús Munguía, obispo de Michoacán, quien publicó una serie de folletos tendientes a salvaguardar los derechos que estimaba estaban siendo conculcados. Otros obispos que se expresaron a través de estos folletos fueron: el obispo de Linares, Francisco de Paula Vereá y González; el obispo de Guadalajara, Pedro Espinosa; el obispo de Puebla, Francisco Pablo Vázquez; el arzobispo de México, José Lázaro de la Garza y Ballesteros y el obispo de Michoacán, Juan Cayetano Gómez de Portugal, entre otros.

Se manifestaron en contra de la ley de desamortización de bienes eclesiásticos, contra la ley de administración en lo concerniente al fuero eclesiástico, contra el juramento constitucional, el matrimonio civil, la libertad de cultos y la nacionalización de bienes.

También personas que no se encontraban vinculadas a los cargos públicos hicieron de los folletos los instrumentos para manifestar lo que pensaban y sentían. Grupos de personas o asociaciones,⁶⁵ profesores o abogados que se encontraban afiliados a alguna academia,⁶⁶ escribanos y jueces.

⁶⁵ *Representación de los industriales de Jalisco al Supremo Gobierno del Estado solicitando la protección del gobierno para proteger a la industria nacional de la extranjera*, Guadalajara, Rodríguez, en BPJ, miscelánea 193, folleto 12, 1848, 6 pp.

⁶⁶ Padilla, Celedonio, *Exposición del precepto contenido en la fracción 3a. del artículo 34 del Código Penal de Jalisco presentada por el lic. Celedonio Padilla a la Academia Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, Tip. de “La República Literaria” de Ciro Ladrón de Guevara, en BPJ, miscelánea 475, folleto 5, 1895, 65 pp.

Algunas instituciones hicieron de estas publicaciones los medios para dar a conocer a la sociedad lo que pensaban, las necesidades que se tenían o para explicar las decisiones tomadas como fue el Supremo Tribunal de Justicia de Jalisco que pide la creación de un cuerpo de policía,⁶⁷ y el Colegio de Abogados de México.⁶⁸ Los folletos también fueron un instrumento que fungió como semanario judicial, pues albergó colecciones de sentencias dictadas en los tribunales, así como las jurisprudencias que se iban creando.

VI. CARACTERÍSTICAS DE LOS FOLLETOS QUE ALBERGABAN LA CULTURA JURÍDICA

No existe un formato único en los folletos que albergan las cuestiones jurídicas, la presentación puede ser muy versátil, varía desde el tamaño de la letra hasta la extensión que cada uno contiene. En la mayoría se presenta un discurso en el que se va desarrollando las ideas. También existen algunos que están escritos en forma de pláticas como el diálogo entre Martín y Juan Diego en el que se elogian las reformas que permiten la libertad de cultos, de conciencia y se aplaude la libertad física y moral que se instauró en el país.⁶⁹

Es importante señalar que los folletos fueron publicaciones que salieron de un sin número de pequeñas imprentas y que nunca acataron las normas establecidas en el alto mundo editorial que se dedicaba a la producción de los libros. Algunos de los pies de imprenta de estos documentos no tienen los datos completos, y en otros, no existen referencias de autor, año y lugar de publicación.⁷⁰ La impresión de estos folletos era costeadada por el autor quien llegaba a un acuerdo con las casas de imprenta sobre el volumen que debía tener la edición, lo que se sustentaba en la difusión que se quería dar a la obra que se mandaba imprimir.⁷¹

Diversas palabras fueron usadas para nombrar los discursos, entre ellas: reflexiones, opúsculos, cartas, contestaciones, representaciones, protestas, contestación a las reflexiones, manifestaciones, impugnaciones, respuestas, exposi-

⁶⁷ *Manifestación que el Supremo Tribunal de Justicia del Estado Libre de Jalisco hace a los habitantes del mismo*, Guadalajara, Manuel Brambila, en BPJ, miscelánea 69, folleto 9, 1848, 14 pp.

⁶⁸ *Representación del Colegio de Abogados al Congreso de la Unión sobre sus derechos*, México, en BPJ, miscelánea 28, folleto 9, 1861, 11 pp.

⁶⁹ Diálogo entre Martín y Juan Diego, México, Imprenta de V. Segura, miscelánea 17, folleto 3, 1855, 13 pp.

⁷⁰ Girón, Nicole, "El proyecto de folletería mexicana del siglo XIX: alcances y límites", *Secuencia*, op. cit., pp. 7-24.

⁷¹ *Ibidem*, p. 18.

ción, observaciones, decretos, instrucciones, defensa y crímenes. Era el sentido que el autor quería darle a su escrito lo que determinaba cuál de estos títulos fueran puesto a su discurso. Así, algunos sólo pretendían replicar lo que otros habían dicho otros reprochar o condenar por las decisiones tomadas. Eran estos sentidos lo definía las palabras y los argumentos expresados.

Cabe destacar que en la mayoría de los folletos jurídicos no existen datos sobre ediciones particulares, por lo que no es posible conocer con precisión cuales eran esos libros o manuales que guiaban a los autores en sus fundamentos. A pesar de esta ausencia, los llamados a los teóricos y a las disciplinas son fundamentales para comprender la interpretación y aplicación de las doctrinas en el campo jurídico durante el siglo XIX en México.

La circulación de las ideas en estos libritos llamados folletos nos hablan de la libertad de prensa que se instauró desde la Constitución política de la monarquía española elaborada por las Cortes y promulgada en septiembre de 1812 en la Nueva España.⁷²

Múltiples fueron los talleres que se ocuparon de imprimir aquellos folletos que contenían cuestiones jurídicas. Diversas administraciones estatales con la intención de dar a conocer sus normas y dar la publicidad a éstas aprovecharon las imprentas que estaban a cargo suyo como en el estado de Durango,⁷³ y Jalisco.⁷⁴ Pero también imprentas de personas privadas a quienes se pagaba el costo de la producción de los folletos. Destacan las imprentas de la ciudad de México, como la imprenta de Ignacio Escalante, Ignacio Cumplido, Imprenta Literaria y las de Guadalajara como la Tipografía de Brambila.⁷⁵

VII. CONCLUSIONES

Las ideas plasmadas en los folletos no sólo reflejan el sentir y el pensar de los diversos grupos y círculos formados en la sociedad, Además dan cuenta muy importante de la formación y consolidación del derecho en la época decimonónica. Permiten identificar todos los conceptos y los principios que giraron en torno a la aplicación de las leyes y las normas que tendían a instaurar la se-

⁷² Guedea, Virginia, “Las publicaciones periódicas durante el proceso de independencia (1808-1821)”, en Clark de Lara, Belem, y Speckman Guerra, Elisa (eds.), *La república de las letras. Asomos a la cultura escrita del México decimonónico*, vol. II, *op. cit.*, p. 34.

⁷³ *Constitución política reformada del estado de Durango (nueva edición)*, Durango, Imprenta del Gobierno a cargo de M. Gómez, miscelánea 445, folleto 4, 1870, 16 pp.

⁷⁴ *Colección de Leyes, Órdenes, Circulares del Supremo Gobierno del estado de Jalisco*, Guadalajara, Tip. del Gobierno, miscelánea 351, folleto 4, 1860, 64 pp.

⁷⁵ Es importante destacar que un gran número de folletos no tienen pie de imprenta, por lo que no es posible conocer el lugar donde fueron impresos.

paración entre la Iglesia y el Estado. Así, aunque podría considerarse que el impacto de la expedición de las leyes sólo se veía en los tribunales, la información albergada en los folletos da cuenta del gran dilema al que se enfrentaron quienes expedían tales disposiciones, quienes las ejecutaban y a quienes iban dirigidas.

Así, el folleto no sólo se compone de un cúmulo de palabras, en éstos se encuentran verdaderos tratados con referencias sustanciales a obras doctrinales, filosóficas, religiosas, jurídicas canónicas y teológicas. Esta multiplicidad de referentes convierte a los folletos en excelentes fuentes de información que permiten desentrañar todas esas ideas que dieron luz y sustento a los principales actores y opositores del fenómeno de la secularización en el Estado Mexicano.

Los folletos permiten ver cómo se fue conformando y construyendo la cultura jurídica a lo largo del siglo XIX, nos acercan a las cosmovisiones que existieron en el siglo decimonónico, en particular, a la gran fe que se depositó en la ley, pues se le percibió a ésta como la salvadora de la nación, como la que llevaría al progreso y bienestar que tanto se anhelaba en el país.

En esta preocupación sobre el rumbo que debía tomar el país y los cambios que debían llevarse a cabo, el derecho se concibe como la máxima autoridad ante la cual deben ceder y obedecer todas las personas habitantes del territorio mexicano, se le ve como una fuerza que es capaz de modificar actitudes y posturas políticas o institucionales.

El amplio número de estos ejemplares en cuestiones relacionadas con el derecho indican la gran importancia que éstos tuvieron, reflejan que existía una sociedad deseosa de manifestar y enterar a un público más amplio las cuestiones jurídicas ya fueron de índole particular o público.

Se aprecia una cultura jurídica en donde aún eran muy importantes las obras que se habían heredado y que formaban del acervo de los juristas, pero Además las circunstancias y lo distintos acontecimientos de la vida nacional moldeaban las normas incitaban a hacer reformas. Por ello el llamado a los teóricos, a los principios y las disciplinas es frecuente, pero también, se invocan las circunstancias nacionales, los problemas sociales y los males que aquejan a la sociedad.

Es posible observar que la inspiración para la creación de las normas eran los principios del iusnaturalismo racionalista y la revolución francesa: el individualismo, el progreso y el acceso a los derechos por todos se convirtieron en las directrices que debían guiar las acciones de los gobiernos democráticos. La recepción de estos principios fue acompañada por las circunstancias que prevalecían en el país, y en donde el derecho se convirtió en la respuesta a las dudas que se planteaban y como el motor de los cambios que tanto se anhelaban.

La administración de justicia no se quedaba en los tribunales, los folletos

eran los instrumentos utilizados quizá para ejercer presión y lograr con ello una confirmación o una revocación de cierta resolución.

Los folletos desempeñaron un papel fundamental en la enseñanza del derecho, se usaron como manuales para difundir obras que se estimaban trascendentales en la formación de los jóvenes. Además, fueron los instrumentos en los que se plasmaban las disertaciones que tenían lugar tanto por los profesores como por los propios alumnos de las instituciones educativas.

Aún faltan muchos aspectos por conocer acerca de los folletos y en especial, sobre los que trataron los temas jurídicos, no se sabe cuántos de estos opúsculos fueron impresos, cuál fue la difusión y la distribución que se les dio. Tampoco se conoce cuántas personas tuvieron acceso a dichos materiales y cuál fue el impacto de éstos tanto en los tribunales como en la sociedad en general. Todas estas cuestiones nos invitan a acercarnos más a este tipo de fuentes que nos permiten conocer una parte muy importante de la cultura jurídica del siglo XIX.

De esta manera, la presente investigación no agota las múltiples vetas de investigación que se abren a partir del contenido de los folletos, contrario a ello, es una invitación para explorar dichos medios de difusión y descubrir la gran riqueza que albergan.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge, “El juramento de la Constitución de 1857”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. 10, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 21-37.
- ALTAMIRANO COZZI, Graziella Fanny y ARIAS GÓMEZ, María Eugenia, “Los folletos, reflejo de una época (1893-1910)”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, México, Instituto Mora, Nueva Época, 1997, núm. 39, pp. 115-125.
- ARENAL FENOCHIO, Jaime del, “Hacia el estudio de la folletería jurídica mexicana (1851-1910)”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 4, enero-abril de 1987, pp. 79-116.
- ARENAL FENOCHIO, Jaime del, “El folleto jurídico y la colección de la Escuela Libre de Derecho”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, México, Instituto Mora, Nueva Época, 1997, núm. 39, pp. 33-39.
- BARTHE, Nicole, “La práctica de la libertad de expresión en el siglo XIX: una indagación sobre la huella de los derechos del hombre en la folletería mexicana”, en MORENO-BONETT, Margarita y GONZÁLEZ DOMÍN-

- GUEZ, María del Refugio (coords.), *La génesis de los derechos humanos en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 295-315.
- BERMAN J., Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BREM, Walter, “Aportaciones de la folletería mexicana a la estadística decimonónica (1821-1910)”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, México, Instituto Mora, Nueva Época, 1997, núm. 39, pp. 49-54.
- CONNAUGHTON HANLEY, Brian Francis, “El sermón, la folletería y la ampliación del mundo editorial mexicano, 1810-1854”, en *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, Nueva Época, núm. 6, septiembre-diciembre de 1997, pp. 55-60.
- GALANTE BECERRIL, Mirian, “La historiografía reciente de la justicia en México, siglo XIX: perspectivas, temas y aportes”, *Revista Complutense de Historia de América*, 2011, vol. 37, pp. 93-115.
- GIRÓN, Nicole, “El proyecto de Folletería Mexicana del siglo XIX: alcances y límites”, *Secuencia. Folletería mexicana siglo XIX*, México, Instituto Mora, Nueva Época, núm. 6, septiembre-diciembre de 1997, pp. 7-24.
- GIRÓN, Nicole, “La folletería durante el siglo XIX” en CLARK DE LARA, Belem y SPECKMAN GUERRA, Elisa (eds.), *La república de las letras. Asomos a la cultura escrita del México decimonónico*, México, Universidad Nacional Autónoma México, 2005, vol. II, pp. 375-390.
- GUEDEA, Virginia, “Las publicaciones periódicas durante el proceso de independencia (1808-1821)”, en CLARK DE LARA, Belem y SPECKMAN GUERRA, Elisa (eds.) *La república de las letras. Asomos a la cultura escrita del México decimonónico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, vol. II, p. 34.
- HERREJÓN PEREDO, Carlos, “Tradición. Esbozos de algunos conceptos”, *Relaciones*, México, El Colegio de Michoacán, 1994, núm. 59, pp. 135-149.
- MUÑOZ MATA, Laura, “La política exterior en la folletería mexicana del siglo XIX”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, Nueva Época, núm. 6, septiembre-diciembre de 1997, pp. 83-101.
- PI-SUÑER LLORENS, Antonia, “La guerra de los folletos como antecedente de la intervención española en México (1851-1861)”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, Nueva Época, núm. 6, septiembre-diciembre de 1997, pp. 103-114.
- RODRÍGUEZ PIÑA, Javier, “La defensa de la iglesia ante la legislación liberal en el período 1855-1861”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, Nueva Época, núm. 6, septiembre-diciembre de 1997, pp. 73-82.
- SOLARES, Laura, “La organización de la justicia. Una mirada a través de la folletería mexicana del siglo XIX, 1821-1857”, *Secuencia. Folletería Mexi-*

- cana, Siglo XIX*, Nueva Época, núm. 6, septiembre-diciembre de 1997, pp. 25-31.
- SPECKMAN GUERRA, Elisa, “Las posibles lecturas de “La República de las letras: escritores, visiones y lectores”, en CLARK DE LARA, Belem y SPECKMAN GUERRA, Elisa (eds.) *La república de las letras. Asomos a la cultura escrita del México decimonónico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, vol. I, pp. 47-72.
- SUÁREZ DE LA TORRE, Laura Beatriz, “De la devoción al interés político”, *Secuencia. Folletería Mexicana Siglo XIX*, Nueva Época, núm. 6, septiembre-diciembre de 1997, pp. 61-72.
- SUÁREZ DE LA TORRE, Laura Beatriz, “Los invisibles de la edición: los traductores. Ciudad de México, siglo XIX”, en FOLGUERA CRESPO, Pilar, *et al.*, *Pensar con la historia desde el siglo XIX: actas del XII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2015, pp. 841-859.
- VILLA GUERRERO, Guadalupe, “¿Interés público o beneficio particular? El agua en la comarca lagunera (1881-1910)”, *Secuencia. Folletería Mexicana, Siglo XIX*, Nueva Época, núm. 6, septiembre-diciembre de 1997, pp. 41-47.

Mujeres amancebadas e infidentes frente a la insurgencia en Nueva España (1816-1817)

Women Lovers and Infidels Facing the Insurgency in New Spain (1816-1817)

Mariana LÓPEZ HERNÁNDEZ

 <https://orcid.org/0000-0001-7905-4578>

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Correo electrónico: samo.jmb10@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487880e.2024.45.17066>

RESUMEN: Al partir de las causas criminales por infidencia y amancebamiento que el gobierno virreinal conformó contra Juana María Gutiérrez y Josefa María Arauz entre 1816 y 1817, se examina la definición de los delitos perseguidos para después analizar los expedientes bajo la corriente de la historia de las mujeres con el fin de señalar la actitud que el Estado, la Iglesia y la sociedad novohispana adoptaron frente a ambas acusadas, con lo que se espera incentivar el examen particular de los casos que se han logrado conglomerar en diversos estudios preocupados por subrayar el papel de las mujeres como actores de la lucha insurgente en Nueva España.

