

e-ISSN: 2594-1879

<http://revistas.anahuac.mx/iuristantum>



IURIS TANTUM

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Facultad de Derecho

AÑO XXXVII NÚMERO 38 2023

Universidad
Anáhuac México

MÉXICO QUINTA ÉPOCA

IURIS TANTUM

2023

Iuris Tantum, Año XXXVII, Sexta época, núm. 38, julio-diciembre de 2023, es una publicación semestral editada por Investigaciones y Estudios Superiores S.C. (conocida como Universidad Anáhuac México), a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Col. Lomas Anáhuac, Huixquilucan, Estado de México, C.P. 52786. Tel.: 55 5628 88 00, ext. 104. <https://www.anahuac.mx/mexico/> Editor responsable: Carlos de Jesús Becerril Hernández.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2022-080416584700-102 e ISSN electrónico: 2594-1879, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Responsable de la última actualización de este número, Facultad de Derecho, Carlos de Jesús Becerril Hernández. Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Colonia Lomas Anáhuac, C.P. 52786, Huixquilucan, Estado de México. Tel.: 55 5628 8800, ext. 104. Fecha de la última modificación: 1 de diciembre de 2023.

El contenido de los artículos es total responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista del Editor ni de la Universidad Anáhuac México.

Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Todo el contenido intelectual que se encuentra en la presente publicación periódica se licencia al público consumidor bajo la figura de Creative Commons®, salvo que el autor de dicho contenido hubiere pactado en contrario o limitado dicha facultad a “*Iuris Tantum*®” o “Universidad Anáhuac México®” por escrito y expresamente.

Iuris Tantum se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



UNIVERSIDAD ANÁHUAC MÉXICO

Dr. Cipriano Sánchez García, L.C.

RECTOR

Dra. Lorena Rosalba Martínez Verduzco

Dr. Jose Rodrigo Pozón López

VICERRECTORES ACADÉMICOS

Dr. José Honorio Cárdenas Vidaurri

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN

Lic. Alexander Ramírez López

EDITOR DE REVISTAS ACADÉMICAS

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Alfredo Dagdug Kalife

DIRECTOR

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

COORDINADOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR

Dr. Carlos de Jesús Becerril Hernández

Universidad Anáhuac México

CONSEJO ASESOR

Dr. Manuel Alcántara Sáenz

Universidad de Salamanca, España

Dr. Ricardo Alonso García

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Adrián Bonilla Soria

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador

Dra. Esther del Campo García

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Raúl Canosa Usera

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Ramón Cossío Díaz

El Colegio Nacional, México

Dr. Horts Dippel

Universidad de Kassel, Alemania

Dr. Alfonso Fernández Miranda Campoamor

Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Sergio García Ramírez

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Raffaele de Giorgi

Universidad de Salento, Italia

Dra. María del Refugio González
División de Estudios Jurídicos, CIDE, México

Dra. Marta Lorente
Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Salvador Martí i Puig
Universitat de Girona, España

Dr. Lucio Pegoraro
Universidad de Bolonia, Italia

Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo
Notaría Pública Número 23, México

Ministra Dra. Margarita Ríos Farjat
Suprema Corte de Justicia de la Nación, México

Dr. José Francisco Sánchez López
Universidad de Salamanca, España

Dr. Diego Valadés Ríos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Araceli Almaraz Alvarado
El Colegio de la Frontera Norte, México

Dr. Gustavo del Ángel Mobarak
División de Economía, CIDE, México

Dr. Luis Fernando Ávila Salcedo
Universidad Anáhuac México, México

Dra. Leticia Bonifaz Alfonso
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Santiago Botero Gómez
Universidad Anáhuac México, México

Dr. Luis Carranza Figón
Universidad Anáhuac México, México

Mtro. Antonio Campuzano Rosales
Instituto Panamericano de Geografía e Historia

Dr. José María Coello de Portugal
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Josep Escrig Rosa
Universitat de València

Dra. María Guadalupe Fernández Ruíz
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Viviana Kluger
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Javier Espinoza de los Monteros Sánchez
Universidad Anáhuac México, México

Dr. Rafael Estrada Michel
Tiempo de Derechos, México

Dr. Luis Jáuregui
Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México

Dra. Carolina León Bastos
Universidad Anáhuac México, México

Dr. Pablo Mijangos
División de Historia, CIDE, México

Dra. María del Ángel Molina Armenta
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Magistrada Dra. Mariana Moranchel Pocaterra
Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, México

Dr. José Antonio Núñez Ochoa
Universidad Anáhuac México, México

Dra. Ana Brisa Oropeza Chávez
Universidad Anáhuac Veracruz, México

Dr. Carlos Ortiz Solalinde
Universidad Anáhuac México, México

Dr. José Félix Palomino Manchego
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Camila Perochena
Universidad Torcuato Di Tella, Argentina

Dr. Ítalo Andrés Reyes Romero
Universidad Anáhuac México, México

Dra. Iliana Marcela Quintanar Zárate
División de Historia, CIDE, México

Magistrado Camilo Suárez Aldana
Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia

Dra. Maria Elizabeth Teixeira Guimaraes Rocha
Superior Tribunal Militar, Brasil

Dra. Sughei Villa Sánchez
Universidad Anáhuac México, México

Dr. Víctor Alejandro Wong Meraz
Universidad Autónoma del Estado de México, México

ASISTENTE EDITORIAL

Mtra. Julieta Becerril Romero
Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México, México

CONTENIDO

ARTÍCULOS

- Tempo, direito e desenvolvimento: uma nova perspectiva sistêmico-temporal de desenvolvimento 12
- Tiempo, derecho y desarrollo: una nueva perspectiva sistémico-temporal del desarrollo*
- Time, law and development: a new systemic-temporal perspective of development*
- Allan Jones Andreza Silva
Universidade Federal da Paraíba, Brasil
- Luciano Nascimento Silva
Universidade Federal da Paraíba, Brasil
-
- O catecismo como artifício de divulgação do constitucionalismo moderno em Portugal e no Brasil pós-Revolução do Porto. 33
- El catecismo como artificio para la promoción del constitucionalismo moderno en Portugal y en Brasil post-Revolución de Oporto*
- The catechism as a device for the dissemination of modern constitutionalism in Portugal and Brazil post-Revolution of Porto*
- Gabriel Lima Marques
Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

La implementação do environmental, social and corporate governan- ce nas Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., CELESC	52
<i>La implementación del gobierno ambiental, social y corporativo en la Central Eléctrica de Santa Catarina S.A., CELESC</i>	
<i>The implementation of environmental, social and corporate governan- ce in Central Electrical Santa Catarina S.A., CELESC</i>	
Luana Regina Coelho Universidade do Vale do Itajai, Brasil	
Heloise Siqueira García Universidade do Vale do Itajai, Brasil	

Arbitraje Comercial Privado en México.	80
<i>Private Commercial Arbitration in Mexico</i>	
Juan Manuel Saldaña Pérez	

Justicia controvertida: las leyes de neutralidad y las exigencias del gobierno federal mexicano durante el proceso penal de José María Carvajal (1851-1854).	103
<i>Controversial justice: the United States neutrality laws and the de- mands of the Mexican Federal Government during the trials of José María Carvajal (1851-1854)</i>	
Valentina Tovar Mota Centro de Estudios Históricos, El Colegio de México	

**RESOLUCIONES Y CRITERIOS JURISDICCIONALES
RELEVANTES**

Tema: Principio de progresividad en materia
de derechos humanos

La tutela del principio de progresividad. Una cuestión de derechos y no de normas	140
<i>The protection of the principle of progressivity. A question of rights and not rules</i>	
Alejandro David Avante Juárez Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México	

RESEÑAS

- Reforma y desmembramiento constitucional 157
Alejandro Olvera Fuentes
Escuela Federal de Formación Judicial, México
- La justicia electoral a debate..... 167
Sughei Villa Sánchez
Universidad Anáhuac México, México
- El poder judicial en México durante la primera república central,
1836-1843; ¿Un guardián de los derechos? 173
José Roberto Campos Cordero
Instituto de investigaciones
Dr. José María Luis Mora, México
- Legislación fiscal y conflicto: actores, entornos y administración ha-
cendaria en México, siglos XIX y XX..... 181
Enrique de la Rosa-Ramos
King's College London, Londres
- Dimensión transatlántica de la iushistoria. Actas de las XXVIII Jornadas
de Historia del Derecho Argentino 185
Margarita Serna Vallejo
Universidad de Cantabria, España

ARTÍCULOS

***Tempo, direito e desenvolvimento: uma nova perspectiva
sistêmico-temporal de desenvolvimento***

**Tiempo, derecho y desarrollo: una nueva perspectiva
sistêmico-temporal del desarrollo**

***Time, law and development: a new systemic-temporal
perspective of development***

ALLAN JONES ANDREZA SILVA
Universidade Federal da Paraíba, Brasil
allanjonesgba@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9102-4037>

LUCIANO NASCIMENTO SILVA
Universidade Federal da Paraíba, Brasil
lucianonascimento@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9380-9292>

Recibido: 31/01/2023
Aceptado: 18/10/2023
<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.01>

RESUMO

O presente trabalho aborda a ideia de “desenvolvimento” a partir de um pensamento sistêmico-temporal, oportunidade na qual este elemento é pensado a partir das diferentes dimensões de vivenciá-lo, seja na perspectiva do indivíduo, da sociedade e da globalidade. Tal abordagem leva em consideração a dialeticidade da relação entre esses contextos, fazendo

esse prisma conceitual assegurar, de um mesmo modo, a amplitude teórica necessária para romper as limitações das abordagens econômicas, libertárias, humanitária e até mesmo as fundadas na sustentabilidade ambiental, mas ainda assim sem perder de vista a concretude necessária.

Palavras-chaves: desenvolvimento, tempo, direitos, sociedade, globalidade.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la idea de “desarrollo” desde un pensamiento sistémico-temporal, oportunidad en la que se piensa este elemento desde las diferentes dimensiones de vivirlo desde la perspectiva del individuo, de la sociedad y de la globalidad. Tal enfoque toma en cuenta la dialéctica de la relación entre estos contextos, haciendo que este prisma conceptual asegure, del mismo modo, la amplitud teórica necesaria para romper las limitaciones de la sustentabilidad económica, libertaria, humanitaria e incluso ambiental, pero aun así sin perder de vista la necesaria concreción.

Palabras clave: desarrollo, tempo, derechos, sociedade, globalidad.

ABSTRACT

The present work addresses the idea of “development” from a systemic-temporal thinking, an opportunity in which this element is thought from the different dimensions of experiencing it, whether from the perspective of the individual, society and globality. Such an approach takes into account the dialecticity of the relationship between these contexts, making this conceptual prism ensure, in the same way, the theoretical breadth necessary to break the limitations of economic, libertarian, humanitarian approaches and even those based on environmental sustainability, but still thus without losing sight of the necessary concreteness.

Keywords: development, time, rights, society, globality.

Introdução

As vicissitudes da vida social dirigidas sob a perspectiva capitalista, direcionam as pessoas a buscar elevados padrões de vida através do

consumo,¹ de maneira que o sucesso individual é aferido, em muitos casos, pelo êxito em galgar altos patamares de acumulação de riqueza. De igual forma, para considerar um país como “desenvolvido”, bastaria alcançar aviltantes valores de Produto Interno Bruto (PIB), registrar uma elevada renda per capita ou possuir outros indicadores positivos de riqueza da sua população.

Notadamente, esta perspectiva relacional entre desenvolvimento e economia é uma resultante do pensamento liberal, um viés essencialmente reducionista do conceito de “desenvolvimento”, pois o restringe unicamente a aferição dos níveis de crescimento econômico, o que não necessariamente pode expressar as reais condições de vida usufruídas pela população, haja vista que a concentração de renda nas mãos de poucos ao mesmo tempo em que condiciona os indicadores a níveis favoráveis, pode ocultar a existência de uma massa popular em estado de miserabilidade. Desta maneira, o desenvolvimento deve ser pensado de forma ampla, de modo a abarcar a preocupação quanto a qualidade de vida da população.

Assim, a ideia de desenvolvimento, seja numa perspectiva global ou regional, perfaz um *locus* do decisionismo estatal, seja no campo econômico, político, jurídico, administrativo, ambiental ou das relações diplomáticas, retratando os resultados da gestão pública estatal em frentes que importaram na construção não apenas de *superávits* ou *défices*, mas ainda na evolução (ou involução) dos níveis de distribuição de renda, mortalidade, nutrição popular, escolaridade e de inúmeros outros indicadores das condições de vida usufruídos pelos cidadãos (e não apenas da camada mais abastada, que concentra a maior parte das riquezas da nação).

Não obstante, a questão da proteção ambiental também deve ser levada em consideração por se tratar de elemento vital para a garantia da perenidade das condições de vida das futuras gerações. Logo, o desenvolvimento deve ser pensado sob o aspecto de uma sustentabilidade, fiel de equilíbrio entre produção econômica e proteção ambiental.

Também há de se considerar que a própria ideia de desenvolvimento é eivada por estereótipos sociais, ou melhor, pressões e opressões historicamente fundadas, sobretudo em face da polarização global em norte e sul, identificada respectivamente como “desenvolvido” e

¹ Neste sentido: “o processo de formação econômica do mundo moderno pode ser observado de três ângulos: 1) a intensificação do esforço acumulativo mediante a elevação da poupança de certas coletividades; 2) a ampliação do horizonte de possibilidades técnicas; e 3) o aumento da parcela da população com acesso a novos padrões de consumo”. Furtado, Celso, *O capitalismo global*, São Paulo, Paz e Terra, 1998, p. 26.

subdesenvolvido”, circunstância que também repercute sobre os aspectos conceituais de moda, padrões de consumo e toda uma gama de elementos simbólicos que estatuem uma marginalização do sul global, que é reforçada não só pela histórica relação de exploração, mas também pelas desiguais condições vivenciadas nas relações econômicas e diplomáticas internacionais.

Essas reflexões me levaram à convicção de que a permanência do subdesenvolvimento se deve à ação de fatores de natureza cultural. A adoção pelas classes dominantes dos padrões de consumo dos países de níveis de acumulação muito superiores aos nossos explica a elevada concentração de renda, a persistência da heterogeneidade social e a forma de inserção no comércio internacional.²

Sob a perspectiva interna dos Estados, essa mesma polarização se perfaz nas disfunções socioeconômicas territoriais que estatuem zonas periféricas (para não dizer de marginalização), como acontece na realidade brasileira, quando de um lado tem-se a superconcentração industrial no Sul e Sudeste do país, por outro *plantations* e exploração da indústria da seca na região Nordeste.

A partir destas considerações, há de se (re)pensar a concepção de desenvolvimento, sobretudo de modo a romper o reducionismo economicista, levando em consideração os demais aspectos que importem no usufruto dos direitos fundamentais dos cidadãos, atentando as idiosincrasias regionais e até mesmo globais, sem obscurecer o necessário compromisso ambiental para com as futuras gerações, a fim de se construir um novo paradigma epistemológico, sem necessariamente abandonar as conquistas que fizeram pensar o desenvolvimento como um conceito não só econômico, mas também libertário, de dignificação do ser humano, ambientalmente sustentável.

Deste modo, se de um lado a concepção “tradicional” sobre a ideia de desenvolvimento relaciona-se ao processo de acumulo econômico, negligenciando o gozo das capacidades/liberdades e o usufruto dos direitos fundamentais, do outro, as concepções “modernas”, como estas últimas, obscurecem o aspecto fenomenológico adjacente ao processo de experimentação dos direitos humanos e promoção da cidadania, que contraditoriamente constrói “excedentes” perante a realidade social e global, uma circunstância que estabelece a necessidade de cotidiana temporalização e readequação do quadro analítico individual, social e

² *Ibidem*, p. 60.

global como forma de compreensão do cenário e de identificação das condições de desenvolvimento.

Assim, o presente artigo trata de analisar a possibilidade de construir uma perspectiva de desenvolvimento atenta as vicissitudes e interesses individuais, sociais e globais, sobretudo aos aspectos interacionais entre essas esferas e a proteção dos direitos humanos, de modo tentar transpor os limites epistemológicos e práticos das atuais concepções de desenvolvimento quanto à consideração sobre as diferentes formas de viver/usufruir (ou não) tais direitos.

Desta maneira, constituem objetivos do presente trabalho: analisar as principais concepções de desenvolvimento para, a partir de então, consubstanciar uma ideia de desenvolvimento fenomenologicamente atenta as peculiaridades temporais individuais, sociais e globais.

Metodologicamente, o presente artigo pautou-se no pensamento sistêmico aos moldes estatuídos por Niklas Luhmann, entretanto, diferentemente deste teórico que adota a categoria comunicação como elemento basilar dos sistemas sociais, será utilizada a ideia de tempo sociológico, segundo a perspectiva abordada por Norbert Elias, para realizar uma (re) leitura da ideia de desenvolvimento.

Para tanto, será utilizada a técnica de investigação bibliográfica, uma vez que os aspectos conceituais de tempo serão acoplados a perspectiva sistêmica de luhmanniana para construir uma nova perspectiva de “desenvolvimento”.

As concepções de desenvolvimento

A dinamicidade econômica é tida como ponto basilar da concepção tradicional de desenvolvimento, por vezes até confundida com a ideia de crescimento econômico. Desta maneira, o desenvolvimento é percebido como resultante positivo dos fatores exógenos e força motriz que retroalimenta na ordem econômica³. Esta abordagem negligencia a análise sobre as reais condições de usufruto do crescimento econômico, sobretudo nos países tidos como periféricos, terem evidentes problemas de distribuição de renda, prestação de políticas públicas, dentre outros.

³ Oliveira, Gilson Batista de y Lima, José Edmilson de Souza, “Elementos endógenos do desenvolvimento regional: considerações sobre o papel da sociedade local no processo de desenvolvimento sustentável”, *Rev. FAE*, Curitiba, vol.6, núm. 2, 2003, pp. 29-37.

Por outro lado, as principais concepções sobre “desenvolvimento”⁴ perpassam pelo diálogo com as categorias que demonstram uma feição “econômica” e “social”, além de estabelecer uma interlocução com as ideias de “equilíbrio” e “desequilíbrio”, onde o “progresso” proveniente do “desenvolvimento” seria nada mais que um “desequilíbrio positivo”. Uma abordagem histórica sobre o conceito de desenvolvimento, permite compreender que as primeiras correntes (mercantilista, liberal, dentre outras) partem da concepção de crescimento econômico como pedra angular, o que notadamente vai sendo superado em face das contradições que o capitalismo pode instituir (concentração de renda, periferização da maior parte da população etc.), o que direciona a ideia de “desenvolvimento” para a exigência de ser pensado a partir de um viés social.⁵

Ao tratar sobre o assunto, Kerstenetzky⁶ entende que o desenvolvimento social tem como premissas: i) as políticas econômicas devem ter como ponto angular a perseguição do bem-estar da população; e ii) esse bem-estar social deve orientar políticas sociais com efeitos produtivistas. Notadamente, tomando por empréstimo as concepções de Midgley e Tang,⁷ Kerstenetzky,⁸ descreve que uma teoria do desenvolvimento social tem como eixos a harmonização das políticas econômicas e sociais, a promoção de políticas econômicas para inclusão social e implementação de programas sociais produtivistas. Entretanto, este modelo além de não levar em consideração os limites econômicos de alguns estados, também é criticado pelo fato do modelo produtivista enfraquecer outras funções das políticas sociais como o interesse pela promoção da justiça social, por devolver aos indivíduos a responsabilidade exclusiva pelo seu bem-estar, uma vez que o estímulo por uma abordagem “ativa” de cidadania, cujos custos são levados a cabo pelos próprios sujeitos e comunidades, negligencia as desigualdades estruturais e o acesso limitado a recursos por pessoas com privações.

Em face dos objetivos constitucionalmente definidos na Carta de 1988, “o desenvolvimento pretendido pela sociedade brasileira é aquele cujos benefícios sejam solidariamente partilhados entre todos os cida-

⁴ Souza, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas de direito econômico*, São Paulo, RT, 2005.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Kerstenetzky, Celia, *O estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp. 50-52.

⁷ Midgley, J., Tang, K., “Social Policy, Economic Growth and Developmental” Welfare, *International Journal of Social Welfare*, vol. 10, 2001, pp. 244-252.

⁸ Kerstenetzky, Celia, *op. cit.*, p. 52.

dãos, com vistas a atingir um padrão de bem-estar e justiça sociais da forma mais abrangente possível”,⁹ desta maneira a concepção constitucional se aproxima de uma ideia de desenvolvimento solidário, aparentando tratar-se muito mais de um anseio, que um norma propriamente dita, vez que a realidade brasileira é eivada por graves distorções econômicas e sociais em vários níveis.

Para Amartya Sen¹⁰ o “desenvolvimento” está alinhavado a ideia de “liberdade”, mas esta não é considerada pelo referido autor como a ausência de privações físicas, mas sim com o usufruto de condições condignas para o exercício das capacidades humanas, ou seja, sua perspectiva libertária está relacionada ao usufruto de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e, por conseguinte, de uma boa qualidade de vida. Desta forma, só é livre o ser humano que tem as condições de exercer essa liberdade com dignidade.

O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna a vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.¹¹

Assim, a liberdade está correlacionada com o usufruto das condições de vida. Já a ideia de desenvolvimento, segundo esta perspectiva, está relacionada a expansão das liberdades que constituem elemento constitutivo e instrumental para aquele.¹² Enquanto elemento constitutivo, as liberdades (tratadas como substantivas) são elementares básicas para a vivência do indivíduo (tem a primazia de evitar fome, subnutrição, morbidez, morte prematura, incluem condições para ler, participação política etc.) e sua expansão (enquanto desenvolvimento) são levadas a condição de enriquecimento da vida humana. Enquanto elemento instrumental, “eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos”.¹³

⁹ Araújo, Jailton, “Constituição, Cidadania e Trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada no trabalho”, *Direito, Estado e Sociedade*, núm. 52, 2018, p. 139.

¹⁰ Sen, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

¹¹ *Ibidem*, p. 29.

¹² *Ibidem*, p. 55.

¹³ *Ibidem*, p. 57.

Os modelos anteriores de “desenvolvimento”, que ora atentam ao crescimento econômico ou a prestação de políticas públicas, não se atêm ao exaurimento de recursos naturais, instituindo uma crise ambiental, que surge como um questionamento sobre a racionalidade e modelos que negam a natureza.¹⁴

Desta maneira, a ideia de sustentabilidade ecológica emerge como matriz essencial para a ideia de desenvolvimento, por instituir normativamente a preocupação com a natureza como componente para reformulação da ordem econômica, para o processo produtivo e a sobrevivência humana, ou seja, há a reintegração de valores e potenciais da natureza aos processos de modernização, industrialização e tecnológicos, possibilitando o uso, a criação e organização dos conhecimentos e valores das comunidades para a auto-gestão dos seus recursos produtivos, ecologicamente atentos.

Muito embora essas concepções sobre “desenvolvimento” tragam contributos significativos, inclusive ampliando esse conceito, de maneira a enveredar por vieses econômico, social e ambiental, estes modelos não compreendem satisfatoriamente o caráter fenomenológico do conceito frente aos influxos e contingências sociais de caráter regional e global, que constroem “excedentes de alteridade”,¹⁵ violações sistêmicas de direitos que, muito embora sejam tutelados inclusive normativamente nas esferas nacionais e internacional, o preceito de universalidade parece não constituir de maneira prática um valor acessível e dignificante de todos os indivíduos, de modo que os limites mínimos necessários a sobrevivência chega ser até, em alguns casos, expropriado, não (re)conhecido ou até inacessível.

Paradoxalmente, a premissa de uma ideia de um desenvolvimento nacional ou global convive com diferentes modos de vida social e econômica, de experimentação de direitos e de tutela ambiental, o que torna esses conceitos generalizantes uma representação não tão completa de uma dada realidade, circunstância que, inclusive, necessita ser pensada segundo os parâmetros de caráter histórico-temporal, mas ainda histórico-social.

Sob o aspecto histórico-temporal, a ideia de desenvolvimento perpassa por uma concepção de continuidade, sobretudo de aumento de complexidade (evolutiva) e de memória (pela referência à um padrão

¹⁴ Leff, Enrique, *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*, Petrópolis, RJ, Vozes, 2001.

¹⁵ De Giorgi, Raffaele, *Por Uma Ecologia dos Direitos Humanos*, Fortaleza, ano 15, núm. 20, 2017, pp. 324-340.

anterior, como descrito neste texto quando se trata de concepções teóricas pretéritas). Por outro lado, um conceito de desenvolvimento não pode ser destituído de parâmetro socialmente elegido, seja sob a perspectiva individual (em relação à si mesmo, a exemplo do crescimento biológico), social (a partir dos parâmetros elegidos pela sociedade) ou da globalidade (em relação aos padrões ou valores disseminados pela comunidade internacional).

Desta maneira, para além de pensar o desenvolvimento a partir de um prisma econômico, social ou ambiental, é necessário trata-lo como um fenômeno de caráter temporal.

O tempo e o desenvolvimento

O tempo sociológico

Ainda que o tempo seja tratado por Kant¹⁶ como uma síntese a priori, ele também o identifica como forma de sentido do sujeito, da intuição de si e do estado interior. É nesta perspectiva que Norbert Elias¹⁷ trata o tempo, como uma convencionalidade humana, resultante da capacidade de memória e síntese, por meio do qual estabelece uma relação entre dois ou mais processos, se prestando para a padronização aos outros como quadro de referência e padrão de medida.

A expressão 'tempo' remete a esse relacionamento de posições ou segmentos pertencentes a duas ou mais sequências de acontecimentos em evolução contínua. Se as sequências em si são perceptíveis, relacioná-las representa a elaboração dessas percepções pelo saber humano. Isso encontra expressão num símbolo social comunicável a ideia de 'tempo', a qual, no interior de uma sociedade, permite transmitir de um ser humano para outras imagens mnêmicas que dão lugar a uma experiência, mas que não podem ser percebidas pelos sentidos não perceptivos.¹⁸

É notadamente a partir daí que se tem a elaboração de calendários, relógios e outros meios de referência que, de uma maneira ou de outra, introduziram uma sincronização da vida em sociedade.

Entretanto, o tempo enquanto memória e síntese é um construto de um contínuo que aglutina experiências e saberes, que são constantemente adaptados, refutados ou aprimorados, e é a partir do processo de

¹⁶ Kant, Immanuel, *Crítica da Razão Pura*, tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁷ Elias, Norbert, *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998.

¹⁸ *Ibidem*, p. 13.

recursividade (ou mesmo a autorreferência) que se constroem os marcos de passado, presente e futuro¹⁹, mas, por outro lado, isso constitui um mecanismo sistêmico voltado para o aumento da complexidade a fim de atender as contingências sociais.

Pode-se ainda verificar que essa autorrecursividade à memória e a adoção da seletividade constituem a condição para o fechamento sistêmico e, ainda, são mecanismos necessários para a realização do processo de autopoiese que permitirá o aumento da complexidade dos conhecimentos e experiências temporais.

De igual maneira a Luhmann²⁰ e Raffaele De Giorgi²¹ que compreendem a sociedade como sistemas sociais instituídos a partir do componente “comunicação”, há de se considerar que o tempo, enquanto construto aglutinativo e em constante complexificação, tem a “comunicação” como um dos seus produtos (decorrente do fluxo temporal), ou seja, os mecanismos comunicativos nada mais são do que tecnologias temporais que no transcurso deste fluxo contínuo foram se aprimorando de maneira a permitir a interconexão, inicialmente, intersubjetiva e que, atualmente, dada a complexidade social, também tem possibilitado interações globais simultâneas, construindo dimensionalidades temporais além daquela do próprio sujeito. Desta maneira pode-se considerar que há uma relação dialógica entre comunicação e tempo, aquela não deixa de ser um produto da evolução temporal, mas que face ao aumento de sua complexidade permitiu a construção de dimensionalidades temporais no âmbito da sociedade e ainda de caráter global.

Desta maneira, pode-se dizer que, sob o prisma de um pensamento sistêmico, há de se pensar o tempo sociológico como categoria que, enquanto elemento formulado a partir da memória e seletividade, sistemicamente adota os mecanismos de autorreferência e autopoieses para assegurar o aumento de sua complexidade a fim de atender as contingências do ambiente e ainda garantir a perpetuação das dimensões temporais.

¹⁹ A referência ao passado, presente e futuro é possível apenas a partir da memória que irá estabelecer, a partir das experiências e conhecimentos do sujeito, os marcos de tais parâmetros.

²⁰ Neste sentido: Luhmann, Niklas. *Sociologia do Direito*, trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985. Luhmann, Niklas, “La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo”, *Sociológica*, vol. 1, núm. 1, 1986. Luhmann, Niklas, *La ciencia de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 1996. Luhmann, Niklas, “Tiempo del mundo e historia sistémica”, *Inguruak*, vol. 23, 1999, pp. 13-54.

²¹ Neste sentido: De Giorgi, Raffaele, *Direito, Tempo e Memória*, trad. Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo, Quartier Latin, 2006. De Giorgi, Raffaele, “A investigação sociológica do direito na teoria dos sistemas”, *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, vol. 2, núm. 2, abr. 2016, pp. 103-119.

Neste contexto, o aumento da complexidade sistêmica do tempo não só o tem o condão de assegurar a perenidade das dimensões sociais e globais, mas ainda do próprio sujeito, sobretudo se considerar o conceito de vida activa de Hannah Arendt,²² a única forma dos indivíduos deixarem seu contributo social e se tornarem imortais. Essa concepção de legado para a sociedade é essencial dentro desta perspectiva sistêmica de tempo, porque a memória dos conhecimentos e experiências humanas é fundada a partir da aglutinação das contribuições individuais, por conseguinte a perenidade da dimensionalidade do indivíduo se perfaz a partir do seu contributo para a construção das dimensionalidades social e global.

O tempo, muito embora trate-se de um construto conceitualmente abstrato, pragmaticamente é vivenciado de diversas formas, seja quando o indivíduo observa a evolução fisiológica do seu corpo, como crescimento físico, as mudanças na pele, cabelos, face, dentre outros, até a velhice e morte, seja a partir da ampliação de suas capacidades cognitivas em face da agregação de experiências e conhecimentos no transcurso de sua vida, ou ainda diante do amadurecimento psicológico e também da sua vivência no dia-a-dia, a partir de uma realidade social que tem rotulados horários, datas e prazos para compromissos de naturezas diversas (estudar, viajar etc.).

Diante deste contexto, pode-se considerar que há uma temporalidade individual, própria de cada sujeito, da relação deste consigo mesmo, mediante o que vivencia a aglutinação e seu desenvolvimento face suas experiências de vida e dos seus saberes que acumula no transcorrer de sua vida. Sua temporalidade também convive com outra dimensionalidade, a da sociedade, experimentada a partir da padronização social, que estabelece um quadro situacional do indivíduo com a comunidade onde vive. É neste contexto que a ideia de contrato social, aos moldes estabelecidos por Hobbes²³, Locke²⁴ e Rousseau,²⁵ se adequa.²⁶ A dimensionalidade temporal da sociedade é o produto da sincronização temporal dos indivíduos, ou seja, o contrato social nada mais é que

²² Arendt, Hannah, *A condição humana*, trad. de Roberto Raposo, introdução de Celso Lafer, Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1983.

²³ Hobbes, Thomas, *Leviatã*, trad. de João Paulo Monteiro, São Paulo, Marlin's Fontes, 2003.

²⁴ Locke, John, *Dois tratados sobre o governo*, trad. Julio Fischer, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

²⁵ Rousseau, Jean-Jacques, *Do contrato Social*, São Paulo, Martin Claret, 2012.

²⁶ Neste sentido: Ost, François, *O tempo do direito*, Bauru, Edusc, 2005. Ost, François, "Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico", *Redes: revista eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, vol. 6, núm. 1, maio 2018, pp. 93-115.

a adequação da vivência e tempos dos sujeitos a uma dimensão mais ampla (do grupamento social).

Para a construção da dimensão temporal da sociedade foram implementadas algumas tecnologias sociais, responsáveis pela sincronização²⁷ das temporalidades individuais, dentre elas pode-se citar: dinheiro, religião, comunicação e até mesmo o direito. Por exemplo, as normas jurídicas têm o condão de permitir a congruência das expectativas individuais assegurando a exigência de um padrão mínimo de conduta, em conformidade com a síntese das experiências e saberes de todo um grupamento social, essa circunstância assegura a sincronização dos indivíduos à temporalidade social ao mesmo passo em que permite a perenidade desta dimensão.

Notadamente, desde do início da Idade Moderna a administração do tempo ganhou relevância,²⁸ sobretudo a partir da globalização, da revolução tecnológica e da comunicação,²⁹ integralização dos mercados financeiros, possibilitando fundamental rapidez nas interações sociais e aproximação dos espaços globais, permitindo e facilitando o acesso a saberes e experiências dos mais variados países, o que permite considerar que este processo de globalização instaurou uma dimensão temporal global, produto não só da sincronização das temporalidades individuais, mas também das sociedades.

Desta maneira, sob uma perspectiva sistêmica, o tempo é compreendido a partir de três dimensões: do indivíduo, do corpo social e da comunidade global. Essas dimensões são simultaneamente vivenciadas pelo sujeito, no mesmo espaço, enquanto os tempos sociais e cosmopolita podem agregar experiências e saberes de indivíduos e espaços diferentes.

O tempo enquanto sistema, recorre a sua memória e seletivamente (através de sua autorreferência) reconhece soluções para as contingências que o meio lhe apresenta, seja através da reprodução, adaptação

²⁷ É importante considerar que François Ost descreve, ainda que com outras palavras, a sincronização dos tempos individuais em prol da constituição de vínculo social (um tempo da sociedade), ao informar que: “[...] el vínculo social exige también mecanismos susceptibles de asegurar un mínimo de concordancia entre los tiempos de unos y otros”. Ost, François, “El tiempo, cuarta dimensión de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época*, vol. 1, 2000, pp. 287-310.

²⁸ Foucault, Michel, *A verdade e as formas jurídicas*, trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro, NAU, 2002, p. 116.

²⁹ Neste sentido: Giddens, Anthony, *O mundo na era da globalização*, tradução de Saul Barata, Lisboa, Presença, 2006. Giddens, Anthony, *O mundo em descontrole*, Rio de Janeiro, Record, 2007.

ou aprimoramento de medidas assentadas no cabedal estatuído pelas experiências e conhecimentos angariados no transcorrer deste contínuo, seja pela adoção de novas alternativas decorrentes do processo de autopoise.

De uma forma ou de outra, o aumento da complexidade temporal constituirá recurso necessário a evolução e perenidade destas temporalidades. Sendo assim, a concepção de desenvolvimento a luz da perspectiva sistêmico-temporal assume contornos distintos das perspectivas convencionais, porque não se assenta apenas num crescimento econômico, no gozo de liberdades ou no usufruto de direitos, mas parte do aspecto fenomenológico para situar o desenvolvimento como produto das interações entre indivíduo, sociedade e a globalidade, levando em consideração os mecanismos metodológicos de auto-observação e observação de primeira e segunda ordem³⁰ para identificar os parâmetros de análise da evolução individual, social e global, pontualmente e dialogicamente reconhecidos.

Se o ponto de partida para a ideia sistêmico-temporal de “desenvolvimento” é a abstração de cunho sociológico sobre tempo, o aspecto fenomenológico desta abordagem deve permitir uma visão pragmática desta categoria (desenvolvimento) como um construto eminentemente humano, contextualmente vivenciado a partir da experimentação da sociedade e realidade global, ou seja, não basta apenas considerar as condições econômicas, as formas de gozar a liberdade ou os direitos humanos individualmente, mas sim entender que a ideia de “desenvolvimento” perpassa pela forma como essas circunstâncias são compreendidas nesses contextos mais amplos e, dialogicamente, no modo como estes âmbitos contextuais também devem corresponderem aos interesses dos sujeitos.

Desta maneira, a ideia de “desenvolvimento” perante essa relação (indivíduo, sociedade e globalidade) deve induzir um processo de evolução e aprimoramento das condições de vida dos sujeitos, ampliação das experiências e conhecimentos, fomentando, por conseguinte, a resignificação do modo do sujeito experimentar da vida social e global, o que implica na construção da perenidade individual ou imortalidade sociológica.³¹

³⁰ Luhmann, Niklas, “Deconstruction as Second-Order Observing”, *New Literary History*, vol. 24, núm. 4, Papers from the Commonwealth Center for Literary and Cultural Change, 1993, pp. 763-782.

³¹ Arendt, Hannah, *op. cit.*

O desenvolvimento segundo o pensamento sistêmico-temporal

O pensamento sistêmico-temporal aos moldes estatuídos no subtópico antecedente, leva a considerar que a ideia de desenvolvimento abstratamente é a resultante de um processo de sobreposição/acumulação de experiências e conhecimentos individuais, sociais e globais em meio ao fluxo contínuo-temporal.

Se for levando em consideração que a predisposição jurídica estatuída pelo atual modelo de Estado estabelece que a concepção de desenvolvimento seja confabulada à luz de uma ideia assecuratória e protecionista de direitos, responsável por expandir a prospectiva da perenidade e estabilidade das relações sociais, esta constitui apenas uma faceta contextual, pois há de se pensar no papel dos sujeitos, não apenas como detentores de direitos, mas ainda como garantidores do seu próprio projeto de vida e ainda a influência que a globalidade exerce perante os Estados e os indivíduos que, singularmente, a compõe, levando em verificar as circunstâncias voltadas para garantir a perenidade desta relação, seja a estabilidade das relações econômicas, seja o usufruto de liberdades e direitos, ou até mesmo a sustentabilidade ambiental para assegurar as condições de usufruto das futuras gerações.

Percebe-se a partir de então, que a abordagem sistêmico-temporal de desenvolvimento é mais abrangente, incluindo-se aí não só os vieses das abordagens econômicas, libertárias, humanitária e ambiental, mas ainda por conciliar tais medidas com sua contextualização nos parâmetros individual, social e global.

É a partir desta medida que a ideia de desenvolvimento, consoante o pensamento sistêmico-temporal, deve ser pensada em três perspectivas:

- a) do indivíduo: sua evolução no transcorrer da vida, pelo aprimoramento de suas capacidades físicas, fisiológicas, psicológicas, de memória e síntese, vivência e experimentação do eu-consigo-mesmo, ou seja, a percepção sobre si;
- b) da sociedade: o aumento da complexidade interna da comunidade, agregação de conhecimentos e experiências da vivência social, da articulação dos indivíduos socialmente considerados sobretudo buscando a estabilidade e seguridade das relações estabelecidas, da ampliação das capacidades gerencial-administrativa e jurídica do Estado, para gerir os bens e os negócios estatais, para fornecer serviços públicos e assegurar uma melhor qualidade de vida para a população que assiste.

- c) a globalidade: o aumento da complexidade sistêmica global, observada a partir da ampliação e facilitação dos processos comunicativos em esfera mundial, assegurando a agregação dos conhecimentos e experiências das sociedades, da estabilidade das relações diplomáticas interestatais, da realização de políticas protecionistas responsáveis pela sustentabilidade ambiental, pelo equilíbrio das relações econômicas internacionais (seja envolvendo os Estados, organismos governamentais e não-governamentais, multinacionais etc.), da promoção de uma cultura de paz, da prevenção ao terrorismo ou outras formas de violência envolvendo pessoas (agentes ou vítimas) de efeitos/repercussão internacionais, da ajuda humanitária à refugiados, migrantes e grupos socialmente vulneráveis, dentre outras questões que extrapolam a competência estatal comum.

É necessário destacar que, se por um lado a sociedade constitui a sincronização das temporalidades individuais, constituindo o que se chamou de “contrato social”, por outro, a globalidade seria a via deste contrato perante as temporalidades das sociedades que compõe o planeta e assim pode ser percebido que elas, ainda que sejam diferentes, são interligadas e vivenciadas simultaneamente pelo indivíduo.

Desta maneira, não se pode considerar cada dimensionalidade em caráter isolado, pois elas são vivenciadas pelos indivíduos simultaneamente, mas de maneira singularmente diferentes (alguns terão melhores vias de acesso as memórias sociais ou globais, garantindo o usufruto de privilégios que não são percebidos por outros), além do que essas dimensões dialogicamente se relacionam e interpõe acoplamentos sistêmicos.

Essa relação estabelecida entre indivíduo, sociedade e globalidade têm seus desdobramentos face a relação dialógica entre esses parâmetros temporais. A dimensionalidade mais ampla funciona como referencial para a menos extensa, uma vez que a ideia de desenvolvimento tem como parâmetros as experiências e conhecimentos estatuídos por esta sociedade ou globalidade, ao mesmo tempo em que estas influenciam a dimensionalidade “menor”, como políticas públicas (estabelecidas pelo Estado para o indivíduo) ou políticas internacionais (dos organismos globais para os Estados). Essa relação tem suas contingências uma vez que os parâmetros e ditames comportamentais estabelecidos pelas dimensionalidades mais amplas às menos abrangentes são determinados segundo as circunstâncias ou condições seletivamente defini-

das pelo sistema, não necessariamente correspondendo aos parâmetros tangíveis a todos que as compõem, como exemplo pode-se verificar que os padrões de moda e consumo definidos pela sociedade e/ou pela globalidade ao mesmo tempo que servem de referencial para o indivíduo, nem sempre são acessíveis a este, uma vez que foram estabelecidos seletivamente por parcela dos componentes, criando exclusões.

Desta maneira, paradoxalmente muito embora as dimensionalidades sociais e globais sejam as resultantes da sincronização das temporalidades individuais, a junção das experiências e conhecimentos, ou seja, a memória aglutinada, seletivamente irá eleger determinados parâmetros, construindo exclusões dos componentes que sincronicamente a compõe. Assim, a dimensionalidade menos abrangente, por intermédio do processo de sincronização, não participa da composição da dimensionalidade mais ampla, mas auxiliar no processo de complexificação ao introduzir memórias (conhecimentos e experiências) que seletivamente irão responder as contingências do entorno, assegurando a estabilidade e perenidade da sociedade ou globalidade, como por exemplo a expertise de cientistas ao descobrirem a cura para determinados tipos de doença que afligem determinado grupo social ou a globalidade.

Por intermédio deste mecanismo operativo há a introdução de memórias que alimentarão as dimensionalidades abrangentes assegurando a partir de então o aumento de sua complexidade. Entretanto, há de se considerar que o processo de construção da memória das dimensionalidades menos amplas não partem do zero, ela se apropria dos conhecimentos e experiências das dimensionalidades mais amplas para formular as suas próprias conjecturas, sua memória, ou seja, o indivíduo é educado, aprende, com a memória da dimensionalidade social ou global, para a partir de sua síntese (ou autopoiese) formular novos conhecimentos e experiências que irão alimentar o sistema e aumentar a complexidade das temporalidades.

A esse respeito, pode-se considerar que nenhum cientista parte de sua própria experiência ou conhecimento para formular grandes descobertas, ele se utiliza sempre de parâmetros anteriores a si, seja proporcionados pela educação formal ou informal, para formular suas próprias conjecturas ou instituir leis ou novos conhecimentos que irão alimentar o sistema. Assim, percebe-se, consoante anotações de Luhmann, que os sistemas temporais são autorreferentes na medida que a memória não é construída do nada, mas da seletividade estabelecida frente aos conhecimentos e experiências acumuladas pelas dimensionalidades mais am-

plas, muita embora esta memória seja o produto da sincronização dos tempos individuais (e também sociais, no caso da dimensionalidade global). Entretanto, esse processo de introdução de novos conhecimentos e experiências é a resultante de um processo autopoético, da seletividade, que faz desenvolver novas medidas para lidar com as contingências temporais a fim de assegurar a perenidade e estabilidade sistêmicas.

É através destes mecanismos, de autorreferência e autopoiese, que o sistema temporal assegura seu fechamento operativo, sem, contudo, deixar de olhar para o entorno, as limitações sistêmicas ou contingências que podem colocar em risco a própria perenidade temporal.

É necessário verificar, contudo, que as dimensionalidade mais amplas são responsáveis por assegurar a retroalimentação das condições apropriadas para as dimensionalidades menos abrangentes formularem as medidas que asseguraram o aumento da complexidade sistêmica, tem-se como exemplo o fato de que a introdução de educação de qualidade aos indivíduos influencia no aprimoramento tecnológico e econômico, permitindo a criação de medidas, serviços ou ações que irão contribuir para o desenvolvimento dessa própria sociedade.