Palabras clave: Siglo XIX, México, insurgencia, mujeres, amancebamiento, infidencia.

ABSTRACT: Starting from the criminal cases for high treason and cohabitation that the viceregal government formed against Juana María Gutiérrez and Josefa María Arauz between 1816 and 1817, the definition of the crimes prosecuted is examined to later analyze the files under the trend of the history of women to point out the attitude that the State, the Church and the New Spain society adopted towards both accused, with which it is hoped to encourage the particular examination of the cases that have been conglomerated in various studies concerned with underline the role of women as actors in the insurgent struggle in New Spain.

Keywords: XIX century, Mexico, insurgency, women, cohabitation, high treason.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La justicia virreinal ante el concubinato y la infidencia.* III. *Una amanceba involuntaria, María Josefa Arauz.* IV. *“La voz pública” contra Juana María Gutiérrez.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En estrecha relación con el feminismo, la historia de las mujeres comenzó a construirse en Europa en la segunda mitad del siglo XX con el objetivo de *visibilizar* a las mujeres en tanto actores del pasado.¹ Desde entonces, se ha forjado un entramado historiográfico en el que sobresalen por un lado, las recopilaciones de estudios dedicados a analizar la historicidad del papel y de la representación de lo femenino y por otro,² los debates en torno a las formas y los conceptos que debe o no adoptar esta manera de hacer historia.³

En México, el campo no resulta desconocido pues desde los años ochenta existe la preocupación por concebir a las mujeres como agentes históricos que habitaron el territorio en tiempos pasados. En este sentido, las investigaciones han seguido diversas vetas, lo que ha permitido conocer la vida de algunas “mujeres notables” y explorar distintos espacios y ambientes en los que ellas se desarrollaron tales como la familia o el hogar, así como las prácticas y papeles sociales que han asumido, por ejemplo, la educación,⁴ o la lectura.⁵

¹ Morant, Isabel, “Mujeres e historia: La construcción de una historiografía”, en Baena, Alberto y Roselló, Estela (coords.), *Mujeres en la Nueva España*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 28-33.

² La lista de estas compilaciones siempre empieza con la obra dirigida por Georges Duby y Michelle Perrot, quienes indicaron que las mujeres del pasado parecían “sombras ligeras” a las que podíamos acercarnos a través de los discursos que habían dejado; el segundo lugar lo ocupa la obra coordinada por Isabel Morant, en la que se reunieron trabajos que comprendían el estudio de las mujeres españolas y americanas. Georges, Duby y Michelle, Perrot, “Escribir la historia de las mujeres”, en Duby, Georges y Perrot, Michelle (coords.), *Historia de las mujeres*, Madrid, Taurus, 1991, t. I, pp. 7-17. Morant, Isabel (coord.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, Madrid, Cátedra, 2004-2006, 4 vols.

³ Me refiero, por ejemplo, a las categorías de *género* o *sexo*, que descubren dos de las tendencias dentro de la crítica feminista a la historia. La primera muchas veces se usa para denunciar la desigualdad de las mujeres, respecto a los hombres con mira a acabar con la situación de injusticia, mientras que la segunda se basa en la diferencia sexual para centrar su atención en las creaciones intelectuales voluntarias de las mujeres. Segura Graiño, Cristina, “Historia, historia de las mujeres, historia social”, *Gerónimo de Uztariz*, Pamplona, núm. 21, 2005, pp. 10-14.

⁴ Jaiven, Ana, “La historia de las mujeres. Una nueva corriente historiográfica”, en *Historia de las mujeres en México*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2021, p. 38.

⁵ Algunos estudios han enfatizado la relación de algunas mujeres con la producción y distribución del libro, así como con la lectura. Garone, Marina, “Impresoras hispanoamericanas: un estado de la cuestión”, en *Bulletí de la Reial Acadèmia de Bones Lletres de Barcelona*, Barcelona, Reial Acadèmia de Bones Lletres, 2007-2008, t. LI, pp. 451-471. Guzmán Pérez, Moisés, “Lecturas femeninas en Valladolid de Michoacán (siglo XVIII). La librería de Ana Manuela Muñiz Sánchez de Tagle”, *Tzintzun: Revista de Estudios Históricos*, Morelia, núm. 58, 2013, pp. 15-70.

Una parte de esta historiografía ha marcado sus límites temporales de estudio en el periodo que abarca la lucha por la independencia (1810-1821) y se ha preguntado si las mujeres tuvieron un papel activo en el movimiento insurgente.⁶ La respuesta ha sido positiva. Ya desde los años cincuenta del siglo XX, Luis González aseguraba con tono heroico-romántico que las mujeres habían participado en la guerra «ya avivando con su amor un amor más grande y santo; ora sorprendiendo con hazañas que rayaron en lo fabuloso, ora, en fin, derramando su propia sangre, no contentas con haber ofrecido la de sus hijos».

Después, ofrecía al lector los nombres y las actividades de algunas protagonistas, encabezadas por Josefa Ortiz y Leona Vicario.⁷ La interrogante se sigue formulando y a pesar de que la réplica en forma de lista de nombres se ha multiplicado y el interés sobre las vidas de las principales figuras femeninas se ha mantenido,⁸ hoy poseemos un panorama de los diferentes papeles que ellas desempeñaron como sujetos activos tanto en el bando insurgente como en el realista.⁹ Así, por medio del análisis de fuentes judiciales, se les ha podido ubicar bajo categorías como conspiradoras, testigos, seductoras, mensajeras, espías,¹⁰ e incluso capitanas.¹¹

Entre los casos que estos estudios han presentado se encuentran las causas criminales contra Juana María Gutiérrez y María Josefa Arauz. Sobre la primera acusada, María Luisa del Leal transcribió la *Sumaria* a mediados de los años cincuenta, anunciando que el expediente formaba parte de una casuística

⁶ Se entiende como una lucha prolongada. La insurgencia se relaciona con la revolución al buscar un cambio del personal de gobierno y del sistema político, pero mientras el intento revolucionario puede fallar, la insurgencia se mantiene por un largo tiempo. Hamnett, Brian, *La insurgencia en México. Historia regional, 1750-1824*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Históricos, 2000, pp. 72 y 73.

⁷ González, Luis, “Heroínas de la Independencia”, Torre, Ernesto de la, *Lecturas históricas mexicanas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, t. III, pp. 76-84.

⁸ Hasta el punto de poder explicar la construcción del mito que gira en torno a ellas. Véase: Guzmán, Moisés, “Gertrudis Bocanegra y el proceso de construcción de la heroína en México”, en Guardia, Sara (ed.), *Las mujeres en la independencia de América Latina*, Lima, Centro de Estudios de La Mujer en la Historia de América Latina, 2010, pp. 59-74. Arrom, Silvia Marina, “La Güera Rodríguez: la construcción de una leyenda”, *Historia Mexicana*, México, núm. 69, octubre-diciembre de 2019, pp. 471-510.

⁹ Kentner, Janet, *The socio-political role of women in the mexican wars of Independence 1810-1821*, Chicago, University of Chicago, 1975.

¹⁰ Ibarra, Marco, *Reflejos de una transición: mujeres en la Independencia*, México, Escuela Nacional de Antropología e Historia, 2010.

¹¹ Guzmán, Moisés, “Mujeres, guerra y fortificación en Nueva España, 1814-1820”, en Sanfiro, Manuel y Guerrero, Alberto, *Mujeres en la guerra y en los ejércitos*, Madrid, Catarata, 2019, pp. 150-164. El autor incluso destaca la participación de las mujeres en la molienda de la pólvora, la curación de los heridos, la administración del dinero y la provisión de enseres y alimentos.

amplia que permitía acercarnos a las mujeres con «personalidades menos brillantes» que «no quedaron al margen del movimiento más trascendental para México».¹²

Veinte años después, José María i Vergés hizo referencia al mismo documento e indicaba que la sumaria había sido conformada porque Juana había sido acusada de infidencia y de amancebamiento con el cabecilla insurgente Mariano Osorio, pero como nada se pudo probar sobre el primer delito sólo fue sentenciada a cuatro meses de reclusión en un recogimiento por haber estado amancebada, aunque después se le indultó.¹³ Miquel i Vergés también dedicó una entrada de su *Diccionario* a María Josefa Arauz, señalándola como concubina del cabecilla Vicente Gómez. Aseguraba que luego «de una serie de averiguaciones practicadas en poblaciones en que había morado la acusada, resultó probable que hubiese sido obligada por la fuerza a seguir a Gómez», por lo que fue indultada.¹⁴

Ambas descripciones han sido recuperadas en trabajos recientes,¹⁵ sin embargo, se ha dejado de lado el estudio detallado de estos casos, conformados entre 1816 y 1817. Las siguientes páginas tienen por objetivo cubrir ese vacío ya que los expedientes no sólo permiten acercarnos a los avatares que dos mujeres tuvieron que enfrentar en un marco determinado por la insurgencia, sino que ayudan a definir el papel que el Estado, la Iglesia y la sociedad asumieron frente a ellas. En este sentido, parto de la idea de que ante el deseo de alcanzar la pacificación de un territorio que desde hacía seis años era acosado por una guerra interna, el gobierno y el clero mostraron una actitud de rechazo ante las mujeres que entablaron una relación amorosa con algún insurgente, mientras que los individuos que las rodearon se mostraron solidarios siempre y cuando el asunto no fuera motivo de escándalo.

No hay que olvidar que en el periodo al que nos acercaremos, el derecho indiano todavía regía Nueva España. Por tanto, los expedientes judiciales que referiré responden a un estilo casuístico. Esto es, procurar una solución justa a cada situación, lo que ayudó a construir una tradición jurídica a través de la analogía.¹⁶ Así, para determinar las actitudes y definir las razones de tales disposiciones de ánimo de los actores, no sólo es necesario presentar las causas

¹² Leal, María Luisa, “Mujeres insurgentes”, *Boletín del Archivo General de la Nación*, México, Archivo General de la Nación, t. XX, 1949, núm. 4, pp. 545 y 546.

¹³ Miquel, José, *Diccionario de Insurgentes*, México, Porrúa, 1969, p. 261.

¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

¹⁵ Ibarra, Marco, *op. cit.*, pp. 220 y 221. Saucedo, Carmen, *Ellas, que dan de qué hablar. Las mujeres en la Guerra de Independencia*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2011, p. 61.

¹⁶ Dougnac, Antonio, *Manual de Historia del derecho Indiano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 11-17.

sino entender por quiénes y cómo eran juzgados los delitos por los que Juana y Josefa fueron acusadas.

II. LA JUSTICIA VIRREINAL ANTE EL CONCUBINATO Y LA INFIDENCIA

En España, a inicios del siglo XVIII, la voz *concubinato* era lo mismo que *amancebamiento* y hacía referencia al «trato y comunicación ilícita de hombre con mujer».¹⁷ El concepto, sin embargo, había sufrido una larga transformación en el derecho español. Durante la Edad Media, a través de las leyes de *Partidas* se definió la *barraganía* como la relación lícita monogámica entre un varón y una mujer mayor de 12 años y no virgen que, teniendo una condición social dispar, acordaban vivir en el mismo lecho por un tiempo determinado.

Para que este tipo de convivencia pudiera ser aceptada, las *Partidas* exigían la soltería de los individuos, así como la inexistencia de un vínculo matrimonial simultáneo a la *barraganía*. Sin embargo, poco a poco el término se vio desplazado por el de *amancebamiento* y amplió su designación a la cohabitación de un hombre y una mujer que sin haber contraído matrimonio hacían vida maridable, aunque uno de ellos, o los dos estuvieran casados o el hombre fuera clérigo o fraile, dando pie a que la práctica se tornara ilícita ante la ley.¹⁸

Con estas modificaciones, durante la Edad Moderna el amancebamiento se concibió como un delito que, para poder ser punible por la justicia ordinaria, demandaba la condición de escándalo o publicidad. Es decir, mientras los amancebados mantuvieran su relación con discreción, su relación no podía ser castigada de forma pecuniaria o física.¹⁹

La ley en torno al amancebamiento migró a América a través del derecho indiano y aumentó su rigor contra los españoles. Así, el título 8 de la *Recopilación de las leyes de Indias* indicaba que las penas contra los amancebados debían entenderse «al doble» y que las mujeres no podían ser apresadas sin antes

¹⁷ Real Academia Española, *Diccionario de autoridades*. Disponible en: <https://apps2.rae.es/DA.html>.

¹⁸ Collantes, María, *El amancebamiento: una visión histórico-jurídica en la Castilla Moderna*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 36-39.

¹⁹ Las penas económicas se traducían, para los hombres, en el pago de 10,000 maravedís o en el embargo de la mitad de sus bienes. Las mujeres que se amancebaran por primera vez debían pagar un marco de plata y eran desterradas de su poblado. Si reincidían, debían pagar otro marco de plata y sufrir cien azotes públicos. En el caso de ser amancebada y además casada, y no obedecer la orden judicial de regresar con su marido, perdía todos sus bienes. Los clérigos amancebados eran juzgados por el derecho canónico y en estos casos la mujer también podía ser castigada por el mismo marco legal. Collantes, María, *ibidem*, pp. 43-59.

obtener la prueba del delito. En cuanto a los indios, los varones quedaban exentos de castigo y las mujeres eran obligadas a abandonar sus pueblos.²⁰ En cuanto a la jurisdicción, el delito siguió siendo perseguido por la justicia ordinaria a través de la Real Audiencia de México, aunque, como ha indicado Solange Alberro, el Tribunal del Santo Oficio llegó a implicarse cuando el amancebamiento se convertía en *bigamia*,²¹ o el inculpado era acusado por proposiciones o blasfemias.²²

Otro delito que migró al corpus legislativo indiano fue el de *lesa majestad*, definida en el siglo XIII según las *Leyes de Partida* como el «yerro de traición» que un hombre realiza «contra la persona del rey» y que se podía identificar con el alzamiento de los vasallos contra el rey, por lo que todo individuo que incurriera en el delito merecía la pena de muerte y la confiscación de bienes, aunque el soberano tenía la facultad de perdonar al culpable.²³

Un siglo después, el *Ordenamiento de Alcalá*, indicaba que una forma de traición era la rebelión o la sedición, es decir, el atrevimiento de levantarse contra el rey. Tiempo después, en el siglo XVIII, la sedición mutó su forma y una manera de identificarla era la *infidencia*, entendida como la introducción a los territorios españoles de «qualesquiera papeles sediciosos y contrarios a la fidelidad y a la tranquilidad pública y al bien y felicidad» de los vasallos.²⁴

En Nueva España, este último delito se concibió como crimen militar desde 1768, por lo que instancia militar era la responsable de resolver estas causas, aunque los acusados no pertenecieran a su institución.²⁵ Ante la justicia militar el delito podía ser entendido como la correspondencia por escrito o verbal

²⁰ *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias: mandadas imprimir y publicar por la magestad católica del rey Don Carlos II, nuestro señor*, t. II, Madrid, por Ivlian de Paredes, 1681, p. 296. Disponible en: <http://www.bibliotecanacionaldigital.gob.cl/visor/BND:8941>

²¹ El delito de bigamia también es conocido como *duplici matrimonio* y hace referencia a aquellos individuos que, estando unidos en legítimo matrimonio, contraían unión matrimonial con otra persona. Para ahondar en el tema consúltese Enciso, Dolores, *El delito de bigamia y el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Nueva España, siglo XVIII*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

²² Alberro, Solange, “El amancebamiento en los siglos XVI y XVII: un medio eventual de medrar”, en *Familia y poder en Nueva España. Memoria del Tercer Simposio de Historia de las Mentalidades*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1991, p.158.

²³ Marín Tello, María Isabel, “El castigo ejemplar a los indígenas en la época de José de Gálvez en el virreinato de la Nueva España”, *Cuadernos de Historia*, Chile, núm. 31, 2009, p. 35.

²⁴ *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneira, 1850, t. VII, pp. 14-15 y 121. Disponible en: <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=404007>

²⁵ El tratado VIII del título III de las leyes militares determinaba que las causas «de infidencia por espías, o en otra forma» eran privativas de la jurisdicción militar. *Ordenanzas para el régimen disciplina, subordinación y servicio de sus exercitos*, Madrid, Oficina de Antonio Marín,

que en tiempo de guerra se entablaba con el enemigo, en cuyo caso el castigo dependía de la «calidad y carácter del delincuente», o como la revelación del «Santo, Señal, o Contraseña a la orden reservada que se le hubiere dado de la palabra, o por escrito», lo que significaba obtener una pena física o incluso la sentencia de muerte.²⁶

Sin embargo, la jurisdicción cambió de manos tras la abdicación de los borbones a favor del emperador francés, lo que provocó un desequilibrio político en Nueva España al traducirse en la caída del virrey Iturrigaray en septiembre de 1808. El gobierno entonces estuvo en manos del mariscal de campo Pedro Garibay, antes de pasar a las del arzobispo Francisco Javier Lizana y Beaumont,²⁷ quien instauró la Junta Extraordinaria de Seguridad y Buen Orden en septiembre de 1809. La institución estaba integrada por el virrey, el oidor y el alcalde de la Real Sala del Crimen, un fiscal, un secretario y un escribano, que se ocuparían de las causas de *infidencia*.

El ejercicio implicó la conformación de más de 45 mil casos, que en este marco muchas veces fueron entendidos como la expresión de apoyo a Napoleón. No obstante, el número de causas, la actuación de esta instancia no duró más de tres años porque tras la promulgación de la Constitución de Cádiz fue sustituida en enero de 1813 por una Junta Militar que, enlazada con juntas provinciales de la misma denominación, estuvo encabezada por el virrey e integrada por siete jefes del ejército más un juez eclesiástico, que se encargaría de las causas de aquel fuero.²⁸

Diferentes autores han demostrado que durante la lucha insurgente diversas mujeres fueron aprehendidas y castigadas por considerarlas partícipes del bando insurgente. Algunos han contabilizado 134 casos de mujeres insurgentes y señalan que casi la mitad fueron procesadas y de ellas sólo 4 fueron condenadas a muerte. Otros hacen un recuento de 162 mujeres donde 94 fueron

1768, t. III, p. 132. Disponible en: https://books.google.com.mx/books?id=aOZn8phXkasC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, p. 238. *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 327.

²⁷ Torres, Gabriel, *Los últimos años de la Inquisición en la Nueva España*, México, Consejo Nacional de las Culturas y las Artes, 2004, pp. 65-75. Vázquez, Josefina, “De la independencia a la consolidación de la República”, en Estrada, Óscar *et. al.* (coords), *Nueva historia mínima de México*, México, El Colegio de México, 2008, pp. 249-253.

²⁸ Alamán, Lucas, *Historia de Méjico: desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*, México, Imprenta de J. M. Lara, 1850, t. III, pp. 281 y 375-376. Disponible en: <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=398195>. Miranda, José, *La caída del gobierno español en la ciudad de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 328-329. Para un panorama de las causas conformadas por la Junta, véase: Landavazo, Marco Antonio, “El fantasma de la Infidencia. Expresiones en Nueva España en vísperas de la Independencia”, *Tzintzun: Revista de Estudios Históricos*, Morelia, 2015, núm. 62, pp. 44-68.

encarceladas, 7 fusiladas y 3 perdonadas. Unos más han demostrado la existencia de otras penas como los 25 azotes que el coronel Iturbide ordenó se dieran a las arrestadas en Pénjamo.²⁹

Con ello no sólo se revela una inconsistencia en las cifras totales sino la necesidad de comprender el motivo y significado de las diversas resoluciones. Es decir, resulta preciso revisar caso por caso para entender por qué mientras a algunas insurgentes se les fusiló a otras se les encarceló y a unas más se les indultó. Es claro que aquí no será posible abordar cada uno de estos procesos. Sin embargo, pretendo marcar la pauta al abordar dos de ellos.

III. UNA AMANCEBA INVOLUNTARIA, MARÍA JOSEFA ARAUZ

Ante la ausencia de Carlos IV en el trono de España, la soberanía se volvió un tema de debate, lo que propició que diversos individuos planearan conjuras y conspiraciones con el fin de dar una solución a la inestabilidad política del virreinato, lo que implicaba cometer el delito de *infidencia*. En septiembre de 1809, se descubrió la conjura encabezada en Valladolid por los militares José María García Obeso y José Mariano Michelena que buscaban la formación de un congreso en el que se depositara la soberanía real.

Contrario a lo que podría pensarse, el virrey Lizana se mostró benévolo con los cabecillas y con los implicados, pues después de ser procesados devolvió la libertad a los primeros y decidió no proceder contra el resto de los participantes.³⁰ Un año después la conspiración de Querétaro fue descubierta, pero esta vez, antes de ser aprehendidos, los integrantes lograron iniciar un movimiento de rebelión insurgente,³¹ que definió el periodo de “Independencia” en la historia de México.

Hacia 1816 la revolución seguía viva a pesar de que algunos de sus precursores habían sido ejecutados desde julio de 1811. Desde entonces, el movimiento insurgente se atomizó en varias zonas de la Nueva España. Los grupos rebeldes actuaban aislados para atacar villas o haciendas y se reunían de forma esporádica cohesionados por un cabecilla que al final los despachaba en partidas para oponer resistencia a las fuerzas realistas. Entre 1813 y 1815, la di-

²⁹ Garrido, María, “Entre hombres te veas: las mujeres de Pénjamo y la revolución de Independencia”, en Castro, Felipe y Terrazas, Marcela (coords. y eds.), *Disidencia y disidentes en la Historia de México*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, 2003, pp. 170 (núm. 4) y 184.

³⁰ Villoro, Luis, “La revolución de independencia”, *Historia general de México: versión 2000*, México, El Colegio de México, 2000, pp. 503 y 504. Torres, Gabriel, *Los últimos años...*, cit., pp. 74 y 75.

³¹ Véase nota 6.

rección política de la insurgencia pasó a manos del Congreso de Chilpancingo, pero su disolución atomizó de nuevo el movimiento provocando que cada caudillo actuara celosamente en su territorio o que cediera ante la política indulgente instaurada desde 1816 por el virrey Juan Ruiz de Apodaca, que incluía el ofrecimiento de indulto a los insurgentes.³²

Las características de la insurgencia implicaron que la estructura militar del virreinato mutara. El territorio se dividió en comandancias generales cuyo jefe adquirió tanto el mando militar como el político de la zona que defendía y, con base al *Reglamento político militar*, de Félix María Calleja, la defensa del virreinato se basó en milicias organizadas por las autoridades locales y supervisadas por los oficiales del ejército, que al igual que las tropas expedicionarias, muchas veces alojaron rebeldes indultados que lograron obtener empleos de capitanes, coroneles y generales.³³ En el centro este del territorio, los insurgentes dominaron el Departamento del Norte que correspondía a la región central de Puebla y que al norte comprende las poblaciones de Tlaxcala, San Martín Texmelucan y Huejotzingo.³⁴

Entre 1810 y 1815, el área había sido dominada por el jefe insurgente José Francisco Osorno, miembro de una gran familia de «delincuentes veteranos» que habían decidido unirse a la lucha tras el llamado de auxilio de Hidalgo, recibido mediante Mariano Aldama. Al parecer de Brian R. Hamnett, «las medidas realistas contra la insurgencia indujeron a muchos pobladores a unirse» a la banda de Osorno que siguió en pie de lucha hasta inicios de 1816 cuando el cabecilla decidió huir a Tehuacán para después unirse a las fuerzas de Manuel Mier y Terán, sólo después de haber perdido el control del departamento porque «muchos de sus cabecillas, hartos de una insurgencia fútil y ansiosos de obtener ventajas mayores en el otro bando, solicitaron amnistía al gobierno».³⁵

Durante varios años, los habitantes del Departamento del Norte sufrieron saqueos por parte de las bandas rebeldes, se enfrentaron a la escasez continua

³² Según los capitulares presentados por el Ayuntamiento de la Ciudad de México en 1820, el virrey había logrado la muerte de 9,998 rebeldes, la aprehensión de 6,000 y el indulto de 35,000. Moreno, Rodrigo, “Ruiz de Apodaca, Juan”, en Ávila, Alfredo *et al.* (coords.), *Diccionario de la Independencia de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 140. Villoro, Luis, *ibidem*, pp. 508, 511, 514 y 516.

³³ Moreno, Rodrigo, *La trigarancia. Fuerzas armadas en la consumación de la independencia. Nueva España, 1820-1821*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, pp. 28-30, 33, 51 y 52.

³⁴ Guedea, Virginia, “Escenarios de la guerra: el Departamento del Norte”..., *cit.*, p. 175.

³⁵ Sordo Cedeño, Raynaldo, “Manuel de Mier y Terán y la insurgencia en Tehuacán”, *Historia Mexicana*, 2009, t. LIX, núm. 1, pp. 184 y 185. Hamnett, *La insurgencia...*, *cit.*, pp. 175-178.

de comida en la sierra, padecieron los robos de ganado en sus haciendas y soportaron las disputas de los insurgentes y del gobierno por el territorio.³⁶

Bajo este contexto, desde 1815 la comandancia de los Llanos de Apan fue coordinada por el coronel del Regimiento de Dragones de San Luis, Manuel de la Concha, quien desde Tulancingo coordinaba las actividades de las comandancias subalternas situadas en Apan, Pachuca, Huasca, la sierra de Puebla, Calpulalpan y Tlaxco.³⁷ El 26 de octubre de 1816, el comandante recibió la orden de realizar lo necesario para concluir la causa en contra de la rea María Josefa Arauz, a quien había remitido a la Real Cárcel de Corte.³⁸

Poco de dos semanas después el comandante se dirigía al virrey Juan Ruiz de Apodaca para informarle que la causa era inexistente «porque sólo con el hecho de haber sabido que era amasia [entiéndase querida] favorita del cabecilla Vicente Gómez» había mandado una partida para ejecutar el arresto de María Josefa. Al parecer del coronel, Arauz había acompañado al insurgente en «ilícita amistad» y sus actividades habían sido «tan criminales» como las de aquél, puesto que según le habían informado los indultados que formaban parte de su división, María Josefa se complacía y estimulaba «las operaciones sanguinarias» del rebelde para que las aplicara «a todo infeliz» que cayera en sus manos.

Asimismo, afirmaba que la rea había afirmado en el momento de su prisión que «Gómez era para ella un Dios a pesar de las iniquidades que le imputaban, y que sentía no tener prole de él para tenerlo continuamente presente». Por estas razones, para el militar, la mujer debía ser encarcelada de por vida «ya que su sexo la exceptúa en cierto modo de sufrir otra pena».³⁹

El individuo que mencionaba de la Concha era conocido como «el capador» que según el comandante general José Francisco Osorno, merecía ser calificado como «malvado», «fiera» y «lobo carnicero» pues junto con Ramírez no sólo cebaba «sobre los pueblos y les chupaban la sangre como lobos carniceros», sino que robaba niñas que después debían responder ante la justicia, como le ocurrió a María Manuela González.⁴⁰ Conforme indica Lucas Alamán se le había reconocido como «uno de los más atroces asesinos» porque «castaba a los prisioneros españoles a quienes no quitaba la vida, diciendo que lo hacía para que no propagasen su casta».⁴¹

El 25 de febrero de 1812, había logrado invadir el pueblo de San Martín Texmelucan y sólo cuando el coronel Cristóbal Ordóñez se dispuso a comba-

³⁶ Hamnett, *La insurgencia...*, cit., pp. 186-207.

³⁷ Moreno, Rodrigo, *La trigaranca...*, cit., pp. 62-65.

³⁸ Archivo General de la Nación (AGN), *Infidencias*, vol. 57, exp. 5, f. 219.

³⁹ AGN, *Infidencias*, vol. 57, exp. 5, f. 217.

⁴⁰ Herrejón, Carlos (comp.), *Morelos: documentos inéditos de vida revolucionaria*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 1987, pp. 279 y 280.

⁴¹ Alamán, *Historia de Méjico*, cit., pp. 567 y 568.

tirlo se retiró de aquella zona, no sin antes incendiar una casa del pueblo y una hacienda contigua a San Cristóbal Polaxtla.⁴² Dos días antes, Gabriel García Bringas había informado a su superior haber ido tras Gómez que parecía ocupaba el cerro de Belén y sus comarcas con ayuda de dos mil o tres mil bandidos. Sin embargo, el brigadier informó que «los malvados» habían huido «cobardemente hasta Tlaxco, y aún más allá».⁴³

Según los informes del capitán de dragones Juan Miagolarra, a principios de abril de 1815, «el capador» dominaba el territorio de Santiago Coltzingo, Puebla, donde al llegar y no encontrar al enemigo, el dragón destruyó todo lo «perteneiente al cabecilla Vicente Gómez». El regreso a San Martín Texmelucan no fue fácil porque Miagolarra y sus hombres detectaron una gavilla al mando de Gómez, compuesta por unos 150 hombres que le impidieron seguir su camino.

El combate inició. La fuerza rebelde no tardó en reunir alrededor de 500 hombres con la llegada a la batalla de otras gavillas. El capitán, a la cabeza de 370 hombres, logró desplegar una estrategia para que el enemigo se escondiera entre las barrancas, desde donde continuaron haciendo fuego hasta agotarse.⁴⁴ A fines del mismo mes «el capador» se presentó en frente al convento de Huejotzingo y junto con «sus compañeros Germán Reyes, Colín y otros» abrió fuego para después saquear las casas de los vecinos con tal ferocidad que los soldados tuvieron que hacer un «fuego incesante por más de cuatro horas y media por todos los puntos de la plaza» para poder echar al enemigo del pueblo.⁴⁵

Sólo dos meses después, en julio de 1815, José Velázquez informaba del ataque que habían sufrido sus hombres en San Martín Texmelucan por los 300 hombres dirigidos por «Vicente Gómez, dos Colines, Corona, Aguilar y parte de la gente de Serrano».⁴⁶ En ese entonces, María Josefa era una de las vecinas de este territorio y según indicó al virrey por medio de Ignacio Antonio Salamanca, había sido «saqueada, y puesta en el estado de indigencia por los rebeldes, cuando invadieron el pueblo». Por su seguridad y por la de sus «cinco tiernos hijos» decidió huir al pueblo de San Felipe Ixtlaquisera, donde después de «haber admitido y dádoles hospedaje a en su casa a varios oficiales de las tropas del Rey», Vicente Gómez entró al pueblo y la hizo prisionera junto con sus cinco hijos.

⁴² *Idem.*

⁴³ *Gaceta del Gobierno de México*, 3 de marzo de 1812.

⁴⁴ *Ibidem*, 8 de abril de 1815.

⁴⁵ *Ibidem*, 29 de abril de 1815.

⁴⁶ *Ibidem*, 5 de julio de 1815.

El «capador» entonces la trasladó al curato de Tlangatepeque para que el cura don Juan Durán «la tuviera a su disposición e incomunicada». De esta manera vivió, hasta que las fuerzas realistas llegaron al curato y por órdenes del comandante de la Concha fue trasladada a la Real Cárcel de Corte. Dada la falta de voluntad que ella había manifestado para seguir a Vicente Gómez en sus andanzas, solicitaba al virrey mandara lo necesario para que se probara su inocencia y se le devolviera la libertad a ella y a sus hijos.⁴⁷

A pesar de que el comandante Manuel de la Concha expresó las razones por las que no consideraba necesario realizar la sumaria de la acusada, el virrey le indicó en noviembre de 1816 que era indispensable que la mandara elaborar «en el mejor modo posible» para poder «tomar la providencia que conviniera en justicia».⁴⁸ Acto seguido, el comandante ordenó al ayudante mayor del Batallón de Tlaxcala, don Pedro Milán, y al sargento 1º del mismo cuerpo, José Mariano Caro, tomar las declaraciones de los testigos, actividad que desarrollaron durante la primera semana de diciembre de 1816.

De los siete testigos sólo tres no eran militares. El presbítero don Juan Ruiz Durán indicó haber recibido a María Josefa en su casa por más de un mes, sólo después de que Gómez se lo exigiera con violencia. Aseguró que le constaba el amancebamiento de Arauz ya que durante aquel lapso observó que Gómez la acompañó una vez «a causa de un fuerte aguacero, que le obligó a quedarse allí» y «notó alguna desvergüenza en ella como era el expresar se jactaba ser amasia de Gómez».⁴⁹

José Mariano Cuellar, comerciante del pueblo de Atlangatepec aceptó no conocer la conducta de la acusada, pero sabía «por voz notoria del lugar» que María era la amasia de Vicente y «que sin embargo de varias visitas que le hacía, sólo dos noches se quedó con ella».⁵⁰ Contrario a estas dos declaraciones, el encargado de justicia del mismo pueblo, Ignacio Huerta, indicó no conocer a María más que de vista, pues llegó a verla en las ocasiones que ella salía de paseo.

Los testigos restantes pertenecían al ejército, ocupaban los escalafones más altos de su corporación y no coincidían mucho en sus declaraciones. Por un lado, el capitán de la Compañía de Realistas de Caballería, don Joaquín Espinoza, señalaba conocer a Josefa Arauz desde hacía más de doce años. Sabía que el comandante de la división la había aprehendido por ser amasia de Vicente Gómez, pero defendía que la rea le había hecho saber que había

⁴⁷ AGN, *Infidencias*, vol. 57, exp. 5, f. 214.

⁴⁸ *Ibidem*, exp. 5, f. 219.

⁴⁹ *Ibidem*, exp. 5, fs. 208 y 209.