Notadamente, diante das vicissitudes da modernidade periférica³², aos moldes descritos por Marcelo Neves (2018), a reintrodução da memória das dimensionalidades mais amplas às menos abrangentes é feita de maneira seletiva, ou seja, apenas determinados grupamentos sociais ou indivíduos terão acesso, construindo um paradoxo sistêmico: muito embora os indivíduos sejam sincronicamente ligados para formular a sociedade, ou a sociedade esteja sincronicamente ligada para constituir a globalidade, nem todos os indivíduos ou nem todas as sociedades terão as mesmas condições de acesso às memórias aglutinadas pelas instâncias mais abrangentes, confluindo para a criação de um excedente de alteridade³³, ou ainda, um processo de alienação, que em muitos vieres extrapola as vicissitudes de cunho econômico, pois é responsável por manter muitos indivíduos sob a ilusão de uma utópica dimensionalidade que é vivida mas não pode ser totalmente acessada e muito menos alterada. Desta forma, as dimensionalidades temporais da sociedade e da globalidade criam, para parcela dos componentes que sincronicamente a acessam, uma realidade temporal simbólica, uma forma do sistema estrategicamente obscurecer suas limitações, suas contradições e paradoxos, permitindo a sua não ruptura.

³² Neves, Marcelo, *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, São Paulo, Martins Fontes, 2018.

³³ De Giorgi, Raffaele, 2017, *op. cit.*

Neste sentido, o direito, enquanto tecnologia temporal, exerce fundamental importância para assegurar a ocultação das contradições e paradoxos sistêmico-temporais quando institui medidas de caráter generalizante, para não dizer universais, que seletivamente irão ser apenas dirigidas, usufruídas ou apropriadas por poucos, da mesma forma em que institui sanções para todos aqueles que tentem desvelar os paradoxos e sobrepujar a ordem sistêmica. Assim, o direito aflora como medida para garantir a estabilidade e perenidade dos sistemas temporais, permitindo desta maneira que sejam afastados os riscos a falência sistêmica e, por outro, sejam assegurados o desenvolvimento (evolução operativa, a partir da autorreferência e autopoises) das dimensionalidades temporais.

Considerações finais

A ideia de “desenvolvimento” dado seu avanço conceitual tem se enveredado por diversos vieses (econômico, social, ambiental), ao ponto, inclusive, de figurar como objetivo constitucional, entretanto as dissonâncias decorrentes das contingências regionais e globais, ou ainda, a negligência de uma abordagem fenomenológica, que situe a importância dos sujeitos dentro de uma realidade contextual, perfaz a exigência por uma nova concepção conceitual. Assim, atentando a essa circunstância, buscou-se estabelecer a partir de uma perspectiva sistêmico-temporal uma ideia de “desenvolvimento” capaz de atender as limitações dos modelos então estabelecidos.

A partir da abordagem sistêmico-temporal, percebe-se que a categoria “desenvolvimento” deve ser pensada a partir da relação dialógica entre as dimensões temporais do sujeito, sociedade e globalidade. Neste contexto, pode-se exemplificar que o desenvolvimento é experimentado a partir de como a sociedade interfere na vida dos indivíduos que sincronicamente estão ligados a si (como, por exemplo, prestação de políticas públicas ou de medidas de cunho econômico que possam assegurar condições melhores de vida), ou ainda como a globalidade gere as sociedades que sincronicamente lhe compõe (como a promoção de uma cultura de paz, preservação do meio ambiente, etc.).

Assim, o desenvolvimento é compreendido como síntese (produto interativo) da evolução do processo de construção da memória (acúmulo das experiências e conhecimentos) de cada dimensionalidade, inicialmente percebida a partir da auto-observação (do eu-consigo-mesmo), mas ainda pela experimentação do indivíduo perante a sociedade e globalidade (eu-com-a-sociedade e do eu-com-a-globalidade),

ou seja, como ele tem acesso a essas dimensionalidades e, da mesma forma, pelo modo como estas ocultam (ou não) o acesso a estes indivíduos, ou seja, como são estabelecidos os paradoxos sistêmico-sociais-temporais, através dos contextos em que são formulados os *input* e *output* às dimensionalidades que sincronicamente os indivíduos estão ligados e os influxos que a seletividade sistêmica impõe para superar as contingências sociais.

A partir do pensamento sistêmico-temporal, a categoria “tempo” é tratada como elemento fundante da concepção de “desenvolvimento”, seja como instrumento, meio ou fim: i) Como instrumento, o tempo é percebido como acúmulo de experiências e conhecimentos que asseguram, por intermédio dos processos sistêmicos de autorreferência e autopoieses, o aumento da complexidade dimensional, que é identificado como “desenvolvimento dimensional”; ii) como meio, o tempo enquanto síntese da memória da dimensionalidade menos abrangente, sincronicamente interligada, funda e assegura o aumento da complexidade das dimensionalidades mais abrangentes; iii) como fim, entende-se que o aumento da complexidade sistêmica-dimensional objetiva o desenvolvimento para assegurar a superação das contingências sociais e ainda assim a estabilidade e perenidade das dimensões sistêmicas.

Diante destas considerações, percebe-se que abordagem sistêmico-temporal do desenvolvimento não apenas abrange as concepções economicista, societária ou humanitária, como ambiental, mas avança no sentido de pensar o desenvolvimento como síntese do processo de complexificação das dimensões temporais, pensada a partir da relação dialógica entre sujeito, sociedade e globalidade.

Bibliografia

- ARAÚJO, Jailton, “Constituição, Cidadania e Trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada no trabalho”, *Direito, Estado e Sociedade*, núm. 52, 2018, pp. 134-158.
- ARENDT, Hannah, *A condição humana*, trad. Roberto Raposo, introdução de Celso Lafer, Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1983.
- DE GIORGI, Raffaele, *Direito, Tempo e Memória*, trad. Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- DE GIORGI, Raffaele, “A investigação sociológica do direito na teoria dos sistemas”, *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, vol. 2, núm. 2, 2016, pp. 103-119.

- DE GIORGI, Raffaele, *Por Uma Ecologia dos Direitos Humanos*, Fortaleza, ano 15, núm. 20, 2017, pp. 324-340.
- ELIAS, Norbert, *Sobre o tempo*, trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998.
- FOUCAULT, Michel, *A verdade e as formas jurídicas*, trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro, NAU, 2002.
- FURTADO, Celso, *O capitalismo global*, São Paulo, Paz e Terra, 1998.
- GIDDENS, Anthony, *O mundo na era da globalização*, trad. Saul Barata, Lisboa, Presença, 2006.
- GIDDENS, Anthony, *O mundo em descontrole*, trad. Maria Luiz X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Record, 2007.
- HOBBS, Thomas, *Leviatã*, Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner, São Paulo, Marlins Fontes, 2003.
- KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Pura*, trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KERSTENETZKY, Celia, *O estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.
- LEFF, Enrique, *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*, Petrópolis, RJ, Vozes, 2001.
- LOCKE, John, *Dois tratados sobre o governo*, trad. Julio Fischer, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito*, trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas, “La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo”, *Sociológica*, vol. 1, núm. 1, 1986.
- LUHMANN, Niklas, “Deconstruction as Second-Order Observing”, *New Literary History*, vol. 24, núm. 4, Papers from the Commonwealth Center for Literary and Cultural Change, 1993, pp. 763-782.
- LUHMANN, Niklas, *La ciencia de la sociedad*, trad. de Silva Pappé, Bruhilde Erker, Luis Felipe Segura, México, Universidad Iberoamericana, 1996.
- LUHMANN, Niklas, “Tiempo del mundo e historia sistémica”, *Inguruak*, vol. 23, 1999, pp. 13-54.
- MIDGLEY, J., TANG, K. I., “Social Policy, Economic Growth and Development” Welfare, *International Journal of Social Welfare*, vol. 10, 2001, pp. 244-252.

- NEVES, Marcelo, *Constituição e Direito na Modernidade Periférica, Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, São Paulo, Martins Fontes, 2018.
- OLIVEIRA, Gilson, LIMA, José, “Elementos endógenos do desenvolvimento regional: considerações sobre o papel da sociedade local no processo de desenvolvimento sustentável”, *Rev. FAE*, Curitiba, vol.6, núm. 2, 2003, pp. 29-37.
- OST, François, *O tempo do direito*, Bauru, Edusc, 2005.
- OST, François, “El tiempo, cuarta dimensión de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época*, vol. 1, 2000, pp. 287-310.
- OST, François, “Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico”, *Redes, revista eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, vol. 6, núm. 1, pp. 93-115.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Do contrato Social*, São Paulo, Martin Claret, 2012.
- SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.
- SOUZA, Washington Peluso Albino, *Primeiras linhas de direito econômico*, São Paulo, RT, 2005.

***O catecismo como artifício de divulgação
do constitucionalismo moderno em Portugal e no Brasil
pós-Revolução do Porto***

**El catecismo como artifício para la promoción
del constitucionalismo moderno en Portugal y en Brasil
post-Revolución de Oporto**

***The catechism as a device for the dissemination
of modern constitutionalism in Portugal and Brazil
post-Revolution of Porto***

GABRIEL LIMA MARQUES

Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

gabriel-marques@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5977-8034>

Recibido: 28/03/2023

Aceptado: 13/10/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.02>

RESUMO

Este trabalho tem por escopo resgatar o uso do catecismo no pós-revolução do Porto no Brasil e em Portugal como expediente pedagógico a favor do constitucionalismo moderno. Para tanto será feito um inventário dos textos no formato catequético que originalmente luso-brasileiros, foram editados mediante a garantia de liberdade de imprensa assegurada pelos revoltosos vintistas. Na sequência se difundirão as bases da ideia de edu-

cação para a cidadania. Além do que, por último o artigo apresentará exemplos do emprego dos pontos chave do constitucionalismo liberal pelos textos reavidos e rematará pela permanência hoje de parte destes conteúdos, a título de herança.

Palavras-chave: *catecismo, revolução do Porto, Brasil, Portugal, constitucionalismo.*

RESUMEN

Este trabajo pretende rescatar el uso del catecismo en la post-revolución de Oporto en Brasil y en Portugal como recurso pedagógico a favor del constitucionalismo moderno. Para ello se hará un inventario de los textos en formato catequético que originalmente luso-brasileños fueron editados bajo la garantía de libertad de prensa asegurada por los vintistas rebeldes. Posteriormente, se difundirán las bases de la idea de educación para la ciudadanía. Finalmente, este artículo presentará ejemplos del uso de los puntos clave del constitucionalismo liberal por los textos revisados y concluirá por la permanencia hoy de parte de tales contenidos, como la herencia.

Palabras clave: *catecismo, revolución de Oporto, Brasil, Portugal, constitucionalismo.*

ABSTRACT

This work aims to rescue the use of catechism in the post-revolution of Porto in Brazil and in Portugal as a pedagogical resource in favor of modern constitutionalism. In order to do so, an inventory will be made of the texts in the catechetical format that originally Luso-Brazilians were edited under the guarantee of freedom of the press ensured by the rebellious vintists. Subsequently, the bases of the idea of education for citizenship will be disseminated. In addition to that, finally, the article will present examples of the use of the key points of liberal constitutionalism by the recovered texts and will conclude by the permanence today of a part of such contents, as a inheritance.

Keywords: *catechism, revolution of Porto, Brazil, Portugal, constitutionalism.*

Introdução

Embora de início a partir do século XVI ou logo a seguir da invenção da imprensa por Gutenberg, o tipo de publicação catecismo tenha sido aquele que mais se favoreceu do sobredito engenho, primeiro popularizando-se no intento de revelar a fé protestante, e depois do Concílio de Trento (1545-1563), com a finalidade de recordar o credo católico.¹ Face ao sucesso que teve devido as suas principais características, quais sejam, a edição em brochura, a escrita em linguagem simples e acessível, e não raras as vezes, uma organização dialogal entre mestre e discípulo. Não tardou muito para que o arquétipo de catecismo, máxime, a partir dos setecentos, passa-se a ser utilizado em outras áreas do saber, surgindo assim, dentre outros, o econômico e o militar, por exemplo.²

Quanto ao catecismo político-constitucional, foi, pois, com a Revolução Francesa que tal jaez específico de impresso passou a lotar a Europa chegando à moda na Espanha bonapartista,³ onde o contexto que conduziu à edição da Constituição de Cádiz (de 1812) enfim o fez chegar em Portugal.⁴

Aí, é cediço, que um movimento mais fecundo ao redor do incremento da dita variante,⁵ porque só se tornou possível em 1820.⁶ Exatamente por isso é que o objeto do atual ensaio consiste em rememorar o uso do catecismo após a Revolução do Porto, como aparato facilitador a favor do desembarque do constitucionalismo moderno, o que destarte se deu enquanto prática no mundo braso-português, anotadas as suas particularidades.

¹ Lima, Luiz, *A catequese do Vaticano II aos nossos dias: a caminho de uma catequese a serviço da Iniciação à Vida Cristã*, São Paulo, Paulus, 2016, p. 33.

² Castro, Zília, “Uma pioneira na política vintista: Joaquina Cândida Lobo e o seu Catecismo”, *Revista HMiC*, núm. VIII, 2010, p. 109.

³ Díaz, Alfonso, *Los catecismos políticos en España (1808-1822), Un intento de educación política del Pueblo*, Madrid, Caja General de Ahorros y Monte de Piedad, 1978. Castro, Zília, *op. cit.*, p. 110.

⁴ Inicialmente produções originais em castelhano mesmo, ou traduções realizadas, sobretudo, por portugueses no exílio em Paris e Londres *cf.* Vargues, Isabel, *A aprendizagem da cidadania em Portugal (1820-1823)*, Coimbra, Livraria Minerva Editora, 1997, p. 161.

⁵ *Idem.*

⁶ Afinal, apesar de alguns condicionalismos momentâneos, como não desprezar o catolicismo; o Rei e a Dinastia de Bragança; a futura constituição; as nações estrangeiras e, de forma geral, os bons costumes. Foi a partir de 1820, com a eclosão da Revolução do Porto, que pela primeira vez se experienciou a liberdade de imprensa em Portugal e seus domínios, conforme se indicará logo na primeira parte do atual artigo *cf.* Sousa, Jorge, *A liberdade de imprensa em questão no Portugal vintista: as Cartas de José Agostinho de Macedo a Pedro Alexandre Cavroé. Porto*, Centro de Investigação Media e Jornalismo-Universidade Fernando Pessoa, 2009, p. 2.

Para tanto, vale destacar, o artigo que ora se inicia encontra-se dividido em três partes: na exordial a ideia traduz-se em situar no giro histórico do *vintismo*, a produção em Portugal e *terrae brasilis* dos catecismos político-constitucionais. A seguir, a proposta corresponde em esclarecer que com o fabrico dos respectivos opúsculos cívicos, se almejava a universalização social do conhecimento sobre os caracteres de uma constituição liberal.⁷ Instante no qual pelo último item e em meio suas idiossincrasias, se irá apresentar o manejo do conteúdo por alguns destes catecismos, notadamente aqueles a que se conseguiu acesso por restarem até os dias recentes.

Sob o ciclo histórico do vintismo: a tiragem em Portugal e no Brasil de catecismos político-constitucionais

No despontar do ano de 1820, embora a “[...] Europa se encontrasse aparentemente livre das amarguras e sequelas das funestas revoltas idealizadas nos moldes da Revolução Francesa, vivendo uma conjuntura dominada pela política restauradora e conservadora da Santa Aliança [...]”.⁸ Com o novo ímpeto revolucionário que se fez ouvir da Espanha e da península itálica,⁹ em Portugal que vinha de anos de guerra, ocupação, pobreza e transmutação de metrópole em colônia desde 1807,¹⁰ não demorou muito para que tais notícias acionassem um alerta na gestão Beresford.¹¹

Pois bem, ao passo da ida aflita e apressada do militar-tutor ao novo mundo na busca por obter plenos poderes junto a coroa, de sorte a tentar conter um levante radical de populares descontentes que animados pelo exemplo dos recentes sucedidos no estrangeiro, parecia ser

⁷ Verdelho, Telmo, *As palavras e as ideias na Revolução Liberal de 1820*, Coimbra, Instituto Nacional de Investigação Científica, 1981, p. 21.

⁸ Neves, Lúcia, *Corcundas e constitucionais: cultura e política (1820-1823)*, Rio de Janeiro, Revan, FAPERJ, 2003, p. 231. Inicialmente um tratado entre o imperador da Áustria, o rei da Prússia e o czar da Rússia, e que depois do término do Congresso de Viena (1814-1815) foi assinado pelos demais governantes da Europa —menos o rei da Inglaterra e o Papa— sendo seus objetivos a defesa da fé cristã e do absolutismo.

⁹ Menção ao Triênio Liberal na Espanha (1820-1823), e as revoltas liberais em Nápoles e Piemonte (1820-1821).

¹⁰ Araujo, Ana, “Confluencias políticas en el trienio liberal: el proceso de la revolución portuguesa de 1820 y el modelo constitucional gaditano”, *Historia y Política*, núm. 45, 2021, p. 63.

¹¹ Vargues, Isabel, *op. cit.*, p. 22. William Carr Beresford foi um militar e político anglo-irlandês, comandante-em-chefe do exército português no curso da Guerra Peninsular (1808-1814) e que de 1809 até a Revolução do Porto por nomeação dos então monarcas Maria I e João VI, gozou de poderes de governança em Portugal.

algo quase inevitável. Pretendendo se antecipar aos fatos para evitar qualquer possível ataque de forças estrangeiras,¹² foi então que um grupo de militares, comerciantes e magistrados no dia 24 de agosto ainda de 1820, na cidade do Porto, decidiu que era a hora de colocar abaixo o edifício do Antigo Regime. Ou seja, inaugurava-se assim o chamado triênio¹³ vintista, com eco dos dois lados do Atlântico.¹⁴

Nele, uma das consequências mais imediatas, se sabe, “foi o cancelamento de um período nada acolhedor para as letras doutrinárias e políticas”, que apesar da chance de aventurarem-se nos casos de “maus livros” a correr “debaixo do capote”,¹⁵ dificilmente ultrapassavam as Reais Mesas Censórias, o Santo Ofício ou Inquisição, a censura prévia, o desembargo do Paço, índices expurgatórios, catálogos proibidos e toda a mentalidade repressiva que até então condicionava a liberdade de imprensa.¹⁶

Com isso, em se tratando dos catecismos político-constitucionais —foco deste *paper nb*— foi afinal que num primeiro movimento começaram a surgir na imprensa periódica as produções originais deste feito em português. Conta-se em Portugal, no jornal *o Patriota*,¹⁷ o “Catecismo Patriótico para uso de todos os cidadãos portugueses” (22-29 de outubro de 1820); no *Liberal*,¹⁸ o “Projecto para a Constituição Portuguesa” (8 de novembro de 1820); no *Patriota Portuense*,¹⁹ as linhas gerais de um “Catecismo religioso-político-agrônomo” (abril de 1821); e

¹² Afinal, na vigência da *Santa Aliança* que se havia conferido o direito de intervenção, pendia sob todas as Nações da Europa um risco real de invasão pelas potências conservadoras da época, “sempre que a ordem, entendida como a ordem monárquica, fosse tida por ameaçada por movimentos de sublevação” cf. Santos, Luís, *O Brasil entre a América e a Europa: o Império e o interamericanismo*, Do Congresso do Panamá à Conferência de Washington, São Paulo, Editora UNESP, 2004, p. 37.

¹³ Embora diga-se triênio, na verdade o vintismo viveu por três anos incompletos cf. Vargues, Isabel, *op.cit.*, p. 21.

¹⁴ Neves, Lúcia, *Corundas e constitucionais: cultura e política (1820-1823)*, Rio de Janeiro, Revan, FAPERJ, 2003, pp. 235-238.

¹⁵ A expressão francesa “sob o capote” (*sous le manteau*), faz menção à atividade de venda por meio de contrabando.

¹⁶ Verdelho, Telmo, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷ Periódico publicado pela impressão da Viúva Neves, em Lisboa, com edições de 27 de setembro de 1820 a 17 de dezembro de 1821 cf. Rafael, Gina Guedes, Santos, Manuela (orgs.), *Jornais e revistas portuguesas do século XIX*, vol. II, Lisboa, Biblioteca Nacional, 2002b, p. 161.

¹⁸ Publicado pela Typographia Mondiana em Lisboa, de 28 de setembro de 1820 a 29 de agosto de 1821 cf. Rafael, Gina, Santos, Manuela (orgs.), *op. cit.*, pp. 62-63.

¹⁹ Diário da cidade do Porto com publicações pela Typographia da Viúva Alvarez Ribeiro e Filhos, de 1 de janeiro de 1821 a 31 de dezembro de 1821, e cujo editor foi Azevedo Soares cf., Rafael, Gina, Santos, Manuela (orgs.), *op. cit.*, p. 63.

no diário *Borboleta dos Campos Constitucionaes*,²⁰ o “Catecismo Político” (agosto de 1821). Enquanto no Brasil, tem-se ainda o registro no *Diálogo instructivo, em que se explicão os fundamentos de huma constituição e divisão das autoridades que a formão, e executão*,²¹ o “Catecismo Constitucional” (1821); e no *Semanário Cívico*,²² o também “Catecismo Político” (março a maio de 1821).

Já em outra vertente, à título de livros, de imediato, de autor anônimo, é publicado o *Manual Político do cidadão Constitucional*, no ano de 1820;²³ com o desenrolar dos acontecimentos é posto em circulação no final de 1821, o *Cathecismo Constitucional* de José Maria de Beja.²⁴ Em 1822, o *Cidadão Lusitano...*, de Inocêncio António de Miranda, o Abade de Medrões;²⁵ uma “[...] das primeiras manifestações da maioridade cívica feminina [...]”, é publicada a obra de Joaquina Cândida de Sousa Calheiros Lobo, o *Catecismo religioso, moral e político*;²⁶ assim como o major reformado do exército António Herculano Debonis leva à lume seu *Cathecismo polytico constitucional regulado segundo a constituição da monarquia portuguesa*.²⁷ Sendo por fim de março de 1823, a data da publicação do *Cathecismo político do cidadão portuguez*,²⁸ de Rodrigo Ferreira da Costa.²⁹

Por óbvio, sem contar aqueles oferecidos às Cortes de Lisboa entre 1821 e 22 e que “jazem desaparecidos em paradeiros desconhecidos,

²⁰ Tendo por redator João Nogueira Gandra, foi impresso na cidade do Porto pela Imprensa do Gandra, de 14 de maio de 1821 a 25 de agosto do mesmo ano cf. Rafael, Gina, Santos, Manuela (orgs.), *op. cit.*, p. 128.

²¹ Impresso no Rio de Janeiro pela Typographia Real em 1821, teve apenas uma única edição cf. Cabral, Alfredo, *Annaes da Imprensa Nacional do Rio de Janeiro de 1808 a 1822*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1881, p. 200.

²² Com edição de Joaquim José da Silva Maia, foi impresso na Bahia pela Typographia da Viúva Serva e Carvalho, de primeiro de março de 1821 a 1823 cf. Rafael, Gina, Santos, Manuela (orgs.), *op. cit.*, p. 278.

²³ Com publicação em Lisboa na nova impressão da Viúva Neves e Filhos.

²⁴ Publicado em Lisboa na imprensa de João Nunes Esteves cf. Vargues, Isabel, *op. cit.*, p. 434.

²⁵ Innocencio Antonio de Miranda, foi um abade da freguesia de Medrões, que eleito deputado às Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa de 1821 publicou a obra citada pela Typographia de M. P. de Lacerda em Lisboa.

²⁶ Impresso em Coimbra pela editora da Universidade cf. Vargues, Isabel, *ob cit.*, p. 434.

²⁷ Com tiragem em Lisboa pela Typographia Rolladiana cf. Silva, Henrique, Os poderes do Presidente da República como Comandante Supremo das Forças Armadas, *Revista de Direito Público*, num. 17, 2018.

²⁸ Com publicação em Lisboa pela Imprensa Nacional cf. Costa, Rodrigo, *Cathecismo Constitucional do cidadão portuguez: ou exposição dos direitos e obrigações do homem natural e social, e dos princípios da ordem política, segundo o sistema da constituição da monarquia portuguesa*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1823.

²⁹ Vargues, Isabel, *op. cit.*, pp. 166-169.

nomeadamente” o *Catecismo Constitucional para instrução da mocidade portuguesa*, de António Inácio Júdice, capitão; o *Catecismo Constitucional* de José Rodrigues das Chagas; o *Ensaio para o Catecismo Constitucional*, de Domingos Álvares da Silva, reitor da vila de Provesende; o *Catecismo político para o uso da mocidade*, oferecido por um anônimo; o *Catecismo Político Constitucional*, do bacharel Manuel António de Moraes Mendonça, juiz de fora de Montalegre; o *Catecismo Político para instrução da mocidade* de autoria de António Rodrigues, comissário do Exército; o *Catecismo Constitucional* de outro auto anônimo e o *Catecismo Constitucional* do reitor da cidade de Tondela.³⁰

Em todos estes exemplos porque entre aqueles identificados com a “mensagem política do vintismo”, era senso comum ser a instrução condição *sine qua non* à manutenção do próprio regime que se pretendia fundar. Não à toa é que os autores das sobreditas obras se dedicaram a por elas incutir no povo, os fundamentos de uma ordem constitucional liberal.³¹

A pedagogia cívica no pós-Revolução do Porto: ou do préstimo inculcador dos catecismos constitucionais

Ora, sem que se trate de textos editados para o uso num contexto tipicamente escolar, embora no mais dos casos, se declarem como talhados a formar a mocidade,³² os catecismos político-constitucionais, nas palavras de um dos seus redatores, foram trabalhos fundados no “princípio de não ser o suficiente possuir uma sábia constituição, sem que os homens soubessem o que era”.³³

Quer dizer, levando-se em conta que uma das diferenças fundamentais entre o governo absolutista e o governo constitucional, consiste em que no primeiro, o saber político competia apenas àqueles que desempenhavam elevados cargos na administração. Deste modo à época, como a exceção de alguns homens de letras ou daqueles que habitavam centros

³⁰ Domingues, José, Moreira, Vital, *O primeiro “catecismo constitucional” português, De súbditos a cidadãos, A conquista da cidadania, do Vintismo à atualidade*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2022, pp. 145-146.

³¹ Vargues, Isabel, *A aprendizagem da cidadania em Portugal (1820-1823)*, Coimbra, Livraria Minerva Editora, 1997, pp. 170-171, Gonçalves, Maria, “O despontar da cidadania no Portugal oitocentista”, *Revista Lusófona de Educação*, num. 3, 2004, p. 96.

³² Pintassilgo, Joaquim, *A componente socializadora do currículo escolar oitocentista*, Fernandes, M. et al. (orgs.). *O particular e o global no virar do milênio, Cruzar saberes em educação*, Actas do 5to. Congresso da Sociedade Portuguesa de Ciências da Educação, Lisboa, Edições Colibri-SPCE, 2002, p. 551.

³³ Semanário cívico, num. 10, Salvador, *Typographia da Viúva Serva e Carvalho*, 1821.

urbanos mais importantes, se ignorava o que era constituição, o que significava ser deputado e que papel tinha uma Assembleia Geral da nação. Assim para o sucesso do liberalismo, porque se esperava dos cidadãos serem ativos quanto as deliberações dos negócios do Estado,³⁴ era preciso então expandir ao maior número de indivíduos todo o conhecimento que no passado caracterizava a burocracia do *Anciën Regime*.³⁵

No entanto, na toada em que colocava o periódico de curta duração, “O Bem da Ordem”,³⁶ como nem todas as pessoas podiam se entregar ao luxo de em “detrimento das suas ocupações ordinárias” buscar tais informações nas relativas fontes.³⁷ Além de haver aqueles “a quem seu estado de fortuna não permitia alcançar este bem por suas próprias diligências”.³⁸ Era urgente então que se compensasse o tempo para tal, e por isso mesmo, a forma dos catecismos passou a ser eleita por muitos escritores naquele intuito, devido as suas reconhecidas vantagens de facilitar o trabalho da memória, graduar dificuldades e suavizar as arestas dos rudimentos.³⁹

Ademais, vale destacar ainda, que ao se importar o uso do recurso didático dos catecismos para a formação político-constitucional, pensavam seus autores também que a nova mensagem aí veiculada poderia por analogia ou mimetismo com a doutrina espiritual, se enroupar da sua autoridade, “já que o povo estava acostumado ao fato de por meio da dita pedagogia, ser exposto a questões dogmáticas de caráter sobrenatural de forma irrefutável, com a aprovação da Igreja”.⁴⁰

³⁴ Nizza da Silva, Maria, *Movimento constitucional e separatismo no Brasil 1821-1823*, Lisboa, Livros Horizonte, 1988, p. 25.

³⁵ Apesar de jocosamente o famoso Dicionario carcundatico dizer que o estudo da zero-graphia era muito cultivado na corte cf. Lima, José Joaquim Lopes de, *Suplemento ao dicionário carcundático, Com observações acerca de muitos termos, que andão hoje na boca de todos, e outros que he preciso que andem*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1821, p. 04.

³⁶ Com publicação apenas no ano de 1821 pela Typographia Real.

³⁷ Nizza da Silva, *ob. cit.*, p. 27.

³⁸ *Manual político do cidadão constitucional*, Lisboa, Impressão da Viúva Neves e Filhos, 1820, p. 24.

³⁹ Navarro, José, De los catecismos teológicos a los catecismos políticos, Libros de texto de educación cívica durante el período 1820-1861, *Tiempo de Educar*, vol. 1, num. 1, 1999, p. 99.

⁴⁰ Caballero, Javier, *Política y religión en los catecismos políticos durante la independencia de América*, 2010, p. 10. https://www.researchgate.net/publication/257044993_IN_PRESS_Politica_y_religion_en_los_catecismos_politicos_durante_la_independencia_de_America_1786-1825 Peculiaridade, aliás, já apontada em trabalho anterior, quando afirmei que a lógica a orientar os revolucionários vintistas e seus adeptos, era a de que “longe de negar espaço a certeza tradicional da fé, na verdade queriam casar a nova ideologia —o liberalismo— com um referencial simbólico de unidade e coesão nacional —o catolicismo— de modo a que esse pudesse apadrinhar a chegada daquele” cf. Marques, Gabriel Lima, Fé e constitucionalismo

De ora em diante, porém, engana-se quem apressadamente perfaz que todo o modo catequético de apresentação das aludidas obras importava em déficit de critérios justificadores dos conteúdos temáticos que se desenvolviam nas suas páginas. Na verdade, pelo contrário, o certo é que os catecismos político-constitucionais, a semelhança também dos seus primos —os religiosos— se caracterizavam por haver dentre eles vários a adotar o esforço de inventariar as melhores razões disponíveis para sustentar a validade e com isso até a plausibilidade da adoção ou da permanência das normas e instituições promovidas em cada caso.⁴¹

Assim, como se verá na próxima seção, longe de se limitarem só a mera descrição ingênua de referências, aos catecismos político-constitucionais ao tempo do pós-Revolução do Porto se achava outrossim no Brasil e Portugal o mister crítico-argumentativo.⁴²

“[...] *Rogo ao prudente... Leitor, queira dissimular os meus erros, na certeza que são erros de entendimento, e não de vontade [...]*”⁴³

Herdeiro da evolução do pensamento político português, que já nos últimos anos havia migrado de uma adesão ao princípio do absolutismo esclarecido para a doutrina da monarquia temperada. Isto é, considerando que embora o Procurador da Coroa e colaborador do Marquês de Pombal, José de Seabra da Silva,⁴⁴ e o famoso publicista luso Antônio Ribeiro dos Santos,⁴⁵ —dois expoentes cada qual respectivamente de uma destas raias— partissem ambos da mesma hipótese, no caso a de que a soberania era, em si mesma, um poder uno, independente e

moderno na independência do Brasil, Passagens, *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, vol. 10, num. 3, 2018, p. 405.

⁴¹ Navarro, José, De los catecismos teológicos a los catecismos políticos, Libros de texto de educación cívica durante el período 1820-1861, *Tiempo de Educar*, vol. 1, num. 1, 1999, p. 99.

⁴² *Ibidem*, p. 100.

⁴³ Medrões, Abade de, O Cidadão lusitano, *Breve compendio, em que se demonstrão os fructos da constituição, e os deveres do cidadão constitucional para com Deos, para com o Rei, para com a Pátria, e para com todos os seus concidadãos, Diálogo entre hum Liberal, e hum servil —o Abba-de Roberto— e D. Júlio*, Lisboa, Typografia de M. P. de Lacerda, 1822, p. 144.

⁴⁴ Formado em Direito pela Universidade de Coimbra, iniciou sua carreira nos negócios do Estado como ajudante do Marquês de Pombal (Sebastião José de Carvalho e Melo), nos idos do reinado de d. José I, até alcançar o cargo de secretário-adjunto. Sob acusação que até hoje não se sabe qual, foi depois desterrado por alguns anos no Brasil e na África, e em retorno a Portugal chegou a ser Ministro e Secretário dos Negócios do Reino de d. Maria I.

⁴⁵ Foi professor catedrático na Universidade de Coimbra, foi ainda magistrado e primeiro bibliotecário do que viria a ser no futuro a Biblioteca Nacional de Portugal. Escreveu e publicou trabalhos sobre os mais variados temas, do Direito a Literatura, passando pela historiografia.

absoluto e, nesta perspectiva, reconheciam a monarquia também como una, independente e absoluta. Sendo que no fim do dia, a posição de Ribeiro dos Santos contava com a primazia à época do levante de 1820, por indicar um refino, afinal, enquanto o projeto do primeiro negava “[...] ter o monarca quaisquer limites jurídicos impostos pelo povo ao exercício da soberania [...]” o segundo, em contraste, ao menos “[...] atribuía à comunidade política, capacidade jurídica para defender seus direitos, condicionando o exercício pleno da autoridade soberana [...]”.⁴⁶ Por sua vez como se sabe, coube ao constitucionalismo revolucionário vintista percorrer o espaço remanente que desjuntava “[...] a noção de lei ou leis fundamentais do Antigo Regime e o conceito de constituição do estado moderno, deslocando enfim do soberano para a Nação a titularidade efetiva da soberania [...]”.⁴⁷

Daí na senda deste processo, curiosamente não enquanto um acaso, mas sim como uma constância, e não de forma restrita, mas também concorrente com outros tipos de textos. Chama a atenção a prima volta, que dentre os catecismos político-constitucionais reunidos para a edição do presente artigo, lhes seja marcante o uso do método histórico pelos autores.⁴⁸

Claro que longe de qualquer inocente restauração ou regresso ao passado. A parte disso o certo é que os redatores dos ditos catecismos comungavam da mesma ideia, segundo a qual, “[...] havia um passado de constitucionalismo reportável às épocas mais assinaladas da história, que importava ampliar e reformar [...]”. Ou, por conseguinte, “[...] a partir da ideia de tradição, fundamentava-se ou validava-se a ideia de inovação [...]” — atividade que, inclusive, se atribuiu o nome específico de “Regeneração”.⁴⁹

Ora por tais termos trata-se do que podemos ver por exemplo no catecismo do Abade de Medrões,⁵⁰ para quem didaticamente:

⁴⁶ Castro, Zília, “Constitucionalismo vintista. Antecedentes e pressupostos”, *Cultura, História e Filosofia*, vol. v, 1986, pp. 25-26.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁸ Pereira, António, Silva, O vintismo: história de uma corrente doutrinal, *Revista de História das Ideias*, vol. 31, 2010, p. 600.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 603.

⁵⁰ Medrões, Abade de, O Cidadão lusitano, *Breve compendio, em que se demonstrão os fructos da constituição, e os deveres do cidadão constitucional para com Deos, para com o Rei, para com a Pátria, e para com todos os seus concidadãos*, Diálogo entre hum Liberal, e hum servil —o Abade Roberto— e D. Júlio, Lisboa, Typografia de M. P. de Lacerda, 1822, p. 9. Obra, aliás, que chegou a ser incluída na *Index Librorum Prohibitorum* pela Igreja.

“[...] Todas as Nações são livres por direito natural; e só o direito da força pode privá-los desta liberdade. Só a ellas pertence eleger o Governo, que bem lhes parecer, e depollo, quando julgarem, que não lhe convem. Este direito he inherente à Soberania das Nações, e se acha confirmado com a prática de todos os Séculos. A História Portugueza nos fornece vários exemplos, sem ser preciso hir mendigá-los aos Reinos estrangeiros. Os portuguezes elegerão para seu Rei a D. Affonso Henriques apezar da Soberania, que o Rei de Leão pertendia ter sobre Portugal. Correndo os tempos deposerão a D. Sancho II, e nomearão em seu lugar o Conde de Bolonha. No século decimo quinto elegerão a Dom João I, não obstante pertencer a Coroa de direito ao Primogênito de D Pedro I; e esta eleição sempre se julgou legítima, por ter sido esta a vontade de toda a Nação. Em 1640, cansados os portuguezes, de soffrer as violências dos Hespanhoes, acclamárão a D. João, Duque de Bragança; e passados alguns annos, elles mesmos depozerão a seu filho Dom Affonso VI, e entregarão o Governo ao seu irmão D. Pedro II. Havendo pois em Portugal tantos exemplos da Soberania da Nação, os quaes comprovão a legítima authoridade, com que ella pode mudar de Governo, e fazer as alterações, que julgar convenientes, porque razão não poderia na época prezente convocar Cortes, para evitar a ruina total, que lhe estava imminente? He preciso ter hum servilismo exaltado, para não conhecer a necessidade de fazer huma Constituição, a fim de obstar aos despotismos dos Aulicos, que com tanto escândalo tinhão roubado a Nação, e abusado da bondade do melhor dos Monarchas! [...]”.

E onde em suma temos que “[...] o poder político resulta de um contrato de sociedade [...]”; dada a autoridade do monarca ter sua raiz natural na vontade geral, os atos arbitrários da autoridade pública são destarte, infundados; e “[...] o chamamento do passado compagina-se intimamente com uma atitude de modernidade sensível aos progressos do espírito humano [...]”, ou dito noutros termos se opera o afastamento da pura contemplação arqueológica do antigo constitucionalismo português.⁵¹

Assim considerado é por isso que a outra peculiaridade apontável entre os catecismos político-constitucionais achados em Portugal e Brasil à época do vintismo, trata-se, no plano da linguagem aí adotada “[...] do uso de palavras que passam desde então a receber nova carga semântica, por vezes distorcendo... levemente o significado anterior, algumas vezes inovando completamente; e mais frequentemente, trans-

⁵¹ Pereira, António, O vintismo: história de uma corrente doutrinal, *Revista de História das Ideias*, vol. 31, 2010, pp. 607-608.

formando palavras de sentido banal em explosivas expressões da nova política [...]”⁵²

Fatos que neste particular laborativo, de conformidade aos tópicos que a bem da verdade formam as bases do constitucionalismo liberal:

“[...] *i*) a soberania constituinte da Nação ou do povo, expressa numa Constituição escrita, formalizada em documento elaborado por uma *convenção* ou assembleia constituinte eleita *ad hoc*; *ii*) a subordinação do poder político à Constituição e às leis do parlamento (*rule of law*, Estado de Direito); *iii*) um *governo representativo* assente num parlamento permanente e eleito pelos próprios cidadãos; *iv*) a separação de poderes, repartindo as diferentes funções típicas do Estado (legislativa, executiva e judicial) por diferentes órgãos, cabendo o poder legislativo ao órgão representativo da vontade popular (a outra face da soberania popular); *v*) a independência do poder judicial; e *vi*) o reconhecimento e proteção de um núcleo de direitos fundamentais individuais (liberdade, propriedade, segurança, etc.), que o Estado ficava obrigado a respeitar e a proteger [...]”⁵³

Não por outra razão é que se verá verter no catecismo de António Herculano Debonis,⁵⁴ em forma de resposta à perquirição sobre “se a constituição era uma inovação introduzida entre os portugueses”, a defesa de que não. Pois como a lei maior no passado “[...] não formava um corpo, nem a sua observância estava affiançada, os Cortezaões, o alto Clero, e os grandes empregados públicos interessados em quebranta-la, conseguirão pô-la em total esquecimento e abandono [...]”.

Da mesma forma, vai ser o motivo pelo qual o Semanário Cívico na edição de nº 10, em 03 de maio de 1821, vai desenvolver a seguinte sequência em que ao mesmo tempo no qual se ostenta uma preocupação de se assegurar a soberania popular,⁵⁵ isto é, o povo concebido

⁵² Hespanha, António, *Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá, 2010, p. 72. No que é consentâneo com uma “[...] temporalização entre o passado e o futuro que vai se implantando pouco a pouco, enquanto se desenvolve gradualmente uma nova estrutura da linguagem política [...]” cf. Koselleck, Reinhart, *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, Rio de Janeiro, Contra-ponto, 2006, p. 142.

⁵³ Moreira, Vital, Domingues, José, *No bicentenário da Revolução Liberal II, Os 40 dias que mudaram Portugal*, Lisboa, Porto Editora, 2020, pp. 22-23.

⁵⁴ Debonis, António, *Cathecismo Polytico Constitucional, regulado segundo a constituição da Monarchia Portuguesa, Segunda edição mais correctea e augmentada*, Lisboa, Typographia Rolladiana, 1823, p. 6.

⁵⁵ Baeza, Rafael, *De la colonia a la república: los catecismos políticos americanos, 1811-1827*, Aranjuez, Doce Calles, 2009, p. 28.

como novo ator político-social, da mesma forma há toda uma preocupação de não se criticar o rei, mas de limitá-lo através da constituição:

“[...] P. De que gênero he o Governo Portuguez?

R. Constitucional.

P. Quem he o Rei que actualmente governa?

R. O Senhor D. João VI da Casa de Bragança.

P. Este Governo he Electivo, ou Hereditário?

R. Hereditario, sem distincção de Varão, ou Fêmea.

P. Quem marca os poderes do Rei, e as regalias do Povo?

R. A Constituição, que he a base das Leis fundamentaes.

P. Quem faz as leis em Portugal?

R. O Reio, e o Povo.

P. Como faz o Povo as Leis?

R. Pelos seus Representantes em Côrtes.

P. Que tratamento tem as Côrtes?

R. O de Magestade, porque nelas reside a Soberania, como Delegado do Povo [...]”.⁵⁶

Ainda, observando-se a distribuição, consoante os pontos *iii* (governo representativo) e *iv* (separação de poderes) supracitados, será o caso do catecismo mais uma vez, de António Debonis,⁵⁷ expressar-se com o teor:

“[...] P. Como se verifica esta divisaõ?

R. Esta divisaõ se explica quando uns estabelecem ou dispõem alguma cousa o que equivale a fazer as leys; outros as fazem executar, e trataõ de que se lhes obedeça: e outros, em observância das mesmas leys, decidem das causas e dos litígios, que há entre duas ou mais pessoas.

P. Supposta esta divisaõ, como se chama a faculdade, em virtude da qual, obra cada um daqueles que participa do comando?

R. Auctoridade, ou Poder: ao I. chama-se Poder Legislativo, porque quem o exerce, he quem faz as leys: ao 2. P. Executivo, porque he quem as faz executar: e ao 3. P. Judiciário, porque he quem as aplica aos casos particulares.

P. O que se infere de tudo isto?

⁵⁶ Embora focada, como a própria autora vai dizer, em dar um “pequeno toque” para mostrar que a “Religião, a Moral e a Política são os fundamentos mais sólidos do edificio social”, também no catecismo de Joaquina Lobo veremos ela afirmar que para haver liberdade “as leis devem submeter todas as classes do Estado, príncipe e cidadão” *cf.* Lobo, Joaquina, *Catecismo religioso, mora e político para a instrução do cidadão portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1822, p. 11.

⁵⁷ Debonis, António, *op.cit.*, pp. 21, 29-30.

R. Que o Governo varia de forma, segundo a distribuição destas auctoridades ou poderes, que as leys fundamentais de hum paiz estabelecem, isto he segundo as condições estabelecidas entre os governantes, e os governados...

P. Que couza he Ley?

R. Athé ao dia 24 de agosto de 1820, dia da nossa feliz Regeneração Polytica, chamava-se ley todo o decreto, que os Ministros de Estado, expediao em nome de El-Rey: porém realmente ley he a expressão da vontade geral relativa ao que convém mandar executar ou prohibir para bem de todos; isto quer dizer, que ley he a vontade dos Cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade de votos de seus Representantes juntos em Cortes, procedendo discussão pública...

P. Não seria melhor para que as leys fossem justas que todos se reunissem para manifestar a sua vontade, convindo todos no mesmo?

R. Se isso se podesse verificar, bom seria; porém não podendo reunir-se todos os que compõem huma Nação, por exemplo, a Portugueza, que está espalhada pelas quatro partes do Mundo; entao devem juntar-se Cidadãos eleitos pela massa geral da Nação para que em seu nome expressem a sua vontade, sendo a maioria quem decida, porque seria quasi impossivel que todos conviessem sempre na mesma cousa! [...]