⁵⁰ *Ibidem*, exp. 5, f. 209

sido forzada por el rebelde que incluso «mandaba transportarla en los parajes que le acomodaba».⁵¹

Bajo la misma tónica declaró el capitán realista don José Antonio Blancas, que dijo haber conocido a María Josefa en 1814 cuando estuvo viviendo en el pueblo de «Quasila» y que sólo después de trasladarse a Sanctorum supo que había sido robada pero que no había escuchado «decir cosa alguna que con probabilidad haga delincuente a dicha mujer».⁵²

Por otro lado, los miembros del Primer Batallón de América que habían participado en la aprehensión de Arauz la percibían de diferente manera. Tanto el capitán don Ramón Gallinzoga como el teniente Patricio Arce y el subteniente Miguel Tereiro, aseguraron que al haberse enterado de la aprehensión de «una de las putas» del «asesino Gómez», ellos y otros miembros del batallón decidieron visitarla en la habitación del curato donde se encontraba encerrada. Una vez frente a ella, comenzaron a interrogarla con el deseo de saber si en verdad era «la prostituta» de aquel «infame» y «traidor», si los niños eran de él y por qué había decidido unirse con un hombre «de tan mala vida».

Ante tales preguntas, según los militares, la acusada respondió «franamente» «con un aire altanero y desvergonzado» que los niños no eran del rebelde sino «de su difunto marido, el que había sido asesinado por Gómez», pero que sentía no tener un hijo suyo «para tenerlo siempre presente» y que Gómez «bien podía ser malo, pero que para ella era un Dios».⁵³

Cuando las diligencias concluyeron, Millán y Caro las entregaron a don Manuel de la Concha quien a su vez las remitió al virrey Ruiz de Apodaca. La documentación fue entonces revisada por el auditor de Guerra Miguel Antonio Bataller y Ros,⁵⁴ a finales de diciembre de 1816. El examen lo condujo a aconsejar al virrey el traslado de María Josefa Arauz desde la casa donde se hallaba detenida en la Ciudad de México a la Real Cárcel de Corte, en donde debía recibírsele declaración.

El virrey siguió el consejo de Bataller y el 2 de enero de 1817 Arauz compareció ante el fiscal José Francisco Nava y el escribano José Paulino Alvarado

⁵¹ *Ibidem*, exp. 5, f. 212.

⁵² *Ibidem*, exp. 5, f. 212.

⁵³ *Ibidem*, exp. 5, fs. 220-222.

⁵⁴ (1756-), originario de Granada e hijo del oidor de la Audiencia de México del mismo nombre. Estudió derecho civil y canónico en la Universidad de Granada. En 1788 tomó el cargo de fiscal del crimen en la Audiencia de Guatemala hasta que en 1796 fue promovido a la de México. En 1804 obtuvo el nombramiento de oidor y auditor de guerra o consejero de asuntos militares. Éste último cargo lo desempeñó en dos periodos, primero entre 1804 y 1809, después entre 1814 y 1820, «haciéndose tristemente célebre por el encono con el que persiguió a los insurgentes, al grado de que éstos lo apodaron ‘el Robespierre de la América’». Fernández, Miguel, *El virrey Iturrigaray y el Ayuntamiento de México*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2021, pp. 66 y 67.

y expuso ser española de 26 años, originaria de San Felipe Ixtlacuista, Tlaxcala, y viuda de don Ignacio de la Barreda.⁵⁵

Durante su interrogatorio, explicó que ignoraba el motivo por el cual el comandante de la Concha la había remitido a la Ciudad de México en calidad de presa. Manifestó que al quedar viuda se instaló con su madre en San Martín Tescmeluca, pero tras el saqueo que sufrió el pueblo se vio obligada a mudarse a San Felipe Ixtlacuista, donde buscaba su subsistencia y la de sus hijos ocupándose de una tiendita.

Al parecer, conocía a Vicente Gómez «desde antes de la insurrección en el Pueblo de Tescmeluca, pero nunca en su vida lo había tratado ni aún siquiera le había dado los buenos días». Por tanto, cuando el rebelde la extrajo del pueblo para llevarla primero a una hacienda cuyo nombre desconocía y luego para conducirla al curato de Atlangatepec, hizo fuerza de toda su autoridad ya que ella, decía, no hubiera podido por propia voluntad. A pesar de la insistencia del fiscal para que dijera «la verdad», dejara de mantener «su tenaz negativa» e hiciera a un lado las «débiles razones» que daba, Josefa hizo hincapié en que Gómez nunca «le habló de amores».⁵⁶

Era cierto, sin embargo, que Vicente se había quedado dos noches en el curato, pero aseguraba había sido sólo con el fin que resguardarse de la lluvia y por buscar al cura que, por cierto, le impidió huir con el pretexto de «que todo aquello estaba rodeado de insurgentes y que expondría su vida». También eran verdad las expresiones que había emitido sobre Gómez ante los integrantes del Primer Batallón de América, pero, según defendía, lo hizo porque «se enardeció demasiado». Los militares «la estaban importunando demasiado con sus preguntas después de haber dado su declaración ante el oficial; de modo que a cada paso se le rodeaban haciendo mofa de ella, y que así irritada y casi exasperada convino con lo que ellos le suponían, no porque fuese la verdad, sino por quitárselos de encima».⁵⁷

El interrogatorio terminó con la súplica de Arauz de compasión hacia ella y sus hijos, que ahora eran sólo cuatro ya que en días anteriores había fallecido uno de ellos.⁵⁸ La información regresó a manos del auditor de Guerra por medio del mayor de la plaza, José Mendivil, el 8 de enero de 1817, pero sólo hasta finales del mismo mes el auditor sugirió examinar a los testigos que María Josefa señalara convenientes a su causa. Tras el visto bueno del virrey, el fiscal Nava y el escribano Alvarado regresaron el 17 de febrero a la Real Cárcel de Corte. Josefa Arauz indicó entonces que no sabía de alguien en la capital

⁵⁵ AGN, *Infidencias*, vol. 57, exp. 5, fs. 223-225.

⁵⁶ *Ibidem*, fs. 225-226.

⁵⁷ *Ibidem*, f. 226.

⁵⁸ *Ibidem*, f. 227.

que pudiera informar sobre su conducta, pero en los pueblos de San Martín (Puebla) y San Felipe Ixtlacuixtla (Tlaxcala) habitaban por lo menos 18 hombres que podían acreditar que siempre había sido «adicta a la causa justa».⁵⁹

En consecuencia, diez días después el fiscal ordenó al coronel don José Barradas mandar interrogar a los vecinos de San Martín Teshmeluca. Así se proveyó y el 10 de mayo de 1817 el fiscal recibió la información solicitada.⁶⁰ Siguiendo las órdenes de Barradas, el dragón del Regimiento de España, Francisco Fernández se había dado a la tarea de tomar las declaraciones de los testigos con ayuda del escribano y también dragón, Miguel Guardiola.⁶¹ De los nueve individuos señalados por Arauz, sólo seis fueron interrogados pues mientras que Manuel Castillo y Francisco Fernández del Campo se hallaban ausentes, el Padre Guardián sólo se limitó a otorgar la licencia solicitada por el dragón para que Fray Cristóbal López pudiera declarar.⁶²

Sin embargo, todos coincidieron en que María Josefa apoyaba al bando realista. Fray Cristóbal López sabía que Arauz «abominaba la insurgencia», incluso la había visto «hecha un mar de lágrimas con su anciana madre y familia huyendo de los rebeldes, sin temor al fuego que en aquella hora era más vivo y fuerte» por el ataque que los insurgentes hacían al pueblo. Tanto el sastre José Antonio Bedolla como el comerciante Juan Francisco Ficier, el administrador de justicia don José Francisco Landa, el hacendero Pablo Sambrano y el boticario Lorenzo Crespo, sabían que el día de San Andrés (30 de noviembre) los rebeldes habían saqueado la tienda que Arauz poseía y siempre observaron «la buena conducta» de Josefa, así como «el trato frecuente» que mantenía con la tropa del rey pues incluso, dijeron, auxiliaba a los militares «en cuanto le era posible».⁶³

Mientras la comisión de interrogar a todos los testigos habitantes de San Felipe demoraba por la falta de respuesta del comandante de Tlaxcala, y al parecer del fiscal, «en perjuicio de la pronta administración de justicia»,⁶⁴ Josefa Arauz presentó el 10 de mayo de 1817 un escrito ante el virrey en el que aseguraba su inocencia y suplicaba se le otorgara su libertad para poder alimentar debidamente a sus hijos ya que según había escuchado, y como anunciaba la *Gaceta del Gobierno*,⁶⁵ hasta Vicente Gómez ya era libre gracias a la «piedad del Superior Gobierno».

⁵⁹ *Ibidem*, fs. 228-230.

⁶⁰ *Ibidem*, fs. 230-233.

⁶¹ *Ibidem*, fs. 238-242.

⁶² *Ibidem*, f. 238.

⁶³ *Ibidem*, fs. 238-242.

⁶⁴ AGN, *Infidencias*, vol. 57, exp. 5, fs. 230, 233 y 235.

⁶⁵ *Gaceta del Gobierno de México*, 3 de diciembre de 1816. El número daba importancia al

Si tal virtud no existía para ella, pedía al menos se le admitiera «fianza de cárcel segura para que saliendo a guardar depósito en una casa de honra y seguridad» sus servicios pudieran «facilitar la mejor mantención y descanso» de sus hijos.⁶⁶

La petición no tuvo respuesta inmediata y casi dos semanas después por fin el teniente Miguel Antonio del Arenal comenzó a interrogar a los testigos de San Felipe Ixacuixtla sin ayuda de escribano y, tal vez, por tanto, sin dar detalle sobre las actividades que desempeñaban como vecinos de aquel pueblo. A pesar de que Juan Pérez y el Presbítero Benavides dijeron ignorar la conducta de María Josefa y aunque según el teniente no existían en el pueblo dos de los testigos señalados por Arauz (a saber, José Pérez y el dueño de una tocinería) las declaraciones fueron similares a las obtenidas en San Martín Tescmeluca, pues tanto Ignacio Rosete como José Abrego, el Presbítero Francisco Alcozer afirmaron la buena conducta de la presa.⁶⁷

El teniente concluyó las diligencias asignadas a inicios de junio de 1817, de inmediato el expediente fue remitido al fiscal Nava para después pasar a manos del auditor, quien después de revisar la documentación determinó que María Josefa Arauz se hallaba «en el caso de gozar del Real indulto de 25 de enero último por el crimen de rebelión de que» había sido acusada. Así, el 14 de julio de 1817, Arauz fue perdonada y liberada con la posibilidad de elegir cualquier población del reino para vivir a excepción de la Ciudad de México y la de Puebla.⁶⁸

IV. “LA VOZ PÚBLICA” CONTRA JUANA MARÍA GUTIÉRREZ

Mientras los vecinos de San Martín Tescmeluca eran interrogados sobre Josefa María Arauz, otra sumaria parecida comenzó a ser conformada por el fiscal Juan Salazar en la comandancia militar de Tecamachalco. La acusada, presa por infidencia y amancebamiento era Juana María Gutiérrez. Había sido denunciada por Manuel Román, un labrador que aún sin conocerla decidió avisar a las autoridades haberse enterado por «voz pública de Tlacotepeque» de que «andaba esta mujer con el cabecilla Mariano Osorio en calidad de concubina»

suceso al tener como encabezado «Indulto del cabecilla Vicente Gómez y su partida», compuesta por 65 hombres entre los que figuraba Juan Gómez, hijo de Vicente.

⁶⁶ AGN, *Infidencias*, vol. 57, exp. 5, f. 230.

⁶⁷ *Ibidem*, fs. 248-252.

⁶⁸ *Ibidem*, fs. 253-257.

y que había huido del rancho del padre de Mariano, con motivo de la presencia del comandante Calixto en aquella propiedad.⁶⁹

Por su parte, la denunciada de 21 años, soltera y originaria de Oaxaca, donde desde marzo de 1814 el desorden imperaba en las fuerzas insurgentes mientras los realistas trataban de pacificar el sureste penetrando desde Puebla.⁷⁰

Juana manifestó no saber el motivo de su prisión. Explicó al fiscal que migró de su lugar de origen en Oaxaca a Tlacotepeque debido a «las hambres que allí se experimentaron», luego en abril de 1817 se mudó a Tecamachalco por «hallarse enferma». Una vez instalada en el primer pueblo conoció a Mariano Osorio de vista porque el padre de éste le concedió un pedazo de tierra de su rancho para poder sembrar.⁷¹

De inmediato, las diligencias para interrogar a aquellos que pudieran dar cuenta de la conducta de la acusada se pusieron en marcha. En Tecamachalco fue interrogado el nevero José Antonio Ricardo, quien tras haber conocido a Juana en Tlacotepeque por medio de la viuda de Macías y al verla llegar enferma al pueblo accedió que viviera en su casa. Aseguró que durante los dos meses que convivió con ella, la denunciada se había mantenido como costurera y que no observó «ninguna correspondencia de ésta con los enemigos».⁷² En los últimos días de mayo comenzaron a interrogarse los testigos de Tlacotepeque. Rafael Bonilla, comerciante, afirmó sin entrar en detalles que Juana había «tenido trato con el cabecilla Mariano Osorio» pues «era la misma que andaba cargando».⁷³

La imagen de Juana ante el fiscal no mejoró cuando la viuda de Macías, Joaquina Cepeda, fue interrogada. La viuda manifestó que no había duda de que el cabecilla «andaba cargando» a la acusada, quien había vivido en su casa por cuatro meses antes de marcharse en 1816, justo cuando «se corrió la voz» de que de que Mariano Osorio se había vuelto insurgente. Según indicó, ignoraba el motivo por el que Juana había llegado a Tlacotepeque y garantizó no haberla vuelto a ver sino hasta que Osorio se indultó,⁷⁴ es decir, hasta finales de noviembre de 1816.⁷⁵

Reunidas estas declaraciones, Juana María pasó a la Real Cárcel de la Ciudad de Puebla en los primeros días de junio de 1817, donde su causa continuó en manos del sargento del Segundo Batallón de Realistas, José Nemesio Reyes.

⁶⁹ Leal, María Luisa, “Mujeres Insurgentes”..., *cit.*, p. 583.

⁷⁰ Vázquez, Mario, “Escenarios...”, *cit.*, pp. 186-188.

⁷¹ Leal, María Luisa, “Mujeres Insurgentes”..., *cit.*, pp. 585 y 586.

⁷² *Ibidem*, p. 587.

⁷³ *Ibidem*, p. 588.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 589.

⁷⁵ *Gaceta del Gobierno de México*, 26 de noviembre de 1816.

En aquella prisión Juana negó las declaraciones que los testigos habían elaborado en su contra y proporcionó los nombres de dos testigos que podían beneficiar su caso, por lo que el militar tuvo que ordenar el interrogatorio de ambos.⁷⁶ El mandato fue ejecutado el 6 de junio por Bernardino Cantón y Cayetano de Valenzuela, ante quienes primero compareció el Presbítero Mariano Hidalgo. Aseguró conocer a la denunciada desde 1815 ya que «hallándose comisionado por el señor cura de esta Parroquia para formar una lista de mujeres pobres de ella, pasó con este objeto a casa de Joaquín Cepeda, en donde vio a la referida».