Em relação a “independência do poder judicial”, podemos mencionar o catecismo de José Maria de Beja, de acordo com o qual [...] as Cortes Geraes Extraordinárias da Nação, devem estabelecer... hum corpo de magistratura sempre subsistente, que depositário das leis, seja encarregado privativa, e exclusivamente de as fazer falar, de fazer obrar a sua auctoridade com prudência, e de fazer executar à risca as mesmas leis [...].⁵⁸

Bem como concernente “vi) ao reconhecimento e a proteção de um núcleo de direitos fundamentais individuais” destinados ao “homem livre”,⁵⁹ é lícito verificar do catecismo do Abade de Medrões,⁶⁰ a menção a uma redução a sete, tidos por “fructos da constituição”, e sendo na visão do religioso:

⁵⁸ Beja, José, *Cathecismo constitucional oferecido ás Cortes da Nação Portugueza, Demonstrando os principaes princípios em que deve ser instruído todo o cidadão*, Lisboa, imprensa de João Nunes Esteves, 1821, p. 20.

⁵⁹ No lugar do colono, do súdito, do vassalo, do escravo, típicos da época colonial. Baeza, Rafael, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁶⁰ Medrões, Abbade de, O Cidadão lusitano, *Breve compendio, em que se demonstrão os fructos da constituição, e os deveres do cidadão constitucional para com Deos, para com o Rei, para com a Pátria, e para com todos os seus concidadãos, Diálogo entre hum Liberal, e hum servil —o Abba-de Roberto— e D. Júlio*, Lisboa, Typografia de M. P. de Lacerda, 1822, pp. 36-37.

“[...] I.º A segurança pessoal; a qual consiste em não poder ser prezo sem culpa formada, excepto em fragante delicto, o salteador de estradas, o ladrão nocturno, que ataca qualquer casa... 2.º O direito de propriedade, o qual consiste na livre fruição de seus bens, podendo dispôr delles arbitrariamente, com respeito as Leis. 3.º A liberdade de fazer tudo, o que a Lei não prohibe, ou deixar de fazer tudo, o que a lei não manda. Isto quer dizer, que nenhuma autoridade constituída, ou superior de qualquer classe, que seja, pode mandar aos súbditos fazer cousa alguma contra a Lei, ou fora da sua obrigação, nem prender, ou condemnar por cousa que não esteja prohibida por Lei. 4.º O direito de ser admittido a todos os empregos... sempre que se mostre digno por seus talentos, e virtudes, sem que o seu nascimento possa servir-lhe de obstáculo. Este artigo he da maior importância. Todos sabem, que até agora o nascimento illustre hera hum privilégio exclusivo para certos lugares, e empregos. Por mais relevante que fosse o merecimento pessoal, nunca hera attendido... 5.º A liberdade de mostrar a sua opinião, ou seja, fallando, ou escrevendo, ou imprimindo, guardando comtudo o decoro devido á Religião, á Pátria, ao Governo, aos costumes e á honra dos seus Concidadãos. Este direito, abafado até agora pelo despotismo, vai ser a fonte da instrução pública, e o freio da arbitrariedade dos empregados... 6.º A conservação no seu emprego ou seja vitalício, ou temporário pelo tempo que lhe compete, em quanto não commetter erro, ou crime, porque deva ser removido, ou suspenso. 7.º O direito de petição, pelo qual pode o Cidadão representar livremente, onde competir, tudo o que for a bem da sua justiça, podendo igualmente queixar-se de qualquer infração de Constituição, e reclamar a responsabilidade do infractor [...]”.

Enfim, hoje distantes dois séculos de tais elucubrações, embora à princípio pareçam elas aos olhos contemporâneos até ingênuas e se saiba que toda a excitação que lhes deu causa não durou muito tempo, apesar da consequência perene da separação política do Brasil, com o 7 de setembro.⁶¹ Reputa-se inegável dos registros aqui coligidos, o compromisso com a forja de um patrimônio constitucional que doravante no mundo luso-brasileiro será revivificado nos momentos todos de reconfiguração posterior, a ponto de nem a experiência do constitucionalismo antiliberal e antidemocrático experimentado lá como cá conseguir descartá-lo inteiramente.⁶²

⁶¹ Como já dito anteriormente, na verdade o vintismo viveu por três anos incompletos *cf.* Vargas, Isabel, *op. cit.*, p. 21.

⁶² Fernandez, Hugo, “Ideias igualitárias no liberalismo português, O discurso político na elaboração da constituição de 1822”, Dissertação de Mestrado em Sociologia, Évora, Universidade de Évora, 2002, p. 161. Moreira, Vital, “Somos cidadãos!” A revolução da cidadania em 1820-

Ou dizendo de forma distinta, pode-se de mais a mais como foi feito por certo modismo, inclusive, zombar dos que tomaram partido do vintismo pelo seu mau êxito e, principalmente pelas suas ilusões — à exemplo de Latino Coelho,⁶³ para quem os liberais de 1820, eram “[...] demagogos acadêmicos que faziam da revolução um tema de disputações e um certame de dialética [...]”.⁶⁴ Contudo, de modo algum se pode ignorar haver uma herança que cultivada primeiro na utopia dos revoltosos do Porto, hoje permanece viva constitucionalmente. E neste sentido, a edição dos catecismos político-constitucionais foi uma estratégia à altura de então, na transição para a modernidade, que deu certo.

Conclusão

O atual trabalho teve por objeto verificar o uso dos catecismos político-constitucionais para facilitar a travessia rumo ao constitucionalismo moderno em Portugal e no Brasil do pós-Revolução do Porto. Neste sentido, mediante a aplicação de um gênero velho para a criação de uma sociedade nova,⁶⁵ pôde se constatar que a despeito de representar um curto capítulo no seio da história de ambos os países, o vintismo em dois anos e meio de vigência conseguiu produzir por seus adeptos um contingente relevante de catecismos originais na língua portuguesa, uns em periódicos, outros em livros, alguns sobrevivendo até os nossos dias, outros, porém, não tendo igual sorte.

Seja como for, considerando especificamente o projeto de colaborar para disseminar junto à sociedade, as bases do constitucionalismo liberal. Dos vários excertos que se reproduziu no curso deste *paper*, provou-se haver, de fato, tal preocupação. O que, inclusive, mesmo ao seu jeito à época, no caso, menos exaltados e beligerantes que os do mundo hispânico,⁶⁶ terminaram por fundar um legado duradouro.

1822, *De súbditos a cidadãos, A conquista da cidadania, do Vintismo à atualidade*, Lisboa, Universidade Lusfada Editora, 2022, p. 59.

⁶³ Militar, professor, político e jornalista, natural de Lisboa, nascido em 1825 e que foi o autor da famosa obra “História Política e Militar de Portugal, desde fins do século XVIII até 1834”, dividida em três volumes.

⁶⁴ Fernandez, Hugo, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁵ Hita, Beatriz, “Cartillas políticas y catecismos constitucionales en el Cádiz de las cortes: un género viejo para la creación de una nueva sociedade”, *Revista de Literatura*, vol. LXV, nim. 130, 2003, p. 541.

⁶⁶ Baeza, Rafael, *op. cit.*, p. 26.

Bibliografia

- ARAUJO, Ana, “Confluencias políticas en el trienio liberal: el proceso de la revolución portuguesa de 1820 y el modelo constitucional gaditano”, *Historia y Política*, num. 45, 2021.
- BAEZA, Rafael, *De la colonia a la república. Los catecismos políticos americanos, 1811-1827*, Aranjuez, Doce Calles, 2009.
- BEJA, José, *Cathecismo constitucional oferecido às Cortes da Nação Portuguesa. Demonstrando os principaes princípios em que deve ser instruído todo o cidadão*, Lisboa, Imprensa de João Nunes Esteves, 1821.
- CABALLERO, Javier, *Política y religión en los catecismos políticos durante la independencia de América, 1786-1825*. https://www.researchgate.net/publication/257044993_IN_PRESS_Politica_y_religion_en_los_catecismos_politicos_durante_la_independencia_de_America_1786-1825
- CABRAL, Alfredo, *Annaes da Imprensa Nacional do Rio de Janeiro de 1808 a 1822*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1881.
- CASTRO, Zília, “Constitucionalismo vintista, Antecedentes e pressupostos”, *Cultura, História e Filosofia*, vol. v, 1986.
- CASTRO, Zília, “Uma pioneira na política vintista: Joaquina Cândida Lobo e o seu Catecismo”, *Revista HMiC*, num. VIII, 2010.
- COSTA, Rodrigo, *Cathecismo Constitucional do cidadão portuguez: ou exposição dos direitos e obrigações do homem natural e social, e dos princípios da ordem política, segundo o sistema da constituição da monarchia portuguesa*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1823.
- DEBONIS, António, *Cathecismo Polytico Constitucional, regulado segundo a constituição da Monarchia Portuguesa. Segunda edição mais correcta e augmentada*, Lisboa, Typographia Rolladiana, 1823.
- DÍAZ, Alfonso, *Los catecismos políticos en España (1808-1822). Un intento de educación política del Pueblo*, Madrid, Caja General de Ahorros y Monte de Piedad, 1978.
- DOMINGUES, José, MOREIRA, Vital, *O primeiro “catecismo constitucional” português, De súbditos a cidadãos. A conquista da cidadania, do Vintismo à atualidade*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2022.
- FERNANDEZ, Hugo, *Ideias igualitárias no liberalismo português. O discurso político na elaboração da constituição de 1822*, Dissertação de Mestrado em Sociologia, Évora, Universidade de Évora, 2002.
- GONÇALVES, Maria, “O despontar da cidadania no Portugal oitocentista”, *Revista Lusófona de Educação*, num. 3, 2004.

- HESPAÑA, António, *Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá, 2010.
- Hita, Beatriz, “Cartillas políticas y catecismos constitucionales en el Cádiz de las cortes: un género viejo para la creación de una nueva sociedade”, *Revista de Literatura*, vol. LXV, num. 130, 2003.
- KOSELLECK, Reinhart, *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, Rio de Janeiro, Contraponto, 2006.
- LIMA, José, *Suplemento ao dicionário carcondático. Com observações acerca de muitos termos, que andão hoje na boca de todos, e outros que he preciso que andem*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1821.
- LIMA, Luiz, *A catequese do Vaticano II aos nossos dias: a caminho de uma catequese a serviço da Iniciação à Vida Cristã*, São Paulo, Paulus, 2016.
- LOBO, Joaquina, *Catecismo religioso, mora e político para a instrução do cidadão portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1822.
- Manual político do cidadão constitucional*, Lisboa, Impressão da Viúva Neves e Filhos, 1820.
- MARQUES, Gabriel, Fé e constitucionalismo moderno na independência do Brasil. Passagens, *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, vol. 10, num. 3, 2018.
- MEDRÕES, Abbade de, O Cidadão lusitano, *Breve compendio, em que se demonstrão os fructos da constituição, e os deveres do cidadão constitucional para com Deos, para com o Rei, para com a Pátria, e para com todos os seus concidadãos, Diálogo entre hum Liberal, e hum servil —o Abbade Roberto— e D. Júlio*, Lisboa, Typografia de M. P. de Lacerda, 1822.
- MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José. No bicentenário da Revolução Liberal II, Os 40 dias que mudaram Portugal, Lisboa, Porto Editora, 2020.
- MOREIRA, Vital, “Somos cidadãos!” A revolução da cidadania em 1820-1822. MOREIRA, Vital, DOMINGUES, José (orgs.), *De súbditos a cidadãos. A conquista da cidadania, do Vintismo à atualidade*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2022.
- NAVARRO, José, “De los catecismos teológicos a los catecismos políticos. Libros de texto de educación cívica durante el período 1820-1861”, *Tiempo de Educar*, vol. 1, num. 1, 1999.
- NEVES, Lúcia, *Corcundas e constitucionais: cultura e política (1820-1823)*, Rio de Janeiro, Revan, FAPERJ, 2003.
- NIZZA DA SILVA, Maria, *Movimento constitucional e separatismo no Brasil 1821-1823*, Lisboa, Livros Horizonte, 1988.

- PEREIRA, António, “O vintismo: história de uma corrente doutrinal”, *Revista de História das Ideias*, vol. 31, 2010.
- PINTASSILGO, Joaquim, *A componente socializadora do currículo escolar oitocentista*, FERNANDES, M. et al. (orgs.), *O particular e o global no virar do milênio. Cruzar saberes em educação. Actas do 5to. Congresso da Sociedade Portuguesa de Ciências da Educação*, Lisboa, Edições Colibri-SPCE, 2002.
- RAFAEL, Gina, SANTOS, Manuela (orgs.), *Jornais e revistas portuguesas do século XIX*, vol. I, Lisboa, Biblioteca Nacional, 2002a.
- RAFAEL, Gina, SANTOS, Manuela, *Jornais e revistas portuguesas do século XIX*, vol. II, Lisboa, Biblioteca Nacional, 2002b.
- SANTOS, Luís, *O Brasil entre a América e a Europa: o Império e o interamericanismo. Do Congresso do Panamá à Conferência de Washington*, São Paulo, Editora UNESP, 2004.
- Semanário cívico*, núm. 10, Salvador, Typographia da Viúva Serva e Carvalho, 1821.
- SILVA, Henrique, “Os poderes do Presidente da República como Comandante Supremo das Forças Armadas”, *Revista de Direito Público*, num. 17, 2018.
- SOUSA, Jorge, *A liberdade de imprensa em questão no Portugal vintista: as Cartas de José Agostinho de Macedo a Pedro Alexandre Cavroé*, Porto, Centro de Investigação Media e Jornalismo, Universidade Fernando Pessoa, 2009.
- VARGUES, Isabel, *A aprendizagem da cidadania em Portugal (1820-1823)*, Coimbra, Livraria Minerva Editora, 1997.
- VERDELHO, Telmo, *As palavras e as ideias na Revolução Liberal de 1820*, Coimbra, Instituto Nacional de Investigação Científica, 1981.

La implementação do environmental, social and corporate governance nas Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., CELESC

La implementación del gobierno ambiental, social y corporativo en la Central Eléctrica de Santa Catarina S.A., CELESC

The implementation of environmental, social and corporate governance in Central Electrical Santa Catarina S.A., CELESC

LUANA REGINA COELHO

Universidade do Vale do Itajai, Brasil

luanareginacoelho@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-9272-1574>

HELOISE SIQUEIRA GARCÍA

Universidade do Vale do Itajai, Brasil

heloisegarcia@univali.br

<https://orcid.org/0000-0001-5010-6450>

Recibido: 30/09/2022

Aceptado: 13/10/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.03>

RESUMO

O presente artigo tem como escopo avaliar a implementação do Environmental, Social and Corporate Governance (ESC) nas Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A, CELESC como via para a efetiva sustentabilidade. A

problemática surgiu devido ao contexto de discussão acerca das premissas e dos desafios da implementação do programa ESG nas Corporações em especial nas Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. Nesse diapasão elencou-se como objetivo científico geral analisar a implementação do programa de ESG na CELESC a partir das diretrizes da governança ambiental, social e corporativa, demonstrando os indicadores implementados em busca do efetivo desenvolvimento sustentável. E objetivos específicos: conceituar o ESG; descrever os ODS e a correlação com a implementação do ESG nas Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A; evidenciar as diretrizes de implementação nas áreas Ambiental, Social e de Governança no âmbito das Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., CELESC.

Palavras-chave: *governança, sustentabilidade, environmental, social and corporate governance.*

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo evaluar la implementación de la gobernanza ambiental, social y corporativa en la central Eléctrica de Santa Catarina S.A, CELESC como un camino para la sostenibilidad efectiva. El problema surgió debido al contexto de discusión sobre las premisas y desafíos de la implementación del programa medio ambiente, social y gobierno corporativo (ASG) en las empresas, especialmente en esta corporación. En esa línea, el objetivo científico general fue analizar la implementación del programa ASG desde los lineamientos ambientales, sociales y de gobierno corporativo, demostrando los indicadores implementados en busca de un desarrollo sustentable efectivo. Los objetivos específicos fueron: conceptualizar los ASG, ambientales, sociales y de gobierno corporativo; describir los ODS y la correlación con la implementación de ASG; destacar las directrices de implementación en las áreas ambiental, social y de gobernanza en el ámbito de la Central Eléctrica de Santa Catarina S.A., CELESC.

Palabras clave: *governança, sustentabilidade, medio ambiente, social y gobierno corporativo.*

ABSTRACT

This article aims to evaluate the implementation of Environmental, Social and Corporate Governance (ESG) in Centrais Elétricas de

Santa Catarina S.A., CELESC as a way to effective sustainability. The problem arose due to the context of discussion about the premises and challenges of implementing the ESG program in Corporations, especially in Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. In this vein, the general scientific objective was to analyze the implementation of the ESG program at CELESC from the guidelines of environmental, social and corporate governance, demonstrating the indicators implemented in search of effective sustainable development. And specific objectives: conceptualize the ESG; describe the SDGs and the correlation with the implementation of ESG in Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A; highlight the implementation guidelines in the Environmental, Social and Governance areas within the scope of Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., CELESC CELESC.

Keywords: *governance, sustainability, environment, social and corporate governance.*

Introdução

O objetivo deste artigo é analisar a implementação do programa de *Environmental, Social and Corporate Governance (ESG)* na CELESC a partir das diretrizes da Governança ambiental, social e corporativa, demonstrando os indicadores implementados em busca do efetivo desenvolvimento sustentável.

A importância dessa temática é vital para as discussões atuais, pois incorpora conceitos e propósitos nas estratégias das Companhias. O assunto tem sido debatido nas empresas que devem promover a implementação de indicadores sociais, ambientais e de governança demonstrando-os a todos os *stakeholders*, visando o conhecimento das principais ações e, futuramente, através de métricas ainda discutidas, a avaliação por fundos de investimentos, bancos e demais agentes que lidarão com esses conceitos.

Ao assumir princípios, comportamentos e metas do *ESG* as empresas tendem a adotar uma gestão mais consciente e deixar seus objetivos mais claros. Conquista também um melhor ambiente de trabalho, colaboradores mais engajados, um relacionamento com fornecedores e clientes mais alinhados e uma imagem mais sólida perante a comunidade. Tais fatores contribuem para a sua operação e crescimento sustentável, reduzindo os riscos de insucesso da atividade.

Para tanto será apresentada a definição do *ESG*, e serão evidenciadas as diretrizes de implementação nas áreas Ambiental, Social e de Governança no âmbito das Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., CELESC e seus respectivos indicadores.

A escolha do tema se deu em parte em razão das pesquisas realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisa “Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” e também das pesquisas de pós-doutorado dos autores. Além disso, foi financiado em parte pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Brasil (CAPES), Código de financiamento 001, como suporte do Programa De Excelência Acadêmica, (PROEX), assim como pela bolsa de pós-doutorado da segunda autora.

A investigação, o tratamento de dados e o relato da pesquisa segue o método indutivo, acionado com auxílio das técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.¹

O que é environmental, social and corporate governance

O termo *ESG*, sigla em inglês, significa *Environmental, Social and Governance*, e diz respeito às práticas ambientais, sociais e de Governança de uma organização corporativa. A primeira menção à sigla surgiu no ano de 2004, em um relatório publicado pelo Pacto Global da Organização das Nações Unidas, em parceria com o Banco Mundial, denominado de *Who Cares Wins*. O documento que instou as 50 principais instituições financeiras mundiais a refletirem sobre possibilidade de integração dos fatores sociais, ambientais e de Governança no mercado de capitais. Até então, a nomenclatura empresarial indicada para as atividades voluntárias era tida por responsabilidade social corporativa (*corporete social responsibility*).²

O relatório *Who Cares Wins* **não é vinculativo, regulatório ou fiscalizatório do mercado, mas trata-se de fonte para a promoção do desenvolvimento sustentável, na medida em que o** sentido e o alcance da expressão *ESG* está cada vez mais presente na realidade empresarial internacional e nacional. A aplicabilidade dos padrões *ESG* transformou-se em uma exigência do mercado, dos *stakeholders* e dos *shareholders*, na medida em que a sua adoção e subsequente implementação representaria uma ampliação da competitividade, maior solidez, menores custos e, sobretudo melhor resiliência das empresas. Desta forma, o

¹ Metodologia utilizada com base nos conceitos levantados por Pasold. Pasold, Cesar, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015.

² O Termo ESG, <https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg> (acesso em 14/08/2022).

termo *ESG* abrange uma visão que o mercado de capitais possui a respeito da própria Sustentabilidade empresarial.³

A sigla *ESG*, sob o olhar de Empresas e Direitos Humanos, se enquadra no segundo pilar dos Princípios Orientadores da Organização das Nações Unidas, estabelecidos em 2011, que determinam a existência de três pilares de proteção de direitos humanos em relação às atividades corporativas. O primeiro refere-se a atuação do Estado na definição de normas vinculantes que regulem e delimitem os impactos das atividades empresariais; o segundo trata da responsabilidade das empresas em adequarem suas atividades à proteção dos direitos humanos e ao meio ambiente; e no terceiro, tem-se a responsabilização das empresas por violação aos direitos humanos e ao meio ambiente.⁴

A sigla *ESG* abrange apenas um aspecto da abordagem do tema Empresas e Direitos Humanos, estando voltada a atividades voluntárias adotadas pelas corporações para a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente. Em outras palavras, a implementação de programas de *ESG* é voluntária por parte das empresas, sendo que os Estados atualmente possuem apenas ingerência na eventual parametrização de critérios, sem atuar na fiscalização e responsabilização pelo descumprimento de tais metas.⁵

O capitalismo de *stakeholders* ou capitalismo das partes interessadas, mobiliza todos os atores envolvidos nos processos de tomada de decisões das atividades empresariais para a obtenção de lucros e a criação de valores, sendo essencial à sobrevivência das companhias a adoção de programas *ESG* para a implementação de uma Governança Sustentável. As empresas que investem em programas de *ESG* tendem a obter retorno financeiro superior àquelas que não possuem programas semelhantes em seus quadros internos. Em que pese essa ainda ser uma realidade em países como Estados Unidos, Canadá, Japão e, especialmente, países da Europa Ocidental, percebe-se uma evolução do debate sobre o tema no Brasil e em demais países receptores de investimentos estrangeiros.⁶

³ Segundo estudo feito pela Morningstar a pedido da Capital Reset, no Brasil, fundos ESG captaram R\$ 2,5 bilhões em 2020, sendo que mais da metade da captação veio de fundos criados nos últimos 12 meses, Pacto Global Rede Brasil.

⁴ United Nations, *Guiding principles on business and human rights, implementing the United Nations protect, respect and remedy*, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

⁵ Atchabahian, Ana, *ESG: teoria e prática para a verdadeira sustentabilidade nos negócios*, São Paulo, Expressa, 2022, p. 20.

⁶ Global Sustainable Investment Alliance, *2018 Global Sustainable Investment Review*. Disponível em: https://www.gsi-alliance.org/wp-content/uploads/2019/03/GSIR_Review2018.3.28.pdf

Contudo, a percepção da sociedade de consumo tem ido muito além do viés lucrativo, considerando cada vez mais os reais impactos provocados por tais programas que buscam resgatar ou mesmo confirmar a credibilidade de uma empresa. As gerações mais atuais tendem a buscar produtos e serviços que estejam mais alinhados aos propósitos da sigla *ESG*. Nesse sentido a proteção ambiental, as mudanças climáticas, bem como a proteção aos direitos humanos, são objetos de variadas causas de proteção às pessoas em suas vulnerabilidades, fazendo com que as empresas invistam em programas de *ESG* em conformidade com a nova realidade a ser definida internacional e nacionalmente.⁷

Atualmente os investidores prezam pela efetiva combinação dos critérios de proteção Ambiental, Social e de Governança, visando um retorno real para as finanças e para o planeta. Desta forma, novos investidores têm buscado analisar os relatórios de *ESG* e de Sustentabilidade produzidos pelas corporações, com foco em aspectos de gerenciamento de riscos (*risk management*) e *compliance*. Os relatórios de desempenho não financeiros (*nonfinancial performance information*) também têm sido utilizados na criação de valor de longo prazo para as corporações, numa verdadeira “remodelação dos mercados financeiro e de capitais”.⁸

Evidencia-se um aumento na busca pela valorização dos requisitos não tangíveis das corporações, sendo necessário que os diferentes *stakeholders* busquem a readequação do capitalismo em prol de uma sociedade mais sustentável. Assim, por mais que haja diferentes entendimentos por parte dos *stakeholders* sobre a definição de Sustentabilidade, esta deve ser entendida como a realização de práticas simultâneas e equilibradas visando a erradicação da pobreza, a implementação de sistemas de saúde e de educação de qualidade, a redução das desigualdades sociais e o crescimento econômico com menor impacto ambiental.⁹

Afasta-se assim a visão da responsabilidade social corporativa do passado, em que a Sustentabilidade era considerada tão somente como atos de filantropia. Ao passo que essa percepção macro da Sustentabilidade também vem sendo adotada pela sociedade internacional, constatada a partir do trabalho desenvolvido pela ONU e pela Organização

⁷ Business and Human Rights Resource Centre, *John Ruggie highlights positive contribution of ESG investing to advancing human rights*. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/john-ruggie-highlights-positive-contribution-of-esg-investing-to-advancing-human-rights/>

⁸ Blackrock, Larry Fink's 2020 letter to CEOs. Disponível em: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>

⁹ Atchabahian, Ana, *op. cit.*, p. 24.

para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e com o uso do termo *build back better* (ou “reconstruir melhor”, em sua tradução para o português). Partindo dessa definição, a reconstrução de uma economia planetária, principalmente pós pandemia da COVID-19, deve ir além da recuperação financeira sem propósito e promover mudanças comportamentais que garantam a regeneração e a sobrevivência da sociedade como um todo.¹⁰

Porém tais medidas não serão implementadas com a velocidade ideal para promover uma mudança planetária imediata, principalmente, ao menos no Brasil, onde as pesquisas demonstram que um número considerável de instituições financeiras nacionais desconhece sigla *ESG* e seu significado ou atribui a ela apenas um compromisso interno com o meio ambiente.¹¹

A própria Organização das Nações Unidas reconhece a necessidade de programas de longo prazo, conforme tratado na Agenda 2030 e alinhados com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), estes compostos por 17 objetivos e 169 metas para o alcance de um mundo mais sustentável até o ano de 2030. Sendo essencial que as empresas estejam dispostas a dar o primeiro passo, iniciando com uma mudança de abordagem cultural e prática neste sentido.¹²

Diretrizes de implementação na área ambiental das Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A.

O capitalismo de *stakeholders* evidencia a necessidade de que todos os sujeitos e atores do processo contribuam para o alcance de uma sociedade sustentável. Cabendo às empresas, independentemente do porte ou o ramo de atuação, o compromisso em buscar alternativas para o cenário de degradação planetária vivido pela Humanidade.

O impacto das mudanças climáticas no planeta é uma realidade que vem ocasionando desequilíbrios ambientais, como o aumento da temperatura em diferentes partes do globo, com secas, enchentes e alterações nos mais variados ecossistemas. Além do fato de o crescimento do número de zoonoses também tem relação direta com os impactos ao

¹⁰ OECD, *Building Back Better: a sustainable, resilient recovery after COVID-19*. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/building-back-better-a-sustainable-resilient-recovery-after-covid-19-52b869f5/#section-d1e45>

¹¹ Anbima, *Retrato da Sustentabilidade no Mercado de Capitais*. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/data/files/3C/C2/CA/05/72EBD71032ADBB76B2BA2A8/Retrato%20da%20sustentabilidade%20no%20mercado%20de%20capitais.pdf>

¹² Atchabahian, Ana, *op. cit.*, p. 25.

meio ambiente, trazendo o risco de novas pandemias globais para próximos anos, caso não haja recuperação efetiva do meio ambiente em que vivemos.¹³

Ainda sobre o tema, a ONU, em 2021, reconheceu que o acesso a um meio ambiente sadio também é um direito humano. Através da Resolução do Conselho de Direitos Humanos A/HRC/RES/48/13,¹⁴ houve o reconhecimento expresso das três dimensões do desenvolvimento sustentável, quais sejam, social, econômica e ambiental. Portanto, o gozo dos demais direitos humanos internacionalmente consagrados só se viabiliza a partir da existência de condições climáticas saudáveis para as presentes e futuras gerações, sendo imperioso a cooperação entre os Estados e demais *stakeholders* no alcance dessas condições.

Atualmente, os principais dados e metas para combater os impactos decorrentes das mudanças climáticas encontram-se no chamado Acordo de Paris, primeiro tratado sobre o tema assinado em 2015, por 196 países, que conta atualmente com 193 membros.¹⁵ O documento apresenta como principal meta a manutenção da temperatura média global abaixo de 2 graus Celsius em relação aos níveis pré-industriais até o ano de 2050, com esforços para que haja uma redução para 1,5 graus Celsius.¹⁶

Mais recentemente, na Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas de número 26 (COP-26), ocorrida em Glasgow em 2021, líderes estatais e representantes do terceiro setor se mobilizaram em busca de alternativas às mudanças climáticas, visando especialmente a limitação do aquecimento global em 1,5 graus Celsius. Contudo, não foi possível mensurar os resultados alcançados com a publicação do chamado Pacto Climático de Glasgow, sobretudo em função de resistências apresentadas pelos diferentes atores políticos e estatais, preocupados com seus interesses econômicos e políticos.¹⁷

Considerando o panorama apresentado, constata-se que, independentemente do ramo de atuação e do tamanho da corporação, o impac-

¹³ Robinson, Mary, *Justiça climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2021, p. 39, 48, 133.

¹⁴ United Nations, *Assembleia Geral*, Conselho dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/10/res-48_13-DH-ao-meio-ambiente-TRADUZIDO.docx-1.pdf

¹⁵ United Nations Treaty Collection, *Paris Agreement*. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Nações Unidas, ONU, News, *Passo importante, mas não suficiente*, afirma Guterres sobre o acordo da COP-26. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/11/1770432>

to ambiental é inerente à atividade, pois há a utilização de energia e insumos, emissão de gás carbônico (CO₂) e descarte de materiais. Desta forma, faz-se necessário a atuação das empresas para além das normas internacionais, em busca da **redução das emissões de carbono em todas as atividades relacionadas, principalmente aos setores de produção de energia, sistema de uso de terras, indústria, mobilidade, setor de construção civil, agricultura e produção de resíduos.**¹⁸

A adoção de fontes limpas ou renováveis de energia é uma demanda necessária para a continuidade dos negócios no planeta visando a mitigação dos impactos ambientais. Além disso, o desenvolvimento de estratégias e inovações, principalmente nos setores com grande impacto ambiental, como a indústria de geração de energia e a pecuária, são essenciais no processo de proteção ao meio ambiente.¹⁹

Também merece destaque o mercado de créditos de carbono, amplamente reconhecido pelas corporações, bem como, a emissão de títulos verdes (*green bonds*), que são emissões de dívida em que os fundos arrecadados devem exclusivamente financiar ou refinar projetos sustentáveis, ativos ou atividades comerciais.²⁰

Outro processo relevante, para mitigação dos danos ambientais, é a adoção de processos de economia circular, denominada de economia regenerativa. Por meio desta técnica, promove-se a reciclagem dos produtos e matérias-primas já utilizados e depositados no meio ambiente, evitando novos desmatamentos, degradações e conseqüentemente, novas emissões de gases nocivos à atmosfera.²¹

O mercado financeiro e de capitais vem adotando iniciativas que impulsionam investimentos sustentáveis, sendo possível verificar a existência de índices de mercado que atualmente seguem os critérios *ESG*. Nos Estados Unidos, o *Dow Jones Sustainability Index (DJSI)*, estabelecido em 1999, apresenta uma preocupação com inclusão de empresas sustentáveis, bem como os índices *ESG* da *Bloomberg*, dentre

¹⁸ Mekala, Krishnan, Samandari, Hamid, Woetzel, Jonathan *et al.*, *The net-zero transition: what it would cost, what it could bring*. McKinsey Global Institute in collaboration with McKinsey Sustainability and McKinsey's Global Energy & Materials and Advanced Industries Practices, 2022, p. 53. <https://policycommons.net/artifacts/2213603/the-net-zero-transition/2970547/>

¹⁹ World Economic Forum, *The future of nature and business*, 2020. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Future_Of_Nature_And_Business_2020.pdf

²⁰ OECD, *Green bonds: Mobilizing the debt capital markets for a low-carbon transition*, Policy Perspectives. 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/environment/cc/Green%20bonds%20PP%20%5Bf3%5D%20%5Blr%5D.pdf>

²¹ Velenturf, Anne, Purnell, Phill, *What a sustainable circular economy would look like*, The Conversation. 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/what-a-sustainable-circular-economy-would-look-like-133808>

outros. No Brasil, a partir do Novo Mercado, a Bolsa de Valores de São Paulo (B3), possui o Índice Brasil *ESG*, responsável pela medição da performance de títulos que estejam em consonância com critérios de Sustentabilidade, sendo ponderado pelas pontuações *ESG* da *Standard & Poor's e Dow Jones Industrial Average (S&P DJI)*.²²

Oportuno mencionar a existência de outros índices relacionados ao *ESG* no Brasil, tais como: Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE B3); Índice de Carbono Eficiente (ICO2); Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada (IGC); Índice de Governança Cooperativa Trade (IGCT); Índice de Governança Corporativa Novo Mercado (IGC-NM); Índice de Ações com *Tag Along* Diferenciado (ITAG). Ao passo que outro aspecto essencial para o mercado financeiro e de capitais é a divulgação das informações relacionadas aos índices *ESG*, especialmente daquelas instituições emissoras de valores imobiliários publicamente negociados. Para tanto, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) brasileira publicou, em 2021, um relatório com recomendações sobre divulgações de gestão de ativos.²³

Constata-se assim a relevância da atuação do mercado financeiro e de capitais em empresas que tragam práticas *ESG* em suas cadeias produtivas e de valor. Não obstante ainda há desafios na implementação de iniciativas como a instalação de painéis solares para garantia de energia limpa, a construção de novas matrizes energéticas, investimentos em pesquisa e inovação para a garantia de proteção ao meio ambiente e mitigação das mudanças climáticas em uma economia de baixo carbono, pois tais medidas ainda não são aceitas por alguns grupos econômicos.²⁴

Nesse cenário, as empresas estatais brasileiras também se encontram cada vez mais sob o manto das práticas de Sustentabilidade, principalmente após a edição da Lei 13.303/2016. Assim, as Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., CELESC, mantendo o compromisso com a integridade e transparência, elaborou relatório *ESG* referente ao desempenho da empresa durante o ano de 2021. O propósito do relatório é permitir que os stakeholders da CELESC possam identi-

²² Business and Human Rights Resource Centre, *Fast and Fair Renewable Energy Investments: a practical guide for investors*, 2019. Disponível em: https://old.business-humanrights.org/sites/default/files/Renewable%20Energy%20Investor%20Briefing_0.pdf

²³ International Organization of Securities Commissions, *Recommendations on Sustainability-Related Practices, Policies, Procedures and Disclosure in Asset Management*, 2021. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCPD688.pdf>

²⁴ Atchabahian, Ana, p. 46.

car e avaliar de maneira empírica os resultados da companhia em relação as práticas *ESG*. Sendo que os investimentos realizados visam fomentar o desenvolvimento social e econômico de forma equilibrada e sustentável.²⁵

Para a CELESC adotar boas práticas *ESG* trazem, dentre outros benefícios:

- Boas condições de trabalho para seus colaboradores (atraindo e retendo melhor os seus talentos);
- Minimizam impactos ambientais e em comunidades, mitigando riscos de multas e protestos que podem acarretar danos materiais e reputacionais;
- Estão atentas aos níveis de satisfação e reclamação de clientes, podendo trabalhar a experiência do usuário, com fidelização e aumento de *Market Share*;
- Possuem iniciativas de ecoeficiência, reduzindo custos operacionais e preservando recursos naturais;
- Possuem programa de integridade robustos, mitigando riscos de fraudes.²⁶

Com relação ao meio ambiente, Environmental, letra “E” da sigla *ESG*, a CELESC segue comprometida em buscar uma melhoria contínua, prezando pela qualidade e a Sustentabilidade de seus empreendimentos, operações, processos e serviços prestados à sociedade. Alinhada aos cenários globais, a empresa possui sua Declaração de Mudanças Climáticas (2015) e elabora anualmente o Inventário de Gases do Efeito Estufa (GEE), que mapeia e quantifica as emissões de carbono das atividades da CELESC. Tal iniciativa permite a elaboração de um diagnóstico dos processos internos que se tornará uma ferramenta de planejamento e estabelecimento de metas para redução e compensação de emissões de GEE.²⁷

Visando manter o compromisso com a Sustentabilidade Ambiental, a companhia vem desenvolvendo um Plano de Gestão Ambiental, que contemplará diversos assuntos ambientais, dentre eles: mudanças climáticas, consumo consciente, geração de resíduos, prevenção e miti-

²⁵ CELESC, *Relatório ESG 2021*. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/137b4414-3d0c-493e-8b59-0d02bc3e4072/8dc66eb8-3818-3ad9-c74a-b6e245a9989a?origin=1>

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 4.

gação de impactos e proteção à biodiversidade. Importante ressaltar que, em 2021, a companhia iniciou a elaboração de seu Plano de Gerenciamento de Mudanças Climáticas.²⁸

Ao passo que dentre os indicadores ambientais tem-se os relacionados às mudanças climáticas, utilização da água, descarte de resíduos, mitigação dos impactos oriundos da atividade e biodiversidade, conforme quadro descritivo que pode ser encontrado no Relatório ESG 2021.²⁹

Oportuno destacar que desde 2012 a CELESC realiza inventários de GEE de forma completa considerando os 3 escopos, e desde 2014, esses são analisados por Organismos de Verificação devidamente acreditados pelo Inmetro, dessa forma, recebendo o selo de ouro do programa GHG Protocol. O aumento na emissão de GEE, no ano de 2021, se justifica em razão do fator de emissões do Sistema Interligado Nacional, que subiu mais de 100% por conta do maior acionamento de termelétricas, devido à crise hídrica no país. No escopo 1, o principal fator para ao aumento foi a expansão da rede de distribuição de energia elétrica.³⁰

Já no escopo 3 percebe-se um acréscimo das emissões devido à inclusão, nos relatos de emissões, do consumo de combustível no transporte e distribuição de equipamentos elétricos, consumo de combustível no deslocamento casa-trabalho por empregados e destinação de resíduos gerados pela companhia. Quanto à Geração de Energia, a produção da CELESC é 100% advinda de fonte renovável, através do potencial hidráulico das águas. Salientando que a empresa se preocupa em estar atualizada com as outorgas de uso de água, gestão fundiária, monitoramento hidrológico e demais questões envolvendo a preservação do meio ambiente.³¹

Alinhada com os objetivos preconizados na Política Nacional de Resíduos Sólidos, a empresa também direciona a sua gestão de resíduos com o objetivo de manter um alto índice de reciclagem. Em 2021, mais de 95% dos resíduos gerados foram reinseridos em suas cadeias produtivas a partir da reciclagem ou reutilização.³²

Concernente à utilização de Bifenilas Policloradas (PCBs), em atendimento ao Decreto nº. 5.472/2005, a CELESC está elaborando seu

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

inventário de equipamentos que utilizam o composto, estando realizado o levantamento de 100% dos transformadores de força. A companhia também constituiu um grupo de trabalho a fim de coordenar e orientar o processo de inventário de PCB em todo o parque de equipamentos elétricos, bem como a retirada de operação dos equipamentos contaminados. Para 2022 está planejada a retirada e destinação final dos dois últimos transformadores de força com concentração de PCB acima dos limites, o que representa uma atuação proativa e anterior ao prazo de 6 anos estabelecido pela Lei 14.250/21.³³

Outra ação realizada pela CELESC visando a preservação ambiental é o programa de Proteção de Aves na Rede, com o intuito de viabilizar a harmonização entre as redes de distribuição e as aves da espécie *Furnarius Rufus* (João-de-barro). No ano de 2021, foram retirados aproximadamente 10 mil ninhos de João-de-barro em situação de risco e instalados 18.146 dispositivos afastadores. Ainda para conservação da fauna, a CELESC iniciou levantamento da fauna terrestre e aquática dos ambientes inseridos nos cinco reservatórios do complexo hidrelétrico que envolve as usinas Cedros e Palmeiras.

Em parceria com o Instituto do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (IMA), a CELESC segue com as atividades para a criação de uma unidade de conservação nos terrenos de sua propriedade associados às usinas Pirai e Bracinho. Estas áreas estão inseridas no Bioma Mata Atlântica, na zona núcleo da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica e foram definidas como prioritárias a conservação da biodiversidade na categoria muito alta de acordo com a Portaria do Ministério de Meio Ambiente nº 463/2018.³⁴

Assim, a CELESC atua visando a mitigação e a eliminação dos seus principais riscos ambientais. Ressaltando também que no ano de 2021 foram instaladas 15 estruturas para redução de riscos ambientais em 8 unidades no estado. Para 2022 está sendo planejada a instalação das mesmas estruturas em mais 6 unidades regionais da CELESC, mostrando o comprometimento da companhia em implementar medidas para atendimento da sustentabilidade ambiental.

³³ *Idem.*

³⁴ CELESC, *Relatório Anual de Sustentabilidade 2021*. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/137b4414-3d0c-493e-8b59-0d02bc3e4072/158680f4-7775-0cef-b673-47515b798b3c?origin=1a-b6e245a9989a?origin=1>

Diretrizes de implementação na área social das Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A.

A proteção ao meio ambiente é condição para manutenção da vida no planeta. Contudo as ações das empresas para implementação das diretrizes ambientais, “E” devem levar em conta o aspecto humano envolvido em suas atividades, pois os processos corporativos se efetivam a partir da atuação dos indivíduos. Desse modo, faz-se necessária a proteção aos direitos humanos de todos os envolvidos em quaisquer atividades da empresa.

Assim, no “S” da sigla *ESG*, traz a necessidade de uma atuação efetiva das empresas visando a implementação de programas responsáveis e eficazes voltados à proteção dos indivíduos, sob pena de consequências jurídicas e exposição aos riscos reputacionais perante a sociedade e consumidores. Para tanto, considerando todos os *stakeholders* envolvidos, faz-se necessário: a proteção dos direitos humanos dos trabalhadores; proteção dos direitos humanos das comunidades afetadas pela atividade corporativa e a proteção dos direitos humanos dos fornecedores.³⁵

A proteção aos trabalhadores deve ir além da legislação existente, que serve como piso mínimo para atuação das empresas, ao passo que a implementação de programas de *ESG* nas corporações deve considerar questões como: condições laborais dignas; saúde física e mental dos trabalhadores; novos arranjos de trabalho, com a adoção de modelos híbridos e remoto e fomento à diversidade e inclusão. Portanto, as lideranças empresariais precisam conhecer tais temas e as normas que os regem, visando estabelecer metas de superação destes conceitos em seus programas de *ESG*, sob pena de riscos de ordem material e reputacional, caso não estruturarem seus negócios visando a proteção de sua força de trabalho.³⁶

A implementação de programas de *ESG* com foco no “S”, Social, pode se valer de outros programas empresariais já consolidados, como o de *compliance*. Nesse sentido, os cinco pilares do *compliance* com foco na integridade, Sustentabilidade e na proteção social são: suporte da administração e liderança; mapeamento e análise de riscos, verificáveis a partir do ramo de atuação e do porte da empresa; instituição de políticas, controles e procedimentos; comunicação e treinamento dos

³⁵ Atchabahian, Ana, *op. cit.*, p. 54.

³⁶ *Ibidem*, p. 59.

integrantes da empresa para a correta implementação e monitoramento, auditoria e remediação, com fiscalização constante e solução dos problemas encontrados.³⁷

Oportuno destacar que a Sustentabilidade Social no ambiente de trabalho está diretamente relacionada com a Agenda 2030 da ONU, sendo que as metas de ESG com foco no “S”, devem estar alinhadas com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número 8 na busca de “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos”.³⁸

Para tanto, dentre outras ações, é imprescindível que as empresas invistam em programas Diversidade e Inclusão (D&I). Por diversidade entende-se a coexistência em um mesmo espaço de pessoas de diferentes formações físicas e psicológicas, raças e etnias, gêneros, orientação sexual e identidade de gênero, condições socioeconômicas e etárias. Já a inclusão requer a incorporação destes grupos em todas as esferas e níveis corporativos, através de programas específicos voltados para cada tipo de vulnerabilidade encontrada.³⁹

Programas de Diversidade e Inclusão devem ter por foco a redução das desigualdades existentes no tecido social e a proteção de grupos vulneráveis que por conta do gênero, orientação sexual, raça/etnia, idade, origem ou deficiência são ignorados nos mais variados contextos, inclusive dentro das empresas. As mulheres, por exemplo, fazem parte de um grupo subrepresentado no mundo corporativo, especialmente nos cargos de gestão. De acordo com o *Global Gender Gap Report* de 2021, serão necessários 135,6 anos para que as mulheres se equiparem aos homens em relação à direitos.⁴⁰

Com relação à inclusão a partir dos critérios de raça, etnia e cor, merece atenção os grupos historicamente invisibilizados e excluídos do processo socioeconômico e produtivo. No Brasil, constata-se a discriminação histórica contra pessoas negras desde o período da escravidão

³⁷ Haddad, Carlos, *Compliance aplicada ao trabalho em condição análoga ao de escravo*. Miraglia, Livia et al., *Trabalho escravo contemporâneo: governança e compliance*, Belo Horizonte, Livraria e Distribuidora, 2019, pp. 13-23, especialmente pp. 19-20.

³⁸ Nações Unidas Brasil, *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 8*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>

³⁹ Anbima, *Diversidade e Inclusão nos Mercados Financeiros e de Capitais*, 2022. Disponível em: https://www.anbima.com.br/data/files/F5/83/65/64/23B4F710711042F7882BA2A8/ANBIMA_Diversidade%20e%20Inclusao%20nos%20Mercados%20Financeiro%20e%20de%20Capitais%20_2022_cps.pdf

⁴⁰ World Economic Forum, *Global Gender Gap Report 2021*, Genebra, World Economic Forum, 2021, pp. 5, 43.

e marca o racismo estrutural presente na sociedade brasileira. Em relação a presença de pretos e pardos em cargos de liderança, 77% das empresas brasileiras participantes de pesquisa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) responderam que não têm políticas específicas para aumentar a participação de negros em suas respectivas diretorias.⁴¹

Quanto à orientação sexual e à identidade de gênero, deve haver o enfrentamento das violações aos direitos do grupo, bem como o respeito às diferenças a partir da correta compreensão da sigla LGBTQIA+.⁴² A violência sofrida por integrantes deste grupo se reflete no mercado de trabalho, pois ainda há resistência por parte de pessoas LGBTQI+ em revelarem sua identidade por medo de discriminação no ambiente de trabalho. As demandas vão além de maior inserção no mercado de trabalho, para a criação de ambiente mais inclusivo com perspectiva de representação em cargos de liderança.⁴³

As pessoas com deficiência, ou PcD, também enfrentam obstáculos para a plena introdução no mercado de trabalho, dentre eles a ausência de espaços adaptados que permitam o acesso e a circulação de pessoas com limitações físicas. Em pesquisa feita pela Catho, 44% dos profissionais com deficiência informaram que já deixaram de comparecer a uma entrevista por falta de acessibilidade e dificuldade de deslocamento. Além do que, quando contratados os profissionais desse grupo encontram dificuldades de ascensão, pois apenas 10% dos cargos de liderança são ocupados por PcD e somente 0,2 % dessas pessoas ocupam cargos a nível de presidência.⁴⁴

Quanto aos grupos de imigrantes e refugiados, o ods número 8, *em sua meta 8.8, estabelece proteção aos direitos dos trabalhadores migrantes. Ocorre que tais trabalhadores não são inseridos no mercado formal de trabalho, sendo submetidos a condições desumanas e degradantes, trá-*

⁴¹ Instituto Brasileiro De Governança Corporativa, *Diversidade de Gênero e Raça nas Lideranças Organizacionais*, São Paulo, IBGC, 2021, p. 26.

⁴² Não há uma padronização de todas as letras que compõem a sigla em referência. Optou-se nesta obra por utilizar a sigla “LGBTQIA+” na tentativa de abarcar o maior número possível de pessoas que se enquadram sob a perspectiva de orientação sexual e identidade de gênero, representando, respectivamente, Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexo e Assexuais, sendo o “+” definidor de outros grupos e variações de sexualidade e identidade de gênero.

⁴³ Atchabahian, Ana, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁴ Carmo, Jacqueline, *Obstáculos da inclusão: PcD no mercado de trabalho*, Catho. 2019. Disponível em: <https://www.catho.com.br/carreira-sucesso/columnistas/noticias/obstaculos-da-inclusao-pcd-no-mercado-de-trabalho/>

*fico de pessoas e outras espécies de violação da dignidade humana. Além do que, estes trabalhadores não possuem os mesmos rendimentos de seus pares nacionais em iguais condições de escolaridade. Portanto, tal grupo deve fazer parte de programas de diversidade e inclusão das empresas visando a redução do desemprego e a superação das barreiras sociais e culturais do imigrante.*⁴⁵

Outro grupo vulnerável que deve fazer parte dos programas *ESG* é o de idosos, uma vez que o Brasil conta com uma população de mais de 30 milhões de idosos, e um número considerável são economicamente ativos. Porém, para algumas empresas a idade avançada é um impeditivo para a contratação, o que gera discriminação e aumento do índice de desemprego entre pessoas deste grupo. Portanto, para minimizar essas adversidades que violam os direitos dos idosos, previstos inclusive na Lei nº. 10.741/2003, Estatuto do Idoso, é essencial que as corporações fomentem a contratação de idosos, bem como promovam mentorias e políticas de treinamento e diálogo intergeracional, no combate ao etarismo.⁴⁶

Outro aspecto importante a ser considerado quando da implementação dos programas *ESG* é a análise dos impactos causados pela atividade da empresa nas comunidades locais, especialmente por aquelas indústrias extrativista, químicas, do setor de petróleo e gás e empreiteiras de grande porte, que causam impactos ambientais e sociais relevantes. Portanto as corporações que atuem em locais com grupos de vulneráveis devem prezar por programas que considerem a existência dos impactos e a sua mitigação, pautando-se no diálogo livre e transparente com a comunidade.⁴⁷

A atividade corporativa quando desempenhada em desrespeito aos direitos humanos pode trazer sérias consequências aos trabalhadores diretos, terceirizados e para a cadeia produtiva como um todo. Os danos podem ir além de questões materiais e reputacionais, perpassando também pelo dano moral, indenizações trabalhistas ou consumeiristas. Por isso é necessária uma atuação empresarial voltada a observância do Código de Defesa do Consumidor e da LGPD, Lei n. 13.709/2018, visando a proteção do consumidor e a mitigação do risco reputacional.⁴⁸

⁴⁵ Romanello, M., “Trabalhadores migrantes no mercado de trabalho formal brasileiro”, *Revista Labor*, vol. 1, num. 25, pp. 475-492, p. 486.

⁴⁶ Atchabahian, Ana, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 79.

Com relação à diversidade, uma das prioridades da CELESC na área social é realizar ações em prol da cultura da diversidade. No ano de 2021 a empresa implementou e divulgou a sua Política de Diversidade e Inclusão. Outros dois compromissos assumidos previamente nesta área foram: as assinaturas dos Princípios de Empoderamento das Mulheres (WEPs), uma iniciativa empreendida pela ONU Mulheres, e a oferta de treinamento prático em diversidade e inclusão, visando tratar do tema de forma transversal na empresa. Tais ações estão em consonância com a estratégia de gênero e diversidade, requerida no âmbito social da empresa.⁴⁹

Ainda na seara social, a CELESC promoveu dentro do seu programa de jovens aprendizes, um curso visando propiciar conhecimento sobre o setor de energia. Na ocasião, mais de 160 jovens integram o projeto, concretizando uma importante medida de inclusão social na empresa. Esclarece-se que o Programa Jovem Aprendiz foi instituído em parceria com o Ministério Público de Santa Catarina, e prioriza a participação de moradores de entidades de acolhimento e casas-lares.⁵⁰

O Programa CELESC Voluntária, oportuniza a realização de vários projetos sociais, merecendo destaque a Campanha “Tem gente com Fome”. Nesta ação foram arrecadadas 6 toneladas de alimentos, beneficiando 23 instituições catarinenses, que juntas atendem mais de 3 mil pessoas em diferentes condições sociais. Em 2021 também foi realizada a 16ª edição do Natal Solidário que, com a adesão de muitos empregados, permitiu levar fraternidade —na forma de brinquedos, doces e kits escolares— para crianças em condição de vulnerabilidade social.⁵¹

Com relação aos indicadores Sociais, o “S” do *ESG*, a CELESC implementou programas voltados à melhoria da relação de emprego, investimento em treinamentos e capacitação, saúde e segurança no trabalho, diversidade e inclusão e melhorias visando a satisfação dos seus empregados e clientes.

Merece destaque os investimentos realizados pela empresa visando o fomento da cultura e do esporte por meio de Chamadas Públicas, em que um montante de aproximadamente R\$ 3 milhões foi destinado para 22 projetos culturais e 9 projetos esportivos. Sem contar que no ano de 2021 a CELESC realizou o repasse total de R\$1,3 milhão ao Fundo da Infância e Adolescência (FIA) e ao Fundo do Idoso (FEI), so-

⁴⁹ CELESC, *Relatório ESG 2021*, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

mando R\$ 659 mil para cada um. Tais fundos, que são geridos pela Secretaria Estadual do Desenvolvimento Social, possibilitam inúmeras atividades de amparo, proteção e orientação de seus públicos-alvo. No mesmo ano foi realizado um repasse fiscal para a Rede Feminina de Combate ao Câncer de aproximadamente R\$ 300.000,00.⁵²

A ética e a responsabilidade social estão entre os valores corporativos do Grupo CELESC. Assim, são desenvolvidos diversos programas e projetos na área de Gestão de Pessoas mantendo o compromisso com a capacitação e desenvolvimento de pessoas, a promoção da inclusão e valorização da diversidade, prevenção de acidentes, doenças ocupacionais e adoecimento dos trabalhadores, assistência à reeducação e readaptação profissional.⁵³

A CELESC participa voluntariamente das seguintes iniciativas sociais: Pacto Global, Pacto Empresarial pela Integridade e Contra a Corrupção; Na Mão Certa, da *Childhood* Brasil; Fundação Abrinq pelos direitos da criança e do adolescente; combate ao trabalho infantil, desenvolvido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina; Pacto Nacional pela erradicação do trabalho escravo; Princípios de Empoderamento das Mulheres (WEPs ONU). Atua ainda no Conselho do Idoso no Estado de Santa Catarina cei/sc e de outros fóruns de discussões, como: Instituto Ethos de Responsabilidade Social; ods/sc, Pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável; GHG, Inventários de Emissões de GEE; FCCIAT, Fórum Catarinense de Combate aos Impactos dos Agrotóxicos e Transgênicos; Apimec, Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais, entre outros.⁵⁴

Indo além da legislação trabalhista, por acreditar que um bom ambiente de trabalho também se faz com a oferta de benefícios para os colaboradores da empresa, a empresa oferece licenças especiais, como extensão das licenças-maternidade e paternidade, concedidas por ser uma empresa cidadã. Entre outras vantagens, como auxílio-creche e babá, auxílio pós-graduação, auxílio estudante, vale-alimentação, plano de saúde e odontológico, que demonstram o compromisso com a qualidade de vida e o respeito por seus empregados.⁵⁵

Com a recente revisão do Plano Diretor, o tema saúde e segurança ganhou reforço em termos de estratégia e visão de médio e longo prazo

⁵² *Idem.*

⁵³ CELESC, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁴ CELESC, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁵ *Idem.*

na Companhia. A partir de 2019, e reforçado na revisão de 2021, o tema foi incorporado como um valor da empresa, destacando o dever de todos no respeito à vida, à prevenção de acidentes e à promoção de boas práticas de segurança.⁵⁶

Ainda no que tange aos direitos dos seus trabalhadores, na área de saúde e segurando do trabalho, sempre são implementadas ações voltadas para a manutenção dos aspectos técnicos, tais como: fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), atendimento da legislação e capacitação dos empregados, e um direcionamento efetivo para a modificação dos aspectos comportamentais, na busca da proteção à vida e da integridade física dos empregados.⁵⁷

Diretrizes de implementação na área de governança das Centrais Elétricas De Santa Catarina S.A.

Durante um longo período, o valor de uma empresa era determinado tão somente por seus ativos financeiros e seus negócios eram voltados à maximização dos lucros das lideranças, gestores e acionistas. Ocorre que, atualmente, outros ativos tidos como intangíveis devem ser considerados, especialmente em se tratando da implementação de programas destinados à proteção ambiental e social, pois trazem grandes impactos nos ganhos das corporações independentemente do porte ou ramo de atuação.⁵⁸

No capitalismo de *stakeholders*, em que pese ainda haver grande influência dos investidores na gestão das empresas, outros grupos também apresentam papel relevante nessa dinâmica. Os colaboradores e os consumidores são atores importantes no processo e vêm promovendo mudanças na área de Governança, sendo essencial que as empresas acompanhem e atendam as diferentes demandas do mercado na implementação de bons programas de *ESG*.⁵⁹

Nessa dinâmica, o papel das lideranças é fundamental na implementação da chamada Governança Corporativa, definida como um sistema de direção e monitoramento das empresas que envolve o relacionamento entre sócios, Conselho de Administração, Diretoria, Ór-

⁵⁶ CELESC, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁷ CELESC, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁸ Atchabahian, Ana, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 89.

gãos de Fiscalização e demais partes interessadas.⁶⁰ Para tanto, o Conselho de Administração é considerado o ator central desse sistema, sendo responsável pela tomada de decisões estratégicas que considerem os impactos adversos socioambientais; pelo gerenciamento do risco e definição dos princípios éticos da companhia; pela transparência do relacionamento com partes interessadas e pela revisão do sistema de gestão. Na Diretoria, temos os responsáveis pelo desenvolvimento da estratégia de implementação das políticas da empresa.⁶¹

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa — IBGC⁶² lançou, em 2020, a Agenda Positiva de Governança Corporativa, visando disseminar as boas práticas de gestão com foco nas recentes abordagens sobre *ESG* no Brasil, estruturada a partir de seis pilares: (1) ética e integridade; (2) diversidade e inclusão; (3) ambiental e social; (4) inovação e transformação; (5) transparência e prestação de contas; e (6) conselhos do futuro.

Assim, para cumprir efetivamente a sua missão, o Conselho de Administração e as lideranças empresariais devem garantir que toda a sua atividade esteja voltada à Sustentabilidade e à transparência. Para tanto, faz-se necessário o desenvolvimento de políticas, a execução das atividades planejadas e a publicação dos respectivos relatórios aos investidores. O primeiro passo dessa empreitada é a definição das prioridades corporativas com base em seus posicionamentos, missão, valores, para posteriormente estabelecer os mecanismos de governança que possibilitem transformar essas prioridades em ações concretas em toda a cadeia produtiva.⁶³

Quanto à parametrização de informações corporativas voltadas à Sustentabilidade, em 1997 foi criada a *Global Reporting Initiative (GRI)*, entidade que busca auxiliar as organizações na identificação e reporte de seus impactos em áreas relevantes que envolvem mudanças climáticas, direitos humanos e corrupção, no intuito de definir diretrizes para a elaboração de relatórios de Sustentabilidade por parte das

⁶⁰ Instituto Brasileiro De Governança Corporativa, *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*, São Paulo, IBGC, 2015, pp. 20-21.

⁶¹ OCDE, *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*, 2018. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf>

⁶² Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, *Agenda positiva de governança: medidas para uma governança que inspira, inclui e transforma*, São Paulo, IBGC, 2020. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24360/Agenda%20Positiva.pdf>

⁶³ Monteiro, Guilherme, Miranda, Bruno, Rodrigues, Vinicius *et al.*, “ESG: disentangling the governance pillar”, *Revista de Administração*, São Paulo, vol. 56, pp. 482-487. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmj/article/view/193224/178061>

corporações. Em 2016, foram lançados os GRI *Satandards*, normas válidas para a elaboração de relatórios de Sustentabilidade que, a partir de 2018, mantiveram o foco em *ESG*.⁶⁴

No Brasil, as empresas brasileiras de capital aberto são regidas pela Lei 6.404/76 (Lei das S.A), que determina em seu artigo 133, que seja divulgado “o relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo”. Tais relatórios podem ser integrados em relação as informações financeiras e não financeiras ou mesmo feitos de maneira independentes.⁶⁵

Atualmente, em que pese o vasto universo de indicadores e normas aplicáveis à Governança, o “G” da sigla *ESG*, ainda existem desafios a serem vencidos. Sendo que o maior deles é o de certificar que os projetos voltados à proteção ambiental e social estão sendo efetivamente implementados e incorporados aos valores centrais e o propósito da empresa, tanto para as lideranças, os trabalhadores e todos os *stakeholders*. Para as lideranças que hoje realmente se engajam com a temática *ESG*, é essencial o aprofundamento e o desenvolvimento de estratégias concretas na implementação de programas que façam diferença na sociedade e no negócio como um todo.⁶⁶

Nessa toada, a Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., CELESC, é uma empresa do setor elétrico brasileiro, com destaque nas áreas de distribuição e geração de energia. Estruturada como Holding em 2006, a Companhia possui duas subsidiárias integrais: CELESC Geração S.A., CELESC G e a CELESC Distribuição S.A., CELESC D. Além disso, detém o controle acionário em conjunto da Companhia de Gás de Santa Catarina, SCGÁS e é sócia das empresas Dona Francisca Energética S.A., DFESA, Empresa Catarinense de Transmissão de Energia S.A., ECTE, Companhia Catarinense de Água e Saneamento, Casan e do Projeto da Usina Elétrica Cubatão.⁶⁷

Seu acionista controlador é o Estado de Santa Catarina, detentor de 50,18% das ações ordinárias. As demais ações ordinárias estão assim distribuídas: Energias do Brasil S.A., EDP, 33,11%, Fundação CELESC de Seguridade Social, CELOS, 8,63%, Geração L Par Fundos de Investimentos, 2,97%, Eletrobras, 0,03%, outros investidores, 5,09%. Do total da Companhia o Governo do Estado detém 20,20%, Energias

⁶⁴ Atchabahian, Ana, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 100.

⁶⁷ Informações retiradas do site da Celesc. Disponível em: <https://www.celesc.com.br/home/apresentacao>

do Brasil S.A., EDP, 29,90%, Fundação CELESC de Seguridade Social, CELOS, 4,07%, Geração L Par Fundos de Investimentos, 9,92%, Eletrobras, 10,75%, Alaska Poland FIA 9,18% e outros investidores, 15,98%.⁶⁸

Sendo que o Plano Diretor da CELESC define as Bases da Estratégia Corporativa, Posicionamento, Objetivos Estratégicos e as macro metas até 2025 e horizonte até 2035. As metas de curto e médio prazo são refletidas no Planejamento Estratégico para 5 anos, que também contempla o detalhamento de Iniciativas Estratégicas em Projetos.

A empresa possui um Código de Ética, onde há a definição dos princípios basilares que orientam a atuação da empresa para a integridade, transparência e compromisso em todas as atividades. Ele também conduz ao estabelecimento de uma relação de confiança com todas as partes interessadas que fazem parte cadeia de valor, tais como fornecedores e prestadores de serviços.⁶⁹

O programa de *Compliance* é responsável por disseminar a cultura da ética e integridade, orientando todos os colaboradores quanto a importância do cumprimento das normas e promovendo os valores da companhia acima dos valores individuais. Auxilia também no cumprimento de todas as leis anticorrupção aplicáveis à companhia. De maneira que para garantir a execução do programa a CELESC oferece treinamentos, ações de comunicação e monitoramento de riscos de integridade e aplicação de melhorias.⁷⁰

A partir da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD (Lei nº 13.709/18), a CELESC iniciou um amplo programa para garantir a conformidade de todas as operações com a legislação, que entrou em vigor em setembro de 2020. O compromisso em proteger a privacidade dos dados dos clientes quando da utilização dos produtos e serviços fazem parte da Política de Privacidade do Grupo CELESC, que conta com um portal para consulta de dados pessoais. Essa consulta pode ser realizada a qualquer tempo pelo cliente, trazendo mais autonomia, transparência e agilidade no acesso à informação.⁷¹

A companhia possui uma Política de Gestão Estratégica de Riscos e Controles Internos, que orienta a alta administração, gestores e demais empregados na prevenção e mitigação de riscos inerentes aos processos e negócios, apontando as diretrizes a serem observadas para a execução da gestão estratégica de Riscos Corporativos, Riscos

⁶⁸ Informações retiradas do site da Celesc. Disponível em: <https://www.celesc.com.br/home/em-presas-do-grupo>

⁶⁹ CELESC, *Relatório ESG 2021*, op. cit., p. 8.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

de Reporte Financeiro e Riscos de Integridade, definindo as responsabilidades do Conselho de Administração, do Comitê de Auditoria Estatutário, da Diretoria Executiva e dos demais envolvidos, primando pela atuação de acordo com a boa Governança.⁷²

Por fim, ressalta-se que Política de Responsabilidade Socioambiental da CELESC é fundamentada em sete diretrizes: Direitos Humanos; Sustentabilidade Local; Comunicação; Prevenção; Integridade; Adequação e Evolução. Estas diretrizes estão incorporadas na gestão da Companhia e agregam valor ao seu propósito de gerar energia para o desenvolvimento e qualidade de vida.

Considerações finais

Como visto no decorrer deste artigo, os desafios sociais e ambientais globais, regionais e locais passam a integrar o contexto de atuação das organizações, influenciando sua estratégia e cadeia de valor, com impactos na sua reputação e no valor econômico de longo prazo. Mudanças climáticas, ampliação da desigualdade social e inovações tecnológicas, entre outros fatores, têm imposto transformações na vida das empresas, e deixando evidente a importância da implementação dos princípios basilares da Governança Corporativa.

A adoção de uma postura sustentável na Governança empresarial, com investimentos no meio ambiente, pode reduzir os custos de produção, evitar desperdícios e ineficiência no consumo de energia e matérias primas, melhorar a imagem da empresa e de seus produtos frente ao consumidor. Pela incorporação da Sustentabilidade nos negócios, o que vai desde a identificação de novas oportunidades até a detenção de um bom capital humano, proporciona menos exposição aos riscos, com base na prevenção e avaliação para as dimensões social e ambiental que lhe ajudam a definir as ações e estratégias para seu controle.

Para a implementação de um programa de ESG por parte de qualquer empresa, independentemente de seu porte e ramo de atuação, os valores que compõem a sigla devem estar presentes na atuação das lideranças, no cumprimento das normas existentes, no estabelecimento de políticas, no treinamento das equipes envolvidas, no monitoramento dos programas implementados, na gestão de riscos e nos mecanismos de reporte.

Sendo que uma forma de convencer as empresas de que os problemas institucionais podem ser enfrentados e solucionados através da

⁷² *Idem.*

implementação dos preceitos da boa governança visando a Sustentabilidade, perpassa pela percepção de que todos estes critérios partem do pressuposto de que são os valores, a transparência e a cultura da empresa que determinarão o sucesso de um programa de *ESG* e também os lucros auferidos pela execução destas práticas voltadas à Sustentabilidade.

Restou evidenciado, que é possível criar uma cultura de implementação dos objetivos *ESG* que vise uma atitude prospectiva por parte das corporações. Contudo, é essencial que os programas sociais, ambientais e de Governança, envolvam todos os *stakeholders* e sejam fruto do desejo genuíno das lideranças de transformar a sociedade com sua atividade, sendo o lucro a consequência natural de suas práticas. Ao passo que é necessário o entendimento de que este movimento é um processo contínuo e a longo prazo, que deve ser implementado com metas realistas e exequíveis, começando com a mudança de mentalidade dos gestores, dos funcionários, dos investidores e dos fornecedores.

Atualmente, atuar de forma sustentável não é mais uma questão de escolha, e sim de sobrevivência corporativa e planetária. Todas as letras que compõem a sigla objeto de estudo deste trabalho, nos fazem concluir que nós todos somos responsáveis pela implementação de medidas sustentáveis para a proteção e preservação do Planeta para a presente e futuras gerações, sob pena do comprometimento da vida no planeta.

Desta forma, é necessário a compreensão quanto à urgência e à dimensão do problema que ora se apresenta, visando a criação de uma nova cultura. Reaprender a gerenciar sob as diretrizes *ESG* é o desafio para as empresas, inclusive para a CELESC, pelas próximas décadas. Tais desafios devem ser tratados como prioritários pelas lideranças corporativas, acima até mesmo do próprio lucro, este uma consequência natural da mudança de paradigma sobre o que vem a ser a nova função social da empresa.

O diálogo constante com os *stakeholders* será também um indicativo para mensurar os impactos positivos da atuação visando os preceitos *ESG*. O êxito, assim, será fruto do aprendizado constante e de um avanço para a Sustentabilidade desde a essência. Sendo irrelevante o tamanho e o setor: para as empresas que estão iniciando, o *ESG* deve fazer parte de sua criação. Para aquelas, como a CELESC, que já orientam seus processos e práticas para a sigla, o *ESG* precisa ser uma busca incessante, visando a melhoria e implementação de processos sustentáveis. Restando claro que a implementação do *ESG* deve ser parte da

estratégia corporativa de todas as empresas, para criação de políticas que contemplem de maneira holística a proteção ao Meio Ambiente, o Social e os critérios de Governança.

Bibliografia

- ANBIMA, *Diversidade e Inclusão nos Mercados Financeiros e de Capitais*, 2022, Disponível em: https://www.anbima.com.br/data/files/F5/83/65/64/23B4F710711042F7882BA2A8/ANBIMA_Diversidade%20e%20Inclusao%20nos%20Mercados%20Financeiro%20e%20de%20Capitais%20_2022__cps.pdf
- ANBIMA, *Retrato da Sustentabilidade no Mercado de Capitais*. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/data/files/3C/C2/CA/05/72EB-D71032ADBBD76B2BA2A8/Retrato%20da%20sustentabilidade%20no%20mercado%20de%20capitais.pdf>
- ATCHABAHIAN, Ana, *ESG: teoria e prática para a verdadeira sustentabilidade nos negócios*, São Paulo, Expressa, 2022.
- BERNARDO, LUÍS, *Sector privado, inovação e ODS*, Lisboa, CEsa, Centro de Estudos sobre África e Desenvolvimento/ISEG, 2020.
- BLACKROCK, *Larry Fink's 2020 letter to CEOs*. Disponível em: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>
- Business And Human Rights Resource Centre, *Fast and Fair Renewable Energy Investments: A practical guide for investors*, 2019. Disponível em: https://old.business-humanrights.org/sites/default/files/Renewable%20Energy%20Investor%20Briefing_0.pdf
- CARMO, Jacqueline, *Obstáculos da inclusão: PcD no mercado de trabalho*, Catho, 2019. Disponível em: <https://www.catho.com.br/carreira-sucesso/colunistas/noticias/obstaculos-da-inclusao-pcd-no-mercado-de-trabalho/>
- CDP, *Investor Signatories to CDP's 2021 Request*. Disponível em: <https://cdn.cdp.net/cdp-production/comfy/cms/files/files/000/004/212/original/Investor-Signatories-2021.pdf>
- CELESC, *Relatório Anual de Sustentabilidade 2021*. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/137b4414-3d0c-493e-8b59-0d02bc3e4072/158680f4-7775-0cef-b673-47515b798b3c?origin=1a-b6e245a9989a?origin=1>
- CELESC, *Relatório ESG 2021*. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/137b4414-3d0c-493e-8b59-0d02bc3e4072/8dc66eb8-3818-3ad9-c74a-b6e245a9989a?origin=1>

- Global Sustainable Investment Alliance, *2018 Global Sustainable Investment Review*. Disponível em: http://www.gsi-alliance.org/wp-content/uploads/2019/03/GSIR_Review2018.3.28.pdf
- HADDAD, Carlos, *Compliance aplicada ao trabalho em condição análoga ao de escravo. Trabalho escravo contemporâneo: governança e compliance*, Belo Horizonte, Livraria e Distribuidora, 2019.
- IHRB, *TOP 10, Business and Human Rights Issues*, 2022. Disponível em: https://www.ihrb.org/uploads/top-10/IHRB_Top_10_Business_Human_Rights_Issues_for_2022.pdf
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, *Agenda positiva de governança: medidas para uma governança que inspira, inclui e transforma*, São Paulo, IBGC, 2020. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24360/Agenda%20Positiva.pdf>
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, 5ª Edição*, São Paulo, IBGC, 2015.
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, *Diversidade de Gênero e Raça nas Lideranças Organizacionais*, São Paulo, IBGC, 2021.
- International Organization of Securities Commissions, *Recommendations on Sustainability-Related Practices, Policies, Procedures and Disclosure in Asset Management*, 2021. Disponível em: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCPD688.pdf>
- MEKALA, Krishnan, SAMANDARI, Hamid, WOETZEL, Jonathan *et al.*, *The net-zero transition: what it would cost, what it could bring*, McKinsey Global Institute in collaboration with McKinsey Sustainability and McKinsey's Global Energy & Materials and Advanced Industries Practices, 2022.
- Mckinsey & Company, *Diversity matters: Latin America*. Disponível em: https://www.mckinsey.com/br/~ /media/mckinsey/locations/south%20america/brazil/our%20insights/diversity%20matters/diversitymatters_en.pdf?shouldIndex=false
- MONTEIRO, Guilherme, MIRANDA, Bruno, RODRIGUES, Vinicius *et al.*, *ESG: disentangling the governance pillar*, *Revista de Administração*, RAUSP, São Paulo, vol. 56, pp. 482-487. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmj/article/view/193224/178061>
- Nações Unidas Brasil, *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>
- Nações Unidas, ONU News, *Passo importante, mas não suficiente, afirma Guterres sobre o acordo da COP-26*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/11/1770432>

- OECD, *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*. OCDE, 2018. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-condu-ta-empresarial-responsavel-2.pdf>
- OECD, *Building Back Better: A sustainable, resilient recovery after COVID-19*, Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/building-back-better-a-sustainable-resilient-recovery-after-covid-19-52b869f5/>
- OECD, *Green bonds: Mobilizing the debt capital markets for a low-carbon transition*, Policy Perspectives, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/environment/cc/Green%20bonds%20PP%20%5Bf3%5D%20%5Blr%5D.pdf>
- Pacto Global Rede Brasil, <https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>
- PASOLD, Cesar, *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2015.
- ROBINSON, Mary, *Justiça climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2021, pp. 39, 48, 133.
- ROMANELLO, M., Trabalhadores migrantes no mercado de trabalho formal brasileiro, *Revista Labor*, vol. 1, num. 25, pp. 475-492.
- United Nations Treaty Collection, *Paris Agreement*. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en
- United Nations, *Assembleia Geral*, Conselho dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/10/res-48_13-DH-ao-meio-ambiente-TRADUZIDO.docx-1.pdf
- United Nations, *Guiding principles on business and human rights, implementing the United Nations protect, respect and remedy*, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf
- United Nations, *Paris Agreement*, 2015. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf
- VELENTURF, Anne, PURNELL, Phill, *What a sustainable circular economy would look like*, The Conversation, 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/what-a-sustainable-circular-economy-would-look-like-133808>
- World Economic Forum, *Global Gender Gap Report 2021*, Genebra, World Economic Forum, 2021, p. 5.
- World Economic Forum, *The future of nature and business*, 2020. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Future_Of_Nature_And_Business_2020.pdf

Arbitraje Comercial Privado en México

Private Commercial Arbitration in Mexico

JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ

Universidad Nacional Autónoma de México, México

juansaldanaperez@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0345-2072>

Recibido: 04/01/2023

Aceptado: 11/10/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.04>

RESUMEN

Se analizan los medios de solución de controversias: autocompositivos (buenos oficios, negociación y mediación) y heterocompositivos (proceso judicial y proceso arbitral), las diferencias entre proceso arbitral y proceso judicial, el título cuarto del Código de Comercio y tratados aplicables, el arbitraje nacional e internacional, las libertades en el arbitraje, el principio de no intervención judicial en el arbitraje y sus excepciones, es decir, los supuestos en que procede requerir la intervención del juez, ya sea, mediante la jurisdicción voluntaria o el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, así como el juicio de amparo indirecto en contra de la sentencia emitida en este último.

Palabras clave: arbitraje comercial, nulidad, ejecución, amparo.

ABSTRACT

The means of dispute resolution are analyzed: self-composition (good offices, negotiation and mediation) and heterocomposition (judicial

process and arbitration process), differences between arbitration process and judicial process, the Fourth Title of the Commercial Code and applicable treaties, national and international arbitration, freedoms in arbitration, the principle of non-judicial intervention in arbitration and its exceptions, that is, the cases in which it is appropriate to require the intervention of the judge, either through voluntary jurisdiction or trial on commercial transactions and arbitration, as well as the indirect amparo trial against the judgment issued in the latter.

Key words: *commercial arbitration, nullity, enforcement, amparo.*

Introducción

Los medios o métodos de solución de controversias se clasifican en autocompositivos y heterocompositivos. En los primeros, las partes resuelven el conflicto con o sin la intervención de un tercero y se clasifican en autodefensa y autocomposición. La autodefensa es egoísta, ya que se aplica la ley del talión de ojo por ojo. La autocomposición es altruista y pacífica, pues son las propias partes quienes resuelven la controversia con o sin la intervención de un tercero, mediante alguno de los siguientes métodos: buenos oficios, negociación y conciliación.

En los buenos oficios un tercero espontáneo reúne a las partes y las “alienta” a dialogar, a que intercambien opiniones y conozcan sus pretensiones. La persona que presta sus buenos oficios tiene como función principal la de ser un medio de comunicación efectivo. En ocasiones, las partes no conocen con exactitud los reclamos de su contraparte, es decir, los puntos en controversia y, a veces, ni siquiera los puntos de acuerdo, ya que ni siquiera se hablan.

Aunque a diario se prestan con éxito los buenos oficios en diferentes ámbitos, hay mayor difusión de estos en conflictos entre estados, donde participan como terceros espontáneos jefes de estado, el papa y grandes personalidades con reconocimiento internacional. El tercero espontáneo y extraño a la controversia debe gozar de reconocimiento y buena reputación que le permita ganarse la confianza de las partes para intervenir de manera imparcial, desinteresada y gratuita.

En 1978, el presidente norteamericano Jimmy Carter prestó sus buenos oficios en la solución del conflicto entre Egipto e Israel, que concluyó en los acuerdos de Camp David, cuya negociación se prolongó durante 12 días. Después de la Primera Guerra del Golfo de 1986, el

peruano Pérez de Cuéllar, entonces secretario general de la ONU, logró uno de sus mayores triunfos diplomáticos: poner fin a la guerra entre Irán e Irak (1980-1988).¹

Por otro lado, la negociación se lleva a cabo sin la intervención de un tercero y puede ser voluntaria u obligatoria. Las partes tienen el control del procedimiento y la resolución que se alcance se basa en el mutuo acuerdo. Es común que en los tratados comerciales se incluya una etapa obligatoria de negociación conocida como “consultas” previas a la presentación de una demanda judicial o una solicitud de arbitraje.²

En cambio, en la mediación y en la conciliación interviene un tercero por acuerdo y a solicitud de las partes. El tercero analiza las posturas y las aviene a las partes para que alcancen una solución. Más que fórmulas para decidir disputas, son instrumentos que coadyuvan a su solución.³ Las propias partes son quienes resuelven la controversia por lo que el resultado para ambas partes es de ganar ganar.

La diferencia entre mediación y conciliación es más doctrinal que jurídica y se refiere a la función del tercero extraño. En la conciliación el tercero además de avenir a las partes propone una solución al conflicto, señala pros y contras. En la práctica ambos términos son sinónimos.

La Ley Modelo sobre Mediación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 2018 (CNUDMI o UNCITRAL, en inglés) establece normas uniformes para el procedimiento de mediación que pueden adoptar los estados para la modernización de sus leyes, y utiliza el término “mediación” de manera intercambiable a “conciliación”, motivo por el que sólo haremos referencia al primero.

El espíritu de la mediación es el de calmar los ánimos y lograr un acuerdo de entre dos o más personas, sea su estirpe natural o jurídica.⁴ El procedimiento de mediación puede ser *ad hoc* o institucional. En el primer caso las partes formulan sus propias reglas de procedimiento y en el segundo se someten a un reglamento de mediación, tal

¹ Fuentes, Fernando, “La exitosa gestión como pacificador de Pérez Cuéllar en la ONU”, *La Tercera*, México, 5 de marzo de 2020, (consultado el 14 de abril de 2022). <https://www.latercera.com/mundo/noticia/la-exitosa-gestion-como-pacificador-de-perez-de-cuellar-en-la-onu/UO3FB-YWPWJEBZDNIY7X5UNOOHE/>

² Art. 31.6 del Protocolo Modificadorio del T-MEC, 29 y 28.7 del TIPAT, 29 noviembre de 2018, *Diario Oficial de la Federación*, 29 junio de 2020.

³ Graham, Luis, *El Arbitraje Comercial*, México, Editorial Themis, 2007, p. 18.

⁴ Cristiancho, Juan, *La Conciliación y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, Bogotá, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 65.

como el Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.⁵

A diferencia de los métodos autocompositivos en que las partes son quienes resuelven el conflicto, en los heterocompositivos es un tercero quien resuelve la controversia, ya sea un juez nombrado por el Estado, mediante el proceso judicial o un particular, árbitro nombrado por las partes, mediante el proceso arbitral.

Se consideran Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) todos los procedimientos distintos al proceso judicial, es decir: buenos oficios, negociación, mediación y arbitraje. Recientemente los MASC, y particularmente el arbitraje, han tenido un desarrollo importante frente a la crisis que enfrenta el proceso judicial no se da abasto para resolver los conflictos.⁶

La globalización, el incremento en las relaciones comerciales de los últimos años y la firma de diversos tratados comerciales como la OMC, el T-MEC y el TIPAT, ha motivado el uso cada día más frecuente de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) y, en particular, del arbitraje comercial privado, por lo que en los últimos años el marco legal del arbitraje en México se ha ido ajustando a las necesidades actuales. En 1993 se incorporó al Código de Comercio (Ccom) la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y en el 2011 y 2012 se adicionaron y reformaron diversas disposiciones del Ccom en materia de arbitraje.

La clasificación del arbitraje es muy amplia, por lo que sólo se hará referencia a las de mayor relevancia. El arbitraje es público cuando las partes en controversia son estados y privado si son particulares, personas jurídicas o naturales. Es voluntario si las partes tienen libertad de elegir el arbitraje en lugar del proceso judicial.⁷ Es obligatorio si una ley o un tratado establecen el arbitraje para la solución de la controversia, excluyendo la posibilidad de acudir a los tribunales judiciales.

Es institucional el proceso arbitral cuando es administrado por una institución arbitral y se aplica su reglamento: Centro de Arbitraje

⁵ Reglas de mediación en materia civil, mercantil, familiar y penal (por querrela, delito culposo o patrimonial), *cap. v: Del procedimiento de mediación*, Sección Primera, Disposiciones Generales, *Boletín Judicial* núm. 97, 27 de mayo de 2016.

⁶ Jorgon, Francisco, Steel, José, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*, México, Oxford, 2008, pp. 7-8.

⁷ La Corte Internacional de Justicia sólo tiene jurisdicción cuando los estados se someten voluntariamente a ella de conformidad con el artículo xxx del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

México (CAM), International Chamber of Commerce (ICC), Asociación Americana de Arbitraje (AAA), entre otras. El arbitraje es *ad hoc* cuando las partes formulan sus propias reglas, con base en el principio de libertad. Es arbitraje nacional si se plantea dentro de un sistema jurídico único. Es internacional si existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia, cuando una de las partes es extranjera o los efectos del convenio se producen en el exterior.⁸

La pandemia de la COVID-19 ha acelerado significativamente el uso del Internet en diversas actividades, tales como el *home office*, el *e-commerce*, la justicia online y los MASC en línea *Online Dispute Resolution* (ODR), incluido el arbitraje *online*⁹ que permite que a las partes ubicadas en sitios distantes resolver sus disputas sin trasladarse a otros lugares, reduce tiempo, costos, distancias y facilita el acceso a documentación. Ante las nuevas tecnologías, el derecho debe dotar de completa eficacia al arbitraje online, incluida la posibilidad de ejecución de un laudo *online*.¹⁰

Arbitraje comercial

El marco jurídico del arbitraje comercial internacional en México comprende el artículo 17 de la Constitución,¹¹ el Código de Comercio (Ccom), reglamentos de instituciones arbitrales y diversos tratados internacionales, tales como: la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, (Convención de Nueva York); la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá); y el Convenio entre México y España Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Extranjeros en Materia Civil y Mercantil de 1992.

El 22 de julio de 1993 se incorporó en el Título Cuarto del Ccom, casi en su totalidad y con muy pocas modificaciones, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo). Inicialmente se incluyó el Título Cuarto que abarcó del artículo 1415 al

⁸ Siqueiros, José, "El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada", *Varia jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, Fondo para la Difusión del Derecho, México, 1992, p. 10.

⁹ Maninat, Magdalena, El arbitraje online: ventajas y obstáculos para su implementación, *Revista MARC II Edici*, México, 2022. https://issuu.com/cedca/docs/marc_iiedicion/s/10589929

¹⁰ Montesinos, Ana, *Arbitraje y nuevas Tecnologías*, Navarra, España, Editorial Aranzadi, 2007, p. 115.

¹¹ Art. 17, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 18 junio de 2008.

1663. El 27 de enero de 2011 se adicionaron los artículos 1464 al 1480 y el 6 de junio de 2011 y el 9 de enero de 2012 se reformaron diversas disposiciones del Ccom en materia arbitral.

Arbitraje y acuerdo de arbitraje

El Arbitraje es un medio de solución de controversias comerciales de carácter privado previsto en la ley, al que voluntariamente se someten las partes mediante un acuerdo arbitral, en el que designa a un tercero (árbitro) para resolver el conflicto, y deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias, presentes o futuras, surgidas de una relación jurídica, contractual o no. Adopta la forma de cláusula compromisoria incluida en un contrato o de un acuerdo independiente. Dicho acuerdo debe constar por escrito, en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en donde una parte afirme su existencia y la otra no lo niegue.¹²

Ámbito de aplicación

Conforme a lo establecido en el artículo 1415, las disposiciones del título cuarto del CCom se aplican al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentra en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no son susceptibles de arbitraje. Si el lugar de arbitraje se encuentra fuera del territorio nacional sólo se aplican las siguientes disposiciones que permiten la intervención del juez: 1424 (remisión al arbitraje); 1425 (medidas cautelares); 1461 (reconocimiento y ejecución del laudo); 1462 (denegación de reconocimiento y ejecución); 1463 (aplazamiento del reconocimiento y ejecución, mientras se resuelve la suspensión o nulidad).

Libertades

A diferencia del proceso judicial donde se debe cumplir lo previsto en la ley, en el arbitraje las partes tienen diversas libertades que bien usadas pueden brindar grandes ventajas, tales como elegir al árbitro o

¹² Arts.1416, fracciones I y II y art. 1423 del Código de Comercio.

árbitros, diseñar el procedimiento y decidir en equidad o derecho, entre otras, lo cual se traduce en celeridad, especialidad, economía y confidencialidad.

Nombramiento de árbitros

Piedra angular del arbitraje es la libertad las partes en el nombramiento del tercero que debe resolver la controversia, es decir, la libertad de selección del árbitro o los árbitros. En el acuerdo arbitral las partes pueden nombrar al árbitro, remitir a un reglamento arbitral (arbitraje institucional) o crear las reglas o el procedimiento que se debe seguir para su nombramiento (arbitraje ad hoc). Lo que impera en el arbitraje es la voluntad de las partes expresada en el Acuerdo arbitral y se debe respetar.

Los artículos 1426 y 1427 del CCom establecen que a falta de acuerdo de las partes será un árbitro. Si no se ponen de acuerdo, a petición de una parte lo designará el juez. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y estos dos nombran al tercero. Si una parte no nombra árbitro o si los dos árbitros no logran un acuerdo sobre el tercero, lo designará el juez a petición de una parte. Cuando las partes pactan el procedimiento para el nombramiento de árbitros y una de ellas no cumple, la otra parte puede solicitar al juez que adopte las medidas necesarias. Toda decisión sobre cuestiones encomendadas al juez es inapelable.

El uso de las libertades en el arbitraje y particularmente de la libertad en el nombramiento de árbitros requiere no solo de conocimientos y experiencia jurídica sino también de mucha prudencia, tanto de las partes como de sus representantes legales. Lo recomendable es someter el arbitraje al reglamento de una institución arbitral que ha sido aplicado por años y probada su eficacia en múltiples controversias, y no asumir el riesgo de crear cláusulas arbitrales patológicas, es decir reglas defectuosas que obstaculicen o impidan el nombramiento de árbitros y, en consecuencia, impidan la solución de la controversia.