Ignoraba cuánto tiempo había permanecido en el pueblo de Tlacotepeque pero sabía que se ganaba la vida como lavandera así como de hacer cigarros.⁷⁷ El segundo de los testigos era Rafael Bonilla, que ya había presentado su declaración el 28 de mayo. En el nuevo interrogatorio añadió haber conocido a Juana María en casa de Joaquina Cepeda a inicios de la cuaresma de 1817 y aunque desconocía el lapso de residencia, sabía por la «publicidad» y la «voz general» del pueblo que la denunciada era la manceba de Osorio y que se mantenía de coser ropa.⁷⁸

Una vez anexados estos interrogatorios a la sumaria, el fiscal procedió a la confrontación de Juana María con tres de los testigos. En este encuentro, la denunciada sólo estuvo conforme con la declaración de Antonio Ricardo ya que al encontrarse frente el denunciante Manuel Román dijo que ni lo conocía ni sabía si le tenía odio o mala voluntad. Además, no podía conformarse con su declaración «por ser falso que haya tenido comunicación con Osorio» y porque tenía «una hermana que se llama María Josefa Gutiérrez, que no sabe de ella» y a quien todavía no me ha sido posible ubicar. María Juana tampoco estuvo conforme con la declaración de Joaquina Cepeda puesto que era «era falso que haya tenido trato con Osorio».⁷⁹

El 12 de junio el fiscal Reyes ordenó al comandante de Armas de Tlacotepeque que hiciera comparecer en la fiscalía al padre de Mariano Osorio, Vicente Osorio, para que indicara si Juana era la amasia de su hijo. Así lo cumplió Joaquín Arias Flores y dos días después el testigo se presentó en la ciudad de Puebla y señaló ante el militar Reyes conocer a Juana «por haberla visto en unión de su hijo» y que según cría «era su amasia». Subrayó «que a quien había dado el pedazo de tierra era a su hijo Mariano, y que bastantes incomodidades tuvieron con que su referido hijo abandonara [a] su legítima mujer y a siete criaturas que tiene». Por supuesto que como Juana defendía no haber

⁷⁶ Leal, María Luisa, “Mujeres Insurgentes”..., *cit.*, p. 591.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 597 y 598.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 598 y 599.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 593-595.

sido amasia, se inconformó con esta declaración, como también lo hizo con la que Rafael Bonilla presentó frente a ella el mismo día.⁸⁰

Los interrogatorios y careos cesaron. El expediente entonces fue revisado por el fiscal del Consejo Permanente, José Moreno, quien dictaminó el 26 de junio de 1817 que debía ser considerada culpable en cuanto al delito de concubinato debido a que las declaraciones de cuatro testigos amparados por «la voz pública del pueblo de Tlatotepeque» no permitían convencerlo de lo contrario. En cuanto al delito de infidencia, Moreno señalaba que no resultaba ningún cargo. Así, pedía al auditor de Guerra colocar a la rea en un recogimiento durante ocho meses para que «compurgue sus excesos».⁸¹

Tres meses pasaron para que la sumaria fuera enviada al virrey con el fin de que hiciera «la declaración correspondiente». Ignoramos si en este lapso Juana fue trasladada a un recogimiento o si permaneció en la Real Cárcel de la Ciudad de Puebla, pero lo cierto es que una vez enviado el expediente a la Ciudad de México, la documentación fue revisada por el auditor de Guerra Bataller quien informó al virrey que «respecto del crimen de rebelión» de que era acusada, Juana María Gutiérrez podía gozar del real indulto del 29 de enero.⁸² Por tanto, Ruiz de Apodaca concedió el 29 de noviembre de 1817 el perdón a la rea y le permitió elegir cualquier lugar del reino como residencia a excepción de la Ciudad de México y la de Puebla, donde no debía «establecerse ningún indultado por causa de infidencia».⁸³

V. Conclusiones

En este trabajo, mi intención ha sido contribuir al discurso que aboga por reconocer a las mujeres del pasado como actores históricos e ir más allá de los estudios dedicados a registrar de forma exhaustiva los nombres y las funciones de aquellas que participaron en los bandos que se enfrentaron en el movimiento insurgente de la Nueva España. He centrado mi atención en dos expedientes judiciales conformados entre 1816 y 1817 que sobresalen porque en ellos las implicadas fueron acusadas de infidencia y amancebamiento, como si la primera infracción fuera consecuencia de la segunda. Así, el acercamiento realizado ha exigido, por un lado, comprender las transgresiones cometidas y, por otro, desmenuzar los documentos a fin de determinar la forma en la que el Estado, la Iglesia y la sociedad reaccionaron ante las supuestas infractoras.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 600 y 601.

⁸¹ *Ibidem*, p. 602.

⁸² *Ibidem*, p. 603.

⁸³ *Ibidem*, p. 604.

En cuanto a la definición de los delitos, hemos visto que tanto la infidencia como el amancebamiento se trasladaron al corpus legal americano, lo que no impidió que su jurisdicción se modificara. Prueba de ello es el traspaso de la justicia ordinaria a la militar que tuvo el primero de los crímenes referidos. A inicios del siglo XIX, debido a los cambios políticos que sufrió la Monarquía española y al subsecuente reacomodo del gobierno del virreinato, así como al estallido de la guerra insurgente, la infidencia terminó siendo perseguida por la justicia militar. Por tanto, no debe sorprender que los expedientes aquí estudiados fueran elaborados por los miembros del ejército realista.

Ellos representan al Estado pues a través de la implantación de comandancias, su corporación resguardaba y daba forma a un territorio amenazado por grupos rebeldes. Ante los comandantes y su tropa, Juana Gutiérrez y Josefa Arauz no fueron más que las «favoritas» de los individuos que dirigían al enemigo. La convivencia con aquellos las había convertido en criminales. Por ello, debían ser recluidas de inmediato y de por vida, para lo que no era necesario respetar el procedimiento legal. Bastaba con que la tropa las señalara como «putas» de los «traidores» para aprehenderlas y, al parecer del comandante de la Concha, sólo su sexo las salvaba de una pena más severa.

Contrario a ello, pareciera que los casos aquí presentados coinciden con la política indulgente del jefe máximo del ejército. El virrey Juan Ruiz de Apodaca se ocupó de que el proceso de Arauz siguiera los pasos adecuados, atendió sus demandas de libertad y concedió el perdón a ambas. Incluso Miguel Antonio Bataller, conocido por el rigor con el que combatió a los insurgentes, se mostró condescendiente ante ambas mujeres. ¿Acaso el auditor sólo hacía eco a la política implementada por el virrey o su decisión se vio permeada por las particularidades causas?

Señalar éstas nos ayuda a entrever la postura de una parte de la sociedad frente a las acusadas: la de los testigos. Podemos decir entonces que si bien Josefa Arauz y Juana Gutiérrez fueron mujeres que sufrieron los estragos de la guerra, también fueron antagónicas ante ellos. Según el discurso presentado, la primera fue víctima del «capador» y los rebeldes. Fue exhibida ante la autoridad como defensora del bando realista, madre de cinco criaturas que hacía lo posible por ganarse la vida como dueña de una tiendita después de haber perdido a su esposo presuntamente en manos de Vicente Gómez. Mientras tanto, Juana era una mujer soltera y dedicada a la costura que, aunque tuvo que huir de su tierra natal por la hambruna que en ella se experimentaba, fue siempre señalada por la «publicidad» y la «voz general» como pareja del rebelde Mariano Osorio, quien había dejado a su legítima mujer por estar con Juana.

La Iglesia se personifica en estas causas a través de los clérigos que como los demás testigos en ocasiones defendieron a las acusadas y en otras decidieron guardar silencio asegurando no saber algo al respecto. Entre ellos, so-

bresale Juan Ruiz Durán pues el hecho de recibir a Josefa Arauz en su casa para después presentarla ante el comandante de la Concha como manceba, permite pensar que el presbítero apoyaba tanto a insurgentes como a los realistas, anteponiendo así su seguridad ante la de la religión y la corona. ¿Cuántos eclesiásticos asumieron la misma postura en situaciones similares y bajo qué argumentos?

Sin duda, esta pregunta debe responderse explorando cada uno de los tantos casos de mujeres insurgentes que se han compilado con grandes esfuerzos. A mi parecer, debido a la tradición jurídica que imperó por poco más de tres siglos en la Nueva España, sólo a través del análisis particular puede establecerse una imagen general de cómo ellas fueron percibidas por el Estado, la Iglesia y la sociedad.

En este sentido, me parece que no debe desdeñarse la posibilidad de analizar otro tipo de fuentes judiciales como las causas formadas por la Junta Militar en contra de los cabecillas o las denuncias y expedientes elaboradas por la Inquisición. Éstas podrían ayudarnos a responder algunas inquietudes que aquí se dejan sobre el tintero. ¿Qué fue lo que los insurgentes dijeron sobre las mujeres que los acompañaron voluntaria o involuntariamente? ¿Qué fue lo que omitieron? ¿Por qué algunas mujeres denunciaron a sus congéneres ante el Santo Oficio? ¿Cómo reaccionó esta institución ante ellas?

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALAMÁN, Lucas, *Historia de Méjico: desde los primeros movimientos que prepararon su independenciam en el año de 1808 hasta la época presente*, México, Imprenta de J. M. Lara, 1850, t. III. Disponible en: <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=398195>
- ALBERRO, Solange, “El amancebamiento en los siglos XVI y XVII: un medio eventual de medrar”, *Familia y poder en Nueva España. Memoria del Tercer Simposio de Historia de las Mentalidades*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1991.
- ARROM, Silvia Marina, “La Güera Rodríguez: la construcción de una leyenda”, *Historia Mexicana*, México, El Colegio de México, núm. 69, octubre-diciembre de 2019.
- COLLANTES, María, *El amancebamiento: una visión histórico-jurídica en la Castilla moderna*, Madrid, Dykinson, 2014.
- DUBY, George y PERROT, Michelle, “Escribir la historia de las mujeres”, en DUBY, Georges y PERROT, Michelle (coords.), *Historia de las mujeres*, Madrid, Taurus, 1991, t. I.

- DOUGNAC, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- ENCISO, Dolores, *El delito de bigamia y el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Nueva España, siglo XVIII*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- Recopilación de leyes de los reinos de las Indias: mandadas imprimir y publicar por la magestad católica del rey Don Carlos II, nuestro señor*, Madrid, por Ivlian de Paredes, 1681, t. II. Disponible en: <http://www.bibliotecanacionaldigital.gob.cl/visor/BND:8941>
- FERNÁNDEZ, Miguel, *El virrey Iturrigaray y el Ayuntamiento de México*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2021.
- GARONE, Marina, “Impresoras hispanoamericanas: un estado de la cuestión”, *Bulletí de la Reial Acadèmia de Bones Lletres de Barcelona*, Barcelona, Reial Acadèmia de Bones Lletres, 2007 y 2008, t. LI.
- GARRIDO, María, “Entre hombres te veas: las mujeres de Pénhamo y la revolución de independencia”, en CASTRO, Felipe y TERRAZAS, Marcela (coords. y eds.), *Disidencia y disidentes en la Historia de México*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, 2003.
- GONZÁLEZ, Luis, “Heroínas de la Independencia”, en TORRE, Ernesto de la, *Lecturas históricas mexicanas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, t. III.
- GUEDEA, Virginia, “Escenarios de la guerra: el Departamento del Norte”, en ÁVILA, Alfredo *et al.* (coords.), *Diccionario de la Independencia de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- GUZMÁN, Moisés, “Gertrudis Bocanegra y el proceso de construcción de la heroína en México”, en GUARDIA, Sara (ed.), *Las mujeres en la independencia de América Latina*, Lima, Centro de Estudios La Mujer en la Historia de América Latina, 2010.
- GUZMÁN, Moisés, “Mujeres, guerra y fortificación en Nueva España, 1814-1820”, en SANTIRSO, Manuel y GUERRERO, Alberto, *Mujeres en la guerra y en los ejércitos*, Madrid, Catarata, 2019.
- GUZMÁN Pérez, Moisés, “Lecturas femeninas en Valladolid de Michoacán (siglo XVIII). La librería de Ana Manuela Muñiz Sánchez de Tagle”, *Tzintzun: Revista de Estudios Históricos*, Morelia, 2013, núm. 58.
- HAMNETT, Brian, *La insurgencia en México. Historia regional, 1750-1824*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- HERREJÓN, Carlos (comp.), *Morelos: documentos inéditos de vida revolucionaria*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 1987.
- IBARRA, Marco, *Reflejos de una transición: mujeres en la Independencia*, México, Escuela Nacional de Antropología e Historia, 2010.

- JAIVEN, Ana, “La historia de las mujeres. Una nueva corriente historiográfica”, *Historia de las mujeres en México*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015.
- KENTNER, Janet, *The socio-political role of women un the mexican ears of Independence, 1810-1821*, Chicago, Loyola University of Chicago, 1975.
- LEAL, María Luisa, “Mujeres insurgentes”, *Boletín del Archivo General de la Nación*, México, Archivo General de la Nación, 1949, t. XX, núm. 4.
- Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, 1850, t. VII. Disponible en: <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=404007>
- LANDAVAZO, Marco Antonio, “El fantasma de la Infidencia. Expresiones anti-monárquicas en Nueva España en vísperas de la Independencia”, *Tzintzun: Revista de Estudios Históricos*, Morelia, 2015, núm. 62.
- MARÍN TELLO, María Isabel, “El castigo ejemplar a los indígenas en la época de José de Gálvez en el virreinato de la Nueva España”, *Cuadernos de Historia*, Chile, 2009, núm. 31.
- MIRANDA, José, *La caída del gobierno español en la ciudad de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- MIQUEL, José, *Diccionario de Insurgentes*, México, Porrúa, 1969.
- MORANT, Isabel, *Historia de las mujeres en España y América Latina*, Madrid, Cátedra, 4 vols., 2004-2006.
- MORANT, Isabel, “Mujeres e historia: La construcción de una historiografía”, en BAENA, Alberto y ROSELLÓ, Estela (coords.), *Mujeres en la Nueva España*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, 2016.
- MORENO, Rodrigo, *La trigarancia. Fuerzas armadas en la consumación de la independencia. Nueva España, 1820-1821*, México, Instituto de Investigaciones Históricas de México, 2016.
- MORENO, Rodrigo, “Ruiz de Apodaca, Juan”, en ÁVILA, Alfredo *et al.* (coords.), *Diccionario de la Independencia de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Ordenanzas para el régimen disciplina, subordinación y servicio de sus exercitos*, Madrid, en la Oficina de Antonio Marín, 1768, t. III. Disponible en: https://books.google.com.mx/books?id=aOZn8phXkasC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Real Academia Española, *Diccionario de autoridades*, 1729, t. II. Disponible en: <https://apps2.rae.es/DA.html>.
- SAUCEDO, Carmen, *Ellas, que dan de qué hablar. Las mujeres en la Guerra de Independencia*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2011.
- SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Historia, historia de las mujeres, historia social”, *Gerónimo de Uztariz*, Pamplona, núm. 21, 2005.

- SORDO CEDEÑO, Raynaldo, “Manuel de Mier y Terán y la insurgencia en Tehuacán”, *Historia Mexicana*, México, 2009, t. LIX, núm. 1.
- TORRES, Gabriel, *Los últimos años de la Inquisición en la Nueva España*, México, Consejo Nacional de Cultura y las Artes, 2004.
- VÁZQUEZ, Josefina, “De la independencia a la consolidación de la República”, en ESTRADA, Óscar *et al.*, *Nueva historia mínima de México*, México, Secretaría de Educación del Gobierno del Distrito Federal-El Colegio de México, 2008.
- VÁZQUEZ, Mario, “Escenarios de la guerra: Sureste”, en Ávila, Alfredo *et al.* (coords.), *Diccionario de la Independencia de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- VILLORO, Luis, “La revolución de independencia”, en *Historia general de México: versión 2000*, México, El Colegio de México, 2000.

Teología moral y justicia penal en Lima siglo XVIII: el lenguaje normativo-teológico y los delitos

Moral Theology and Criminal Justice in 18th Century Lima: Normative-Theological Language and Crimes

Elaine GODOY PROATTI

 <https://orcid.org/0000-0001-8097-0434>

Programa de Doctorado de la Universidade de São Paulo, Brasil

Correo electrónico: naneproatti@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487880e.2024.45.16028>

RESUMEN: Nuestro objetivo es comprender las relaciones entre la teología moral y la justicia penal en los procesos criminales de la Real Audiencia en Lima. Las preocupaciones por la acción de la justicia criminal parecen tener un sentido teológico además de normativo. La teología cumplió una función normativa y correctiva en la construcción de esta sociedad colonial, jerárquica y desigual. Las leyes coloniales hacían parte del argumento jurídico, así como lo fueron las costumbres, la experiencia, la prudencia y el arbitrio del juez. Un buen ejemplo de ello se puede ver en la forma en que se repetían, en los procesos, los argumentos teológicos de equidad, intención, voluntad, conducta moral, o de “buen ejemplo” social en el Perú colonial.

Palabras clave: justicia penal, derecho indiano, procesos criminales, teología moral.

ABSTRACT: Our aim is to understand the relationship between moral theology and criminal justice in the criminal trials of the Royal Court in Lima. Concerns about criminal justice action seem to have a theological as well as a normative sense. Theology fulfilled a normative and corrective function in the construction of this hierarchical and unequal colonial society. Colonial laws were part of the legal argument, as were customs, experience, prudence and the judge’s discretion. A good example of this can be seen in the way in which the theological arguments of equity, intention, will, moral conduct, or social “good example” were repeated in trials in colonial Peru.

Keywords: criminal justice, indian law, criminal proceedings, moral theology.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Contexto teológico-moral: el probabilismo como una forma de percibir el pluralismo jurídico.* III. *El concepto de conciencia de la teología moral.* IV. *La teología moral en el proceso penal a través del análisis de casos criminales.* V. *Consideraciones finales.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro objetivo es comprender las relaciones entre la teología moral y la justicia penal en los procesos criminales de la Real Audiencia en Lima. Las preocupaciones por la acción de la justicia criminal parecen tener un sentido teológico además de normativo. En el siglo XVIII tenemos, aún, un Estado sustentado por el providencialismo, donde las decisiones políticas y jurídicas estaban inspiradas por Dios o hacían referencia a la teología moral. La teología cumplió una función normativa y correctiva en la construcción de esta sociedad colonial, jerárquica y desigual. Las leyes coloniales hacían parte del argumento o discurso jurídico, así como lo fueron las costumbres, la experiencia, la prudencia y el arbitrio del juez. De esta manera eran utilizadas otras fuentes del derecho para hacer justicia. Un buen ejemplo de ello se puede ver en la forma en que se repetían, en los procesos, los argumentos teológicos de equidad, intención, voluntad, conducta moral, o de “buen ejemplo” social. En el Perú colonial el delito era valorado tanto teológicamente cuanto normativamente, haciendo parte del control y poder coactivo del Estado. De este modo, la buena administración de justicia y la represión de los delitos/pecados eran acciones promovidas con el fin declarado de corregir y evitar males colectivos, así como de obtener el perdón o misericordia divina.