En innumerables ocasiones las reglas de nombramiento de árbitros son poco claras, restringidas o cerradas, es decir, no se establece la forma de proceder ante determinados supuestos (laguna legal), ya sean pactadas en un contrato, en un acuerdo o en un tratado internacional, situación que ha sido aprovechada por la parte demandada, que con su simple inactividad u omisión o la de un tercero ajeno a la controversia, ha provocado que no se nombren árbitros, no se constituya el tribunal arbitral y nunca se resuelva la diferencia planteada.

Lo anterior puede suceder en cualquier tipo de arbitraje, ya sea privado (particular particular) mixto (particular *vs* estado) o público (estado *vs* estado), este previsto en una cláusula arbitral, en un acuerdo o en un tratado internacional, y respecto a cualquier materia, sea comercial, de inversiones u otra.

A manera de ejemplo, en la controversia Econet Wirelles *vs* First Bank of Nigeria se solicitó arbitraje conforme al Acuerdo arbitral pactado por ambas partes, donde se establecía que cualquier controversia que surja respecto a la aplicación, interpretación o incumplimiento de ese contrato sería resuelta mediante arbitraje conforme al Reglamento de la CNUDMI. Sin embargo, en lo relativo al procedimiento de designación de árbitros, las partes decidieron no aplicar el Reglamento y crear sus propias reglas, en los siguientes términos. El tribunal arbitral se integra por tres árbitros designados por el juez presidente de la Corte de Nigeria, a solicitud de una de las partes, el juez presidente designará a uno de los tres árbitros como presidente del tribunal arbitral.¹³

Iniciada la controversia, el Juez presidente se negó a nombrar árbitros. El procedimiento de nombramiento de árbitros acordado por las partes es imperfecto, no contemplo la forma de nombrar árbitros ante la omisión de un tercero ajeno a la controversia, el Juez presidente, por lo que Tribunal arbitral no se constituyó y la controversia nunca se resolvió.

Sobre el particular, el Reglamento de la CNUDMI vigente (no aplicable en este caso) establecía que, ante la falta de nombramiento de uno o varios árbitros, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya designará la autoridad que nombrará a los árbitros.

Otro ejemplo es el de la controversia México-Estados Unidos sobre el azúcar. En el artículo 2011 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN hoy T-MEC) se estableció un procedimiento inverso de nombramientos, es decir, primero se designa al presidente del tribunal arbitral (panel) y posteriormente a los árbitros (panelistas), de la siguiente manera. Las partes acordaran la designación del presidente del panel y de no alcanzar un acuerdo, una de ellas electa por sorteo lo nombrará.

Surgida la controversia en 1999, Estados Unidos se negó a participar en el sorteo de designación del árbitro presidente. En el tratado no se estableció el procedimiento de nombramiento del presidente ante la

¹³ González de Cossio, Francisco, El Caso Econet: Requiem por un Acuerdo Arbitral frustrado, *Pauta, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional*, 2007, pp. 3-4.

negativa de la parte demandada (Estados Unidos) para participar en el sorteo, en consecuencia, no se nombró presidente, no se constituyó el tribunal arbitral y nunca se resolvió la controversia.¹⁴

De gran trascendencia y actualidad a nivel mundial es el caso del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD de la OMC), máximo tribunal arbitral en materia comercial internacional en controversias estado *vs* estado. El OSD de la OMC se integra por los tribunales arbitrales denominados Grupos Especiales (GE) y por un Órgano Permanente de Apelación (OPA) para resolver los recursos de apelación interpuestos contra los informes (resoluciones) de los GE. (17.14 ESD).

El OPA se integra por siete árbitros (participan tres en cada caso) con períodos escalonados de cuatro años renovables por otro período igual. El OPA no funciona desde el año 2017 por la falta de árbitros. El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC (ESD) contiene lo que en el lenguaje arbitral se conoce como una “cláusula arbitral patológica”, ya que no establece reglas claras que aseguren el nombramiento de los nuevos árbitros que deben cubrir las vacantes de aquellos que han concluido su mandato, situación que ha sido aprovechada por Estados Unidos para boicotear el nombramiento de nuevos árbitros para el OPA.¹⁵

Lo anterior ha provocado que en algunos casos las partes en controversia, de mutuo acuerdo, renuncien al recurso de apelación o implementen un mecanismo *ad hoc* de revisión. En otras ocasiones las partes apelan el informe del GE, sin embargo, al no estar integrado el OPA no puede resolver el recurso y, en consecuencia, la controversia queda pendiente de resolverse hasta que se nombren nuevos árbitros y se integre el OPA, lo cual puede no llegar a suceder.

A manera de ejemplo, el GE emitió su Informe en diciembre de 2022. En enero de 2023, Estados Unidos notificó al OSD su decisión de apelar el informe del GE relativo a una controversia sobre marcas de origen (DS597) planteada por Hong Kong.¹⁶ Sin embargo, al no estar integrado el OPA por la falta de árbitros, la controversia quedara sin

¹⁴ OMC, Informe del Grupo Especial, México-medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/R, pp. 21-24. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/308R-00.pdf&Open=True>

¹⁵ Goldhaber, Michael D., *Dispute resolution: US efforts remove quorum of WTO's Appellate Body*, International Bar Association. <https://www.ibanet.org/article/768437FB-31E1-4FBF-B6CF-1AA08A70550D> (fecha de consulta: 17 de mayo de 2023).

¹⁶ Organización Mundial del Comercio, Estados Unidos-Prescripción en Materia de Marcas de Origen, Comunicación de Hong Kong, China, WT/DS597/10, 2 de febrero de 2023.

resolverse por tiempo indefinido y quizás nunca se resuelva, en perjuicio de Hong Kong.

Elegir el procedimiento

Las partes tienen libertad de convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral, pueden someterse al reglamento de una institución (arbitraje institucional) o crear su propio procedimiento (arbitraje ad hoc).¹⁷ A falta de acuerdo el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje como lo considere, esto es, decidir la admisión, pertinencia, valor de pruebas, plazos e idioma, entre otros aspectos.¹⁸

Elegir la ley de fondo

El tribunal arbitral decidirá el litigio conforme a las normas de derecho elegidas por las partes. Si las partes no las eligen, el tribunal arbitral determinará la ley que debe regir el fondo de litigio tomando en cuenta las características y conexiones del caso. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia solo si las partes lo acuerdan expresamente.¹⁹

Determinar del lugar del arbitraje

Las partes pueden determinar el lugar del arbitraje. Si no lo hacen, el tribunal lo hará. El tribunal puede reunirse en cualquier lugar para deliberar y oír a las partes.²⁰ La selección del lugar del arbitraje requiere especial atención, ya que cuando se requiera la intervención judicial, será competente el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje. Si el lugar del arbitraje se encuentra fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común del domicilio del ejecutado o el de la ubicación de los bienes.²¹ El juez del lugar del arbitraje resolverá sobre el nombramiento de árbitros, medidas cautelares y nulidad del laudo, entre muchos otros importantes aspectos.

¹⁷ Acorde al art. 1435 del Código de Comercio.

¹⁸ Acorde a los arts. 1417, 1418 y 1438 del Código de Comercio.

¹⁹ Acorde al art. 1445 del Código de Comercio.

²⁰ Acorde al art. 1436 del Código de Comercio.

²¹ Acorde al art. 1422 del Código de Comercio.

Acordar la recusación de árbitros

Conforme a lo previsto en el artículo 1429 y 1470 del CCom, las partes pueden acordar el procedimiento de recusación de árbitros. A falta de acuerdo, una parte puede solicitar que el tribunal resuelva y, si este rechaza la recusación podrá, mediante el procedimiento especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, solicitar al juez que resuelva en definitiva.

Acordar las costas

Las partes tienen la facultad de adoptar, directamente o por referencia a un reglamento, las reglas relativas a las costas del arbitraje. A falta de acuerdo se aplican las disposiciones del Ccom.²²

No intervención del juez, excepciones

Es principio del arbitraje, la no intervención del juez en el proceso arbitral. El juez intervendrá a solicitud de una parte o del tribunal arbitral vía jurisdicción voluntaria o mediante juicio especial de transacciones comerciales y arbitraje (procedimiento especial), en su caso, tal como lo establecen los artículos 1421 y 1452 del Ccom.

No se requerirá la intervención del juez o su participación será mínima, en la medida que el acuerdo arbitral no tenga errores u omisiones, las partes cumplan lo pactado, se pongan de acuerdo en lo no previsto y cumplan voluntariamente lo resuelto en el laudo que emita el tribunal arbitral. En el arbitraje interviene, en su caso, el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje. Si éste se encuentra fuera del territorio nacional, conoce del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común del domicilio del ejecutado o el de la ubicación de los bienes.²³

El juez puede intervenir en el proceso arbitral en los siguientes supuestos: remisión al arbitraje; constitución del tribunal; incompetencia del tribunal; adopción de medidas cautelares; desahogo de pruebas; honorarios del tribunal; nulidad y denegación de reconocimiento y ejecución del laudo.

²² Acorde al art. 1452 del Código de Comercio.

²³ Acorde a los arts. 1422 y 1436 del Código de Comercio las partes pueden determinar el lugar del arbitraje, si no lo hacen, el tribunal lo determinará. El tribunal podrá reunirse en cualquier lugar para deliberar y oír a las partes.

Remisión a las partes al arbitraje

Aun cuando las partes hayan convenido el arbitraje como medio de solución de una controversia presente o futura, pueden optar por someter la diferencia al proceso judicial. El juez al que se someta un litigio sobre un asunto objeto de un acuerdo arbitral no puede de oficio remitir a las partes al arbitraje, solo puede hacerlo mediante solicitud de cualquiera de ellas. Conforme a lo previsto en el artículo 1424 del CCom. el juez deberá remitir a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas.

Artículo 1424.- El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

En enero de 2011 se adicionó al CCom. un nuevo artículo 1464 que establece que la solicitud de remisión al arbitraje debe formularse en el primer escrito sobre la sustancia del asunto (Código de Comercio, 13 de diciembre de 1889, D.O.F.), lo cual es acorde con lo previsto el artículo 8.1) de la Ley Modelo.

Artículo 1464.- Cuando una parte solicite la remisión al arbitraje en los términos del artículo 1424, se observará lo siguiente:

I. La solicitud deberá hacerse en el primer escrito sobre la sustancia del asunto que presente el solicitante.

Los artículos 1424 y 1464 resultan contradictorios e inconsistentes en lo relativo al momento en que se puede solicitar la remisión al arbitraje. El 1424 establece que cualquiera de las partes puede solicitar la remisión al arbitraje en cualquier momento, en tanto que el 1464 indica que la solicitud de remisión al arbitraje realizada en términos del 1424 (es decir, en cualquier momento) deberá formularse en el primer escrito sobre la sustancia del asunto que presente la solicitante.

Posiblemente el legislador no se percató de estas contradicciones o no les dio importancia. El procedimiento arbitral no deja de ser contencioso o litigioso, una parte niega lo que la otra afirma y cada parte formula la interpretación que más conviene a sus intereses en el caso particular. La realidad es que textos diferentes dan lugar a interpretaciones también distintas, ya sea de las partes contendientes, de los juzgadores, sean jueces o árbitros, así como de la doctrina. Sobre el particular, en febrero de 2020, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer

Circuito ha confirmado su criterio sostenido en diversas tesis aisladas desde antes de la reforma al CCom de 2011, en los siguientes términos.

REMISIÓN AL ARBITRAJE. PUEDE SOLICITARSE EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCEDIMIENTO, HASTA ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

... de interpretar los artículos 1424 y 1464, fracción I, del Código de Comercio, conforme a la Constitución Federal, en el sentido de que la remisión al arbitraje puede solicitarse en cualquier etapa del procedimiento, hasta antes del dictado de la sentencia definitiva, sin importar si se trata del primer escrito de comparecencia o uno posterior, pues aunque ambos preceptos aparentemente se contradicen, ante una duda razonable sobre la actualización de la competencia del tribunal arbitral, no debe preferirse fallar en favor de la jurisdicción del Estado, ..., para lograr que la voluntad contractual de las partes, de solucionar sus controversias por medios alternativos, cobre vigencia material.²⁴

El referido criterio más que optimizar el uso de los medios alternativos de solución de controversias, y en particular del arbitraje, lo obstaculiza. Permitir que cualquiera de las partes solicite al juez la remisión al arbitraje en cualquier momento del proceso judicial, hasta antes de emitir sentencia, contraviene los principios de seguridad y certeza jurídica, celeridad y economía.

Avanzado el proceso judicial, ofrecidas y desahogadas las pruebas y presentados los alegatos, es decir, antes de la sentencia, la parte que considere que esta no le será favorable, puede solicitar la remisión al arbitraje y utilizar los argumentos y pruebas presentadas por su contraparte para enmendar sus errores y fortalecer su defensa en el proceso arbitral. Lo anterior provoca incertidumbre sobre el procedimiento aplicable a la solución de la controversia, entorpece y retrasa el proceso arbitral, equivale a la sustanciación de dos procedimientos para la solución de una diferencia y provoca inequidad procesal para una de las partes. En otras palabras, desalienta el uso del arbitraje.

Por lo anterior, a efecto de evitar malas interpretaciones y futuras confusiones es urgente reformar el 1424 a efecto de hacerlo acorde a lo previsto en el 1464 y en la Ley Modelo. Es decir, el artículo 1424 debe señalar que la solicitud de remisión al arbitraje debe hacerse en el primer escrito sobre la sustancia del asunto que presente el solicitante.

²⁴ Semanario Judicial de la Federación, Registro digital: 2021586, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época Materia Civil, Tesis Aislada: I.3o.C.425 C (10a.), Libro 75, febrero de 2020, tomo III, p. 2410.

El juez, previa vista a las demás partes, debe resolver de inmediato la remisión al arbitraje a menos que en el desahogo de la vista se demuestre que una sentencia o un laudo firme ha declarado la nulidad del acuerdo arbitral o si, a consideración del juez, son notorias la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo arbitral. En contra de la resolución del juez no procede recurso.²⁵ Si el juez remite a las partes al arbitraje suspenderá el procedimiento judicial y, concluido el arbitraje, a solicitud de parte, dará por terminado el juicio.

Si en el procedimiento arbitral se resuelve la nulidad del acuerdo de arbitraje, la incompetencia del tribunal arbitral o de cualquier modo el asunto no se termina, en todo o en parte en el arbitraje, a solicitud de parte y previa audiencia de los interesados, el juez levantará la suspensión del procedimiento judicial.²⁶

Constitución del tribunal

El juez interviene en el nombramiento de árbitros cuando: no hay acuerdo (1427 III y V del Ccom); por incumplimiento del acuerdo (1427 IV y V del Ccom); por recusación de árbitros (1429, 1470 I, 1472 a 1476 del Ccom); por su remoción en caso de terminación, renuncia, impedimento o inacción (1430 del Ccom); y en el nombramiento por sustitución (1431, 1466 I, 1467 del Ccom).

La intervención del juez se realizará a solicitud de parte, ya sea por la vía de jurisdicción voluntaria, en el caso de nombramiento de árbitros, o de juicio especial para la recusación de los mismos.

Incompetencia

El artículo 1432 del Ccom establece el principio *competence-competence*, esto es, que el tribunal arbitral es competente para resolver sobre su propia competencia. La excepción de incompetencia debe oponerse a más tardar al contestar la demanda, lo cual es acorde con lo previsto en el artículo 8 de la Ley Modelo. Si al contestar la demanda una parte ha presentado la excepción de incompetencia, el tribunal arbitral puede resolverla desde luego en una resolución o hasta el laudo sobre el fondo del asunto.

Si el tribunal arbitral se declara competente en una resolución que no sea el laudo sobre el fondo del asunto, una parte puede pedir al juez

²⁵ Acorde al art. 1465 del Código de Comercio.

²⁶ Acorde a los arts. 1432, 1470 II, 1472 a 1476 del Código de Comercio.

vía juicio especial que resuelva en definitiva sobre la incompetencia dentro de los treinta días siguientes a la notificación de dicha decisión. La resolución del juez es inapelable.²⁷ Mientras se tramita la solicitud de incompetencia ante el juez, el tribunal arbitral puede continuar el procedimiento arbitral y dictar el laudo.

Medidas cautelares, pruebas y honorarios

La función cautelar necesita desplegarse previo ejercicio del derecho de acción de una parte, esto es, a instancia del interesado.²⁸ Una parte, mediante juicio especial puede solicitar al juez la adopción y, en su caso, ejecución de medidas cautelares, antes de iniciar el procedimiento arbitral o durante el mismo. El juez tiene discreción en la adopción y puede exigir garantía para proteger derechos de terceros²⁹ Además, durante el procedimiento una parte puede solicitar al tribunal arbitral, la adopción de las providencias precautorias.³⁰

El tribunal arbitral o una parte con la aprobación de éste, puede solicitar vía jurisdicción voluntaria la asistencia del juez en el desahogo de pruebas.³¹

Si una parte lo solicita vía jurisdicción voluntaria, el juez puede autorizar que el tribunal arbitral fije los honorarios para cada árbitro, considerando la complejidad del caso y demás circunstancias.³²

Nulidad del laudo

A diferencia del litigio judicial, en materia de arbitraje no existe la posibilidad de pedir la nulidad del procedimiento arbitral ni de apelar un laudo o ampararse contra él. El juez sólo puede anular un laudo o rechazar su reconocimiento y ejecución.³³ Cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, una parte vía juicio especial puede demandar al juez competente (juez del lugar) que anule un laudo (nacional o internacional), siempre que demuestre la existencia de alguna de las causales de nulidad previstas en la fracción I del artículo

²⁷ Acorde a los arts. 1432, párrafo tercero y 1470 II del Código de Comercio.

²⁸ Barona, Silvia, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Thompson Civitas, Navarra, España, Editorial Arranzadi S.A., 2006, p. 72.

²⁹ Acorde a los arts. 1425, 1478, 1479 del Código de Comercio.

³⁰ Acorde a los arts. 1425, 1433, 1470 III, 1472 a 1476 del Código de Comercio.

³¹ Acorde a los arts. 1444, 1466 II y 1469 del Código de Comercio.

³² Acorde a los arts. 1454 y 1466 III del Código de Comercio.

³³ Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, México, Editorial Limusa, 2013, pp. 291-293.

1457 del Ccom o el juez de oficio resuelva la existencia de alguna causal señalada en la fracción II.³⁴

La demanda de nulidad debe presentarse dentro de tres meses contados a partir de la fecha de notificación: a) del laudo; b) de la resolución de corrección o interpretación del laudo; o c) del laudo adicional respecto de reclamaciones omitidas en el laudo.³⁵ Aunque el Ccom no lo indica, se supone que la solicitud de nulidad debe presentarse con los mismos documentos que prevé el artículo 1461 en materia de ejecución.³⁶ En contra de la sentencia de nulidad procede en Juicio de Amparo Indirecto

Reconociendo y ejecución del laudo

El árbitro no realiza una actividad jurisdiccional: conjunto de facultades de conocer del caso (*notio*), de juzgar el asunto (*juditio*) y de hacer cumplir una determinada decisión al respecto (*imperium*). Una gran diferencia entre un juez y un árbitro es que este último no cuenta con el poder para ejecutar sus decisiones (*imperium*) que sí tiene un juez. El laudo no proviene de un acto de autoridad ni constituye un documento público, sino que tiene la naturaleza de un acto jurídico privado.

Es importante destacar que conforme a lo previsto en el artículo 1471 del Ccom, a partir de la reforma de 2011, los laudos emitidos fuera del territorio nacional no requieren de homologación de los tribunales judiciales para su ejecución. En México “los laudos no se homologan, se ejecutan. Punto. El hábito de homologación parece ser un reflejo propiciado por el hábito analítico de la sentencia extranjera”.³⁷

Una vez que se ha dictado un laudo definitivo, cualquiera que sea el país en que se haya emitido, si el laudo no se cumple voluntariamente, la parte interesada puede demandar mediante juicio especial su reconocimiento y ejecución ante el juez competente.³⁸ La demandante debe presentar el original o copia certificada, tanto del laudo como del acuerdo de arbitraje, con sus traducciones al español, en su caso.³⁹ En

³⁴ Arts. 1415, 1422, 1450, 1451, 1457, 1458, 1470 V, 1472 a 1476 Ccom. El Juez del lugar es el de primera instancia Federal o del orden común que corresponda.

³⁵ Acorde al art. 1458 del Código de Comercio.

³⁶ Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James, *ob. cit.*, p. 320.

³⁷ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Editorial Porrúa, 2018, p. 949.

³⁸ El juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje. Si el lugar del arbitraje es fuera del territorio nacional, el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.

³⁹ Acorde al art. 1461 del Código de Comercio.

contra de la sentencia de reconocimiento y ejecución procede el juicio de amparo indirecto.

El 14 de octubre de 2020, la Suprema Corte (SCJN) confirmó la Sentencia que dictó el Tribunal Colegiado, sentando el precedente de que los laudos arbitrales que se presenten, en original o copia certificada, se presumen válidos y ejecutables y son suficientes para tener por satisfecho el requisito ordenado en el artículo 1461, segundo párrafo del Ccom, sin que sea requisito, en México, solicitar cualquier tipo de autenticación del laudo, por ser este último requisito excesivo y, por tanto, inconstitucional.⁴⁰ Entre muchos otros razonamientos, el tribunal colegiado, expuso:

... el arbitraje tiene su piedra angular en la autonomía de la voluntad de las partes; éstas se obligan de buena fe a la solución de sus controversias por el árbitro... Se debe presumir mala fe en la oposición de la excepción de laudo no autenticado *si a la vez no se controvierte la autenticidad del continente, contenido o firmas de los árbitros, ofreciendo la prueba pericial correspondiente, ... de no ser así, la debida autenticación solo se convertiría en un formalismo que no abona a la eficacia del procedimiento de ejecución.*⁴¹

Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando se demuestre la existencia de alguna de las causales de nulidad previstas en la fracción primera del artículo 1462 del Ccom o si el juez de oficio compruebe la existencia de alguna causal señalada en la fracción segunda de dicha disposición.

Para ser válido y susceptible de ser ejecutado en el mayor número posible de Estados, el laudo debe respetar las leyes de policía o de orden público internacional de todos los Estados en los cuales dicho laudo puede ser ejecutado, así como las del ordenamiento público de la sede, a fin de evitar todo riesgo de anulación.⁴² El arbitraje ha de recaer sobre cuestiones litigiosas que se hallen dentro de la esfera de la libre disposición de los sujetos interesados.⁴³

⁴⁰ Rendón, Jaime, Guerrero, Juan, "La inconstitucionalidad del requisito de autenticación de los laudos arbitrales (Sentencia SCJN 14 de octubre de 2020)", *Mediación y Arbitraje*, Editorial Wolters Kluwer, España, núm. 5, enero-marzo de 2021, p. 6. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7883436>

⁴¹ Amparo Directo en Revisión 7856/2019, numerales 8, 9 y 56, sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 octubre 2020.

⁴² Gaillard, Emmanuel, *Mediación-Arbitraje*, México, Limusa, 2012, p. 98.

⁴³ Lorca, Antonio, *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1989, p. 24.

El juicio especial

Mediante el juicio especial tramitado ante el juez conforme al procedimiento previsto en los artículos 1472 a 1477 se demanda:⁴⁴ la recusación de un árbitro negada por el tribunal arbitral (1429); la incompetencia del tribunal arbitral determinada en una resolución que no sea un laudo sobre el fondo del asunto (1432); la adopción de medidas cautelares ordenadas por el juez (1424); el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares ordenadas por el tribunal (1433); la nulidad del laudo arbitral (1457); y el reconocimiento y ejecución del laudo (1461 a 1463).⁴⁵

Amparo indirecto

Mediante Jurisprudencia del Pleno en Materia Civil del Primer Circuito de fecha 26 de enero de 2016, se determinó que en contra del juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje que resuelva la nulidad del laudo o su reconocimiento y ejecución procede el juicio de amparo directo. LAUDO ARBITRAL. LA RESOLUCIÓN TERMINAL SOBRE SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EMITIDA EN EL JUICIO ESPECIAL, ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO. Lo anterior, con el propósito de agilizar los procedimientos de nulidad o reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, considerando que el proceso especial es autónomo e independiente al arbitraje, ya que reviste todas las formalidades propias de un juicio principal, por lo que las resoluciones terminales dictadas en ese proceso especial se consideran sentencias definitivas o resoluciones que ponen fin a un juicio, para efectos de la procedencia del amparo directo.⁴⁶

Tres años más tarde, mediante jurisprudencia de la SCJN del 6 de diciembre de 2019, que sustituye a la de 2016, se establece que es el amparo indirecto la vía de impugnación de la sentencia del juicio especial. LAUDO ARBITRAL. EN CONTRA DE LA SENTENCIA EMITIDA EN EL JUICIO ESPECIAL EN QUE SE DILUCIDE SU NULIDAD, O BIEN, SU RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN, PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. El juicio especial sobre transacciones co-

⁴⁴ Acorde al art. 1470 y 1471 del Código de Comercio.

⁴⁵ Antes de la reforma de 2011, el procedimiento de reconocimiento o ejecución se sustanciaba incidentalmente acorde al artículo 1463 del Código de Comercio.

⁴⁶ Registro digital: 2010812, Instancia: Plenos de Circuito, Décima Época Materia(s): Común, Civil, Tesis: PC.I.C. J/23 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 26, enero de 2016, tomo III, página 2214: Jurisprudencia.

merciales y arbitraje que procede para solicitar la nulidad de un laudo arbitral, su reconocimiento y ejecución, aun cuando culmine con una resolución en contra de la que no procede recurso, ésta no podrá reputarse como sentencia definitiva por la que se pone fin al juicio para los efectos de la procedencia del amparo directo. El laudo arbitral constituye la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio que resolvió la controversia. El juicio especial sólo dilucida lo atinente a la nulidad del laudo arbitral, su reconocimiento y ejecución, cuya sentencia proviene de un tribunal materialmente jurisdiccional, dictada en un procedimiento (especial) seguido después de que concluyó la controversia principal mediante un laudo arbitral y se limita a cuestiones adjetivas y no sustantivas, por lo que es reclamable a través del juicio de amparo indirecto.⁴⁷

El aspecto fundamental considerado en la jurisprudencia de la SCJN para resolver que procede el juicio de amparo indirecto en contra de la sentencia del juicio especial que resuelve la nulidad de un laudo arbitral, su reconocimiento y ejecución, es que dicha sentencia no tiene el carácter de definitiva para efecto del amparo directo, lo cual no está a discusión.

Sin embargo, consideramos que el criterio anterior, es decir, la procedencia del juicio de amparo directo en contra de la sentencia del juicio especial cumplía con el objetivo de agilizar los procedimientos de nulidad o reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, acorde con la reforma al artículo 17 de la Constitución de 18 de junio de 2008, que elevó a ese rango normativo la libertad de las partes de acudir a los medios alternativos de solución de controversias, entre ellos, el arbitraje, entre cuyas ventajas destaca precisamente la celeridad de los procedimientos.

Jurisdicción voluntaria

Se tramitan ante el juez, en la vía de jurisdicción voluntaria, conforme al procedimiento previsto en los artículos 532 y 534 a 537 del Código Federal de Procedimientos Civiles los siguientes asuntos: la solicitud al juez de designación de árbitro(s); la adopción de medidas referidas en el artículo 1427; asistencia del juez para el desahogo pruebas; y la consulta de honorarios del tribunal arbitral.

⁴⁷ Registro digital: 2021235, Instancia: Primera Sala, Tesis: 1a./J. 87/2019 (10a.) Décima Época Materia(s): Civil, Común, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 73, diciembre de 2019, tomo I, página 253 Materia(s): Civil, Común Tipo: Jurisprudencia.

Conclusiones

Gran ventaja del proceso arbitral frente al proceso judicial es la libertad de las partes en el arbitraje para nombrar árbitros, diseñar el procedimiento y acordar ley aplicable al fondo, entre otras.

La libertad de nombramiento de árbitros debe usarse con especial cuidado y prudencia, a efecto de evitar cláusulas arbitrales patológicas y arbitrajes truncados.

Es principio fundamental del arbitraje la no intervención del juez en el proceso arbitral, salvo los casos de excepción previstos en el Código de Comercio, entre otros: remisión a las partes al arbitraje, nombramiento de árbitros por falta de acuerdo, recusación de árbitros, desahogo de pruebas, nulidad del laudo arbitral y reconocimiento y ejecución del mismo.

Es imperativo eliminar la contradicción entre los artículos 1424 y 1464 del Código de Comercio, respecto al momento en que las partes pueden solicitar al juez la remisión al arbitraje. Para tal efecto es urgente reformar artículo 1424 para ponerlo acorde al artículo 1464 y a la Ley Modelo de la CNUDMI, es decir, señalar con claridad que las partes puedan solicitar la remisión al arbitraje en el primer escrito sobre el fondo del asunto.

El juez puede intervenir en el proceso arbitral solo en los supuestos previstos en la ley y previa solicitud de una de las partes en controversia o del tribunal arbitral, a través del juicio especial sobre arbitraje y transacciones comerciales o vía jurisdicción voluntaria, conforme a lo previsto en la ley.

En la medida en que el acuerdo de arbitraje este bien elaborado, las partes en controversia lo cumplan y se pongan de acuerdo en lo no previsto, disminuye la necesidad de la intervención judicial en el proceso arbitral.

En contra la sentencia emitida en el juicio especial que resuelva la nulidad del laudo o su reconocimiento y ejecución, procede el juicio de amparo indirecto, conforme a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Bibliografía

Amparo Directo en Revisión 7856/2019, numerales 8, 9 y 56, sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 octubre 2020.

- BARONA VILAR, Silvia, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Thompson Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2006.
- Código de Comercio, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de diciembre de 1889.
- CRISTIANCHO MOYANO, Juan Pablo, *La Conciliación y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002.
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2011.
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.
- FUENTES, Fernando, “La exitosa gestión como pacificador de Pérez Cuéllar en la ONU”, *La Tercera*, México, 5 de marzo de 2020. <https://www.latercera.com/mundo/noticia/la-exitosa-gestion-como-pacificador-de-perez-de-cuellar-en-la-onu/UO3FBYWPWJEBZDNI-Y7X5UNOQHE/>
- GAILLARD, Emmanuel, *Mediación-Arbitraje*, Limusa, México, 2012.
- GOLDHABER, Michael D., Dispute resolution: US efforts remove quorum of WTO’s Appellate Body, International Bar Association. <https://www.ibanet.org/article/768437FB-31E1-4FBF-B6CF-1AA08A70550D>
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *El Caso Econet: Requiem por un Acuerdo Arbitral frustrado*, Pauta, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, 2007.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2018.
- GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, México, Editorial Themis, 2007.
- Informe del Grupo Especial, México-Medidas Fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, OMC, WT/DS308/R, 7 de octubre de 2005.
- JORGÓN GÓMEZ, Francisco, Steel Garza, José, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*, Oxford, México, 2008.
- JUICIO ESPECIAL, ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO. Registro digital: 2010812, Instancia: Plenos de Circuito, Décima Época Materia(s): Común, Civil, Tesis: PC.I.C. J/23 C (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 26, enero de 2016, tomo III, página 2214: Jurisprudencia.

- LAUDO ARBITRAL. EN CONTRA DE LA SENTENCIA EMITIDA EN EL JUICIO ESPECIAL EN QUE SE DILUCIDE SU NULIDAD, O BIEN, SU RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN, PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Registro digital: 2021235, Instancia: Primera Sala, Tesis: 1a./J. 87/2019 (10a.) Décima Época Materia(s): Civil, Común, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 73, diciembre de 2019, tomo I, página 253 Materia(s): Civil, Común Tipo: Jurisprudencia.
- LAUDO ARBITRAL. LA RESOLUCIÓN TERMINAL SOBRE SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EMITIDA EN EL JUICIO ESPECIAL, ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO. Registro digital: 2010812, Instancia: Plenos de Circuito, Décima Época Materia(s): Común, Civil, Tesis: PC.I.C. J/23 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 26, enero de 2016, tomo III, página 2214: Jurisprudencia.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacional Resultantes de la Mediación, Naciones Unidas, Nueva York, 2018.
- Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, ONU, con enmiendas de 2006.
- LORCA NAVARRETE, Antonio, *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- MANINAT LIZÁRRAGA, Magdalena, *El Arbitraje Online: ventajas y obstáculos para su Implementación*, Revista MARC. https://issuu.com/ced-ca/docs/marc_iiediccion/s/10589929
- MONTESINOS, Ana, *Arbitraje y nuevas Tecnologías*, Thompson Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2007.
- Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos- Prescripción en Materia de Marcas de Origen, Comunicación de Kong Kong, China*, WT/DS597/10, 2 de febrero de 2023.
- PEREZNIETO-CASTRO, Leonel, GRAHAM, James, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Limusa, México, 2013.
- Protocolo Modificadorio del T-MEC, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de junio de 2020, y 28.7 del TIPAT, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de noviembre de 2018.
- REDFREN, Alan, HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London Sweet & Maxwell, 1999.
- RENDÓN, Jaime, GUERRERO, Juan, "La inconstitucionalidad del requisito de autenticación de los laudos arbitrales, sentencia SCJN 14 de

octubre de 2020”, *La Ley: Mediación y Arbitraje*, Editorial Wolters Kluwer, España, núm. 5, enero-marzo de 2021. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7883436>

Reglas de mediación en materia civil, mercantil, familiar y penal (por querrela, delito culposo o patrimonial), Capítulo v: del Procedimiento de Mediación, Sección Primera, Disposiciones Generales, Boletín Judicial núm. 97, 27 de mayo de 2016.

REMISIÓN AL ARBITRAJE. PUEDE SOLICITARSE EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCEDIMIENTO, HASTA ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA. *Semanario Judicial de la Federación*, Registro digital: 2021586, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época Materia Civil, Tesis Aislada: I.3o.C.425 C (10a.), Libro 75, febrero de 2020, tomo III, p. 2410.

SANTOS BELANDRO, Rubén, *Arbitraje Comercial Internacional*, Oxford, México, 2003.

Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo en Revisión 7856/2019, 14 octubre 2020.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial*, Pereznieto editores, México, 1994.

SILVA VELARDE, Aramayo, *Coordinadora Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

SIQUEIROS, José Luis, El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada, *Varia jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, Fondo para la Difusión del Derecho, México, 1992.

**Justicia controvertida: las leyes de neutralidad
y las exigencias del gobierno federal mexicano durante
el proceso penal de José María Carvajal (1851-1854)**

*Controversial justice: the United States neutrality laws
and the demands of the Mexican Federal Government
during the trials of José María Carvajal (1851-1854)*

VALENTINA TOVAR MOTA¹

Centro de Estudios Históricos, El Colegio de México

hismex_1910@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0226-0116>

Recibido: 11/04/2023

Aceptado: 02/08/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.05>

RESUMEN

El presente artículo estudia las dificultades que encararon los gobiernos de México y Estados Unidos para enjuiciar a José María Carvajal después de la llamada rebelión de la Loba de 1851-1852. Específicamente analiza algunos de los límites que tuvieron las llamadas

¹ Este trabajo se realizó durante mi estancia posdoctoral en el Centro de Estudios Históricos de El Colegio de México, con el financiamiento de CONAHCYT. Quiero agradecer a varios investigadores por el tiempo, esmero y aportaciones que hicieron posible el resultado de este trabajo: Erika Pani, Carlos Ortega, Emmanuel Heredia, David Vázquez, Pablo Mijangos y al seminario de Historia Política del Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, así como también a los dictaminadores anónimos.

leyes de neutralidad como dispositivo legal para encarar una incursión que fue concebida como potencialmente separatista. El artículo argumenta que esas leyes resultaron efectivas para ejercer control legal sobre algunos problemas en la zona fronteriza, pero pronto mostraron sus límites. Dado que la zona fronteriza poseía características geográficas, demográficas y sociales distintas a las que habían dado pie a ese cuerpo legal, las autoridades estadounidenses encontraron difícil aplicar la legislación. Lo anterior, aunado al hecho de que estas leyes constituían una legislación de corte doméstico, generaría frustración de los representantes diplomáticos y funcionarios del gobierno mexicano.

Palabras clave: leyes de neutralidad, José María Carvajal, frontera, diplomacia.

ABSTRACT

This article studies the difficulties faced by the governments of Mexico and the United States to prosecute José María Carvajal after the so-called rebellion of La Loba which occurred between 1851-1852. Particularly, the article examines some of the limits that the so-called Neutrality Laws had as a legal device to face an incursion that was conceived as potentially separatist. The article argues that these laws were effective in exercising legal control over some problems in the United States — Mexico border area, but soon showed their limits. Since the border area had different geographic, demographic, and social characteristics than those that gave rise to that body of law, the US authorities grappled with the application of this legislation. In addition, the fact that these laws constituted domestic legislation generated frustration amongst diplomatic representatives and officials of the Mexican government.

Keywords: laws of neutrality, José María Carvajal, border, diplomacy.

Introducción

En los últimos meses de 1851 el gobierno mexicano envió una serie de notas a la administración del presidente de Estados Unidos Millard Fillmore pidiéndole que aplicara las “leyes de neutralidad” en contra

de José María Carvajal. Junto con varios hombres, Carvajal se había alzado en la ranchería de La Loba protestando por los altos cobros arancelarios del gobierno federal y por los castigos excesivos al contrabando y había declarado la autonomía regional para manejar el comercio con los Estados Unidos.² Quizá su causa tenía motivaciones legítimas. No obstante, durante la rebelión, la cual duró varias semanas y eventualmente incluyó el asedio y ataque al puerto de Matamoros, Carvajal aceptó la participación de voluntarios estadounidenses, lo que restó credibilidad a su movimiento.

Lo que siguió fueron las airadas protestas diplomáticas por parte del gobierno de México. A través de varias peticiones realizadas por el titular del consulado de Brownsville y por el enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de México en los Estados Unidos, las autoridades mexicanas exigieron al gobierno estadounidense que pusiera freno a las “expediciones filibusteras” “habilitando el derecho de gentes”.³ En particular, el Ministro de Relaciones Exteriores e Interiores, Fernando Ramírez, afirmaba “que toda nación moderna se sostenía por el cumplimiento de los acuerdos dictados en nombre de las naciones adheridas al pacto internacional” pues los convenios entre naciones reconocían los derechos y sobre todo las obligaciones de aquellas partes que fuesen neutrales.⁴

La preocupación de las autoridades mexicanas por el riesgo de una incursión filibustera tenía razón de ser. Recientemente, se había armado una expedición independentista a Cuba y se había acusado a los organizadores de pretender desmembrar la isla del imperio español para luego anexarla a Estados Unidos. En esa oportunidad las autoridades españolas alzaron la voz pidiendo a los estadounidenses aplicar las leyes de neutralidad de 1818. Tales leyes prohibían la intervención de ciudadanos estadounidenses en conflictos internacionales ajenos, así como la organización de expediciones armadas desde su suelo. Mas aún,

² Herrera, Octavio, *La Zona Libre. Excepción fiscal y conformación histórica de la frontera norte de México*, México, Dirección General del Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004, pp. 98-103; Herrera, Octavio, *Matamoros. Historia de una ciudad Heroica Leal e Invicta en la frontera y noreste de México*, México, Quintanilla, 2018, pp. 161-162.

³ Luis de la Rosa, enviado extraordinario y ministro Plenipotenciario de México en los Estados Unidos, a José Fernando Ramírez, ministro de Relaciones Exteriores e Interiores, Washington, 13 de octubre de 1851, en Archivo Histórico de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México (en adelante AHSREM), FIL-7 (I), f. 38.

⁴ José Fernando Ramírez, ministro de Relaciones Exteriores e Interiores, al enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de México en los Estados Unidos, Washington, 14 de octubre de 1851, AHSREM, FIL-(I), f. 40.

en la relación entre México y Estados Unidos, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1831 reconocía la importancia de mantener una postura neutra cuando una de las partes se encontrase en guerra.⁵ Y, a pesar de que con el conflicto entre ambos países este acuerdo había quedado atrás, el reciente tratado de Guadalupe-Hidalgo en 1848, en su artículo XVII, había renovado el Tratado de Amistad y Comercio de 1831. Además, el propio acuerdo de Guadalupe-Hidalgo estipulaba que Estados Unidos evitaría cualquier incursión en México desde su territorio por parte de indios bárbaros. No era raro pues que ahora se alzase la voz ante lo que funcionarios de gobierno de México y de otros países latinoamericanos consideraban era un intento de “desmembrar” sus territorios.⁶

Los gobiernos mexicanos posteriores a la pérdida del territorio en 1848 fueron conscientes del peligro que representaba cualquier incursión armada desde suelo estadounidense.⁷ El ingreso de bandas de abigeos, mercenarios, tribus indígenas y filibusteros se traducían en un problema alarmante de seguridad territorial y soberanía para los gobiernos de ambas naciones.⁸ Ese problema se traslapó con el fenómeno de las luchas entre federalistas y centralistas que se daban en los estados del noreste desde décadas anteriores, en donde los líderes regionales exhibían tendencias separatistas, así como esfuerzos por echar

⁵ El tratado de amistad, comercio y navegación, entre México y los Estados Unidos fue celebrado en abril del año de 1831. Una copia de este puede encontrarse en Ojeda, Juan (ed.), *Colección de leyes y decretos expedidos por el congreso general de los Estados Unidos Mexicanos en los años de 1831 y 1832*, México, Impreso por Juan Ojeda, 1833, pp. 120-147.

⁶ Cf. Del Río Chávez, Ignacio, *Tiempos de Filibusteros en el noroeste de México*, Del Río Chávez, Ignacio et al, (coords.), *Intereses extranjeros y nacionalismo en el noroeste de México 1840-1920*, México, UNAM, 2014, pp. 1-22. https://historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/int_extranjeros/intext.html (fecha de consulta: 1 de enero de 2023); también Terrazas y Basante, María Marcela et al, (coords.), *Las relaciones México-Estados Unidos, 1756-2010*, vol. I: *Imperios, repúblicas y pueblos en pugna por el territorio, 1756-1867*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2012, pp. 373-376. <https://historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/mexusa/v1imperios.html> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).

⁷ Véase, Terrazas y Basante, Marcela, *En busca de una nueva frontera. Baja California en los proyectos expansionistas norteamericanos, 1846-1853*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1995, p. 112. https://historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/en_busca/nueva_frontera.html (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).

⁸ Baumgartner, Alice L., “The line of positive Safety: Borders and Boundaries in the Rio Grande Valley, 1848-1880,” *The Journal of American History*, vol. LI, núm. 4, 2015, pp. 1106-1122, disponible en: <https://doi.org/10.1093/jahist/jav008> (fecha de consulta: 1 de enero, 2023). Terrazas y Basante, Marcela, “Ganado, armas y cautivos. Tráfico y comercio ilícito en la frontera norte de México, 1848-1882,” *Mexican Studies/Estudios mexicanos*, vol. 35, núm. 2, pp. 171-203. <https://doi.org/10.1525/msem.2019.35.2.171>

a andar medidas autonómicas que les permitieran obtener recursos económicos sin limitaciones gubernamentales.⁹

Visto bajo cualquier lente, lo anterior representó una importante dificultad para ambos gobiernos nacionales. Para las autoridades mexicanas fue de suma importancia asegurar a como diera lugar la soberanía nacional e impedir una mayor pérdida de territorio. Para lograr ese objetivo, resultaba clave contener la emancipación de líderes regionales que obstaculizaban proyectos fiscales, militares, o de seguridad en aquella zona.¹⁰ Por su parte, el gobierno estadounidense también tuvo que enfrentar dicha problemática internacional, pero desde otros ángulos. La respuesta de las administraciones de los presidentes Millard Fillmore y Franklin Pierce a los reclamos de los gobiernos de México fue dictar una política conciliatoria aceptando el juego de la diplomacia que apelaba por cumplir con la aplicación de las Leyes de Neutralidad. Con ello, ambos gobiernos calculaban los problemas domésticos e internacionales que traería permitir que particulares perjudicaran sus intereses políticos y comerciales.¹¹ Así, el hecho de que se reuniera un jurado federal para enjuiciar a Carvajal y a varios de sus hombres significó una muestra de cooperación diplomática por parte del gobierno de Fillmore hacia las peticiones reiteradas de las autoridades mexicanas.