Para comprender mejor las relaciones e imbricaciones entre la teología moral y la justicia, a través de algunos de los procesos criminales llevados ante la Real Audiencia de Lima en el siglo XVIII, deberemos entender y aclarar cuales fueron los conceptos relevantes para cada una de ellas en el contexto colonial.

Como referencia metodológica, en relación con los conceptos, consideraremos el pensamiento de Reinhart Koselleck,¹ para afirmar que el estudio de un concepto debe darse en relación con su contexto social, político y por su experiencia histórica. De esta forma, los conceptos, y sus diferentes sentidos pueden identificarse según el periodo histórico que les es específico en su uso, reconociendo de esta manera, su historicidad y su polisemia. Se encuentra presente, en lo semántico, una diacronía en la sincronía. Es por tal motivo que cada concepto *capta* el contexto en la dimensión diacrónica, cuando se comparan sus análisis y confrontan sus permanencias.

Los escritos de Rafael Ruiz también son una referencia a esta temática.² Su obra «La ley para el juez o el juez para la ley», nos aclara cerca del papel

¹ Koselleck, Reinhart, *Futuro pasado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, trad. de Wilma Mass, Río de Janeiro, Brasil, Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, 2006.

² Ruiz, Rafael, “La ley para el juez o el juez para la ley: la trayectoria del papel del juez en

del juez en la construcción del Estado moderno y su función como intérprete de la ley, a través de la doctrina de los juristas entre los siglos XVI y XIX.³

El historiador del derecho, Víctor Tau Anzoátegui explica que, para poder observar la experiencia jurídica es necesario conocer los mecanismos actuantes en el espacio, en el contexto que separaba la norma de su aplicación efectiva:⁴

Dentro de ese abigarrado tejido normativo hay intersticios que dan cierta libertad de acción a individuos o corporaciones para operar conforme a sus prácticas e intereses. Allí aparecen privilegios, excepciones, dispensas y también silencios, tolerancias y disimulaciones para moderar el rigor de ciertas normas; se admiten suplicaciones y actúan así mismo la equidad y el arbitrio judicial para templar la aplicación en los tribunales. Eran instrumentos a los que acudía el jurista para encontrar soluciones flexibles ante determinados hechos o situaciones, reacios a someterse a las reglas vigentes [...].⁵

En los procesos criminales podemos observar la creación del derecho y de un sentido de justicia que se revelan al analizar las querellas, los conflictos existentes en la sociedad, los argumentos de los defensores y de los fiscales de la ley, las sentencias y las penas aplicadas, el uso de normas de índole jurídico o teológico, así como las costumbres de la sociedad colonial y los valores sociales que le eran propios. Es solo por medio de este análisis, coyuntural y conceptual, que podremos entender el fenómeno jurisdiccional y la formación de esta cultura jurídica en las Américas. Esta percepción corresponde al «pluralismo jurídico», como lo postuló Paolo Grossi.⁶ Tenemos, entonces, para un mismo hecho, opiniones e interpretaciones divergentes, referencias a diversas fuentes del derecho, a la teología, a las costumbres, donde se suplica y apela al arbitrio judicial, por la igualdad, buen juicio y la temperancia en la aplicación de las leyes y distribución de las penas.

la construcción del Estado moderno”, en Quintero, José (coord.), *El nacimiento de la libertad en la Península Ibérica y Latinoamérica: Actas del XVI Congreso Internacional de AHILA. San Fernando (España), 6 al 9 de septiembre de 2011*, San Fernando, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos (AHILA), 2014, pp. 709-721.

³ *Ibidem*, p. 710.

⁴ Tau Anzoátegui, Víctor, “La disimulación en el Derecho Indiano”, en Barrios, Feliciano (coord.), *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: Actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, Cuenca, España, Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, vol. II, pp. 1733-1752.

⁵ *Ibidem*, p. 1734.

⁶ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. de Tomás, Francisco, Madrid, España, Marcial Pons, 1996, pp. 44 y 45.

II. CONTEXTO TEOLÓGICO-MORAL: EL PROBABILISMO COMO UNA FORMA DE PERCIBIR EL PLURALISMO JURÍDICO

Como veremos más adelante, la teología moral y el probabilismo sirvieron como una forma de percibir el pluralismo jurídico. Para esto, hablaremos del contexto del probabilismo utilizando la obra de Paolo Prodi y nos referiremos a un trabajo mío, «Consciência e lei no tratado jurídico do Padre Frey Miguel Agia»:⁷

Cuando se habla del pluralismo de diversas instituciones en las cuales el poder se ejercía, y del desarrollo de la ley en su sentido moderno, Paolo Prodi,⁸ partiendo de los glosadores, y del modelo del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Iuris Canonici*, observaba que no existía distinción entre la función del legislador y la del juez, porque la autoridad consistía en «decir el derecho» en el ejercicio propio de su actividad en los tribunales sentenciando.⁹ Y era aquí, en este punto, donde se configuraba el conflicto entre conciencia y ley.¹⁰

El conflicto entre conciencia y ley se explica por los cambios conceptuales y coyunturales característicos de la Edad Moderna, como por ejemplo el proceso de desacralización del poder y del nacimiento del individualismo y del humanismo, lo que permitió el desarrollo de un derecho más dinámico. Esta concepción dinámica y positiva del derecho, según Paolo Prodi, no se dio de forma inmediata sino hasta que se puso en práctica en la cotidianidad del período moderno.¹¹

Es cierto que en siglo XVI comienza un cambio, pero esa desacralización y el individualismo mencionados por Prodi, solo se consagran, y muy lentamente, en época contemporánea, en los estados católicos.

El pensamiento jurídico de los siglos XV y XVI, influenciado por el Humanismo, marcó un cambio en el interés operacional del derecho.¹² De la comparación y conciliación de las normas, se pasó a un «*esforço de fornecer à norma uma base histórico-filológica e uma reflexão teológico-filosófica capaz de fundá-la e sustentá-la na realidade concreta da sociedade*».¹³

⁷ Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado jurídico do Padre Frey Miguel Agia*, São Paulo, Brasil, Universidad Federal de São Paulo-Escuela de Filosofía, Letras e Ciências Humanas, 2015.

⁸ Prodi, Paolo, *Uma história da justiça*, São Paulo, Brasil, Martins Fontes, 2005.

⁹ *Ibidem*, p. 166.

¹⁰ Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p.131.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p.132.

¹³ «[...] en el esfuerzo de darle a una norma una base histórico-filológica y una reflexión

Paolo Prodi menciona que el debate con respecto a los principios del derecho tendía a dislocarse cada vez más hacia el dominio de la filosofía moral, de la ética y de la teología, y a vincularlo con Aristóteles, Cicerón y Santo Tomás de Aquino. Fue en ese momento «*que o pensamento político começava a separar-se do pensamento jurídico, e a reflexão sobre o comportamento moral começava a separar-se do direito canônico para confluir na teologia ou na filosofia*». ¹⁴

Con el acercamiento del comportamiento moral a la teología, se pasó a vincular la noción de *poder* con los intereses públicos, como el *bien común*. Siguiendo esta forma de pensar, propia de los siglos XIV y XV, el ejercicio del poder pasó a justificarse por las necesidades y por su utilidad pública, lo que modificó, al mismo tiempo la noción de *poder* y la de *política* de la época. ¹⁵ Sin embargo, a la función política, aparte de la tutela social, se le delegó otra responsabilidad: formar y regular al *individuo*. ¹⁶

En este periodo no contamos aún con la separación entre los foros interno y externo, ni estaba claro lo que eran pecado e infracción, ni lo que era la desobediencia al príncipe ni a la ley. El campo semántico de la noción de *pecado* era amplio, e incluía los casos de delitos tradicionales y de utilidad pública. Surgió entonces una duda: ¿podía la ley humana obligar, en conciencia, bajo pena de pecado mortal? ¿Cuáles eran las relaciones y los “límites” entre pecado y conciencia dudosa? ¹⁷ ¿Cómo se podía definir lo que era conciencia? Paolo Prodi la define en un sentido moderno como un tribunal interno del hombre: «*Não apenas a consciência correta obriga a alma, mas também a errônea: portando, abre-se a discussão sobre a relação entre a consciência subjetiva e a lei*». ¹⁸

Como resalta Rafael Ruiz, en su análisis cerca del concepto de conciencia de Paolo Prodi en esta época, el sistema jurídico se apoyaba en el papel del juez y éste consultaba su propia conciencia. El Estado moderno buscó contrarrestar ese poder jurisdiccional creando leyes escritas y uniformes cambiando el derecho.

teológico-filosófica capaz de fundamentarla y sustentarla en la realidad concreta de la sociedad [...]». La cita original está en portugués (nota del traductor). *Ibidem*, p. 168.

¹⁴ «[...] que el pensamiento político comenzó a separarse del pensamiento jurídico, y la reflexión del comportamiento moral comenzaba a separarse del derecho canónico para confluir con la teología o la filosofía [...]». La cita original está en portugués (nota del traductor). Prodi, Paolo, *Uma história da justiça*, cit., p. 170.

¹⁵ Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 133.

¹⁶ Prodi, Paolo, *Uma história da justiça*, cit., p. 181.

¹⁷ En el original «consciência duvidosa».

¹⁸ «No solo la conciencia correcta compele al alma, también lo hace la errónea: de este modo, se abre la discusión sobre la relación entre conciencia subjetiva y ley [...]». Prodi, Paolo, *Uma história da justiça*, cit., p. 209.

[...] todo el sistema jurídico se apoyaba, por lo tanto, en el papel del juez, que, a la hora de dictar su sentencia, podría decidir consultando su propia conciencia en lugar de las pruebas que fuesen alegadas en juicio.¹⁹ Una de las primeras tentativas que el Estado moderno utilizó para contrarrestar ese poder jurisdiccional fue la creación de un cuerpo legislativo que fuera tornándose autónomo tanto del derecho canónico como del derecho romano y que iría configurándose en un derecho patrio. El crecimiento y desarrollo del Estado Moderno llevó a una supremacía de la legislación real que fue adoptando el nombre de derecho patrio o nacional, constituido por leyes escritas, homogéneas y uniformes para todos los súbditos, donde los jueces no tendrían que recorrer a su conciencia, mas tan sólo a la letra de la ley.²⁰

Entenderemos, en ese sentido, los conceptos de *teología*, *conciencia* y las *normas legales*.

III. EL CONCEPTO DE CONCIENCIA DE LA TEOLOGÍA MORAL

Cuando se habla de teología moral y probabilismo tenemos como referencia los escritos de algunos autores como Rafael Ruiz,²¹ Estaban Llamosas,²² Eduardo Martiré,²³ Mariluz Urquijo,²⁴ Ángel Muñoz García,²⁵ entre otros, juntamente con los teólogos Hermann Busembaum y Juan de Alloza.

Para Ruiz, la conciencia debe ser entendida como una reflexión por parte del juez que precedía las sentencias, «*como um ato da razão prática sobre uma ação ou omissão, ou seja, como um juízo*».²⁶

¹⁹ *Ibidem*, p. 211.

²⁰ Ruiz, Rafael, “La ley para el juez o el juez para la ley...”, *cit.*, p. 711.

²¹ *Ibidem*, “Formação da consciência do juiz no vice-reinado do Peru”, *Revista História*, São Paulo, núm. 171, julio-diciembre de 2014, pp. 317-350.

²² Llamosas, Esteban Federico, “Probabilismo, probabiorismo y rigorismo: la teología moral en la enseñanza universitaria y en la praxis judicial de la Córdoba tardo colonial”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, Ciudad de Córdoba, Argentina, CONICET-Universidad Nacional de Córdoba, 2011, vol. 14, núm. 2, pp. 175-188.

²³ Martiré, Eduardo, *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias: Del iudex perfectus al iudex solutum*, Buenos Aires, Argentina, Librería Histórica, 2009.

²⁴ Mariluz Urquijo, José M., “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Perú, núm. 4, 1976.

²⁵ Muñoz, Ángel, *Diego de Avendaño. Filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*, Lima, Perú, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM, 2003.

²⁶ Ruiz, Rafael, “Formação da consciência do juiz...”, *cit.*, p. 323.

Para ejemplificar más concretamente este punto, Stefania Tutino argumentó que el probabilismo ha servido como una manera de comprender la teología moral y de articular las relaciones entre las normas, los delitos y los pecados.²⁷ En esta perspectiva, la conciencia servía como un mensajero de la ley divina vinculada a la voluntad del hombre. Teniendo en cuenta las obras de São Tomás de Aquino, Stefania Tutino consideró que los primeros probabilistas modernos pensaban que la conciencia era un lugar híbrido entre la razón y la voluntad, siendo la conciencia siempre vinculativa, mismo siendo errónea, importando más el sujeto de la acción que el propio acto.²⁸ De aquí resulta la inseguridad y la incertidumbre del acto moral.

[...] Early modern probabilists also significantly transformed the medieval perplexities from a synonym of moral entanglement to a symptom of moral (and epistemological) uncertainty. In effect, where Aquinas saw dilemmas that the moral actor could, and had a moral duty to, solve by means of making prudent judgments and correcting one's erroneous conscience, early modern probabilists saw uncertainty that the moral actor had to reckon with and could not always eliminate.²⁹

Teniendo en cuenta la continuación del raciocinio, el padre jesuita Hermann Busenbaum definió en su tratado de teología moral, publicado en 1688, capítulo primero, lo que era la *conciencia*. Ésta sería una regla interior, entendida como el foro interno donde se toman decisiones, ligado a la voluntad y a la intención. Para este teólogo, la «*conciencia es un dictamen de la razón, o un acto del entendimiento con que juzgamos que hic, et nunc se debe hazer (sic) una cosa por buena o se debe dexar (sic) por mala*».³⁰ Actuar según la conciencia moral significaba hacer juicios en el foro interno antes incluso de decidirse por actuar de un modo u otro. Pero ¿cómo juzgaría la conciencia, en caso de discrepancia, entre los preceptos normativos y la voluntad interna - que se decidía por *algo equivocado*? ¿Cómo se resolvía ese desacuerdo entre la conciencia dudosa y los preceptos legales?

Nuestra pregunta tiene como objetivo encontrar las definiciones de “culpa” y de “pecado” de la teología moral cuando se discute la conciencia como una regla interna, y elucidar como estas dudas de la conciencia también exis-

²⁷ Tutino, Stefania, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A history of probabilism*, Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2018, p. 5.

²⁸ *Ibidem*, p. 8.

²⁹ *Ibidem*, p. 9.

³⁰ Busenbaum, Hermann, “Medula de la Theologia Moral que con fácil, y claro estilo, y casos: escrivola en idioma latino el padre Hermann Busenbaum, de la Compañía de Jesus”, en Ferrer, Antonio, *Tratado: Io., cap.: Io.: «¿Que sea conciencia, y si debe seguirse?»*, Barcelona, España, 1688, p. 1.

tían en la práctica judicial al momento de sentenciar y determinar una pena. Además, la duda de cómo comportarse siempre ha existido en cualquier ser humano, aún más en uno católico. La conciencia moral era la primera regla para ser tomada en cuenta; era una regla interna capaz de juzgar algo como bueno o no, de generar dudas en nuestro pensamiento racional sobre lo que la voluntad deseaba y sobre aquello que las normas y conductas nos obligaban a hacer.

Busenbaum nos respondía que, existiendo la duda, se puede tomar en consideración la opinión probable:

[...] que puede sin culpa seguir la opinión probable, aunque sea agena (*sic*), y menos segura (esto es, la que parece menos desviada de toda especie de culpa, que la otra que lo parece mas) dexando (*sic*) la opinión mas probable, mas segura, y propia, como desto no se siga agravio, ò peligro al próximo, y siendo aun probable la opinión que se abraça (*sic*) [...] La razón es, porque quien sigue una sentencia fundada, ò en autoridad grave, ò en razón alguna de peso (porque esta se llama sentencia probable) no obra con temeridad, sino con prudencia siguiendo el parecer de hombres cuerdos, y doctos.³¹

Por lo tanto, vemos una dialéctica entre la aplicación de los preceptos y normas y su aplicación concreta, pasando por un conflicto teológico-moral que existía entre la conciencia subjetiva y la ley.

Miriam Turrini presenta en su obra «*La coscienza e leggi*»,³² las características fundamentales de la ley justa: tener como finalidad el bien común, la equidad distributiva, la autoridad jurisprudencial del legislador, la recepción, la aplicabilidad según los datos y la materia consonante con la ley divina natural.³³

La obligación moral y la intención,³⁴ ahora fuentes de obligaciones para la conciencia, se sumaron al conflicto entre la conciencia subjetiva y los preceptos legales. El conflicto entre la norma y el individuo permitió olvidar al “ser” en su plenitud. La nueva forma de interpretar la norma jurídica, por medio de la teología moral, se practicaría durante el juicio sobre la juridicidad de los

³¹ Busenbaum, Hermann, “Medula de la Theologia Moral...”, *cit.*, *Tratado: 1o., cap.: 2o.: «De la conciencia dudosa-Duda II ¿Qué se debe hacer quando ay conciencia especulativamente dudosa?»*, p. 3.

³² Turrini, Miriam, “La coscienza e leggi. Morale e diritto nei testi per la confessiones de la prima Età moderna”, en *Annali dell’ Istituto storico italo-germanico*, Bolonia, Società editrice il Mulino, 1991.

³³ *Ibidem*, p. 259.

³⁴ Decock, Wim, “La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Perú, 2014, núm. 73, pp. 513-533.

comportamientos, substituyendo la obligatoriedad ético-religiosa.³⁵ Ese cambio pudo haber causado confusión e incertidumbre en el derecho canónico.³⁶

Elaine Godoy Proatti, en su obra «*Consciência e lei no tratado jurídico do Padre Frei Miguel Agia*», analizando el concepto de “conciencia” en las obras de Win Decock y Mirian Turrini, argumentó que, según Decock, los teólogos afirmaron que las leyes civiles y el foro externo debían conformarse al derecho natural y a la jurisdicción del foro interno.³⁷

De este modo, toda ley humana obligaba, en conciencia, en virtud del derecho natural. En contrapartida, la ley considerada injusta contraria a las exigencias de la naturaleza humana y no obligaba a la conciencia. Esto generó un conflicto, un embate al interior del campo del derecho, cuando se intentó dilucidar cómo el derecho natural podía ser aprobado y condenado simultáneamente, y sobre los mismos aspectos y actos.³⁸

En su escrito, Louis Vereecke defiende que el problema moral contra la ley natural era saber si la desobediencia a la ley humana significaba una ofensa a Dios, un pecado. Dios era la base de toda moral, no como una garantía externa, ni como un guardián del orden, sino como un valor absoluto, como el ser y el bien que dependía de su esencia misma para todos los otros valores particulares.³⁹ La violación de la ley natural separaba al hombre de Dios.

Como se ve, para Proatti, ese valor absoluto, que configuraba todos los otros valores particulares, influenciaba la intención y voluntad del juez y legislador al momento de aplicar y escribir las leyes.⁴⁰ La jurisprudencia no hacía referencia tan solo a la regla judicial sino a la formación del juez: «[...] Los jueces no solamente influyen en la norma al juzgar y al sentenciar, sino también, y aún antes que juzgando, fijando los textos y matizando las normas. De ahí que el elemento jurídico doctrinal venga a interferirse en las actividades redactora y juzgadora.»⁴¹

Con estas perspectivas, entendemos por elemento jurídico doctrinal la intención y todos los principios y valores que se agregaban a ella y motivaban la voluntad de actuar y el acto de juzgar.⁴² De tal manera, la intención, un cri-

³⁵ Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

³⁶ Turrini, Miriam, “La coscienza e leggi...”, cit., p. 25.

³⁷ Decock, Wim, “La moral ilumina al derecho común...”, cit., p. 520.

³⁸ Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

³⁹ Vereecke, Louis, *Conscience morale et loi humaine, selon Gabriel Vazquez S. J.*, en Delhay, Ph. et al. (coords.), *Bibliothèque de Théologie, Théologie Morale, serie II, Tourcoing, Desclée & Cie, 1957, vol. IV, p. 54.*

⁴⁰ Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

⁴¹ Pérez, Juan Beneyto, “Fuero, costumbre y doctrina en el derecho medieval español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, España, 1969, p. 8.

⁴² Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

terio moral, distinguiría una ley obligada en conciencia de una simple ordenanza.⁴³ «Era la doctrina moral la que movilizaba el discurso jurídico, dándole el peso de la obligatoriedad de la ley en conciencia».⁴⁴ La ley era evaluada más allá de una norma, como una obligación en conciencia.

Sobre la intención y la ley, Para Manuel Puerto:

Francisco Suárez considera que la ley existe como producto de la voluntad del legislador y no por la existencia de una razón material que las justifique. A partir de este concepto de derecho, resulta claro que la interpretación no puede ser otra cosa que la averiguación de la intención del autor. Ésta se presume expresada en las palabras de la ley: si son claras ése es el sentido de la ley; si son ambiguas, es preciso atender a le *mens legislatoris*; si el caso no está previsto en ésta última, el juez empleará la epiqueya, entendida por Suárez como la intención presunta del legislador.⁴⁵

Para Elaine Godoy Proatti, la conciencia ofrecía un principio general para la acción. Descubrir lo que era bueno o malo en cada caso era algo propio del dominio de la razón, del libre albedrío y, en este caso, la conciencia tenía la posibilidad de equivocarse.⁴⁶ Podemos afirmar, de acuerdo con lo expuesto y con lo defendido por Luís Bacigalupo, que la conciencia no garantizaba la verdad «en sí misma», sino la verdad «para sí» del principio de acción que ofrecía.⁴⁷ En la deliberación hecha sobre la calidad de la acción, la interpretación y el arbitrio eran fundamentales para identificar el motivo y la intención.

Rafael Ruiz considera que

Um juiz, qualquer juiz, deveria sempre julgar conforme o alegado e provado. Sobre esse assunto não haveria dúvida e parece-me que é um consenso entre os historiadores. Contudo, o que nem sempre é levado em consideração é que, mesmo com uma aparência e exigência de objetividade —afinal, o que era alegado e provado em juízo sempre tinha uma base documental ou de testemunhas orais— a função do juiz estava marcada e sustentada pela intimidade da consciência que, em termos morais e jurídicos, manifestava-se pelo arbítrio. O arbítrio não era um elemento accidental, fruto ou resultado da “arbitrariedade” do juiz, mas proces-

⁴³ «Ordenação» en el original.

⁴⁴ Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 157.

⁴⁵ Rodríguez, Manuel, “Notas históricas sobre la elección del método interpretativo”, en Elósegui, María *et al.* (coords.), *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva*, Zaragoza, España, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 963-990.

⁴⁶ Godoy, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, cit., p. 158.

⁴⁷ Bacigalupo, Luis, *Intención y conciencia en la Ética de Abelardo*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 286.

sual, regulado pelo ordenamento precisamente porque se entendia que só assim, com o arbítrio do juiz na hora da sentença, podia ser realizada e concretizada a justiça do caso que estivesse sendo julgado.⁴⁸

De este modo, parece claro que, si la seguridad de actuar con justicia estaba en la conciencia y en la intención recta, la conciencia solo podía saber sobre la justicia de una acción realizada o, mejor aún, a ser realizada, cuando se enfrentaba con la intención que determinaba la finalidad de ésta. Este era el momento en el cual la conciencia cobraba su función de tribunal natural.⁴⁹ El enfrentamiento interno de la conciencia con las intenciones desvelaba la justicia atribuida a la acción.

El padre jesuita Hermann Busenbaum aclara en su tratado Segundo, Capítulo Primero, lo que se entendía por ley y ley justa:

Quando (*sic*) la ley es justa, y contra razón, no obligan, porque se desvía de la rectitud. Quando se duda de la justicia de la ley, estás obligado a ella; porque esta por el Superior la possession del derecho a mandar, y como él sea regido de consejo mas alto, puede tener razones, que el subdito no alcanza; Añade Suarez, que aunque aya razones probables contra la justicia de la ley, aun obliga; porque de otra suerte, se daría sobrada licencia para no obedecer à las leyes; pues apenas pueden ser tan justas, que no aya alguna razón aparente para hazerlas dudosas.⁵⁰

El padre Juan de Alloza (1597-1666), teólogo jesuita peruano, estudiado por Rafael Ruiz,⁵¹ puede ser localizado entre dos sistemas morales propios de la época, en el llamado «sumas de casos de conciencia», y nos servirá como parámetro en la comprensión de las decisiones judiciales, imbricando lo moral en lo jurídico, y permitiendo una pluralidad de interpretaciones y opiniones en torno de cada caso judicial.

Para Alloza, citando el análisis de Rafael Ruiz sobre la obra del jesuita, la «ley era una sanción que manda lo que es honesto y prohíbe lo contrario». Se trata de una orientación sobre como actuar según la conciencia, y para Ruiz:

A lei humana, afirmava Alloza, «nada mais é do que uma certa ordem da razão e um preceito em vista do bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado do bem da República». Portanto, na tarefa legislativa e na jurisdicional, tanto o legislador quanto o juiz, porque tinham livre arbítrio e luz da razão, podiam seguir

⁴⁸ Ruiz, Rafael, “Formação da consciência do juiz...”, *cit.*, p. 326.

⁴⁹ Godoy Proatti, Elaine, *Consciência e lei no tratado...*, *cit.*, p. 158.

⁵⁰ Busenbaum, Hermann, *Medula de la Theologia Moral...*, *cit.*, p. 7.

⁵¹ Ruiz, Rafael, “Formação da consciência do juiz...”, *cit.*

ou não, acertar ou enganar-se ao tentar distinguir entre o bom e o mau, o honesto e o desonesto. Não se tratava de uma relação necessária nem de uma equação matemática. Existiu a possibilidade do erro e do engano, porque uma coisa era a “luz” e outra os preceitos contidos na mesma: «A lei natural, nos seus primeiros princípios, é a mesma para todas as nações, mas não com relação às conclusões particulares».⁵²

Ángel Muñoz García apunta que el problema, contextualizado en el marco de la “Edad Media”, no consistía en buscar y descubrir la verdad, sino en agradar a Dios y conseguir la salvación eterna. Era un problema moral. Este pensamiento existente dentro de un contexto cultural e ideológico medieval estaría presente también en la Modernidad, durante el periodo de conquista e instalación de las colonias en América. Este problema moral consiste exactamente, entonces, en cómo adecuar los actos humanos a las leyes existentes:

[...] Porque la ley es una «*ordinatio rationis*» y, por lo tanto, «nadie está obligado por precepto alguno sino mediante el conocimiento de dicho precepto», por eso la promulgación de la ley es condición imprescindible de su obligatoriedad. Es ese conocimiento el que hará obligatoria a la ley. Si todos los actos del hombre han de agradar a Dios, el hombre debe tener la certeza, previamente a pasar a poner el acto, de que éste es moralmente bueno. Pero, no siempre el hombre tiene certeza de la moralidad de la acción que proyecta, o de si —en su circunstancia concreta— es aplicable la ley. «*Lex dubia, non obligat*».⁵³

Actuar con duda moral significaba pecar, según los moralistas, porque suponía un desprecio por la norma moral, como si se rechazara. Se hizo necesario, al menos en la práctica, salir de la duda y dirigirse hacia la certeza moral. Esto, en palabras de Ángel García, significaba un «dilema moral». Para acabar con tal dilema, los moralistas del siglo XVI elaboraron los llamados «sistemas morales».

⁵² «La ley humana, afirmaba Alloza, «[...] no es nada más que una cierta orden de la razón y un precepto que visa el bien común, promulgada por aquel que tiene a su cuidado el bien de la república». Por lo tanto, tanto en la tarea legislativa como en la jurisdiccional, el legislador como el juez, al poseer ambos el libre albedrío y la luz de la razón, podían seguir o no, acertar o equivocarse al intentar distinguir entre lo bueno y lo malo, lo honesto y lo deshonesto. No se trataba de una relación necesaria ni de una ecuación matemática. Existía la posibilidad de equivocarse, de engañarse, porque una cosa era la “luz” y otra los preceptos contenidos en ella: «[...] la ley natural, en sus primordios, es la misma para todas las naciones, pero en relación con las conclusiones particulares». *Ibidem*, p. 335.

⁵³ Muñoz, Ángel, *Diego de Avendaño...*, cit., p. 64.

[...] Por un lado el tuciorismo, según el cual el hombre habrá de actuar siempre en base a lo que moralmente le parece más seguro, esto es, apegándose al mayor cumplimiento de la ley. Pero no siempre quedaría claro al sujeto moral si la intención del legislador sería la de obligar incluso en tal determinada y precisa ocasión. Sostener que el hombre debe guiarse por el mayor grado de acercamiento a la ley ocasiona el nuevo problema de cómo medir ese acercamiento. Por eso, surgirán otras soluciones: en tales casos de duda, el hombre puede libremente optar por cualquier respuesta, incluso la más apartada de la ley; «*in dubio, libertas*»: es el laxismo. Y, entre tuciorismo y laxismo, otras varias respuestas más, entre las que figura —de nuevo— el probabilismo, seguramente la tendencia predominante entre los moralistas de esa época.⁵⁴

El probabilismo permite que, entre las diferentes opiniones existentes sobre la moralidad de una acción, el hombre podría elegir la opinión que considerase probable. Ángel García afirma que no se trataba de escoger lo que fuera «más probable» —esto sería otra forma de responder al dilema moral denominado *probabiliorismo*—, pero elegir la opción que pareciera más probable incluyendo la menos probable. Para el pensamiento probabilista, bastaba que la elección fuera probable para poder tener la certeza necesaria para ejecutar el acto moral.

Este sistema moral de pensamiento, surgido como una respuesta de los teólogos moralistas para el embate entre la adecuación de los actos humanos a la ley, en un contexto específicamente hispánico, consistía en una manera práctica de pensar.

Ángel García afirma que, para poder comprender el siglo XVII y todo el periodo colonial, debemos estudiar estas discusiones morales y escolásticas que, en aquellos tiempos, marcaron la vida de toda la sociedad, especialmente en su aspecto jurídico. Analizando el «*Thesaurus*» de Diego de Avendaño, en su capítulo XII del capítulo I, Ángel García apunta que:

[...] la aplicación del probabilismo en la donación pontificia a los reyes y en la selección de los dignos para un cargo; en las deducciones lógicas; en la disolución de los escrúpulos de los confesores ante sospechas probables. Explícitamente sostiene que basta la opinión suficiente o igualmente probable, aunque la contraria sea muy probable, prefiriendo la probabilidad intrínseca a la extrínseca; denuncia la incorrecta aplicación del probabilismo; más aún: lo acepta incluso en contra de su opinión, aun a cuando considere a ésta más probable. Y es claro que, cuando habla de opinión «muy probable», no se refiere precisamente a la que pareciera

⁵⁴ *Ibidem*, p. 65.

«cercarse más» a la cierta, sino a la que es «fuertemente» probable: que es la esencia del probabilismo.⁵⁵

Por lo tanto, como afirma Mirian Turrini,⁵⁶ en el campo moral se podía actuar sin pecar por seguir otro juicio, sin que fuera necesario alcanzar la verdad especulativa, la cual debería aceptar en nuestro interior. En la teología moral no resultaba fácil encontrar la verdad absoluta y tener certeza sobre ella; tan solo se podía alcanzar una verosimilitud: una sentencia probable considerando la presencia de otras sentencias también probables o incluso aún más. Para el derecho del siglo XVII y XVIII no existían las certezas, pero sí existían las posibilidades que respondían a las demandas, a los intereses, necesidades y a la permanencia y continuidad de las reglas y conductas sociales, étnicos y de género bien definidos ya por las costumbres, la religiosidad católica que controlaban las conciencias.

En ese sentido, el probabilismo surgió como otra posibilidad más para encontrar la justa medida entre las normas y los casos concretos, entre la ley y la moral, entre lo que se esperaba jurídicamente y lo que de hecho se decidía y ejecutaba en la sentencia. La posibilidad del probabilismo, en este contexto, aumentó el pluralismo en la interpretación de la justicia, caso a caso.

Para Esteban Llamosas, la teología moral surgía con la preocupación, en la primera mitad del siglo XVII, con la formulación y resolución de casos de conciencia. «La preocupación por resolver las tensiones entre conciencia, libertad y ley, especialmente en aquellos casos en que la obligación de obrar resultaba dudosa, dio nacimiento a los llamados «sistemas morales» que brindaban respuestas para actuar en el caso concreto».⁵⁷

Los sistemas morales solucionaban dudas de la conciencia del juez en el momento de sentenciar. «La teología prestaba un auxilio fundamental de contenidos y mecanismos de razonamiento a los que actuaban en una justicia de carácter lego».⁵⁸ Este modelo de sentenciar apoyándose en la teología moral y en el probabilismo, constituyendo una justicia casuista, siguió hasta el siglo XVIII, «mismo con una Audiencia radicada en la capital virreinal y alguna presencia mayor de letrados en la Ciudad».⁵⁹

⁵⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁶ Turrini, Miriam, “La coscienza e leggi...”, *cit.*, p. 160.