Este artículo se centra en las muestras de cooperación diplomática entre dos gobiernos nacionales que compartieron una demarcación fronteriza bastante reciente y difícil de administrar. En particular, fija el análisis en la utilización de las leyes de neutralidad de 1818 como un instrumento jurídico que sirvió al gobierno mexicano y al estadounidense para intentar apaciguar la rebelión que emprendió José María Carvajal en 1851. Como recurso, el gobierno mexicano apeló a estas

⁹ Sobre este tema puede consultarse la taxonomía del filibusterismo propuesta por el historiador Lawrence D. Taylor. Véase, Taylor, Lawrence D., "El filibusterismo en el noroeste de México: un análisis historiográfico", *Calafia*, México, vol. 1, núm. 10, julio-diciembre de 2005, p. 26. Sin lugar a duda, las expediciones filibusteras que denunciaba el gobierno mexicano y la prensa de la época difícilmente hicieron una distinción entre los fines que perseguía un ejército filibustero y un ejército que operaba bajo el mando de rebeldes regionales y que se sostenía del reclutamiento de ciudadanos angloamericanos.

¹⁰ Herrera Pérez, Octavio, *La Zona Libre...*, *op. cit.*, p.87

¹¹ Para el gobierno de Millard Fillmore y el de Franklin Pierce fue importante atender algunas de las peticiones formales realizadas por las autoridades federales mexicanas. No hacerlo implicaba perder la posibilidad de renegociar el artículo 11 del tratado de Guadalupe Hidalgo y aun ponía en riesgo la compra de la Mesilla. Asimismo, el gobierno de Fillmore, temía que el esclavismo avanzara hacia el oeste o incluso hacia los territorios de México. Terrazas y Basante, María Marcela, *Las relaciones México-Estados Unidos...*, *op. cit.*, pp. 373-376.

leyes para ejercer presión sobre las autoridades estadounidenses con la finalidad de que se detuvieran las incursiones armadas hacia su territorio. En ocasiones, esas incursiones eran efectuadas solamente por mexicanos aunque otras tantas veces las llevaban a cabo mexicanos aliados con angloamericanos. La hipótesis que se sustenta es que esas leyes resultaron efectivas para ejercer control legal sobre algunas acciones en la zona fronteriza, pero pronto mostraron sus límites.¹² Lo anterior, queda expuesto en el proceso judicial que se siguió en contra de José María Carvajal de 1852 a 1855, en donde pudo acusarse formalmente, arrestarse y citar ante tribunal a Carvajal, pero por falta de recursos humanos y jurídicos del gobierno estadounidense el acusado terminó quedando libre.

Las incursiones desde Estados Unidos hacia territorio mexicano por parte de Carvajal y sus simpatizantes estadounidenses no serían ni las únicas ni las últimas de su tipo. Rebeliones como con la que aquí se trata formaron parte de la conformación del espacio político y legal del estado mexicano y del estadounidense en sus zonas fronterizas.¹³ En efecto, durante la década de 1850 las autoridades se vieron obligadas a utilizar la diplomacia de manera recurrente para desarticular movimientos armados y empresas filibusteras que ponían en riesgo la integridad territorial mexicana. Para ejercer autoridad sobre una población radicada en una zona limítrofe, el gobierno mexicano tuvo que recurrir al sistema de justicia de otra nación, lo cual obliga a reflexionar sobre el tema y sobre la conformación y la naturaleza de las sociedades fronterizas.¹⁴

El artículo emplea los informes que realizó el cónsul mexicano durante el tiempo que duraron las incursiones. El cónsul en su calidad de agente diplomático tuvo una extensa comunicación con las autoridades militares apostadas en Tamaulipas y con los propios agentes civiles y militares asentados en Brownsville, Texas. Esta rica correspondencia

¹² Sobre la construcción legal de la frontera véase, Margolies, Daniel S., *Spaces of Law in American Foreign Relations: Extradition and Extraterritoriality in the Borderlands and Beyond, 1877-1898*, Athens y Londres, University of Georgia Press, 2011, pp. 1-15.

¹³ Baumgartner, Alice, "The Line of Positive Safety" ..., *op. cit.*, pp. 1106-1122; Margolies, Daniel, *Spaces of Law*, ... *op. cit.*, pp. 95-139.

¹⁴ Efectivamente, de acuerdo con Hamäläinen y Truett las fronteras o zonas fronterizas" deben ser consideradas como espacios cuyas narrativas y experiencias son interdependientes de las historias cercanas a la historia nacional o —en sus palabras— con tendencias centralistas. "A menos que resistamos la tentación de oponer unas a las otras, no mantendremos contando la misma historia [maniquea, que opone la historia estatal a la historia de las zonas fronterizas], una contra narrativa a la vez". Hamäläinen, Pekka, and Samuel Truett. "On Borderlands." *The Journal of American History* 98, no. 2, 2011, p. 349. <https://www.jstor.org/stable/41509959>

entre la Secretaria de Relaciones Exteriores y el consulado mexicano en Brownsville me permitió adentrarme en los reportes y otros informes traducidos directamente por el cónsul sobre los juicios en los tribunales o cortes (aquí se intercambian ambos vocablos) de Texas que fueron formulados entre 1852, 1853 y 1854.¹⁵ A través de los reportes relativos a los dos juicios que enfrentaron en las cortes federales de Estados Unidos Carvajal y varios miembros de su ejército podemos extraer información valiosa sobre cuáles fueron los problemas que detectaba el propio cónsul dentro del entramado de la justicia institucional de aquel país y que impidieron llevar a los rebeldes a cumplir condenas carcelarias como dictaban las propias leyes. Las leyes de neutralidad, al parecer funcionaban, en efecto, para acusar y llevar a juicio a los infractores, pero parecían no ser suficientes para efectuar las sentencias.

El deber de ser neutral

El recurso legal que utilizó el gobierno mexicano para pedir a Estados Unidos que se detuvieran las incursiones por parte de Carvajal y sus simpatizantes fueron las llamadas leyes de neutralidad. Este cuerpo legal tenía antecedentes que databan de décadas atrás. Desde finales del siglo XVIII, cuando Francia e Inglaterra se encontraban en guerra, el gobierno estadounidense había adoptado una legislación conocida como la Ley de Neutralidad de 1794 (o “Neutrality Act of 1794”). Esta normativa buscaba preservar la postura de Estados Unidos en el conflicto a través de una legislación doméstica.¹⁶ Entre otras cosas, la Ley de Neutralidad de 1794 prohibía a cualquier ciudadano de ese país “enlistarse” o servir en carácter “privado” a los intereses de algún individuo “o estado que esté en guerra en contra de una nación con la cual los Estados Unidos están en paz”. Asimismo, prohibía “a cualquier persona” armar expediciones en contra de países amigos desde territorio estadounidense y/o comenzar o preparar o poner en marcha “cualquier expedición militar o empresa para que sea llevada a cabo desde

¹⁵ Fue complicado encontrar los juicios completos de Carvajal y los filibusteros que se abrieron en las cortes federales en las ciudades de Brownsville y Galveston (el primer juicio en 1852 y el segundo en 1853). Respecto a los juicios contamos con una transcripción de ciertas partes del juicio realizadas por el cónsul mexicano. Dichas transcripciones formaron parte de los reportes que el cónsul envió al ministerio de Relaciones Exteriores e Interiores. Los reportes transcritos sobre los juicios arrojan información valiosa sobre cómo funcionó parte del entramado jurídico en una corte federal en los Estados Unidos, durante los años antes señalados.

¹⁶ Dumbauld, Edward, “Neutrality Laws of the United States”, *American Journal of International Law*, vol. 31, no. 2, 1937, pp. 258-259.

ahí en contra de los territorios o dominios de cualquier príncipe extranjero o estado con quien los Estados Unidos esté en paz”.¹⁷

Con todo y esta legislación, desde la primera década del siglo XIX numerosos individuos utilizaron territorio estadounidense para abastecerse y aun para armar conspiraciones en contra de potencias extranjeras. En tal sentido, los dominios de la corona española fueron uno de los destinos favoritos de este tipo expediciones. En 1807, por ejemplo, se hizo público en Estados Unidos que Aaron Burr, quien había servido como vicepresidente de Thomas Jefferson hasta 1805, había conspirado para desmembrar territorio del septentrión novohispano y formar una nueva nación.¹⁸ Más tarde, los estadounidenses emprendieron expediciones para reclamar jurisdicción sobre toda la margen izquierda del río Misisipi y en medio de la guerra contra Inglaterra en 1813, ocuparon sin instrucción formal Mobile (Mobila). Un año más tarde, en medio del propio conflicto las fuerzas de Andrew Jackson se apoderaron de Pensacola en la costa del golfo de México.

Como consecuencia de la inestabilidad y de las incursiones que se daban desde Estados Unidos, los representantes de la corona levantaron la voz y pidieron que se castigase más fuertemente a quienes conspiraban en contra de sus dominios. En 1817 el ministro Luis de Onís, quien actuaba como enviado de la corona española en Estados Unidos y buscaba negociar un acuerdo de límites con ese país, se quejó ante el Secretario de Estado por la ayuda que encontraban en su territorio los representantes de las colonias americanas que estaban en rebeldía. Además, Onís demandó que las autoridades estadounidenses detuvieran a todo barco corsario que utilizase sus puertos para atacar a la marina mercante española, pues ello constituía una “violación manifiesta a la neutralidad de esta república [en el conflicto que tenía la

¹⁷ En la legislación de 1794, además, el congreso estadounidense había estipulado cualquier individuo que infringiese estos artículos sería llevado ante un juez y que podía encarar tiempo en prisión y que debía pagar una multa. Quien se pusiese al servicio de un agente o gobierno extranjero podía hacerse acreedor de una multa de hasta dos mil dólares y pasar tres años en prisión. De igual modo, quien armase expediciones desde territorio estadounidense en contra de países amigos podía ir hasta por tres años a la cárcel y recibir una multa de hasta tres mil dólares. La primera versión de las llamadas leyes de neutralidad adoptó el título oficial de “An Act in addition to the act for the punishment of certain crimes against the United States” y se aprobó el 5 de junio de 1794. Puede encontrarse en Peters, Richard (ed.), *The Public Statutes at Large of the United States of America*, vol. 1, Boston, Charles C. Little and James Brown, 1845, pp. 381-384.

¹⁸ Sobre el tema, véase De la Torre Villar, Ernesto, “Dos proyectos para la independencia de Hispanoamérica. James Workman y Aaron Burr” en Ibarra, Ana Carolina (ed.), *Ernesto de la Torre Villar. Textos Imprescindibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, pp. 175-219.

corona con sus colonias americanas], a sus leyes y al tratado existente entre ambas potencias”.¹⁹

Así, las leyes de neutralidad de 1794 fueron complementadas a finales del siglo XVIII y —por las peticiones de Onís— plenamente reformadas en 1817 y en 1818. En la legislación de 1818 se especificó con mayor contundencia que se castigaría a quien conspirara “desde dentro del territorio o jurisdicción” de los Estados Unidos en contra de un “príncipe extranjero, estado, colonia, distrito o pueblo” con quien el país se encontrara en paz.²⁰ Además el gobierno de Estados Unidos incrementó las multas para quien se involucrara en actividades corsarias y para quien utilizase sus puertos como base para atacar a barcos de una nación “amiga”. Además, se siguió prohibiendo expresamente poner en marcha expediciones desde territorio estadounidense en contra del “territorio o los dominios de cualquier príncipe o estado, o de cualquier colonia, distrito, o pueblo con los que Estados Unidos esté en paz”. Para este último delito, la ley contemplaba una multa que no excediera tres mil dólares y prisión que no se extendiese más allá de tres años.²¹

Tómense en cuenta varios puntos de importancia. En primer lugar, las leyes de neutralidad eran una legislación doméstica encaminadas a preservar asuntos que tenían que ver con el derecho de gentes.²² De este modo, no estaban atadas a ningún acuerdo entre naciones, pero adquirirían importancia cuando este tipo de convenios estuviesen ausentes. En segundo lugar, tómese en cuenta que habían sido diseñadas originalmente para regular cuestiones marítimas. Lo anterior resulta

¹⁹ Carta de Luis de Onís al secretario de Estado John Quincy Adams, Filadelfia, 9 de julio de 1817. De Onís, Luis, *Official Correspondence between Don Luis de Onís, Minister from Spain to the United States of America and John Quincy Adams, Secretary of State, in Relation to the Floridas and the Boundaries of Louisiana with other Matters in Dispute between the Two Governments*, Londres, Effingham Wilson & Royal Exchange, 1818, pp. 4-5. https://books.google.com.mx/books?id=uBX5J8_N2AYC&pg (consultado el 23 de febrero de 2023)

²⁰ “An Act in addition to the “Act for the punishment of certain crimes against the United States,” and to repeal the acts therein mentioned”, Peters, Richard (ed.), *Public Statutes at Large of the United States of America*, vol. 3, Boston, Charles C. Little and James Brown, 1846, pp. 447-450. <https://books.google.com.mx/books?id=ZUMFAAAAYAAJ> (consultado el 23 de febrero de 2023).

²¹ *Idem*.

²² Cf. Pulido, Rogelio, “Las relaciones mexicano-estadounidenses y el problema de la neutralidad, 1906-1913”, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Instituto de Investigaciones Históricas, 2006, pp.28-30 y Fallas, Carmen, “El filibusterismo en los mensajes al Congreso de los presidentes de los Estados Unidos y la ley de neutralidad 1848-1860”, *Diálogos*, Revista electrónica de Historia, Costa Rica, vol.12, núm. 2, febrero, 2012, p. 40. <https://doi.org/10.15517/dre.v12i2.6357> (consultado el 1 de enero de 2023).

importante pues factores como la movilidad de aquellas personas implicadas en una violación a la ley cambiarían cuando estas fuesen aplicadas en tierra firme. Y ya finalmente, tómesese en cuenta también que las leyes dejaban parte de su aplicación a la discrecionalidad. En su sección 8, la legislación estipulaba que sería el ejecutivo estadounidense o bien alguien delegado por este quien se encargaría de hacer valer las leyes, pero no especificaba mucho más.²³ Lo que es más, aunque en la sección 7 estipulaba que serían los Tribunales de Distrito los que recibirían quejas, “por quien quiera que fuesen instituidas”, inmediatamente después especificaba que se refería a “los casos de capturas dentro de aguas de Estados Unidos, o dentro de una legua marina de las costas o litoral”.

Las leyes de neutralidad de 1818 estarían vigentes por varias décadas. En 1838 fueron ampliadas a petición de la administración del presidente Martin Van Buren para permitir el decomiso de barcos y armas que estaban por usarse en una expedición armada hacia suelo canadiense. Aun así, los principios básicos de la legislación surgida durante las guerras de independencia de la América hispana siguieron vigentes a lo largo del siglo XIX.²⁴ No sólo sirvieron como instrumento destinado a preservar la neutralidad de los Estados Unidos en conflictos internacionales, sino también se convirtieron en un dispositivo importante de la política fronteriza de ese país una vez que quedó definido su límite con México a mediados del siglo XIX.

Rebelión y reclamo

Las leyes de neutralidad de 1818 tendrían una de sus pruebas más importantes en los años posteriores a la guerra entre Estados Unidos y México. Para el caso que nos ocupa serían utilizadas para enjuiciar a José María Carvajal, quien se declaró en abierta rebelión en contra del gobierno mexicano en los primeros días de septiembre de 1851 y

²³ Con respecto a la ejecución de las leyes la legislación estipulaba, “será legal para el Presidente de los Estados Unidos, o a cualquier otra persona a quien él otorgase potestades para ese propósito, emplear parte de las fuerzas navales o terrestres de los Estados Unidos o de la milicia en su caso, para el propósito de tomar posesión de y detener a cualquier barco o velero, con botín o botines, si los hay, con el propósito de ejecutar las prohibiciones y penas de esta ley y para restaurar el botín o botines en los casos en los que la restauración sea adjudicada, y también con el propósito de prevenir que se lleve a cabo cualquier expedición o empresa desde los territorios o jurisdicción de los Estados Unidos...”. “An Act to in addition to the ‘Act for the punishment of certain crimes against the United States,’ and to repeal the acts therein mentioned”, 20 de abril de 1818 en Peters, Richard (ed.), *The Public*, vol. 3, *op. cit.*, p. 449.

²⁴ Dumbauld, Edward, “Neutrality Laws of the United States” ..., *op. cit.*, p. 264.

quien el día 19 de ese mes cruzó el río Bravo desde Texas y atacó Camargo, Tamaulipas. La insurrección, la cual llevaba semanas gestándose, pronto amenazó la soberanía del gobierno mexicano sobre la margen sur del Bravo, pues en unas cuantas horas los rebeldes lograron rendir a las fuerzas del general Francisco Ávalos.²⁵ Entre otras demandas, los insurgentes pedían que se bajaran los aranceles aduanales que recientemente había aprobado el congreso mexicano y que disminuyeran los castigos al contrabando de bienes y mercancías.²⁶ Durante varios meses, las acciones de los insurgentes mantendrían en vilo a la frontera tamaulipeca, razón por la cual el gobierno mexicano y el estadounidense emprendieron la persecución de los rebeldes.

La rebelión de La Loba, como llegó a ser conocida la revuelta encabezada por Carvajal, se dio en un momento clave. Después de la guerra entre México y Estados Unidos, las administraciones de José Joaquín Herrera y de Mariano Arista habían dado prioridad a controlar la zona limítrofe. Preocupado por defender “la integridad del territorio”, en 1848 Herrera había promovido el establecimiento de 18 colonias militares en la frontera norte con la intención de prevenir ataques por parte de las tribus indígenas, así como de formar una línea defensiva que actuara en caso de invasión.²⁷

No obstante, aun con el establecimiento de colonias y con un despliegue de agentes gubernamentales persistía la falta de control en el área fronteriza. En el bajo Bravo en particular había florecido el contrabando de bienes y mercancías. Lo anterior afectaba directamente a los comerciantes del lado mexicano ya establecidos, pues si estos querían vender productos de manera legal tenían que pagar un impuesto a la importación.²⁸ Para colmo, las amenazas al territorio mexicano seguían vigentes. Desde los últimos meses de la guerra había tomado fuerza un movimiento en Estados Unidos que pedía que se conquistase “todo México”. Asimismo, había estadounidenses que reclamaban que la frontera entre ambos países se estableciera en la Sierra Madre y no en el río Bravo, como finalmente había ocurrido.²⁹

En efecto, a sólo tres años de la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo, la falta de control en el bajo Bravo amenazaba a las poblacio-

²⁵ Chance, Joseph, *José María ...op. cit.*, p. 107.

²⁶ Herrera Pérez, Octavio, *La zona libre ...op. cit.*, p. 98.

²⁷ Rodríguez, Francisco, *Colonias militares de oriente*, Archivo General de Saltillo, Coahuila, 2001, p. 23.

²⁸ Herrera, Octavio, *La Zona Libre...*, *op. cit.*, pp. 77-80.

²⁹ *Ibidem*, p. 80.

nes de ambos lados de la frontera. Tal como ha sido sugerido por la historiografía, había paso continuo de fuerzas del orden de México y Estados Unidos, pues estas “consideraban al Río Bravo, más para vadear y no como una frontera nacional, en la cual el movimiento de personas estaba restringido”.³⁰ El cruce de individuos incluía a ladrones de ganado, indígenas, esclavos fugitivos y filibusteros anglo-texanos. Así continuaría por décadas.

Para gran parte de los habitantes del bajo Bravo, no obstante, poco importaban los esfuerzos de las autoridades nacionales de México y Estados Unidos por controlar la zona fronteriza. En este espacio, existían elementos que sustentaban relaciones formales e informales entre los residentes de ambas orillas. En tal sentido, destacaban los vínculos familiares, comerciales y militares y aún las relaciones de amistad y las propias experiencias compartidas.³¹ Era una zona con particularidades sociales y políticas. Como han supuesto Pekka Hämäläinen y Samuel Truett, controlarla supondría un largo proceso de penetración por parte de las autoridades nacionales. Ello implicaría el establecimiento de instituciones, funcionarios y prácticas políticas en poblaciones de menor escala que precisamente por su localización en los márgenes territoriales de la(s) nación(es) podían articular proyectos de resistencia que en ocasiones poseían características autonómicas.³²

Durante la rebelión de La Loba el contexto internacional tampoco ayudó. Como ya ha sido referido, en 1850 la prensa comenzó a publicar noticias que hablaban de supuestos proyectos filibusteros. Ese año varios exiliados bajo el liderazgo de Narciso López y auxiliados por aventureros estadounidenses habían emprendido una expedición para independizar a la isla de Cuba y habían sido catalogados con ese mote por el gobierno español y por los periódicos de la ciudad de México.³³ La expedición de López fue derrotada justo en agosto de 1851, apenas unas semanas antes de que se alzara Carvajal. No obstante, aun con la derrota, se hizo público que los invasores de la isla querían declararla territorio independiente para luego anexarla a Estados Unidos.³⁴

³⁰ Baumgartner, Alice, “The Line of Positive Safety” ..., *op. cit.*, p. 1112

³¹ Terrazas, “Ganado, armas y cautivos”, p. 176. González-Quiroga, Miguel Ángel, *War and Peace on the Rio Grande Frontier, 1830-1880*, Norman: University of Oklahoma Press, 2020, pp. 1-6, 150-162.

³² Hämäläinen, Pekka, Samuel Truett, “On Borderlands”, p. 348.

³³ “Crónica Extranjera”, *El Universal*, 30 de junio de 1850.

³⁴ Para una mayor comprensión sobre los proyectos expansionistas de los llamados agentes “filibusteros” y la propia ambivalencia del término véase: St. John, Rachel, “The Unpredictable America of William Gwin: Expansion, Secession, and the Unstable Borders of Nineteenth-Cen-

En el norte de Tamaulipas, la insurrección acaudillada por Carvajal generó desconfianza precisamente debido a la composición de las fuerzas rebeldes. En octubre de 1851, cuando Carvajal atacó la plaza de Matamoros, sus fuerzas contaban con cerca de 1,000 hombres de los cuales la mayoría eran estadounidenses “codiciosos de aventura y fortuna”.³⁵ Asimismo, debido a las demandas de disminución arancelaria, comenzó a rumorearse que sus acciones eran financiadas por los comerciantes de Brownsville.³⁶ No por otra razón el conflicto fue también conocido como guerra de los comerciantes o “*merchants war*”. Indudablemente, la intervención de los hombres de negocios asentados en el sur de Texas representaba un riesgo mayor, por lo cual el cónsul mexicano en Brownsville Joaquín I. de Castillo y Coss se refirió a Carvajal como a un “expulso contrabandista crónico” con importantes conexiones en ambos lados de la frontera.³⁷

El gobierno mexicano rápidamente identificó la insurrección con una amenaza a la integridad nacional. En su correspondencia, el general Francisco Ávalos, comandante de la plaza de Matamoros, comenzó a tachar a Carvajal de “traidor” y de contar con “filibusteros”, por lo que pidió que se reforzara la defensa de la línea fronteriza. Ávalos se

tury Nort America”, *The Journal of the Civil War Era*, núm.1, 2016, 56-84, pp. 59-70, disponible en: <https://doi:10.1353/cwe.2016.0000> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023). “La isla de Cuba. Peligros de las Repúblicas hispano-americanas. Sesgo que deben dar a su política”, *El Universal*, 13 de agosto de 1850.

³⁵ Herrera, Octavio, *Matamoros...*, *op. cit.*, p. 163.

³⁶ Así lo informó el general Francisco Ávalos a sus superiores en una carta que envió el 21 de noviembre. “Parte del General Francisco Ávalos”, Archivo de la Secretaría de la Defensa Nacional (en adelante Archivo SEDENA), exp. 3175, doc. 1, f. 1. En noviembre la presidencia municipal de Guerrero, Tamaulipas, comunicó a sus superiores acerca de los preparativos que hacían decenas de texanos al otro lado del río, con la intención de atacar a las poblaciones del distrito de Río Grande. Las lecturas que se hicieron de este pronunciamiento en los distintos niveles del gobierno mexicano fueron en la misma dirección a las que apuntaló la prensa nacional y texana afirmando que los rebeldes tamaulipecos estaban próximos a separarse y anexarse a los Estados Unidos, tal como había ocurrido con los texanos en 1836. Los periódicos que se editaban en Nueva Orleans, como el nombrado *Picayune*, y los de Brownsville, como el de *Bandera Mexicana* y *Río Bravo*, actuaban como periódicos propagandistas de las causas filibusteras. En el caso de la prensa de la ciudad de México, los diarios conservadores, promovieron el anti-yanquismo, y denunciaron que la fragmentación del territorio estaba próxima a darse junto con la anexión de Cuba, al territorio norteamericano, “A las pérdidas en la frontera norte se unía agresiva política norteamericana sobre Cuba que amenazaba con convertir el Golfo de México en un lago norteamericano, estrangular el contacto con la República Mexicana con Europa y, como consecuencia final, su absorción por conquista o anexión, a los Estados Unidos”. Pérez Vejo, Tomás, *España en el debate público mexicano, 1836-1867. Aportaciones para una historia de la nación*, COLMEX- ENAH- INAH, México, 2008, pp.17-174.

³⁷ El cónsul apostado en Brownsville permaneció en su puesto notificando al gobierno mexicano sobre los ataques de ese ejército durante los años de 1852-1855.

quejó además de que las autoridades americanas no hacían nada para detener a los rebeldes y pidió que se conminase a los estadounidenses a actuar en contra de Carvajal pues sospechaba que ya para finales de 1851 había enviado emisarios a San Antonio para reclutar simpatizantes para que se sumaran a su movimiento.³⁸

Pronto se dieron acusaciones más serias hacia los insurgentes. A principios de 1852 Antonio María de Jáuregui, quien actuaba como inspector general de las Colonias Militares de Oriente, envió un mensaje a sus superiores en el que aseguraba que en la rebelión estaban involucrados “hombres filiados en el partido de anesación que cada día se aumenta en la república vecina” y cuya “verdadera mira que se lleva es tomarse nuestro territorio hasta la Sierra Madre”.³⁹ Jáuregui no lo expresaba con esas palabras, pero la rebelión tenía un tufo separatista.⁴⁰

Desde los primeros días de la insurrección, el gobierno de Mariano Arista presionó a las autoridades estadounidenses para que detuvieran a los instigadores del movimiento y se evitara un problema internacional. En particular, el Ministro de Relaciones Exteriores e Interiores, José Fernando Ramírez, envió varios mensajes a Daniel Webster, Secretario del Departamento de Estado, en los que se quejaba de “los desastres sufridos por las tropas del gobierno mexicano en el río Bravo por la insurrección de Carvajal y el apoyo que le han prestado personas

³⁸ Carta de Francisco Ávalos, Matamoros al Excmo. Sr. Ministro de Guerra y Marina, Matamoros, 9 de diciembre de 1851, Archivo SEDENA, Exp. 3175, doc. 3, ff. 1-3.

³⁹ Carta de Antonio María de Jáuregui al E.S. Ministro de Guerra y Marina, Monterrey, 9 de enero de 1852, Archivo SEDENA, Exp. 3180, doc. 3, f.2 vuelta.

⁴⁰ “Al término de la guerra los gobiernos mexicanos modificaron la política arancelaria que controlaría las tarifas impuestas a los productos que atravesaran por el puerto. Los efectos de esa política fortalecieron las relaciones entre gobernantes mexicanos y norteamericanos de la región que se unieron en contra de las nuevas tarifas y a favor del establecimiento de la zona libre. Fue en este escenario en el que el movimiento de José María Carvajal activó un conflicto internacional, pues los intereses comerciales entre mexicanos y anglo-americanos en el puerto de Matamoros significó el desmantelamiento de un comercio libre de controles por sus respectivos gobiernos centrales”. Terrazas y Basante, Marcela, “Joaquín José Castillo y Coss, cónsul mexicano en Brownsville y los problemas fronterizos (1851-1853)”, p. 122, en Fernando Saúl Alanís (coord.), *La labor consular en mexicana en Estados Unidos, siglos XIX y XX*, México, El Colegio de San Luis, 2004.

A través del plan de La Loba se “decretó una disminución del 40% de los derechos sobre importación, ocupó la aduana de Camargo, abrió una en Reynosa, y permitió a comerciantes la introducción ilegal de mercancías extranjeras a México”. Véase, Heredia, Emmanuel, “El combate contra el comercio ilícito en la frontera de México: ideas, instituciones, realidades, 1849-1885”, pp. 11-14. (Texto inédito).

Sobre el Plan de la Loba, véase, Zorrilla, Juan Fidel, “El plan de la loba”, en *Anuario del Centro de Estudios Humanísticos*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1980, pp. 529-542. <https://humanitas.uanl.mx/index.php/ah/article/view/1219/1122> (Fecha de consulta: 1 de enero de 2023).

armadas procedentes del territorio estadounidense”.⁴¹ El asunto fue tan serio que el propio presidente Millard Fillmore emitió una proclamación pidiendo que se pusiera un alto a la organización de tropas desde suelo estadounidense y señaló con claridad,

Considerando, que hay razón para creer que una expedición militar está por ser armada en los Estados Unidos con el propósito de invadir a la república mexicana, con la cual este país está en paz. Y considerando que hay razón para aprehender a la gente de este país que sea seducida a tomar parte en la misma, sin importar sus deberes como buenos ciudadanos. Y considerando que esos proyectos tienden a degradar el carácter de los Estados Unidos en la opinión del mundo civilizado y están expresamente prohibidas por la ley:

He emitido esta proclamación, Se advierte a todas las personas que se conecten con cualquier empresa de este tipo, en violación de las leyes y las obligaciones nacionales de los Estados Unidos, que se someterán a las fuertes penas denunciadas contra tales infractores; que, si son capturados por las autoridades mexicanas dentro de su jurisdicción, deben esperar ser castigados de acuerdo con las leyes de México, y no tendrán derecho a reclamar la intervención de este Gobierno.⁴²

A pesar de la amenaza de Fillmore, el pronunciamiento fue tomado en México por algunos periódicos de sesgo conservador como poco enérgico. En *El Universal*, por ejemplo, el senador José María Tornel, aseguró que el gobierno estadounidense permitió que Carvajal y sus hombres entraran a la frontera para lograr apoderarse de más territorio.⁴³

Conforme creció la insurrección, los reclamos se hicieron cada vez más estridentes. Al iniciar octubre del año de 1851, Luis de la Rosa, quien actuaba como Ministro Plenipotenciario mexicano en Estados Unidos, escribió un mensaje de protesta a las autoridades en Washington. En él, pedía sin empacho que los estadounidenses hicieran valer su propia legislación:

Será imposible impedir actos hostiles contra México, por parte de una gran parte de los habitantes de la frontera americana, mientras los cul-

⁴¹ Carta de José Fernando Ramírez a Daniel Webster, 5 de octubre de 1851. Chance, Joseph E., *José María de Jesús Carvajal: The Life and Times of a Mexican Revolutionary*. San Antonio, Trinity University Press, 2000, p. 110.

⁴² La proclamación de Millard Fillmore puede encontrarse en “Official. By the President of the United States. A Proclamation”, *The Republic*, 23 de octubre de 1851.

⁴³ “Pronunciamiento de José María Tornel sobre la incursión del Ejército de Carvajal a Tamaulipas”, *El Universal*, 28 de octubre de 1851.

pables de tales excesos no sean juzgados y castigados, según las leyes de ese país. El amor al lucro, por parte de un gran número del ejército revolucionario de Carvajal, a pesar de las súplicas del gobierno mexicano para que actuaran los americanos, estaba preparado para descender sobre Matamoros.⁴⁴

Pero en el bajo Bravo las autoridades federales de Estados Unidos carecían de una fuerza militar capaz de enfrentar a grandes contingentes armados. Varias de las nuevas ciudades que surgieron aledañas al río después de la guerra de 1848 tampoco tenían instituciones jurídicas sólidas que aseguraran la impartición de justicia en esos lugares. La prensa de Brownsville, por ejemplo, reportó años después que los únicos representantes gubernamentales en esa ciudad eran funcionarios de hacienda y un abogado que dirigía la recaudación de impuestos.⁴⁵

En los últimos meses de 1851 y los primeros de 1852, el Ejército Libertador de Carvajal continuó reclutando y llevando acciones armadas a lo largo del Bravo. En noviembre sus huestes tuvieron una dura batalla en Cerralvo, Tamaulipas, en contra de las fuerzas de Antonio María Jáuregui.⁴⁶ Luego de ese encuentro Carvajal y sus hombres cruzaron el Bravo, refugiándose en el sur de Texas en donde intentaron reorganizarse. Pronto volvieron a atacar el norte de México. Semanas más tarde, en febrero de 1852, los rebeldes sufrieron una derrota en la villa de Camargo. Esta vez un contingente de la Guardia Nacional comandado por Antonio Canales Rosillo mermó tan severamente las fuerzas de Carvajal que el líder insurgente y buena cantidad de sus seguidores cruzaron hacia territorio estadounidense en donde permanecerían lo que restaba del año.⁴⁷

Primera comparecencia ¿Un aparato judicial débil?

Desde principios de 1852, el juez de distrito John Watrous formó un jurado federal en Brownsville para acusar formalmente a José María Carvajal por violar las leyes de neutralidad de Estados Unidos.⁴⁸ En

⁴⁴ "Mensaje de Luis de la Rosa", *El Universal*, 5 de octubre de 1851.

⁴⁵ Chance, Joseph E., *José María de Jesús Carvajal...*, *op. cit.* pp. 128-129; "Brownsville, la junta", *American Flag*, 18 de febrero de 1854.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 126-127.

⁴⁷ *Ibidem.* pp. 141-143.

⁴⁸ Jhon Charles Watrous, en 1846 obtuvo el nombramiento de Juez de distrito de los Estados Unidos, después de la anexión de Texas a Estados Unidos, Watrous fue nominado y confirmado Juez del distrito del este de Texas, por el presidente James K. Polk, véase: <https://www.tshaonline.org/handbook/entries/watrous-john-charles> (fecha de consulta: 10 de junio de 2023).

unos días, el fiscal federal William P. Ballinger presentó el caso al tribunal y logró imputar cargos legales a Carvajal y los suyos por violación al deber de ser neutral.⁴⁹ A finales de marzo se dio la noticia de que los cargos en su contra habían surtido efecto, pues un general de apellido Haney había logrado arrestar al líder rebelde.⁵⁰ Pronto, no obstante, parte de la opinión pública mexicana tuvo una decepción, pues Carvajal, aprovechando uno de los recursos ya ofrecidos por la justicia de Estados Unidos, obtuvo libertad bajo fianza con la condición de que regresara a una nueva audiencia.⁵¹

Aun y cuando en 1852 algunos integrantes del Ejército Libertador fueron apresados en Matamoros, (y luego juzgados y ejecutados) en el lado mexicano, Carvajal pudo mantenerse en libertad el resto del año. En los informes sobre los juicios que enfrentaron él y varios antiguos integrantes de su ejército, el cónsul mexicano afirmaba que los procesos judiciales habían estado plagados de inconsistencias. La principal queja fue que el sistema judicial estadounidense facilitase la puesta en libertad de un personaje que México consideraba enemigo nacional y de sus aliados angloamericanos.⁵²

Para entender por qué la legislación destinada a detener a los grupos filibusteros pareció ser insuficiente a los ojos del gobierno mexicano se tendría que realizar un escrutinio de su carácter legal, del espíritu de las leyes. Como ya fue apuntado, las leyes de neutralidad buscaban cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos habilitando sus instituciones jurídicas y echando mano de una legislación diseñada para dar respuesta a preocupaciones concretas. No obstante, aun con ese propósito tanto ese corpus legal como los tribunales tenían por objetivo que el país se condujera bajo el principio de “legalidad” y el respeto a las garantías individuales contempladas en las legislaciones estadounidense y texana. Y, hasta cierto punto, la legislación cumplió

⁴⁹ Chance, Joseph, *José María...*, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁰ Nota sin título, *Cooper's Clarksburg Register*, 31 de marzo de 1852.

⁵¹ “Aprehensión del traidor Carbajal, Situación de Brownsville”, *El Universal*, 2 de abril de 1852.

⁵² Sucesos de la frontera. Pasos dados por este consulado. (nota reservada) Joaquín I. de Castillo a Palacio Nacional, Brownsville, 26 de julio de 1854. AHSREM, FIL-7 (VII), f.67. No es este el espacio para analizar las discusiones que ha generado la libertad bajo fianza como recurso legal. Debe apuntarse, no obstante, que en la década de 1850 como en la actualidad su “regresividad” hacia el acusado era altamente criticada. En particular, la utilización de la libertad bajo fianza por parte de Carvajal fue criticada pues a pesar de las graves acusaciones en su contra, poseía recursos económicos y allegados con caudales importantes que le facilitaban el acceso a tal dispositivo legal. Sobre este tema en la actualidad, véase, Stevenson, Megan T., “Distortion of Justice: How the Inability to Pay Bail Affects Case Outcomes”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, issue 4, 2018, pp. 511-542. <https://doi.org/10.1093/jleo/ewy019>

sus cometidos. Mas, dadas las quejas del gobierno mexicano, vale la pena preguntarse ¿cómo funcionó la administración de justicia cuando se trató de detener y juzgar a los transgresores de las leyes de neutralidad? y ¿en qué pasos del proceso abierto por los tribunales para lograr la sentencia de los infractores se entorpecía y por qué?

Como ya se dijo, el primer juicio que Carvajal enfrentó junto con diecisiete hombres del llamado Ejército Libertador estuvo presidido por el juez Watrous. En esa oportunidad, también estuvo presente el fiscal federal —William P. Ballinger— y varios alguaciles federales a cargo de este. Las principales funciones asignadas al fiscal en el tribunal o corte federal de los Estados Unidos fueron la de reunir pruebas para presentar un caso bien fundamentado y que éste no fuese desestimado por el juez. No obstante, la recolección de evidencia sólida resultó más difícil de lo que se creía pues, como ya quedó apuntado, el magistrado accedió a que los acusados pagasen una fianza para llevar el juicio en libertad.⁵³ Advertía, sin embargo, que el caso seguía abierto hasta reunir suficientes pruebas para sustentar “el reclutamiento y alianza de una expedición filibustera iniciada en suelo norteamericano”.⁵⁴

¿A qué se referían los diarios cuando estos pugnaban por el robustecimiento de pruebas? Lo más probable es que apuntasen a la falta de testigos para sustentar las acusaciones. Al respecto, el cónsul mexicano aseguraba que William Pitt Ballinger había presentado “apenas cinco testimonios” para probar que Carvajal reclutó y armó gente en territorio estadounidense.⁵⁵ Aun y cuando estas eran declaraciones de personas que fungieron como testigos oculares de los eventos de reclutamiento, parecían ser insuficientes, pues había testigos que no se animaban a declarar en el juicio. El propio cónsul con-

⁵³ “Aprensión al traidor Carvajal. Fianza por 5,000 dólares”, *El Universal*, 20 de mayo de 1852, “Notas sobre los sucesos en Brownsville”, *El Constitucional*, 23 de abril de 1852. “Matamoros” *El Universal*, 2 de abril, 1852. Moretta, John, “Jose Maria Jesus Carvajal, United States Foreign Policy and the Filibustering Spirit in Texas, 1846-1853,” *East Texas Historical Journal*, vol. 33, issue 2, pp. 14-16, 1995. <https://scholarworks.sfasu.edu/ethj/vol33/iss2/6>. La constitución texana de 1845 estipulaba el derecho de los acusados en juicio criminal, a salir bajo fianza. Véase, The Constitution of the State of Texas, art. 1. Secciones: 8 y 9, pp. 1-2. Esta puede ser consultada en: <https://tarlton.law.utexas.edu/c.php?g=810627> (fecha de consulta: 10 de julio de 2023)

⁵⁴ Los colaboradores de Carvajal estuvieron acusados por violar los estatutos, 2 y 6 de las leyes de neutralidad. El fiscal federal tendría que demostrar a través de testimonios que los hombres al mando de Carvajal alistaron, y reclutaron gente para emprender una expedición filibustera en territorio con el que su país estaba en paz.

⁵⁵ “Lista de filibusteros arrestados”, Joaquín I. de Castillo y Coss al ministro de Relaciones Exteriores José Miguel Arroyo, Brownsville, 9 de febrero de 1852, en AHSREM, Legajo, FIL-7 (II), f. 208.

cluyó en uno de sus informes a sus superiores “que la evidencia no fue robusta y por eso el juez la desestimó y les otorgó libertad condicional a los bandidos”.⁵⁶

Las autoridades mexicanas no olvidarían la lección. Un año más tarde, a principios de 1853, la diplomacia mexicana comenzó a enviar informes en los que se aseguraba que Carvajal se preparaba para atacar de nuevo el norte de Tamaulipas.⁵⁷ En marzo de 1853 Valentín Cruz, el comandante de la línea del Bravo escribió una carta a sus superiores en la que se quejó de que “Carvajal goza[ba] de impunidad pasándose el Río Bravo y acogiéndose con descaro a la protección de los Estados Unidos” y agregaba que “se aprovecha de esa protección para levantar fuerzas organizadas y con ellas llevar la guerra y la desolación a otro país, comprometiendo de ese modo la responsabilidad de un gobierno que es benigno y generoso y que sólo le ofrece un asilo pacífico en donde pueda vivir honrosamente”.⁵⁸

El temor que despertaron los rumores sobre un posible ataque se materializó en esos mismos días, pues A.N. Norton, uno de los antiguos miembros del Ejército Libertador de Carvajal, atacó Reynosa y demandó que se le otorgase un pago de 30 mil pesos a fin de dejar en paz a los habitantes de la localidad.⁵⁹ Ante el ataque el gobierno estadounidense se movilizó y arrestó nuevamente a Carvajal y a dos de sus seguidores. E.R. Paul, teniente en el ejército de Estados Unidos, envió entonces una nota a Valentín Cruz, el comandante de las fuerzas mexicanas en Camargo, y le notificó de la aprehensión con las siguientes palabras, “tengo el honor de informar a Usted que en la mañana de hoy muy temprano he aprehendido a Carvajal, Dowd y Roundtree, los cuales voy a mandar a Brownsville esta tarde y celebraré mucho que u. haga ir los testigos necesarios a dho. Brownsville para probar la parte que esos

⁵⁶ Joaquín I. de Castillo al procurador norteamericano W.P. Ballinger, Brownsville, Texas [s.f.]. Ballinger en esa nota respondió al cónsul. Se refirió a la disposición del gobierno estadounidense a investigar el caso, pero le hizo ver que no se habían reunido pruebas de las aseveraciones. Sobre este punto el historiador Joseph E. Chance afirmó que el en el juicio de Carvajal y los demás filibusteros fueron puestos en libertad porque los fiscales a cargo nunca pudieron probar a través de suficientes evidencias que [estos] habían reclutado gente en el territorio neutral de los Estados Unidos. Chance, Joseph, *José María...*, *op. cit.* p. 156.

⁵⁷ Carta de Joaquín I. de Castillo, cónsul mexicano en Brownsville, al Excmo. Sr. Ministro de Relaciones Exteriores de la República mexicana, Brownsville, 31 de enero de 1853, AHSREM, FIL-7 (vii), f.136.

⁵⁸ Carta de Valentín Cruz, comandante de la Línea del Bravo a Wm. I. Haney, jefe del 8vo. Departamento Militar, Camargo, Tamaulipas, 29 de marzo de 1853, AHSREM, FIL-7 (vii), ff. 26-31.

⁵⁹ Informe de Seberiano Medrano al Sr. coronel Valentín Cruz, jefe de Línea del Bravo, 27 de marzo de 1853, AHSREM, FIL-7 (vii), f. 29.

individuos han tenido en las depredaciones cometidas sobre el territorio mexicano”.⁶⁰

Nuevo arresto y liberación

El proceso para enjuiciar a Carvajal y a los miembros del Ejército Libertador duró meses que luego se volvieron años. Cuando se dio el arresto de marzo de 1853 ni siquiera se había finalizado con el proceso abierto en 1852 y las audiencias se prolongarían hasta 1854.⁶¹ Dado que en tales años no existía un tratado de extradición, el gobierno mexicano se concentró en buscar que se hiciera uso de la legislación doméstica de los Estados Unidos para detener un problema internacional que parecía expandirse a lo largo de la frontera norte.⁶² Sustentar las acusaciones y juntar evidencia en una zona fronteriza, no obstante, se tornaba difícil.

Cuando se detuvo nuevamente a Carvajal por los ataques a Reynosa, las autoridades mexicanas buscaron contribuir a expeditar el juicio en su contra. En medio de estos sucesos Valentín Cruz escribió al cónsul mexicano sobre sus deseos de “juntar gente que ayuda[ra] con sus testimonios a encarcelar a los expulsos mexicanos y yankis filibusteros”.⁶³ La nota advertía que él mismo había acudido a los ranchos para

⁶⁰ Carta de Valentín Cruz al Sr. alcalde de la Villa de Mier, Camargo, Tamaulipas, 10 de abril de 1853, AHSREM, FIL-7 (VII), ff. 31-34.

⁶¹ La historiografía en México (sobre todo los trabajos de Bertha Ulloa, Marcela Terrazas y Basante e Ignacio del Río Chávez) ha señalado que en los juicios (de algunos filibusteros) los jueces federales dejaron libres a los trasgresores de las leyes de neutralidad. El ejemplo que persiste en la literatura de la época y al que recurren los estudiosos del periodo es el juicio que enfrentó el filibustero William Walker por las incursiones a Baja California entre 1853 y 1854. El filibustero fue juzgado por una corte federal en California acusado de violar las leyes de neutralidad. La prensa de la época relató que el juicio había sido una farsa, pues el juez le impuso una fianza que lo dejó en libertad en menos de veinte minutos. Trascendió que el Juez dictó la sentencia afirmando que apoyaba “la causa del acusado, pero que debía cumplir la ley”. Del Río, Ignacio, “Tiempos de Filibusteros” ..., *op. cit.*, p. 62. Terrazas, Marcela, *Las relaciones México-Estados Unidos...*, *op. cit.*, p. 323. Ulloa, Bertha, “Las relaciones mexicano-norteamericanas, 1910-1911”, México, *Historia Mexicana*, vol. 15 (1), 1965, pp. 25-46. <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/1059> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023)

⁶² No era para menos. Entre 1852 y 1853 México atestiguó dos de las más sonadas expediciones filibusteras. En la primera de ellas el conde Gastón de Rousset-Boulbon intentó establecer un proyecto de colonización en Sonora, a pesar de que las autoridades rehusaron a reconocerle el permiso. En el segundo caso, William Walker tomó partes de Baja California e incluso declaró abiertamente que formaría una república independiente. Sobre este punto véase St. John, Rachel, *Line in the Sand. A History of the Western U.S.-Mexico Border*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2011, pp. 43-45.

⁶³ Ejército mexicano del Bravo, brigada Valentín Cruz. Valentín Cruz, al cónsul de Brownsville, J. Joaquín del Castillo y Coss. 29 de mayo de 1853, AHSREM, FIL-7 (VI), f. 34.

animar a la población con esta proclama: “que vengan a declarar, aunque les entre miedo”.⁶⁴ Según informó Cruz, él mismo había recabado el testimonio de siete personas en un juzgado de primera instancia, en la villa de la población de Mier, después de que el Ejército Libertador entrara a Matamoros en 1852.⁶⁵ Esos testimonios servirían, según las palabras del propio cónsul, como evidencia en el proceso abierto a Carvajal en los Estados Unidos.

El expediente judicial enviado por Cruz presentaba información de primera mano sobre las reuniones que sostuvo Carvajal en los ranchos de la rivera del Bravo y del lado estadounidense para reclutar gente y así integrarlos al Ejército Libertador. Dicho expediente fue entregado más tarde al fiscal de los Estados Unidos para que se agregara como parte de las pruebas del caso. Casi todos los testigos dijeron tener certeza de que Carvajal había reunido gente y armado los ataques desde suelo texano, aunque hubo quien declaró no saber con precisión que éste hubiese enviado a sus huestes para saquear suelo tamaulipeco.⁶⁶

Unos días después el cónsul de México en Brownsville acudió ante las autoridades texanas para presentar los testimonios recogidos por Cruz. Su declaración quedó registrada de la siguiente manera:

El declarante, residiendo en la ciudad de Brownsville Texas, depone y dice que como cónsul ha sido informado y cree cierto, lo siguiente:

Ha recibido los anteriores informes en parte por las notas oficiales que le han sido dirigidas por las autoridades de la margen mexicana del río Bravo y en parte por las personas que presenciaron esos hechos ultrajantes y el declarante cree que tales infracciones de las leyes pueden comprobarse por los señores Dionisio Garza, Trinidad Flores y Francisco García Treviño, residentes de Reynosa, así como por E.D.S., vecino de Edimburgo, del condado de Hidalgo, Texas. Los únicos nombres que el declarante ha logrado saber de las personas que formaron la partida invasora son: N. Norton, Voltaire Roundtree, Apolinario Zarate, Leonardo Farías y Francisco Sánchez. El declarante suplica al juez se sirva de expedir que tales órdenes sean requeridas por la ley para que las personas que faltan sean arrestadas. Por los hechos arriba citados el declarante considera que hay motivos fundados para creer que la organización militar de la partida [a la que] se ha hecho referencia antes tuvo lugar

⁶⁴ Ejército mexicano del Bravo, brigada Valentín Cruz. Valentín Cruz, al cónsul de Brownsville, J. Joaquín del Castillo y Coss. 29 de mayo de 1853, AHSREM, FIL-7 (vi), f. 34.

⁶⁵ Información jurídica practicada en el juzgado de primera instancia y al alcalde 3 de esta villa de Mier. Sobre la aprensión de Carvajal. 5 de abril de 1853, AHSREM, FIL-7 (vi), fs. 41-44.

⁶⁶ Información jurídica practicada en el juzgado de Primera Instancia y alcalde 3ro. de Esta Villa de Mier, Año de 1853, sobre la aprehensión de Carbajal, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vi), f. 41.

en Estados Unidos y es de la jurisdicción de Estados Unidos, en cuyo territorio se proveyó y preparó para invadir territorio de la República de México.⁶⁷

Las gestiones del cónsul no obstante sirvieron de poco. Las autoridades estadounidenses pidieron que las declaraciones recogidas por los funcionarios mexicanos fuesen ratificadas ante ellas. Aun así, nadie acudió para cumplir con lo solicitado y los testimonios quedaron invalidados.⁶⁸ Las leyes de neutralidad —una legislación doméstica— como dispositivo legal para controlar la zona fronteriza llegaban al límite. En una de sus columnas el periódico *Bandera Mexicana* daba a conocer que el procedimiento “de la suma de testigos” era decepcionante, pues en ambos lados de la frontera la gente que podía testificar, “o apoyaba la causa de Carvajal, o bien callaba y no se presentaba a declarar ante la posibilidad de una reprimenda”.⁶⁹

¿Por qué no acudían los testigos a declarar en contra de Carvajal? Más allá de las notas reproducidas en los diarios texanos y de las propias valoraciones del cónsul, se debe recordar lo ya anotado anteriormente: existía un fuerte entramado social en aquellas poblaciones ubicadas en los márgenes del Río Bravo, sobre todo en villas como Camargo, Mier, Guerrero y Reynosa. En el área se habían forjado vínculos de parentesco, amistad y trabajo en un crisol de violencia del cual habían surgido lealtades que dificultaban la administración de justicia. Sobre todo, la obstaculizaban cuando agentes externos trataban de ejercerla. En efecto, estas poblaciones llevaban años —desde antes de la ocupación estadounidense— enfrentándose a contingentes armados provenientes de Texas, además de combatir también por mucho tiempo el asedio de los indios lipanes y comanches.⁷⁰ De hecho, al terminar la guerra con los Estados Unidos y ya con la demarcación de la frontera, Camargo, Mier, Guerrero y Reynosa continuaron la tradición de armarse para enfrentar

⁶⁷ Estado de Texas. Condado de Cameron. Joaquín del Castillo, ante el juez A. W. Arrington juez del 12 distrito judicial. Joaquín I. de Castillo al ministerio de Relaciones Exteriores, 22 de abril de 1853, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vi), f. 72-74.

⁶⁸ Algunos de los testigos que sí aceptaban ir a la audiencia residían en Tamaulipas, “y no podían las autoridades Estados Unidos ejercer jurisdicción sobre ellos”. Por tanto, las autoridades de Estados Unidos deberán solicitar por conducto de sus contrapartes de México organizar a la gente y embarcarla para que viaje a rendir su testimonio. Llegada del juez Watrous. Causa contra Carvajal será llevada adelante. Joaquín I. de Castillo al ministerio de Relaciones Exteriores, 12 de junio de 1853, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vi), f. 79-80.

⁶⁹ *Bandera Mexicana*, 20 de julio de 1853.

⁷⁰ García Martínez, Leticia Dunay, “Una guerra inevitable: El noreste de Tamaulipas frente a los Estados Unidos, 1840-1849”, *El Colegio de San Luis*, 2013, pp. 30-34.

problemas de violencia.⁷¹ Fue precisamente esa zona la que el movimiento de Carvajal tuvo como base. Dado que la mayor parte de los residentes de esa zona se conocían mutuamente resultaba difícil que alguno quisiese involucrarse en asuntos de orden legal. La lealtad hacía la comunidad y a los “líderes regionales” fue uno de los pilares en el que se cimentaba la organización social en aquellas zonas de frontera.⁷²

Y aun había otras complicaciones. Desde finales de abril, el cónsul de México en Brownsville informó al presidente Santa Anna que Carvajal y los suyos estaban detenidos, pero que, sin la autoridad competente para presidir la audiencia, “sería ilegal detener por mucho tiempo a los filibusteros, pues era su derecho solicitar el auto de *habeas corpus*, y salir libres de inmediato”.⁷³ Por tanto, en esos mismos días el diplomático informó a sus superiores que las autoridades estadounidenses contemplaban llevar “a estos facciosos a algún otro punto dentro de los límites de este Estado”. Apuntaba, sin embargo, que él mismo había procurado persuadirlos para que mantuvieran a los presos “en Fortín Brown, pues en los demás puntos no existen constancias de la criminal conducta observada por estos hombres y las autoridades se verían en la necesidad de darles la libertad”.⁷⁴

El 23 de mayo de 1853 las autoridades de Estados Unidos liberaron bajo fianza a Carvajal y a sus secuaces por no poder formarse un tribunal para enjuiciarlos. Molesto, el cónsul informó al Ministerio de Relaciones Exteriores que, si bien los acusados habían tenido que depositar fuertes cantidades para quedar excarcelados, estos no habían tenido mayor problema pues las sumas habían sido subvencionadas por los hombres acaudalados que residían en Brownsville.⁷⁵ Así pues, los pro-

⁷¹ Las autoridades militares y civiles en las villas del noreste habían enfrentado las revueltas federalistas (1838-1839) de los líderes políticos-militares de esas localidades, Antonio Canales Rosillo, Antonio Zapata, José María Carvajal, entre otros. Para un mejor acercamiento a las tensiones entre gobierno central y los fronterizos del noreste entre los años antes citados, véase: Vázquez, Josefina Zoraida, “La supuesta República del Río Grande”, *Historia Mexicana*, vol. 36, núm.1, julio-septiembre, 1986, pp. 52-53.

⁷² Para una mejor comprensión de la formación de los líderes regionales en Nuevo León y Tamaulipas y la capacidad de proporcionar defensa a sus localidades, véase García, Luis, *Frontera armada. Prácticas militares en el noreste histórico*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2021, pp. 256-258

⁷³ J. Joaquín I. de Castillo y Coss a Palacio Nacional, 28 de abril de 1853, AHSREM, FIL -7 (vi), fs. 59-60.

⁷⁴ Carta de Joaquín I. de Castillo, cónsul mexicano en Brownsville, al Excmo. Sr. ministro de Relaciones de la República mexicana en México, Brownsville, 28 de abril de 1853, AHSREM, FIL -7 (vi), fs. 59-60.

⁷⁵ “Noticia a que se hace referencia en la nota reservada de este consulado No. de esta fecha”, Brownsville Texas, 23 de mayo de 1853, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vi), ff. 213-214. Las sumas

blemas para aplicar la justicia no solamente estaban marcados por la carencia de un cuerpo legal que se adaptara a la zona fronteriza, sino también por la intervención de grupos de interés económico que pugnan por la continuación de la baja arancelaria.

Aplazamiento

En junio de 1853 por fin pudo organizarse un tribunal para juzgar a Carvajal. No obstante, en la primera oportunidad los acusados pidieron que el juicio fuera trasladado a los tribunales en Galveston. El argumento esgrimido por Carvajal y sus hombres fue “que temían ser víctimas del espíritu del partido que persistía en los juzgados de Brownsville”.⁷⁶ En otras palabras, temían que si se llevaba a cabo el proceso judicial en la zona fronteriza el resultado estuviese marcado por la animadversión que la revuelta había levantado en los representantes del gobierno mexicano. Pero el cónsul mexicano sólo veía en esta petición una triquiñuela legal. En un mensaje que envió al Ministro de Relaciones Exteriores de México le manifestó que lo que en realidad buscaban los acusados no era más que dificultar la comparecencia de los testigos que residían en la frontera, pues Galveston se encontraba alejado y sería difícil trasladarse hacia allá.⁷⁷

A mediados de 1854 se reunió la Corte Federal para dictar sentencia sobre la intervención de los acusados de atacar Reynosa. No obstante, ese mismo día el tribunal hizo público que —nuevamente— postergaría el proceso judicial, pues el magistrado John Watrous no había podido presentarse para presidir el juicio. De acuerdo con el informe que envió el cónsul mexicano, varios de los acusados de atacar Reynosa ni siquiera habían podido presentarse, pues habían tomado otros derroteros. Según dijo, uno de ellos “murió en la miseria en un Hospicio de la capital de la Unión, el 10 de enero del presente año”. De otros cuatro “no se tienen noticias sobre su paradero”. Joseph Moses, “ex vice cónsul de los Estados Unidos en Monterrey [quien también había participado en los ataques de Carvajal al norte tamaulipeco] se halla en Washington

no eran nada despreciables para la época. José María Carvajal había tenido que depositar 5,000 dólares y Norton y Roundtree 3,000 cada uno. Lo anterior sin duda exhibe la intervención de los hombres acaudalados de Brownsville y de los intereses comerciales en la revuelta, lo cual no es nada menor.

⁷⁶ Que el juicio pendiente contra Carvajal se ha trasladado a Galveston. Joaquín I. de Castillo al ministerio de Relaciones Exteriores, 1 de julio de 1853, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vi), f. 225.

⁷⁷ Que el juicio pendiente contra Carvajal se ha trasladado a Galveston. Joaquín I. de Castillo al ministerio de Relaciones Exteriores, 1 de julio de 1853, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vi), f. 225.

City”. Y finalmente, “J. González se halla en Matamoros, desempeñando el empleo de ayudante del Exmo. Sr. Gobernador General del Depto. de Tamaulipas”.⁷⁸ Carvajal, calificado como “mexicano muy conocido jefe de la revolución que estalló en la frontera en 1851”, se mencionaba en un renglón, “trabaja actualmente como agrimensor y reside cerca de Davis o Río Grande City”.⁷⁹

Días después, cuando por fin Watrous pudo llegar a la frontera, el magistrado dio la razón a los acusados y no sólo decidió que el proceso continuara en Galveston, sino que reiniciaría hasta principios de 1854. El disgusto del gobierno mexicano fue tal que el propio presidente Antonio López de Santa Anna emitió un decreto en el que manifestó que eran “traidores y quedan para siempre proscritos del territorio nacional, los mexicanos que pasándose al otro lado de la línea limítrofe, hicieren armas contra la República, la invadiesen por cualquier punto, hostilizaren a los pueblos o cometieren en ellos cualesquiera actos de depredación o de violencia”.⁸⁰ Y por si había dudas a quiénes se refería, especificaba, “Se declara a Carbajal y a los mexicanos que le han acompañado en sus invasiones proscritos para siempre del territorio de la República, e indignos del nombre mexicano”.⁸¹

Absolución

Los procedimientos de la audiencia que se llevó a cabo en Galveston en enero de 1854 dejaron mucho que desear al gobierno mexicano. Se suponía que la sesión estaba encaminada para dictar sentencia a Carvajal y a dieciséis individuos que habían colaborado con él en los disturbios de 1852. No obstante, la defensa alegó que los agentes que habían encausado a Carvajal no cumplían con los requisitos legales para cumplir como tales y sólo habían actuado legalmente por las pre-

⁷⁸ Carta de Joaquín I. de Castillo al ministro de Relaciones Exteriores, Brownsville, 8 de junio de 1854, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), f. 34.

⁷⁹ Noticia de las personas acusadas de organizar expediciones militares contra la República de México, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), ff. 38-39.

⁸⁰ Para entender los contextos nacionales de mediados del siglo XIX en los que se insertaron las legislaciones para detener bandidaje, conspiraciones políticas y demás problemas sociales, véase: Pani, Erika, “Los ‘castigos nacionales’: justicia y política en tiempos de guerra”, pp. 565-588, en Galeana, Patricia, *El Imperio napoleónico y la monarquía en México*, Ciudad de México, Siglo XXI, Senado de la República, 2012.

⁸¹ Decreto de Antonio López de Santa-Anna, Benemérito de la Patria, General de División, Caballero Gran Cruz de la Real y distinguida Orden Española de Carlos III y presidente de la República Mexicana, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vi), f. 100. La noticia también fue dada en “El traidor Carvajal”, *El Universal*, 24 de julio de 1853.

siones del gobierno de México. Aparentemente, para ser miembro del jurado era requisito poseer propiedades y uno de los miembros del tribunal acusatorio carecía de ellas.

Watrous dio la razón a la defensa y absolvió a Carvajal de todo cargo relacionado con los ataques de 1852. Frustrado, el cónsul de Brownsville escribió nuevamente a Manuel Díez de Bonilla, Ministro de Relaciones Exteriores, y le informó del resultado.⁸² Aun así, notificó a Díez de Bonilla que no todo estaba perdido pues “el faccioso” todavía debía presentarse ante el tribunal para hacerse responsable por el ataque que Norton había llevado a cabo sobre Reynosa. El periódico *American Flag* opinaba mientras tanto que, si bien no podía aplicarse un castigo, el gobierno estadounidense tenía el deber de hacer cumplir las leyes de neutralidad. “Somos de la opinión”, comentaba el redactor, “que se debe hacer un castigo ejemplar que tienda a impedir el dominio que el espíritu aventurero va adquiriendo en los Estados Unidos y [...] de un ardor irreflexivo a muchos conduciéndolos donde quiera que haya lucha o botín”. Y argumentaba sin miramientos “se nos ha informado que por parte del fiscal de Galveston se presentaron datos suficientes para sostener los cargos hechos en las acusaciones de parte de las causas presentadas, pero que del juicio no resultó culpable alguno. Es mejor a nuestro modo de ver, que se declare nula la ley de neutralidad, que permitirle permanecer sin fuerza alguna; de esta manera los Estados Unidos se ahorrarían crecidos gastos”.⁸³ Al dar largas al asunto, de acuerdo con el periódico, el gobierno estadounidense pecaba por omisión.

Watrous citó a audiencia para continuar con el juicio en junio de 1855. Entretanto, en la segunda mitad de 1854 el Gran Jurado se reunió en Galveston para tratar de formular cargos a Carvajal y los suyos por la incursión en Reynosa. No obstante, incluso en esta fase inicial del nuevo proceso judicial se tornó difícil sustentar el caso. Frustrado, el cónsul mexicano afirmaba no poder intervenir, “sólo cooperar cuando [me lo pidieran] los encargados de llevar la justicia en la nación vecina”.⁸⁴ Y así prosiguió el cónsul comprometido en reunir evidencia

⁸² Juicio contra Carvajal y partidarios. 4 de febrero de 1854. José Joaquín I. de Castillo y Coss al ministro de Relaciones Exteriores, Manuel Díez de Bonilla, en AHSREM, Legajo, FIL-7 (vii), ff. 6-7

⁸³ El artículo fue traducido por Joaquín I. de Castillo. La traducción está fechada el 20 de febrero de 1854 y se encuentra en AHSREM, Legajo, FIL-7 (vii), ff. 15-16.

⁸⁴ J. Joaquín I. de Castillo y Coss a Manuel Díez de Bonilla, ministro de Relaciones Exteriores, 20 de octubre de 1854, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), f. 138.

que fuera usada en el tribunal en contra de los filibusteros. En uno de sus informes relató las dificultades:

Dirigí al Sr. Cummings, comisionado de los Estados Unidos, y este me respondió que nada puede hacer para cuando la corte federal se abra, si no procede una declaración jurada acusando a los promotores de la expedición que se vieron organizando en el territorio de los Estados Unidos, en contravención de las leyes de neutralidad y para hacer tal declaración no estaba preparado, pues necesitaba testigos suficientes para sostenerla. En calidad de cónsul traté de ayudar como siempre lo he hecho, reuniendo testigos, pero otro comisionado de los Estados Unidos, D.T. Parker me impidió continuar con esto. Según el comisionado Parker informó haber detenido a una mujer llamada Rafaela Vega y ante la declaración de esta ordenó el arresto de cuarenta y nueve personas. Pero la corte desestimó en otra audiencia las acusaciones de Rafaela, quien ni siquiera pudo escribir su nombre. He considerado toda una farsa porque noté que al tomarse las declaraciones se mostró poco empeño en descubrir la verdad, y nada se ha hecho contra los acusados. El Sr. Parker tiene en ese asunto la misma autoridad que Cummings mas no inspira igual confianza en sus procedimientos, pues el mismo ha violado las leyes de neutralidad que pretende vindicar.⁸⁵

Algunos diarios que simpatizaban con la rebelión que había acaudillado Carvajal usaron el testimonio de Rafaela Vega para atacar el aparato de justicia federal estadounidense. El periódico *Bandera Mexicana* dio una lección completa de “aquellas autoridades incompetentes quienes impartieron la justicia federal, ya que en su afán de tener testigos presentaban a la “pobre Rafaela, [como una] analfabeta, india y mentirosa”.⁸⁶ El cónsul confirmó al Ministro de Relaciones Exteriores que la acusación de Rafaela no pudo sostenerse por ser este “un testimonio dudoso”,⁸⁷ pero el tribunal aún no había terminado las indagaciones. Aun así, persistían los obstáculos para la aplicación de justicia ya conocidos: no había testigos, y cuando se lograba llevarlos ante el tribunal, no podían sostener las acusaciones, según lo que determinaba el juez a cargo. Las leyes de neutralidad, unas leyes domésticas necesi-

⁸⁵ El cónsul afirmaba que el comisionado Parker “no me autorizó proseguir con la búsqueda de los testigos porque él se encargó de llevar a Rafaela a la corte sin revisar su testimonio”. Joaquín I. de Castillo a Manuel Díez de Bonilla, Ministro de Relaciones Exteriores, 20 de octubre de 1854, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), f. 138.

⁸⁶ “El examen judicial a los libertadores”, *Bandera Mexicana*, 14 de octubre de 1854.

⁸⁷ Sucesos de la frontera. Pasos dados por este consulado. Joaquín I. de Castillo a Manuel Díez de Bonilla, ministro de Relaciones Exteriores, 26 de julio de 1854, en AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), f. 67.

taban el testimonio de individuos que residían fuera de Estados Unidos para poder entrar en vigor.

Desvanecimiento

Quizá a Carvajal lo último que le importaba en ese momento era cómo se preparaba la audiencia programada para 1855. En 1854, el gobierno mexicano —principal impulsor del proceso judicial en contra de José María Carvajal— sufrió una de sus más serias convulsiones. A principios de año, el hartazgo con la administración encabezada por Antonio López de Santa Anna provocó una nueva insurrección en México. Ya en marzo, se dieron levantamientos armados en el sur del país acaudillados por Juan Álvarez.⁸⁸ Pronto varios mexicanos que se encontraban exiliados en Estados Unidos manifestaron su apoyo a la rebelión y hacia ellos se volcó la atención del cónsul. A mediados de 1854, llegaron a Brownsville Melchor Ocampo, Ponciano Arriaga y José María Mata, quienes habían estado en Nueva Orleans exiliados en compañía de Benito Juárez.⁸⁹ El cónsul de México en Brownsville, quien hasta entonces parecía haberse concentrado en llevar a juicio a Carvajal y los suyos, ahora fijó su atención en estos individuos que se autodenominaron “junta liberal”.

La revolución de Ayutla, como llegó a ser conocido el movimiento encabezado por Álvarez y los liberales, y la movilización de sus simpatizantes en el sur de Texas pronto levantaron suspicacias. En julio de ese año, la representación del gobierno mexicano en Brownsville informó de los movimientos de un individuo de apellido Howell que había estado aliado con el “faccioso” Carvajal y que ahora se movilizaba para apoyar a los rebeldes. Apuntaba que Howell había estado también involucrado en el “proyecto” de expedición a la isla de Cuba y que preparaba una partida para asistir a los insurgentes en México.⁹⁰ Pronto el representante del gobierno mexicano en Washington manifestaría que era

⁸⁸ Sobre el tema, véase Díaz, Lilia, “El liberalismo triunfante” en *Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2000, pp. 587-589.

⁸⁹ Morales, Alejandro, “Juárez: exilio y revolución”, Soberanes, José, García, Miguel, *et. al.* (coords.), *Derecho, Guerra de Reforma, Intervención francesa y Segundo Imperio. A 160 años de las Leyes de Reforma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, pp. 27-35. Muñoz, Pablo, “Largo y sinuoso camino”: La incorporación a la Revolución de Ayutla de los liberales exiliados en Estados Unidos, *Signos históricos*, vol. 16, núm. 31, 2014, pp.161-189.

⁹⁰ Carta de Joaquín I. de Castillo, cónsul mexicano en Brownsville al ministro de Relaciones Exteriores Manuel Díez de Bonilla, Brownsville 14 de julio de 1854, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), ff. 56-57.

necesario que las autoridades de Estados Unidos aplicaran las leyes de neutralidad en la frontera.⁹¹

Ese mismo mes el administrador general de la aduana de Puerto Isabel envió una circular a las principales autoridades del sur de Texas. En ella pidió que impidieran que los mexicanos contrarios al gobierno establecido al sur de la frontera se armaran para ir a pelear a Tamaulipas, pues las autoridades mexicanas se hallaban “en paz” con los Estados Unidos.⁹² Y recordando el deber de ser neutral, agregaba, “las prevenciones generales de la ley sobre la materia se encontrarán en el acta del congreso de 20 de abril de 1818”. Lo anterior no evitó que más tarde se reportara sobre una partida de filibusteros que habían hecho un “pronunciamiento a nombre del faccioso Carvajal y de los mexicanos que se encuentran desterrados en Estados Unidos” y que se internaron en Tamaulipas hasta atacar Ciudad Victoria. Se apuntaba que estos habían sido rechazados y reducidos al orden por el General Adrian Woll quien entonces actuaba como Gobernador y Comandante General del Departamento.⁹³ Arriaga, Mata y Ocampo, miembros de la llamada “junta liberal” de Brownsville serían acusados de contratar filibusteros para atacar a México, acusación que nunca pudo comprobarse.

En julio de 1855, cuando ya la revolución de Ayutla había tomado fuerza, un periódico de Estados Unidos dio una breve noticia sobre el desenlace judicial de las acusaciones en contra de José María Carvajal. En un escueto comunicado que se envió desde el sur de Texas, y que siguió a las noticias acerca de las acciones armadas que se llevaban a cabo en el norte Tamaulipeco, el periódico aseguró “La Corte Federal de este distrito levantó sesiones ayer sin hacer nada de consecuencia además de absolver a Carvajal, Norton, Roundtree y cerca de 26 más de los llamados *filibusteros*, en algunos de esos casos el Señor Fiscal de

⁹¹ Carta de Juan N. Almonte, enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de la República Mexicana, al Hon. S. Marcy, secretario de Estado de los Estados Unidos, 20 de julio de 1854, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), f. 61. El asunto fue tan sonado que unos días más tarde la Legación mexicana en Washington informó que Juan N. Almonte, quien había sido enviado como ministro Extraordinario ante el gobierno de Estados Unidos, había pedido que se aplicaran las leyes de neutralidad para detener a los “expulsos” mexicanos que estaban organizando una conspiración en contra del gobierno establecido en la frontera texana. Carta de W.L. Marcy, secretario de Estado de los Estados Unidos a Juan N. Almonte, Enviado Extraordinario y ministro Plenipotenciario de la República mexicana, Washington, 22 de julio de 1854, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), f. 66.

⁹² Circular de S. Powers, Administrador de la Aduana Marítima de Puerto Isabel traducida por Joaquín I. de Castillo, Brownsville, Julio 26 de 1854, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), f. 63.

⁹³ Informe sin titular ni firmar, México, Palacio Nacional, 1 de agosto de 1854, AHSREM, Legajo, FIL -7 (vii), f. 77.

Estados Unidos aplicó un *nolle prosequi*, y otros fueron absueltos por cuenta de la ilegalidad de la acusación, la cual fue anulada”.⁹⁴

Consideraciones finales

¿Qué reflexiones se pueden sacar de las dificultades que vivieron los gobiernos de Estados Unidos y México para procesar, juzgar y sentenciar a José María Carvajal? Por un lado, es claro que ambas partes enfrentaron retos para encontrar y conformar un cuerpo legal que ayudase a controlar la nueva zona fronteriza. Como ha sido apuntado por otros autores, ejercer soberanía en la frontera y tomar el control administrativo de su zona aledaña resultó una tarea colosal que tomó décadas.⁹⁵ En ese tenor, tal dificultad representó un reto mayúsculo para las autoridades locales y nacionales de México. En efecto, los cinco años posteriores al establecimiento de la frontera norte, las administraciones de José Joaquín Herrera, Mariano Arista y Antonio López de Santa Anna echaron mano de todo recurso legal y diplomático que tuvieron a su alcance para enfrentar las expediciones armadas emprendidas desde suelo estadounidense, como aquellas iniciadas por José María Carvajal y los suyos en el otoño de 1851.

Como se ha visto en este trabajo, el único recurso jurídico que sirvió a los gobiernos de México para hacer frente a las incursiones filibusteras fue la demanda de aplicar las leyes de neutralidad de 1818. Ese recurso, diseñado originalmente para preservar el “deber” de ser neutral en conflictos internacionales, estaba configurado para ejecutarse en contextos políticos y sociales distintos al que se vivía en la zona fronteriza en la década de 1850. Había sido diseñado para controlar potenciales acciones hostiles en puertos marítimos y en altamar y ahora se adaptaba para prevenir incursiones armadas en zonas limítrofes de tierra firme.⁹⁶

Mas en la zona fronteriza, no sólo los potenciales acusados y los implicados en un proceso legal tenían mayor movilidad. En áreas como

⁹⁴ “Highly Important from the Rio Grande”, *Augusta Daily Chronicle and Sentinel*, 21 de julio de 1855.

⁹⁵ Margolies, *Spaces of Law*, ..., *op. cit.*, pp. 95-139; también Vázquez, David, “Shifting Border, Changing Laws: The Executive Branch of Government and the Treaty of Extradition between Mexico and the United States, 1876-1911”, *Mexican Studies/Estudios Mexicanos*, 2022; vol. 38, núm. 3, pp. 458-482, (fecha de consulta: 1 de enero, 2023). <https://doi.org/10.1525/msem.2022.38.3.458>

⁹⁶ Pulido, Rogelio, “Las relaciones mexicano-estadounidenses”..., *op. cit.*, pp.28-30 y Fallas Santana, Carmen María, “El filibusterismo”..., *op. cit.* p. 40.

el sur texano y el norte tamaulipeco había también vínculos familiares, de amistad y de trabajo que dificultaban hacer valer la autoridad. Así, la amplia y poco resguardada frontera mexicana facilitaba que las bandas de subversivos se escabulleran y aun dificultaba la aparición de testigos en los tribunales. Estos últimos corrían riesgo de ser objeto de venganza tanto en sus personas como en sus bienes en un contexto como el que generaba la frontera por lo cual resultaba difícil actuar legalmente en contra de los filibusteros.

Pero ejecutar la ley no era una dificultad exclusiva que encaraban las autoridades (mexicanas o estadounidenses) en la frontera mexicana. El historiador Peter Guardino recuerda que en “los Estados Unidos durante la época jacksoniana muchos estadounidenses creían que los tribunales no castigaban muchos crímenes y que la comunidad debía actuar en su lugar”.⁹⁷ En gran medida, la ausencia de representantes estatales generaba dinámicas políticas y sociales que daban pie a la falta de control y aun a la necesidad de consolidación institucional.

Ahora bien, el reclamo de la poca eficacia para concretar las condenas a los filibusteros denunciada por el gobierno mexicano y su diplomacia topaba con la manera en la que estaba organizada la administración de justicia penal estadounidense. Al menos, esa conclusión fue a la que llegó el propio cónsul mexicano, cuando evaluó el proceso judicial que enfrentaron Carvajal y sus hombres durante casi cuatro años. La necesidad de formar jurado para fincar cargos y luego para llevar a cabo la impartición de justicia no resultaba nada fácil en una zona, amplia, con pocos representantes estatales, con grupos de interés bastante activos y entonces alejada de los grandes centros poblacionales de Estados Unidos y aun carente de instituciones.

A estas situaciones, se sumaba otro problema que impidió conseguir la condena de los filibusteros ya que, aun y cuando las Leyes estaban claramente estipuladas, existía vaguedad en cuanto a la manera en la que debían ejecutarse. En efecto, el procedimiento judicial en contra de Carvajal y sus aliados incluyó autoridades civiles y militares de dos países que en ocasiones traslapaban funciones y entorpecían la impartición de justicia. Por supuesto que algunas de las fallas de ese proceso fueron utilizadas como recurso legal para la defensa de los filibusteros. Recuérdese que, por un problema de potestades, el juez Watrous declaró libre de todo cargo a Carvajal por la incursión armada a Matamoros en 1852. Recuérdese también que la dilación en cuanto del proceso ju-

⁹⁷ Guardino, Peter, *La Marcha fúnebre*, México, UNAM, 2019, pp. 50-61.

dicial —por no tener formado un tribunal— facilitó su salida bajo fianza en una ocasión. Todas estas fallas hicieron aparecer a la impartición de justicia en Estados Unidos ante los ojos del cónsul mexicano como “poco efectiva”. Aun así, tendría que considerarse que quizá la frustración del diplomático también se derivaba de una imposibilidad del derecho de gentes para que los gobiernos mexicano y estadounidense hiciesen valer su autoridad sobre una zona fronteriza con complicaciones económicas y sociales. Hämäläinen y Truett conciben ese traslape de legislaciones destinadas a llevar las relaciones internacionales y corpus jurídicos locales como una de las características que deben tomarse en cuenta al momento de analizar las zonas fronterizas.⁹⁸ Todavía en esos años quienes estaban detrás de la normativa internacional y de las legislaciones estatales y municipales en la frontera buscaban adaptarlas a la realidad económica y social que suponía un nuevo lindero internacional. Quizá lo único que contaba era demostrar que había buenas intenciones para abonar a la pacificación bajo Bravo, aun y cuando se careciese de una legislación efectiva.

Fuentes de información

Archivos

Archivo de la Secretaría de la Defensa Nacional, SEDENA
Archivo Histórico de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México,
AHSREM

Prensa

El Universal
American Flag
The Republic
El Constitucional
Augusta Daily Chronicle and Sentinel
Bandera Mexicana
Daily National Era
American Flag
Santa Fe Weekly Gazette
El Siglo XIX

⁹⁸ Hämäläinen, Truett, “On Borderlands”, p. 349.

Bibliografía

- ALANÍS, Fernando Saúl (coord.), *La labor consular en mexicana en Estados Unidos, siglos XIX y XX*, México, El Colegio de San Luis, 2004.
- BAUMGARTNER, Alice L., "The Line of Positive Safety: Borders and Boundaries in the Rio Grande Valley, 1848-1880, *The Journal of American History*, Estados Unidos, vol. LI, núm. 4, 2015, pp. 1106-1122, disponible en: <https://doi.org/10.1093/jahist/jav008> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).
- CHANCE, Joseph E., *José María de Jesús Carvajal: The Life and Times of a Mexican Revolutionary*, San Antonio, Trinity University Press, 2000.
- DEL RÍO, Ignacio *et al*, (coords.), *Intereses extranjeros y nacionalismo en el noroeste de México 1840-1920*, México, UNAM, 2014, disponible en: https://historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/int_extranjeros/intext.html (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).
- DEL RÍO, Ignacio, "Tiempos de Filibusteros en el noroeste de México," en Del Río Chávez, Ignacio *et al*, (coords.), *Intereses extranjeros y nacionalismo en el noroeste de México 1840-1920*, México, UNAM, 2014, disponible en: https://historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/int_extranjeros/intext.html (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).
- DE LA TORRE, Ernesto, "Dos proyectos para la independencia de Hispanoamérica. James Workman y Aaron Burr" en IBARRA, Ana Carolina (ed.), *Ernesto de la Torre Villar. Textos Imprescindibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- DE ONÍS, Luis, *Official Correspondence between Don Luis de Onís, Minister from Spain to the United States of America and John Quincy Adams, Secretary of State, in Relation to the Floridas and the Boundaries of Louisiana with other Matters in Dispute between the Two Governments*, Londres, Effingham Wilson & Royal Exchange, 1818.
- DÍAZ, Lilia, "El liberalismo triunfante" en *Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2000.
- DUMBAULD, Edward, "Neutrality Laws of the United States", *American Journal of International Law*, 31, no. 2, 1937, pp. 258-70.
- FALLAS, Carmen María, "El filibusterismo en los mensajes al Congreso de los presidentes de los Estados Unidos y la ley de neutralidad 1848-1860", *Diálogos*, Costa Rica, vol.12, núm. 2, febrero, 2012, disponible en: <https://doi.org/10.15517/dre.v12i2.6357> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).

- FIDEL, Juan, “El plan de la loba”, en *Anuario del Centro de Estudios Humanísticos*, Monterrey, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1980, disponible en: <https://humanitas.uanl.mx/index.php/ah/article/view/1219/1122> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).
- GALEANA, Patricia, *El Imperio napoleónico y la monarquía en México*, Ciudad de México, Siglo XXI, Senado de la República, 2012.
- GARCÍA, Luis Alberto, *Frontera armada. Prácticas militares en el noreste histórico*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2021.
- GARCÍA, Leticia Dunay, “Una guerra inevitable: El noreste de Tamaulipas frente a los Estados Unidos, 1840-1849”, Tesis de Maestría, El Colegio de San Luis, 2013.
- GONZÁLEZ-QUIROGA, Miguel Ángel, *War and Peace on the Rio Grande Frontier, 1830-1880*, Norman: University of Oklahoma Press, 2020.
- GUARDINO, Peter, *La Marcha fúnebre*, México, UNAM, 2019.
- HÄMÄLÄINEN, Pekka, Samuel TRUETT, “On Borderlands.” *The Journal of American History* 98, no. 2, 2011, pp. 338-61. <https://www.jstor.org/stable/41509959>
- HEREDIA, Emmanuel, “El combate contra el comercio ilícito en la frontera de México: ideas, instituciones, realidades, 1849-1885” (Texto inédito).
- HERRERA, Octavio, *La Zona Libre. Excepción fiscal y conformación histórica de la frontera norte de México*, México, Dirección General del Acervo Histórico Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004.
- HERRERA, Octavio, *Matamoros. Historia de una ciudad Heroica Leal e Invicta en la frontera y noreste de México*, México, Quintanilla, 2018, disponible en: <https://www.matamoros.gob.mx/historia.pdf> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).
- IBARRA, Ana Carolina (ed.), *Ernesto de la Torre Villar. Textos Imprescindibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- MARGOLIES, Daniel S. *Spaces of Law in American Foreign Relations: Extraterritoriality and Extraterritoriality in the Borderlands and Beyond, 1877-1898*, Athens y Londres, University of Georgia Press, 2011.
- MORALES, Alejandro, “Juárez: exilio y revolución”, en SOBERANES, José, GARCÍA, Miguel, et. al (coords.), *Derecho, Guerra de Reforma, Intervención francesa y Segundo Imperio. A 160 años de las Leyes de Reforma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- MORETTA, John, “Jose Maria Jesus Carvajal, United States Foreign Policy and the Filibustering Spirit in Texas, 1846-1853,” *East Texas Historical Journal*, vol. 33, núm. 2, 1995, pp. 161-189.

- MUÑOZ, Pablo, “‘Largo y sinuoso camino’: La incorporación a la Revolución de Ayutla de los liberales exiliados en Estados Unidos.” *Signos históricos*, vol. 16, núm. 31, pp. 161-189.
- RODRÍGUEZ, Francisco Javier, *Colonias militares de oriente*, Archivo General de Saltillo, Coahuila, 2001.
- ST. JOHN, Rachel, “The unpredictable America of William Gwin: Expansion, secession, and the unstable borders of nineteenth-Century North America”, *The Journal of the Civil War Era*, núm.1, 2016, 56-84, disponible en: <https://doi:10.1353/cwe.2016.0000> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023)
- OJEDA, Juan (ed.), *Colección de leyes y decretos expedidos por el congreso general de los Estados Unidos Mexicanos en los años de 1831 y 1832*, México, Impreso por Juan Ojeda, 1832. pp. 565-588.
- PANI, Erika, “Los castigos nacionales”: justicia y política en tiempos de guerra”, en Patricia GALEANA, *El Imperio napoleónico y la monarquía en México*, Ciudad de México, Siglo XXI, Senado de la República, 2012.
- PÉREZ, Tomás, *España en el debate público mexicano, 1836-1867. Aportaciones para una historia de la nación*, México, COLMEX- ENAH- INAH, 2008.
- PETERS, Richard (ed.), *The Public Statutes at Large of the United States of America*, vol. 1, Boston, Charles C. Little and James Brown, 1845.
- PULIDO, Rogelio, “Las relaciones mexicano-estadounidenses y el problema de la neutralidad, 1906-1913”, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo- Instituto de Investigaciones Históricas, 2006.
- STEVENSON, Megan T., “Distortion of Justice: How the Inability to Pay Bail Affects Case Outcomes”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, Issue 4, 2018, pp. 511–542. <https://doi.org/10.1093/jleo/ewy019>
- TAYLOR, D., “El filibusterismo en el noroeste de México: un análisis historiográfico”, México, *Calafia*, vol. 1, núm. 10, julio-diciembre de 2005.
- TERRAZAS, Marcela, “Ganado, armas y cautivos. Tráfico y comercio ilícito en la frontera norte de México, 1848-1882,” *Mexican Studies/ Estudios mexicanos*, vol. 35, núm. 2, pp.171-203. <https://doi.org/10.1525/msem.2019.35.2.171>
- TERRAZAS, Marcela, *En busca de una nueva frontera. Baja California en los proyectos expansionistas norteamericanos, 1846-1853*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1995, disponible

en: https://historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/en_busca/nueva_frontera.html (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).

TERRAZAS, Marcela, “Joaquín José Castillo y Coss, cónsul mexicano en Brownsville y los problemas fronterizos (1851-1853)”, en Fernando Saúl Alanís (coord.), *La labor consular en mexicana en Estados Unidos, siglos XIX y XX*, México, El Colegio de San Luis, 2004.

TERRAZAS, María Marcela *et al*, (coords.), *Las relaciones México-Estados Unidos, 1756-2010, vol. I: Imperios, repúblicas y pueblos en pugna por el territorio, 1756-1867*, México, UNAM, Instituto de investigaciones históricas, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2012, disponible en: <https://historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/mexusa/v1imperios.html> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).

The Constitution of the State of Texas, art. 1. Secciones: 8 y 9, pp. 1-2. <https://tarlton.law.utexas.edu/c.php?g=810627> (fecha de consulta: 10 de julio de 2023)

ULLOA, Berta, “Las relaciones mexicano-norteamericanas, 1910-1911”, México, *Historia Mexicana*, vol. 15, núm. 1, 1965, disponible en: <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/1059> (fecha de consulta: 1 de enero de 2023).

SOBERANES, JOSÉ, GARCÍA, Miguel, *et. al* (coords.), *Derecho, Guerra de Reforma, Intervención francesa y Segundo Imperio. A 160 años de las Leyes de Reforma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

ST. JOHN, Rachel, *Line in the Sand. A History of the Western U.S.-Mexico Border*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2011.

VÁZQUEZ, Josefina Zoraida, “La supuesta República del Río Grande, *Historia Mexicana*, vol. 36, núm.1, julio-septiembre, 1986, pp. 52-53.

VÁZQUEZ, David Adán, “Shifting Border, Changing Laws: The Executive Branch of Government and the Treaty of Extradition between Mexico and the United States, 1876-1911”, *Mexican Studies/Estudios Mexicanos*, 2022; vol.38, núm. 3, pp. 458-482. <https://doi.org/10.1525/msem.2022.38.3.458> (fecha de consulta: 1 de febrero de 2023).