⁵⁷ Llamosas, Esteban Federico, “Probabilismo, probabiliorismo y rigorismo...”, *cit.*, p. 178.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 183.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 187.

IV. LA TEOLOGÍA MORAL EN EL PROCESO PENAL A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE CASOS CRIMINALES

Observamos que las leyes penales,⁶⁰ su vigencia y eficacia, estaban intrínsecamente relacionadas con las doctrinas de la teología moral propia de una sociedad católica que educaba, por medio de los manuales de teología y por medio de las prácticas religiosas cotidianas, sobre lo que era delito y pecado. El derecho respondió a estos valores y normas religiosas como reflejo de su contexto, hechos, valores y normas religiosas. Dicho esto, en la América hispánica el proceso penal desarrolló un sentido distinto del que vemos en la actualidad. Funcionaba como un medio de reparación de la conciencia, como una forma de absolución de los pecados y de la salvación del alma, además, claro está, de la típica preocupación penal de la aplicación y distribución de la pena y coerción de los actos delictivos.

En ese sentido, el delito cometido no era el foco principal del proceso judicial, sino el daño producido en el alma del reo al cometer el pecado. La pena jurídica significaba más que una reparación frente la sociedad por el acto delictivo; ella representaba una limpieza del alma, una penitencia para lograr ser perdonado (en una esfera más allá de lo humano). Por lo tanto, el proceso penal cumplía dos funciones extremadamente importantes en esta sociedad: una jurídica y una religiosa. Ambas esferas estaban unidas y pueden observarse en la práctica jurídica procesal, por medio de los principios morales que fundamentaban los argumentos jurídicos.

Para ilustrar este punto, presentamos un análisis de algunos procesos de final del siglo XVIII en la Real Audiencia del Virreinato de Lima, a partir de esta llave de lectura teológica y canónica. En el caso de violación de una esclava menor de edad, ocurrido en 1756, por parte de otro esclavo, de casta zambo, el defensor Thomas Julián, representando a doña Ana Álvarez de Sotomayor, mujer de don Manuel de los Ríos, en los actos criminales contra Evarista Liña, solicitó al juez “equidad” en el análisis de la fuga del imputado, argumentando no haber existido ningún delito ni motivo ni fundamento que justificara el proceso criminal. Se apuntó también que, como enseñaban las autoridades y doctrinas, las causas criminales deberían atenerse más a la impunidad del reo que al castigo y para lograr esto, las pruebas deberían ser plenas y claras.⁶¹

⁶⁰ Para esta época, siglo XVII y XVIII, preferimos hablar de “Leyes penales”, más que de derecho penal, pues no se diferenciaba un campo separado y específico. Los teólogos discurrían acerca de la fuerza de las leyes penales (*i e.*, Alfonso de Castro).

⁶¹ Archivo General de la Nación (AGN en adelante), *Sección Causas Criminales, Real Audiencia*, Legajo XVIII, cuaderno 209, 1576: 76r.

Continuando con su argumento, el defensor Julián alegó que existían dudas en el material controvertido, y que en estos casos debía practicarse la equidad y, a la luz de todos los derechos, en caso de existir duda probatoria, debería ser resuelto a favor del reo para que no se le condenase a la pena de deshonor, que era el motivo de esta causa criminal durante esta época. Afirmó que, en caso de duda, «[...] cuio estado oy, por hallarse del clérigo, constituyo en orden sacro, merece que la piedad de V.A., le trata con equidad que corresponde a su notoria justificación, en la condenación de un delito, que no se le ha calificado, y solo pudo maquinar el de honor de su propia hija (sic)».⁶²

En otro caso de oficio, sucedido en el año de 1758, contra Julián Hurtado y Gerónimo de la Rosa, por haber azotado hasta la muerte a la india María Mercedes,⁶³ los reos en respuesta, apelando la sentencia, alegaron que no se debería analizar en los procesos criminales los delitos por sí mismos, pero si por la voluntad y la intención del acto. Esta interpretación aparece como una estrategia para disminuir la pena, atribuyéndoles un mayor valor a la intención y a la voluntad de actuar que al acto propiamente dicho.

El defensor pretendía justificar la reducción de la pena impuesta a Julián Hurtado alegando que este azotó a la víctima pocas veces y sin intención de matarla, como era, además, costumbre entre los indígenas.⁶⁴ De esta manera, el exceso en el castigo aplicado a la víctima que le causó la muerte fue de Gerónimo y no de Julián. El primero se habría excedido en la violencia del acto y, por eso, manifestado su intención de matar. El segundo, de acuerdo con la costumbre indígena, no. La culpa por el homicidio debería recaer entonces sobre Gerónimo, quien fue quien atacó en repetidas ocasiones a María Mercedes.⁶⁵

Este ejemplo hace explícita la importancia de encontrar la intención en el delito, el ánimo premeditado y deliberado para cometer el crimen,⁶⁶ y la duda para definir sobre a quién atribuirle la culpa según el ánimo y la conciencia, para ser imputado criminalmente.

[...] El que mata al otro deliberadamente instuie a su animo del modo con que ha de executar la muerte; esta instrucción que es la diligencia bastante para hacerla con industria, [...] y entonces la executa per industriam ep ter insidas, que es lo expreso del Derecho Canónico. Pero no pudiendo dejarse de concentrir estas mismas circunstancias en el homicida voluntario con animo premeditado, y delibrado, para quitar los voluntarios modos de opinar sobre si las dichas do palabras

⁶² AGN, legajo XVIII, cuaderno 209, 1756: 76v.

⁶³ *Ibidem*, legajo XX, cuaderno 230, 1758.

⁶⁴ *Ibidem*, 23v.

⁶⁵ *Ibidem*, 23r.

⁶⁶ *Ibidem*, legajo XXIII, cuaderno 260, 1761: 17r.

tienen un mismo concepto [...] se declaro que bastaba el animo premeditado, y deliberado del homicida para que no le valiese la inmunidad.⁶⁷

En otro proceso criminal de 1785, Baltasar de los Reyes, defensor del reo don Lorenzo Descalzo, en los actos contra Manuela Pando mujer española, sobre un caso de violación, y respondiendo al traslado, alegó que se debía mantener la sentencia sin aumentar la condena, como había sido solicitado por la otra parte, porque las pruebas presentadas no estaban en el grado exigido para la condenación de este delito. Fundamentó su argumento de la siguiente manera:

[...] Es el caso que en los juicios suelen no avanzarse las pruebas hasta aquel grado que elije la condenacion peculiar del delito, y entonces se usa del arbitrio, como acontece en el acusado de un homicidio, a quien se impone pena, pero no la Capital, sino la de destierro. El Juez en lo interior de su corazón, o como hombre probado conoce la culpa, o inocencia del Reo, pero el Proceso, o la formalidad judicial lo necesita aun juzgamiento arbitrario de distinta esfera. A si en nuestro caso, no es estraño entender que la misma duda, y obscuridad del pretendido estupro pudo dar margen a la sentencia vista en punto de los alimentos, y de los quinientos por la dotación.⁶⁸

En ese sentido, considerando las dudas existentes sobre el delito, el defensor del reo alegó que el juez, en su fuero interno, en su corazón, conocía la culpa o la inocencia del reo, pero el proceso, por su formalidad judicial, necesitaba de un juzgamiento arbitrario dado en distinta esfera. Continuando sus fundamentos, el mismo defensor argumentó que, mismo en las segundas instancias, con permiso de las Leyes para conocer la verdad a mejor luz y con mayor discernimiento, los jueces tienen la presunción del acierto en sus decisiones, pero no la infalibilidad.⁶⁹ Todavía cuando había dudas, la justicia era basada en presunciones y esta, en el fuero interno.

La causa seguida de oficio contra José Antonio Escarola, negro, por haber matado a su mujer María Concepción, también negra y ambos esclavos de la Marquesa de Torrehermosa en 1788, el defensor del reo, Felipe Useda apeló de la sentencia afirmando que las leyes eran fundadas en equidad y moderación, y aunque no se debería juzgar por los hechos sino por las leyes, no estaba ajeno de un juez proceder del mismo modo cuando hallábase en iguales

⁶⁷ *Ibidem*, 17v.

⁶⁸ *Ibidem*, legajo LVIII, cuaderno 680, 1786: 26r.

⁶⁹ *Ibidem*, 26v.

circunstancias y conforme a su dictamen.⁷⁰ Tenemos otro ejemplo del arbitrio del juez en la adaptación de las leyes en los casos concretos.

[...] Es verdad, que en el presente caso no se verifica en sentido literal de la Ley; pero al menor la mente de esta favorece bastante à Escarola, ya que no tubo por motivo executar el uxoricidio, por a ver encontrado a su mujer unida con el adultero, hubo à lo menos una confesión clara del adulterio hecha por la misma Muger lo que en sentir de un mui recomendable criminalista, hace lo mismo, y produce los propios efectos de la aprehensión física.⁷¹

La sentencia fue reformada después del recurso de apelación: de una pena ordinaria de muerte, el reo fue condenado al destierro por diez años en las Islas de Juan Fernández.

La teología moral de los siglos XVII y XVIII tenía la función de delimitar hasta donde era lícita o no una práctica humana. El acto podía ser considerado justo o injusto si antes de ser ejecutado se podía probar la existencia de una instancia donde se involucraba el entendimiento. La conciencia, guiada por la virtud de la prudencia, que discernía entre el bien y el mal, confería al acto humano su calidad de “justo”. Sin la mediación de la conciencia, entendida como acto del entendimiento, no se podía establecer la justicia de una acción.

El aspecto moral, conscientemente, garantizaba el carácter justo y, de esta manera, quien controlaba la conciencia, controlaba las decisiones y la justicia de las cosas. En este punto tenemos clara, entonces, la relación entre la Iglesia y el Estado, como lo señalan Paolo Prodi y Bacigalupo. El poder de controlar la conciencia significaba también el poder de controlar las decisiones jurídicas como una forma de coerción, de delimitar y establecer el poder. El sistema moral probabilista surgió en este debate teológico-jurídico, desacomodando la relación entre Iglesia y Estado en lo referente al control de las conciencias.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El probabilismo presentó argumentos razonables, probables, para que cada persona, juez o no, decidiera en su conciencia lo que mejor le pareciera. Presentaba varias soluciones probables y justificadas por la misma razón: son igualmente probables, en la misma intensidad de su “probabilidad” desde lo más pequeño hasta el mayor grado de probabilidad y, para el caso de la duda, un pequeño grado de certidumbre ya era suficiente para resolver el problema moral

⁷⁰ *Ibidem*, legajo LXII, cuaderno 721, 1788: 84v.

⁷¹ *Ibidem*, 83v.

y práctico, estableciendo así una conciencia segura. La acción jurídica generaba una obligación externa y la acción moral una obligación interna, dada en conciencia. El derecho confrontaba estas acciones y tenía como respuesta un sentido de justicia que mejor se adaptaba al caso concreto, regulando sujetos y conductas.⁷²

En los procesos criminales de la Real Audiencia de Lima observamos esa relación entre Derecho y Religión, además de sus imbricaciones en el ámbito jurídico. No quedan claras, por lo menos en esta corta selección documental que presentamos, las diferencias entre “delito” y “pecado”. Aún durante el siglo XVIII se hace referencia a la intención, al ánimo, a la duda moral en las evaluaciones del delito en cuanto crimen y en la deliberación de la pena.

Los procesos criminales presentan las contradicciones del derecho, o mejor, las relaciones entre la teología moral y la ley, entre la Iglesia y el Estado, entre las costumbres indígenas y las de los colonizadores y las reglas impuestas socialmente, así como en las causas civiles, donde se mezclaban los asuntos, más allá de lo que se entendía como “delito” y la práctica consuetudinaria. Percibimos la existencia de una búsqueda que vacilaba entre aciertos y errores, de la aplicación de la justicia por medio de la interpretación de los casos, de las leyes, de las costumbres, de las doctrinas y de las demandas sociales típicas del contexto colonial hispánico. Notamos también, subjetivamente, la obligación impuesta por el Estado moderno de un “deber ser”, a veces contradiciendo lo previsto en las normas y reforzando las diferencias entre los ámbitos privado y público.

Retomando a Mirian Turrini: fue la conciencia individual del juez la que lo orientó, no solo al examinar las pruebas, sino en el avance de las fases del proceso y de las propias partes en el proceso, así como orientó el arbitrio que poseía el juez para la emisión de la sentencia. Esta forma de pensar está alineada con la de Víctor Tau Anzoátegui al hacer evidente, en el tejido normativo, espacios provistos de cierta autonomía y libertad de acción, respondiendo a las prácticas propias, a los intereses, privilegios, excepciones, silencios y tolerancias existentes; para moderar y adecuar el rigor de ciertas normas y doctrinas a la necesidad casuística.

Se admitía el arbitrio y la equidad en la práctica jurisprudencial, así como en los tribunales, y a la teología moral, por medio de la práctica probabilista, como una forma de garantizar —dentro de esta flexibilidad— la existencia de una conciencia recta y segura, en medio de tantas dudas e inseguridades típicas de una nación explotada y violentada por la colonización europea.

⁷² Pérez, Antonio, *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuesto para una filosofía de la experiencia jurídica*, 9a. ed., Sevilla, España, Universidad de Sevilla-Mergablum, Edición y Comunicación, 2006.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Archivo General de la Nación (AGN), *Sección Causas Criminales, Real Audiencia*, Lima.
- BACIGALUPO, Luis, *Intención y conciencia en la ética de Abelardo*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- BUSENBAUM, Hermann, *Medula de la theologia moral que con fácil, y claro estilo, y casos: escrivola en idioma latino el padre Hermann Busembaum, de la Compañía de Jesus*, Barcelona, España, 1688.
- DECOCK, Wim, “La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)”, en *Derecho-PUCP*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014 núm. 73.
- GODOY, Elaine, *Consciência e lei no tratado jurídico do Padre Frey Miguel Agia*, São Paulo, Brasil, Universidade Federal de São Paulo-Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2015.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. de Tomás, Francisco, Madrid, España, Marcial Pons, 1996.
- KOSELLECK, Reinhart, *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, trad. de Wilma Mass, Río de Janeiro, Brasil, Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, 2006.
- LLAMOSAS, Esteban Federico, “Probabilismo, probabiliorismo y rigorismo: la teología moral en la enseñanza universitaria y en la praxis judicial de la Córdoba tardocolonial”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, Ciudad de Córdoba, CONICET-Universidad Nacional de Córdoba, 2011, vol. 14, núm. 2.
- TURRINI, Miriam, “La coscienza e leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima Età moderna”, en *Annali dell’ Istituto storico italo-germanico*, Bolonia, Italia, Società editrice il Mulino, 1991.
- MARILUZ URQUIJO, José M., “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1976, núm. 4.
- MARTIRÉ, Eduardo, *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias: Del iudex perfectus al iudex solutum*, Buenos Aires, Argentina, Librería Histórica, 2009.
- MUÑOZ, Ángel, *Diego de Avendaño. Filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*, Lima, Perú, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos–UNMSM, 2003.
- PÉREZ, Antonio, *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuesto para una filosofía de la experiencia jurídica*, 9a. ed., Sevilla, España, Universidad de Sevilla-Mergablum, Edición y Comunicación, 2006.

- PÉREZ, Juan Beneyto, “Fuero, costumbre y doctrina en el derecho medieval español”, *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, Madrid, España, 1969.
- PRODI, Paolo, *Uma história da justiça*, São Paulo, Brasil, Martins Fontes, 2005.
- RODRÍGUEZ, Manuel, “Notas históricas sobre la elección del método interpretativo”, en ELÓSEGUI, María y GALINDO, Fernando (coords.), *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva*, Zaragoza, España, Justicia de Aragón, 2008.
- RUIZ, Rafael, “Formação da consciência do juiz no vice-reinado do Peru”, *Revista História*, São Paulo, Brasil, Universidade de São Paulo-USP, julio-diciembre de 2014, núm. 171.
- RUIZ, Rafael, “La ley para el juez o el juez para la ley: la trayectoria del papel del juez en la construcción del Estado moderno”, en QUINTERO, José (coord.), *El nacimiento de la libertad en la Península Ibérica y Latinoamérica: Actas del XVI Congreso Internacional de AHILA. San Fernando (España), 6 al 9 de septiembre de 2011*, San Fernando, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos (AHILA), 2014.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “La disimulación en el Derecho Indiano”, en Barrios, Feliciano (coord.), *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: Actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, Cuenca, España, Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, vol. II.
- TUTINO, Stefania, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A history of probabilism*, Nueva York, Estados Unidos, Oxford University Press, 2018.
- VEREECKE, Louis, *Conscience morale et loi humaine, selon Gabriel Vazquez S. J.*, en PH. DELHAYE, J. C. DIDIER, P. Anciaux (coords.), *Bibliothèque de Théologie, Théologie Morale, serie II*, Tourcoing, Desclée & Cie, 1957, vol. IV.