RESOLUCIONES Y CRITERIOS JURISDICCIONALES RELEVANTES

**Tema: Principio de progresividad en materia
de derechos humanos**

La tutela del principio de progresividad. Una cuestión de derechos y no de normas

The protection of the principle of progressivity. A question of rights and not rules

ALEJANDRO DAVID AVANTE JUÁREZ¹

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México

alejandro.avante@te.gob.mx

<https://orcid.org/0009-0009-3395-1674>

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.06>

RESUMEN

La dignidad de la persona es base sin la cual es imposible hablar de un sistema jurídico donde haya vigencia de los derechos fundamentales. Este ensayo, busca demostrar que esa tutela judicial debe reestablecer el estatus obtenido en la protección de derechos, más allá de la fuente de la que surgió, puesto que lo relevante es el grado de satisfacción obtenida y no la autoridad que lo haya reconocido, puesto que el Estado debe considerarse como un todo en el que las diversas agencias que lo conforman no generen diferencia respecto de la vigencia de derechos. Así, tomando como punto de partida la dignidad de las personas resulta irrelevante que la protección de derechos derive de un acuerdo, una sentencia; un reglamento o de una ley o incluso de la constitución puesto que lo importante es que, una vez reconocido, el

¹ Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

grado de protección que genera en favor de las personas sea siempre respetado como un mínimo exigible.

Palabras clave: derechos humanos, dignidad humana, responsabilidad del Estado, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

The dignity of the person is the basis without which it is impossible to speak of a legal system where fundamental rights are valid. This essay seeks to demonstrate that this judicial protection must reestablish the status obtained in the protection of rights, beyond the source from which it arose, since what is relevant is the degree of satisfaction obtained and not the authority that has recognized it, since that the State must be considered as a whole in which the various agencies that make it up do not generate differences regarding the validity of rights. If dignity of people is a starting point, it is irrelevant that the protection of rights derives from an agreement, a sentence; a regulation or a law or even the constitution since the important thing is that, once recognized, the degree of protection it generates in favor of people is always respected as a minimum required.

Keywords: human rights, human dignity, state responsibility, principle of proportionality.

Introducción

La vigencia de los derechos humanos en el orden jurídico es una cuestión que orienta la calidad del Estado de Derecho. A mayor vigencia, la calidad de vida de las personas se mejora y, con ello, los principales compromisos del Estado se cumplen en mayor proporción. Por el contrario, una afectación constante a los derechos humanos de las personas se traduce en un incumplimiento de las expectativas de vida de quienes habitan un Estado y, por ello, en desgaste en la convivencia. Es el Estado el primer interesado en que todas las personas que conforman la población tengan un nivel de satisfacción suficiente en el ejercicio de sus derechos para poder lograr una mejor sociedad. Por ello, es por lo que a lo largo de los tiempos cada uno de los Estados ha reconocido la necesidad de proteger los derechos, no solo de la

mayoría, sino de todas aquellas minorías que, por diversas razones, han resultado invisibilizadas o sistemáticamente discriminadas.

De ahí que, si todas las personas tienen los mismos derechos y éstos son exigibles al mismo Estado, el alcance de su protección se torna en el mínimo exigible respecto del cual no debe darse ni un paso atrás. Es ésta la esencia del principio de progresividad de derechos y su contraparte la prohibición de regresividad. Sin embargo, la sola presencia de estos principios en un orden jurídico no garantiza que el Estado cumpla en todas sus dependencias con ese ideal de progresividad y no regresión pues muchas de las instituciones pueden afectar de manera directa o indirecta la vigencia de esos principios.

Luego entonces, el cuestionamiento que surge es ¿qué debe hacerse para hacer prevalecer el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos cuando una determinación viole ese estándar mínimo? La respuesta proviene de la propia conformación del Estado, puesto que es la tutela judicial en la revisión de los actos de las autoridades la que permite recuperar la vigencia de los derechos humanos que han sido restringidos de manera contraria al principio de progresividad.

La accesión de los derechos humanos en la dignidad

La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.² De ahí que podamos partir de algo esencial: la dignidad y los derechos se refieren a dos cosas distintas. La dignidad humana puede tener varias dimensiones y acepciones según lo que se quiera analizar. En su alcance ético, implica considerar que cada individuo posee un valor intrínseco e inalienable, simplemente por ser humano y, al aplicarla en el análisis de los derechos humanos, la dignidad debe ser concebida como el elemento indispensable en el que descansan la totalidad de éstos, por lo que, si se atenta contra ella, se afectan todos los derechos, ya sea directamente o en las condiciones necesarias para su ejercicio pleno.

Así, por ejemplo no podríamos pensar que una persona que es víctima de un trato degradante que atenta contra su dignidad pudiera ser afectada, exclusivamente, en su derecho a la integridad física o su derecho a la libertad de expresión puesto que la afectación a la dignidad genera un estado de restricción de derechos que, si bien no ocasiona una afectación inmediata a todos ellos, si genera una situación concreta

² Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 1. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

que, dependiendo de cada momento o modalidad, impide que uno o varios de los derechos puedan ser ejercidos o satisfechos.

Para entender mejor esta particularidad, puede acudir a una institución jurídica del derecho civil que nos permite ejemplificarlo claramente: la accesión.

Siguiendo a Planiol y Ripert³ se llama accesión al derecho en virtud del cual el propietario de una cosa adquiere la propiedad de todo lo que a ella se une o incorpora. Al respecto, el artículo 895 del Código Civil Federal dispone que todo lo que se une o se incorpore a una cosa, lo edificado, plantado y sembrado, y lo reparado o mejorado en terreno o finca de propiedad ajena, pertenece al dueño del terreno o finca. Si un terreno fuera expropiado o destruido, todo lo que en él descansa sigue la suerte de aquél, sin que se pudiera pensar que lo edificado pudiera subsistir de manera independiente. Si el terreno se pierde, cualquier cosa que en él se encuentre, también se perderá.

Así, la esencia de la institución jurídica de la accesión nos refiere a la existencia de un elemento principal en el cual se pueden generar o colocar elementos que se unen de manera indisoluble, de forma que no pueden separarse del primero sin que pierdan su calidad y, además, que la subsistencia de lo principal condiciona la de lo ahí asentado. Pensemos entonces que la dignidad es ese terreno en el que se edifican los derechos humanos, por lo que todos ellos encuentran sustento en aquella, lo que los convierte en la manifestación concreta de vivencia de la dignidad. Es decir, los derechos constituyen una accesión de la dignidad y cada uno de ellos no puede entenderse sino en conjunto con la dignidad misma de las personas.

Luego entonces, si la dignidad se afecta, los derechos humanos no pueden subsistir, pues no cuentan con un terreno en dónde estar apoyados y, en consecuencia, al atentar contra la dignidad se atenta contra todos los derechos en general. Situación diversa es cuando un derecho humano es afectado de manera importante, pero sin llegar a afectar la dignidad, pues en ese caso, cabe la posibilidad de que se pueda restituir la vigencia del derecho humano de la persona en concreto que conserva su dignidad intacta.

Lo anterior no debe conducirnos a pensar que los derechos humanos son accesorios de la dignidad, sino por el contrario, significa que a partir de la dignidad encuentran sentido y orientan a una mejor satis-

³ Planiol, Marcelo, Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo III, Los bienes, México, TSJDF-IIJ UNAM, México, 2002, p. 230.

facción de la condición humana de las personas. Lo antes expresado adquiere una evidencia indiscutible cuando de la igualdad y discriminación se trata. En esos casos la dignidad humana cobra especial relevancia puesto que las prácticas discriminatorias y de exclusión colocan en una situación de desventaja a quien las sufre pues le impide o convierte en inaccesible, en igualdad de condiciones, el ejercicio de sus derechos.

A partir de lo anterior, el grado de reconocimiento o vigencia de los derechos humanos en un Estado está vinculado con la definición de un estándar mínimo de protección que representa una base cierta que garantiza que todas las personas sean tratadas de igual manera, lo cual genera certeza sobre su exigibilidad. De ahí que la disminución de ese estándar mínimo puede en ciertos casos afectar a la dignidad misma y, con ello, violentar todos los derechos humanos de la persona, por lo que ese acto en concreto debe ser dejado sin efectos para restituir la vigencia de los derechos.

Luego entonces, es necesario analizar que el reconocimiento de derechos en favor de las personas genera lo que se denomina un estatus de protección el cual pudiera derivarse de muy diversas fuentes.

El estatus de protección de derechos y sus fuentes

A la luz del artículo primero de nuestra Constitución Federal, todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece. Ahora bien, la vigencia de los derechos humanos se materializa, en una de sus vertientes, en actos concretos desplegados por las instituciones del Estado por lo que adquieren el carácter de fuentes de protección de derechos humanos. Esos actos provocan una situación específica en el orden jurídico que delimita el alcance en la exigibilidad de derechos, lo que conlleva a la adquisición de una obligación por parte del estado a su respeto inexcusable.

Pero ¿quién de todas las autoridades del Estado tiene el deber de proteger los derechos humanos en el estándar exigido? Es importante considerar que como tal obligación está impuesta al Estado, todas las instituciones y dependencias que ejercen el poder público son responsables de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Es decir, ninguna autoridad puede estimarse exenta de atender tal com-

promiso, so pena de ocasionar que el Estado afronte una responsabilidad internacional.

Al respecto, resulta relevante lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras* respecto de la responsabilidad del Estado:⁴

La segunda obligación de los Estados Parte es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. **Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.** Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (énfasis añadido).

De igual manera la Corte Interamericana ha sostenido en el Caso de la Masacre de Mapiripán *vs Colombia* y en Albán Cornejo y otros. *vs Ecuador* que toda afectación a los derechos humanos ocurrida en un Estado puede imputarse por la acción u omisión de cualquier autoridad pública de un Estado, independientemente de su jerarquía. Luego entonces, si todas las autoridades de un Estado son responsables por la protección de los derechos humanos, es razonable considerar que todas también pueden generar actos concretos que protejan o tutelen los mismos y esos actos generan consecuencias para todas las demás. Es decir, cualquier autoridad del Estado puede provocar un acto que defina un nivel de protección de derechos.

Así, de mayor a menor relevancia, las fuentes de protección pueden ser: los tratados internacionales, la Constitución, las leyes, los reglamentos, los acuerdos, las sentencias o cualquier otro acto derivado de facultades del poder público que genera un estado cierto de protección de derechos.

De tal forma, las fuentes de protección de derechos pueden derivar de una normativa general como la Constitución o la Ley, pero también puede derivarse de una norma jurídica individualizada como lo sería

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

una sentencia. Incluso, se debe destacar que, si bien la promulgación de leyes favorece la vigencia de los derechos humanos, en muchos casos no es sino hasta la aplicación concreta de una determinada norma en su interpretación que se puede alcanzar un efectivo grado de protección. Visto de esa manera, cuando el Estado mexicano suscribe un acuerdo internacional en materia de derechos humanos implica el compromiso ante una región específica o incluso a nivel mundial de proteger y respetarlos de manera plena, sin embargo, a la luz del nivel de protección de derechos ese ordenamiento, no guarda diferencia respecto del reconocimiento que hace el Estado por conducto de una institución para reglamentar o regular un aspecto concreto de un proceso administrativo, o bien, en una sentencia respecto de la necesidad de conceder un grado específico de protección a un derecho humano.

El resultado en cada caso es el mismo: un estatus de protección de derechos. Luego entonces, sea en un tratado internacional o en una sentencia, lo relevante es que mediante la manifestación concreta de un acto de autoridad el Estado adquiere un compromiso irrenunciable con un estándar de protección que le vincula a actuar en todas sus dependencias con ese mínimo aplicado. Inclusive se podría hablar de fuentes de protección supranacionales si se considera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pudieran vincular al Estado mexicano en un caso concreto a garantizar un cierto grado de protección de un derecho humano en el orden interno, lo cual generaría el mismo efecto que se ha descrito anteriormente.

Como ejemplo de lo anterior, pudiera citarse la decisión adoptada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el juicio de la ciudadanía 352/2018 y su acumulado, que reconoció el derecho de votar a las personas en prisión preventiva. Tal decisión generó un estándar de protección de los derechos de las personas a partir de una interpretación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Federal y crea un precedente vinculante para el Estado mexicano respecto de la tutela de esos derechos, a pesar de tratarse de una sentencia.

El principio de progresividad y la prohibición de regresión

La protección de los derechos humanos no es estática, sino evolutiva, puesto que su finalidad es conseguir una mejora constante en las condiciones de vida de las personas. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, establece que los Estados miembros

pueden adoptar medidas para mejorar la protección de los derechos humanos más allá de lo establecido en la Convención lo que materialmente da pauta a un ejercicio constante de evaluación progresiva en las necesidades de protección de los derechos humanos. Ahora bien, el párrafo tercero del artículo 1º constitucional, dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Es pertinente aclarar que el principio de progresividad tiene dos dimensiones: La primera, vinculada con la mejora constante en la protección de los derechos humanos y, una segunda, que prohíbe la posibilidad de restringir los niveles de protección ya alcanzados. Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de progresividad implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos.

Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano.⁵

Luego entonces, la progresividad en sus dos dimensiones impone al Estado la obligación de conservar y, en todo caso, mejorar los estándares de protección de derechos, pero de ninguna forma pueden adoptar medidas que reduzcan el nivel de protección de los derechos humanos ya alcanzado. Tal prohibición abarca cualquier acto concreto de

⁵ Criterio sostenido en la tesis de jurisprudencia de rubro: PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO, Registro digital: 2019325 Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 63, febrero de 2019, tomo I, p. 980.

aplicación que provenga de autoridades legislativas, administrativas o judiciales. En ese orden de ideas ¿qué ocurre cuando se viola el principio de progresividad?

La tutela del principio de progresividad

De lo analizado, podemos concluir que la esencia del principio de progresividad radica en que cuando se ha alcanzado un reconocimiento o protección a un derecho humano no debe regresarse a un estado de menor protección. En tal escenario, el Estado tiene la necesidad de proveer los mecanismos necesarios para garantizar la vigencia de ese principio. Es ahí, donde los tribunales inciden de manera importante, pues como intérpretes del derecho y juzgadores interamericanos en sede nacional juegan un papel esencial en asegurar que los efectos de una decisión protectora, de cualquier institución del Estado no sean revertidos.

Con independencia de que todas las autoridades del Estado están vinculadas al cumplimiento del principio de progresividad, lo cierto es que esa obligación no es infalible ni permite asegurar que, dada su propia naturaleza multidisciplinaria y social, toda la función pública se ajuste a esos estándares. Es necesario tener presente algo: todas las autoridades por acción, omisión o tolerancia pueden incurrir en prácticas regresivas que atenten contra la vigencia de los derechos humanos. Incluso pueden presentarse escenarios en las que las autoridades estén convencidas que una medida regresiva es necesaria para obtener un mayor beneficio.

Si eso genera una afectación a derechos, con toda seguridad se activarán los mecanismos del Estado para asegurar su revisión judicial, pues una medida regresiva tiene una presunción de inconstitucionalidad. Estimo que los tribunales deben ejercer su función de tutela judicial del principio de progresividad con tres enfoques: uno de tipo remedial en el que deben dejar sin efectos aquellos actos regresivos que violen el principio de progresividad; otro de tipo preventivo en el que se aseguren de que, en sus decisiones, no se provoque un estado que implique directa o indirectamente un retroceso en la protección de los derechos humanos y, finalmente, uno prospectivo en el que gradualmente aseguren que la protección siempre vaya ampliándose en beneficio de las personas. Los jueces no pueden asegurar que las instituciones del Estado emitan actos violatorios del principio de progresividad, pero sí pueden generar condiciones para evitar que surtan efectos o que se

repitan y, por ello, en sus decisiones deben procurar evaluar el comportamiento de las autoridades para advertir el riesgo de una medida regresiva.

En ese orden de ideas, cuando les sea planteado un caso que implique una alegación de violación al principio de progresividad, el primer paso a analizar es si existe un estatus de protección de derechos adquiridos previo y si el nuevo mecanismo restringe o no ese estándar obtenido y en un segundo momento se debe verificar de manera muy estricta si la medida restrictiva no se encuentra excepcionalmente justificada. Volveremos más adelante a ello. También en aquellos casos en que una medida regresiva sea detectada, los tribunales deben establecer las garantías de no repetición para evitar que se vuelva a cometer la violación y, mediante un análisis cuidadoso de la situación, establecer medidas coherentes con la propia progresividad.

Finalmente, los tribunales deben asegurar que la protección de los derechos se vaya amplificando y sea constante y creciente sin dejar de valorar el contexto de cada caso, conscientes de la relevancia de su decisión, puesto que una medida progresiva adoptada genera un nuevo mínimo de estándar de protección irrenunciable para el resto de las instituciones del Estado. Como se puede advertir, la tutela judicial del principio de progresividad es el mecanismo mediante el cual el Estado se asegura de que las violaciones a éste sean restituidas en beneficio del orden constitucional y convencional asegurando así que éste no se debilita o quebrante.

Es importante apuntar que, si bien existe una presunción de que las medidas o disposiciones regresivas son inconstitucionales o inconventionales, existen casos específicos en los que se puede aceptar su implementación. Al respecto, resulta ilustrativo el contenido de la Observación General número 19 sobre el derecho a la seguridad social del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas⁶ que señala:

Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de

⁶ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general núm. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19. <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html> (consultado el 28 octubre 2023).

que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.

De lo expuesto, podemos concluir que una medida regresiva pudiera ampararse en el orden constitucional si se reúnen las siguientes características:

- Existe una justificación razonable de las medidas;
- Se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas;
- Si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas;
- Si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias;
- Si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho involucrado o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de satisfacción de ese derecho; y
- Si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional.

En todo caso, la valoración de ese tipo de medidas deberá efectuarse cuidadosamente por los tribunales que conozcan del caso y sólo de manera excepcional cuando esté absolutamente derrotada su presunción de invalidez, podrán justificar su aplicación. Ahora bien, ¿cómo determinar si una medida es más protectora de derechos humanos que otra? ¿Qué estándares deben seguirse si se advierte que disposiciones de jerarquía diversa entran en conflicto al regular una situación concreta de violación de derechos humanos? Analicemos un caso emblemático.

Un caso emblemático: la acción de inconstitucionalidad 54/2022 y acumuladas

El 14 de julio de 2020, el partido Movimiento Ciudadano promovió un juicio ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para impugnar la decisión del Tribunal Electoral de Nuevo León de considerar que no se actualizaba una omisión legislativa para emitir las normas vinculadas, entre otras, con la reforma constitucional en materia de paridad de género.

Al respecto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el expediente SUP-JRC-14/2020 revocó la determinación del tribunal local y tuvo por acreditada la omisión del Congreso del Estado de Nuevo León controvertida, por lo que se le ordenó emitir la normativa atinente en el entendido de que esa regulación sería aplicable después de concluido el proceso electoral que estaba por iniciar.

Por otro lado, la Sala Superior ordenó al Consejo General de la Comisión Estatal Electoral de Nuevo León, a dictar los lineamientos atinentes sobre tales cuestiones, de forma previa al inicio del proceso electoral ordinario local. En cumplimiento a tal sentencia, el 28 de septiembre de 2020, el Consejo General de la Comisión Estatal Electoral de Nuevo León, emitió los “Lineamientos para garantizar la paridad de género en las elecciones de diputaciones locales y ayuntamientos para el proceso electoral 2020-2021”, en los que se estableció el criterio de los bloques de competitividad para garantizar la postulación paritaria de las candidaturas.

Así, se determinó dividir el total de los ayuntamientos de Nuevo León en tres segmentos poblacionales, de acuerdo con el número de regidurías y éstos, a su vez, se subdividían en tres bloques; o sea, el número de municipios se dividía entre tres y se clasificaban según su votación: alta, media y baja y en el caso de las diputaciones se dividieron en dos bloques, lo que aseguraba una participación más efectiva de la mujer. La definición de tales bloques en palabras de la ministra ponente tenía:

...como finalidad obligar a los partidos políticos a postular las candidaturas de forma paritaria en aquellos distritos electorales con mayor competitividad electoral para garantizar que las mujeres sean candidatas no solo en los distritos en los que existen menos posibilidades de ganar. Es decir, se constituyen como una metodología cuyo objetivo es lograr que

las mujeres ejerzan de forma efectiva su derecho a la representación política.⁷

En resumen, el establecimiento de los bloques de competitividad por la autoridad administrativa electoral local exigía a los partidos políticos que la postulación de las mujeres atendiera a criterios más objetivos e impedía que su postulación se diera sólo en aquellas demarcaciones en las que no tuvieran posibilidad de vencer. El 4 de marzo de 2022 se incorporaron las reglas de postulación paritaria en los artículos 143 Bis 1 y 146 Bis 2 de la Ley Electoral de Nuevo León, eliminando en el caso de las diputaciones los candados que evitaban que a un solo género se le asignaran los distritos menos competitivos, y el que establecía que corresponde al género femenino la candidatura excedente en caso de número impar y en el caso de los ayuntamientos, se establecieron solo dos bloques sin sub-bloques.

Tales disposiciones fueron controvertidas mediante acción de inconstitucionalidad por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo Federal y Movimiento Ciudadano alegando que la reforma resultaba regresiva pues consideran que debía tomarse como parámetro el desarrollo normativo logrado en sede administrativa por el Instituto electoral local que instauró un sistema de postulación que consideraban la variable poblacional y utilizaba tres bloques de competitividad puesto que utilizar únicamente dos bloques de competitividad es contrario al mandato constitucional relativo a salvaguardar la paridad de género en su dimensión cualitativa implica desconocer el avance logrado en el proceso electoral anterior.

El 16 de enero de 2023, se discutió en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la acción de inconstitucionalidad 54/2022 y sus acumuladas. El proyecto formulado por la ministra Ríos Farjat proponía declarar fundado el concepto de invalidez y declarar la inconstitucionalidad de los artículos porque prevén un modelo de postulaciones regresivo en relación con aquel establecido por los Lineamientos para Garantizar la Paridad de Género en las Elecciones de Diputaciones Locales y Ayuntamientos para el Proceso Electoral 2020-2021.

Es decir, el proyecto presentaba un escenario de violación al principio de regresividad al contrastar un acto emitido por la autoridad electoral administrativa en contraposición de una norma emitida por el Congreso del Estado.

⁷ Como está sostenido en el voto aclaratorio de la sentencia.

En el análisis, una mayoría de siete votos aprobaron el proyecto mientras que tres lo rechazaron, en el entendido que un ministro manifestó su impedimento para participar en la votación. En consecuencia, dado el resultado obtenido, se desestimó la acción de inconstitucionalidad al no alcanzar una mayoría calificada.⁸ Con independencia de las razones de fondo que se presentaron en el proyecto discutido, una objeción sustancial de los ministros disidentes fue en el sentido de estimar que se tomaban como parámetro de regularidad normas de rango reglamentario para analizar la constitucionalidad de diversas normas de rango legal cuando el parámetro de regularidad debía ser la Constitución Federal.⁹

Luego entonces, a partir de lo analizado en este asunto es conducente formular el cuestionamiento: ¿puede violarse el principio de progresividad cuando una norma legal genera condiciones de protección de derechos que restringen un estándar ya obtenido por una determinación de una autoridad administrativa? Una cuestión de derechos y no de normas. A la luz de lo analizado en este ensayo, resulta esencial considerar que el grado de reconocimiento o vigencia de los derechos humanos, definido por la autoridad electoral administrativa, materializaba el estándar mínimo de protección en la postulación con paridad de género en el Estado de Nuevo León.

El hecho de que, si las medidas de los lineamientos eran o no más protectoras es algo que escapa, por mucho, al objeto de este ensayo, por lo cual, lo daré por sentado a fin de analizar el punto que me parece aún más relevante. Esto es, el establecimiento de políticas públicas relativas al goce de derechos fundamentales en condiciones de igualdad material esto es, remedial a estados de discriminación indudables, implican eliminar estados fácticos atentatorios del principio de dignidad de las personas.

Como se buscó establecer, sin las condiciones que permitan asegurar el principio conductor de la dignidad de las personas, en una vertiente, eliminando todas las situaciones que generan un estado discriminatorio en el acceso a derechos fundamentales, la construcción de Estado a fin de garantizar tales derechos es absolutamente fallida.

En ese sentido, las acciones que buscan restituir tal estado de dignidad, entendido como el igual acceso material a derechos fundamen-

⁸ Con fundamento en los artículos 105, fracción II, último párrafo, de la Constitución Federal, y 72, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria de la materia.

⁹ Según se advierte tanto de la versión taquigráfica de la sesión, como del voto concurrente y particular formulado por el ministro Juan Luis González Alcántara.

tales, deben ser consideradas con especial consideración por el juez constitucional, que en algunos casos podría llegar a derrotar otros principios igualmente importantes como, me atrevo a decir, la deferencia hacia el parlamento, fruto de su simiente democrática.

Por ello, me parece que, en este caso, la mayoría no calificada que acompañó al proyecto ponderó tales circunstancias a fin de privilegiar la sustancia de la decisión al principio de jerarquía normativa y de división de poderes, en salvaguarda de los diversos de progresividad y de dignidad de la persona. Esta decisión que podría considerarse de última ratio y de extrema excepcionalidad, debe entenderse como la asunción cabal de un sistema jurídico con una base sólida y comprometida en el entendimiento de los derechos fundamentales como la razón última de todo estado de derecho y, por ende, aunque no alcanzó la mayoría calificada, queda como una sentencia absolutamente paradigmática y de enorme relevancia para nuestro sistema jurídico.

Conclusiones

La dignidad de la persona es base sin la cual es imposible hablar de un sistema jurídico donde haya vigencia de los derechos fundamentales. Por ello, las decisiones en cualquier ámbito de acción del Estado, que buscan eliminar discriminación injustificada de condiciones que dificulten el goce de cualquier derecho fundamental deben ser tratadas como de alta preferencia constitucional. En ese sentido, debe ponderarse con absoluto cuidado la posibilidad de generar decisiones regresivas sobre medidas que eliminen estados discriminatorios, aún más, tratándose de personas en categorías sospechosas.

En casos muy particulares, considero constitucionalmente sostenible que principios de larga tradición en nuestro sistema jurídico como la deferencia democrática al legislador y la jerarquía normativa, derivada del orden constitucional, pueden derrotarse a fin de privilegiar normas progresivas que restablezcan el principio de dignidad de las personas, entendida como el goce de derechos fundamentales en condiciones no discriminatorias injustificadas. El proyecto de la acción de inconstitucionalidad 54/2022 y acumuladas es una sentencia paradigmática en nuestro sistema jurídico pues atendió y ponderó la necesidad de generar estados no discriminatorios en el acceso a derechos fundamentales, sostengo yo, en aras de restablecer la dignidad personal de un grupo tradicionalmente desfavorecido y con ello, generando un estado de derecho con mucha mayor vigencia de derechos fundamentales, razón última de cualquier Estado democrático.

Bibliografía

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf
- Criterio sostenido en la tesis de jurisprudencia de rubro: PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO, Registro digital: 2019325 Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 63, febrero de 2019, tomo I, p. 980.
- Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 1. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general núm. 19, El derecho a la seguridad social* (artículo 9), 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19. <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html> (consultado el 28 octubre 2023).
- PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo III, Los bienes, México, TSJDF-IIJ UNAM, México, 2002, p. 230.

RESEÑAS

Reforma y desmembramiento constitucional

ALEJANDRO OLVERA FUENTES

Escuela Federal de Formación Judicial, México

alex.olvera.f17@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7876-2852>

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.07>

ALBERT, Richard, *Reforma y Desmembramiento Constitucional*, trad., de Andrés Mauricio Gutiérrez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 173 pp. ISBN 9789587904888

En un esfuerzo hecho por la Universidad Externado de Colombia en conjunto con la extraordinaria labor de traducción del catedrático Andrés Mauricio Gutiérrez, nos presentan la obra traducida del profesor Richard Albert. Desde la introducción de la obra, el autor nos plantea que su propuesta es brindarnos una idea innovadora que venga a abonar al siempre controvertido tema de las reformas constitucionales. Es más, su propuesta de desmembramiento constitucional es una teoría que busca llenar un vacío conceptual y que puede ser utilizado por los tribunales cuando evalúan reformas constitucionales, para tal fin, el autor nos da unas precisiones conceptuales que sirven como base al desarrollo de su tema.

El argumento detrás del desmembramiento constitucional consiste en que algunas reformas constitucionales no son como tal una reforma, pues hay cambios tan profundos a la Constitución que llegan a dismantelar la estructura básica del ordenamiento vigente e instauran uno nuevo con bases distintas. Es ahí donde cobra vital relevancia la propuesta del autor, en identificar cuando estamos frente a una reforma constitucional ordinaria —el autor las nombra enmiendas— y cuando

estamos ante transformaciones constitucionales que cambian radicalmente el texto e incluso llegan a sustituirlo en su esencia.

Así, el autor hace una precisión conceptual acerca de los tipos de reformas constitucionales que hay: correctivas o profundizadoras. Las primeras consisten en buscar mejorar los propósitos de una constitución y las segundas son un proceso de construcción constitucional muy congruentes con el mismo texto. Por el contrario, un desmembramiento constitucional "... es incompatible con el marco existente de una constitución porque persigue un objetivo que resulta antagónico. De manera deliberada, pretende desmontar alguno, o algunos, elementos esenciales del texto superior."¹ Esto es así porque el desmembramiento constitucional altera un derecho fundamental o trastoca la identidad constitucional o es un cambio que puede resultar inconsistente con el resto del texto.

Por ello, el autor es contundente al señalar que desmembrar una Carta Magna es deshacer el texto constitucional, lo cual, para algunos autores como Rawls es insostenible. En efecto, para la teoría clásica constitucional es impensable que sean válidas reformas constitucionales que desmonten un pilar fundamental de la Constitución porque eso significaría perder la esencia misma que sostiene el texto. De ahí la importancia de este texto porque brinda una alternativa teórica que analiza reformas constitucionales que implican un desmembramiento del texto constitucional vigente y que contrasta con toda la teoría clásica constitucional.

En su primer capítulo, el profesor explica que algunos cambios constitucionales son más importantes que otros, pues un proceso de reforma constitucional puede ser tan profundo que logra desconstruir, reconstituir o reemplazar pilares constitucionales. No obstante, estos procesos e incluso reemplazar a la Constitución colisionan y no son reconocidos por la teoría del poder constituyente que sostiene que sólo el pueblo puede aprobar una Constitución mientras que los representantes del pueblo sólo están autorizados para modificar el texto constitucional de manera congruente con los propios términos del texto, por lo que, no pueden desmembrar el texto constitucional. El pueblo recae en el poder constituyente y el poder constituido incluye a las instituciones creadas por la Constitución.

Sin embargo, el autor señala que esta teoría del poder constituyente presenta dificultades y una de ellas consiste en que no distingue la

¹ Albert, Richard, *Reforma y Desmembramiento Constitucional*, trad. de Andrés Mauricio Gutiérrez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 22.

forma en qué válidamente actúa dicho poder para reformar la Constitución, ya que, su actuar dependerá de las reglas dadas de cada país. A pesar de esto, los tribunales se han creído capaces de reconocer cuándo un cambio constitucional es hecho por el poder constituyente y cuándo no, así como han utilizado la teoría del desmembramiento para evaluar la validez de las reformas constitucionales. El autor ejemplifica con las resoluciones de tres países: Colombia, Taiwán e India.

Ricos son sus ejemplos para sustentar sus argumentos, lo que hace muy actual y dinámica la explicación de su tesis. Así, en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha creado la doctrina de “sustitución de la Constitución”, que consiste en sólo autorizar al Congreso para reformarla y no incluir cambios que impliquen una derogación ni reemplazo del texto constitucional, pues la sustitución sólo está reservada para el pueblo como poder constituyente primario. En uno de sus fallos, la Corte Constitucional estableció que el poder de reforma es un poder constituido y como tal, no estaba autorizado para derogar la Constitución de la que deriva su competencia.

Por su lado, la Corte Suprema de la India ha desarrollado “una doctrina de la estructura básica” que la faculta para revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Por esto, la Corte de la India declaró que el poder de reforma no debía ser usado para vulnerar la estructura básica de la Constitución, estructura básica que se encuentra conformada por principios que incluyen la supremacía constitucional, la forma de gobierno democrática y republicana, el carácter secular del Estado, la separación de poderes y el federalismo.

Ahora bien, el autor sostiene que existen disposiciones en algunos textos constitucionales que autorizan el desmembramiento constitucional mediante los procesos de creación constitucional y lo hacen sin ninguna fractura del ordenamiento jurídico constitucional. Por ejemplo, la constitución de Suiza distingue entre enmiendas de forma “parcial” o “total”, entendiendo a la forma total como cambios que transforman a la Constitución de lo que actualmente es, distinción que atiende tanto al procedimiento como al contenido porque no sólo evalúan el contraste con los pilares constitucionales, sino que también hay distintos procesos para validar una enmienda parcial o total. No obstante, bien apunta que uno de los problemas de las teorías de reforma constitucional es que no distinguen entre modificaciones que reparan o profundizan disposiciones constitucionales frente aquellas que reconstruyen o reemplazan las mismas.

Peor aún, las cortes son inconsistentes en distinguir entre desmembramiento constitucional y una enmienda. Uno de estos casos es Turquía, pues la Constitución de dicho país faculta a la Corte para invalidar modificaciones constitucionales cuando violan el proceso de reforma constitucional, pero no la faculta para evaluar la congruencia de su contenido con el texto superior. En 2008, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un conjunto de reformas sobre el uso de velo en las universidades, declaración que no respondió a violaciones al procedimiento de reforma constitucional, sino que la Corte vía interpretación sostuvo que había principios inmodificables en la Constitución, y uno de estos es el secularismo, el cual, habría sido vulnerado con el conjunto de reformas.

Así, la Corte tuvo que hacer un esfuerzo para hacer valer las restricciones inmodificables de la Constitución dentro del estrecho margen del control de procedimiento al que sólo se faculta a dicho tribunal. Por tanto, bajo la teoría del poder constituyente, la Corte turca sostuvo que dicha reforma al secularismo sólo podía ser impulsada por el poder constituyente. No obstante, en una decisión de 2016, en donde se le planteo la revisión de constitucionalidad de una reforma que despojaba a los integrantes de la Asamblea Nacional de su inmunidad cuando estaban siendo investigados por la fiscalía, el tribunal declaró que sólo puede analizar la constitucionalidad de las reformas constitucionales desde la vista procedimental, esto es, analizar si dichas reformas alcanzaron las mayorías requeridas para su aprobación.

De ahí que, en esta última resolución la Corte turca dio una respuesta muy contraria a su precedente, lo cual, para el profesor Richard es preocupante porque no hay una teoría clara para analizar el tema. Por eso, explica que la teoría estándar del poder constituyente promueve la inestabilidad porque no hay distinción entre los procedimientos de reforma constitucional frente a creación constitucional, pues realizar esta última acción implica seguir un proceso formal para el surgimiento de un nuevo texto con el riesgo de romper la continuidad jurídica. De igual manera, la teoría estándar no proporciona herramientas contra la manipulación judicial de las reglas de reforma constitucional porque ven factible ampliar sus facultades para analizar las modificaciones constitucionales.

En la segunda parte del libro, el autor nos señala que el desmembramiento constitucional es una doctrina judicial que tiene como objeto de estudio a los cambios constitucionales y proporciona un catálogo de opciones sobre la manera como los actores deben actuar para modificar

la Constitución. En este apartado se explica cómo ocurre y por qué sucede el desmembramiento constitucional, así como su tesis resulta aplicable para constituciones codificadas o no codificadas. Una enmienda es diseñada para ayudar a la Constitución a conseguir de mejor manera sus propósitos, mientras un desmembramiento constitucional implica una transformación fundamental de uno o varios de sus compromisos torales. Y para entender tal distinción propone tres ejemplos ocurridos en Japón, en Reino Unido y Canadá.

Sí, los tres cambios transformaron sus respectivas constituciones de una manera más profunda que una simple corrección, transformaron su núcleo y le pusieron un nuevo propósito. Formalmente, no hubo una nueva constitución, pero experimentó un cambio fundamental el texto constitucional que fue implícitamente el surgimiento de uno nuevo. Esto es así porque el desmembramiento altera una o más características esenciales de la Constitución como lo pueden ser sus derechos, su identidad y su estructura. Este concepto al trastocar la estructura implica una ruptura clara de cómo actualmente el texto constitucional organiza la distribución de poder, cómo se ejerce la autoridad o cómo funcionan las instituciones públicas. Cuando toca la identidad resulta en la anulación de un compromiso constitucional esencial o en la adopción de uno nuevo como pueden ser valores que nos permiten la jerarquía de normas, detectar principios morales o políticos, e influyen en las decisiones e interpretaciones de los actores políticos y los jueces.

Como ejemplo del desmembramiento de derechos constitucionales, el autor nos señala que en Brasil prospero una reforma constitucional para restringir el crecimiento del gasto anual a la cifra correspondiente a la tasa de inflación del año anterior, pues tenía como objetivo limitar el gasto público para enfrentar el déficit presupuestario que ha sufrido el país. Como sabemos, la Constitución brasileña tiene rubros en donde desarrolla a conciencia el contenido de los derechos sociales, es muy progresista con el derecho a la salud y a la educación, así como brinda una gama amplia de derechos a los trabajadores. No obstante, con la entrada en vigor del tope al gasto gubernamental se compromete en demasía el garantizar los derechos sociales, por lo que, no es una enmienda cualquiera, es un desmembramiento constitucional.

Un desmembramiento de identidad sucedió en el Caribe. En 2001, varios países caribeños firmaron el acuerdo de creación de una Corte de Justicia del Caribe, Corte que vino a reemplazar al Comité Judicial del Consejo Privado de Londres como tribunal superior de apelaciones de la región. Por ello, la aparición de la Corte fue el ocaso de influencia del

gobierno británico en la zona y se reconoce una genuina independencia poscolonial. Hay países que se adhirieron al acuerdo a través del proceso de reforma de enmienda formal de su país como fue el caso de Barbados, pues en este país, reformaron formalmente la Constitución eliminando todas las referencias al Comité Judicial del Consejo Privado de Londres y en su lugar, sostuvieron que las decisiones de la Corte de Justicia del Caribe son definitivas y no pueden someterse a ninguna apelación o recurso de otro tribunal.

No obstante, ante la magnitud del tema, el autor se pregunta ¿cómo identificar a los desmembramientos constitucionales de cualquier enmienda ordinaria? La respuesta consiste en que una reforma es un desmembramiento cuando los actores relevantes son conscientes que están desmantelando una parte toral de la Constitución mientras de una forma están poniendo otro cimiento a la misma. El desmembramiento surge cuando los actores relevantes son autoconscientes de que son parte de una transformación sobre un derecho, de la estructura e identidad constitucionales sin importar si produce mejores resultados democráticos o los está mermando. Aquí radica el criterio innovador de la obra en la teoría constitucional para identificar un desmembramiento constitucional.

Así, para el autor uno de los problemas de la teoría estándar radica en que los actores aprueban transformaciones constitucionales sin el suficiente respaldo popular consecuencia de que dicho diseño rara vez distinguen entre simples enmiendas frente a desmembramientos, pues hay muy pocos diseños, el autor los nombra modernos, que distinguen entre enmiendas y desmembramientos. La Constitución sudafricana es un ejemplo perfecto, pues dispone diversos umbrales para los cambios constitucionales. El umbral más alto requiere la aprobación de tres cuartas partes y dos tercios de los órganos legislativos cuando se quieren reformar las reglas de reforma constitucional y la declaración de los valores constitucionales. El umbral intermedio exige la aprobación de dos tercios de ambas cámaras legislativas cuando se quiere reformar las competencias o las funciones del Consejo Nacional de Provincias. El umbral más bajo exige la aprobación de dos terceras partes de un solo órgano legislativo para todo aquello que no aplique a los anteriores umbrales.

Ante la dificultad de diseños como el sudafricano, el autor propone el seguimiento de la regla de reciprocidad, regla que significa que cuanto sea más importante la modificación, debe ser más complejo el procedimiento. El grado de dificultad va en aumento cuando una reforma es

más transformadora, teniendo el grado más complejo cuando se deba exigir simetría entre el procedimiento requerido para desmembrar la Constitución y el procedimiento originalmente empleado para ratificarla. La teoría del desmembramiento promueve la evolución y la transformación de los ordenamientos garantizando la continuidad legal, así como evita las tentaciones para que las reformas constitucionales actúen fuera de las reglas puestas por la Constitución.

El autor propone el restablecimiento del concepto de poder constituyente en complemento con la regla de reciprocidad y usándola como regla residual cuando haya silencio en la Constitución, esto es, los personajes que integraron el poder constituyente original para ratificar la Constitución deben ser los mismos personajes que desmiembren la Constitución, umbral solicitado en aquellos casos en donde no haya distinción entre enmienda y desmembramiento constitucional para su aprobación.

La regla de reciprocidad contiene cuatro escenarios, los cuales, ayudan a distinguir y legitimar al desmembramiento del texto. El primer escenario es la diferenciación, usado sólo para aprobar enmiendas porque sólo se pide que la reforma sea aprobada con un umbral más bajo al usado originalmente en la ratificación de la constitución. El segundo es la unificación que establece cuando el umbral establecido para la reforma constitucional es el mismo empleado para la ratificación de la Constitución; podemos interpretar que ambos poderes, el de enmienda y el de desmembramiento, están incorporados bajo el umbral unificado en cuestión.

El tercer escenario es la simetría, elemento que debe entenderse como el mismo umbral de ratificación original de la Constitución que debe ser requerido para el desmembramiento constitucional. La decisión de transformar o deshacer la Constitución debe ser validada por el mismo consenso que se usó para aprobar el texto constitucional. El cuarto es el reconocimiento: el techo en el umbral requerido para un desmembramiento puede ser disminuido al usado para ratificar la Constitución cuando las élites políticas y el pueblo reconocen la legitimidad de un desmembramiento dado.

En su tercer capítulo, el autor reconoce que hay una preocupación en el mundo por la degeneración democrática, la cual consiste en que los actores políticos están utilizando los mecanismos de reforma constitucional para minar los valores liberales, situación que para algunos debe ser evitada. Sin embargo, el autor comenta que no se puede limitar la reforma constitucional para proteger los valores democráticos-

liberales porque las constituciones tienen propósitos funcionales diversos y aspiraciones diferenciadas.

Para esto, hace una diferencia conceptual entre Constitución y constitucionalismo para concluir que los estudiosos fallan en no reconocer que el constitucionalismo democrático liberal es sólo una de las muchas variantes del constitucionalismo. Las constituciones no están determinadas a utilizar ciertos valores, ya que, tienen la libertad de tomar cualquier valor moral que le dé forma a su estructura política. Por tanto, el que se busque anular reformas constitucionales degenerativas de la democracia, revela que existen presupuestos normativos que no son universalmente compartidos.

Por otro lado, el autor toma el concepto de Ran Hirschl de la juristocracia, término acuñado que explica la judicialización de la política, pues a pesar de que los tribunales carecen de legitimidad democrática, ellos discuten y deciden sobre temas económicos, de seguridad, identidad nacional entre otros temas. El autor sostiene que el control judicial no debe ser usado para obligar a un pueblo a ceñirse a valores democráticos liberales, sino que su principal misión debe ser que el pueblo y sus representantes expresen un juicio meditado sobre los cambios que desean realizar. En sus palabras, el autor señala que “El objetivo del tribunal no debería ser defender la democracia liberal, sino defender la propia Constitución”.²

Lo tribunales en lugar de anular la reforma o desmembramiento constitucional, deberían de trabajar de forma colaborativa con los actores que ejercen la facultad de reforma para establecer si aquella es producto de un juicio meditado del pueblo, usando la idea de intertemporalidad. Esto es, los tribunales deben evitar que los actores políticos estén modificando la Constitución explotando mayorías temporales para introducir cambios profundos en la Constitución, sin estar seguros de que esas mayorías representan auténticamente la voluntad del pueblo. La clave consiste en evaluar a las mayorías por su mantenimiento en el tiempo, por su perdurabilidad. La idea de intertemporalidad reconoce que la fortaleza de las mayorías es directamente proporcional a su estabilidad en el tiempo. El mero respaldo de una súper mayoría no puede otorgar legitimidad democrática a cualquier decisión popular, pero una súper mayoría sostenida en el tiempo implica una fuerte representatividad.

Los tribunales pueden confirmar la intertemporalidad sugiriendo a los actores que confirmen su proceder de insertar una transformación

² *Ibidem*, p. 109.

constitucional, confirmación que podría llevarse con al menos dos votaciones separadas en el tiempo, la inicial atendiendo el umbral constitucional requerido para aprobar la reforma y la confirmatoria, observando el mismo umbral. Secuenciar las votaciones crea oportunidades para la discusión pública y para el enriquecimiento de la deliberación legislativa, invita al pueblo a manifestar su opinión y pone a prueba la perdurabilidad del respaldo que se ofrece a una determinada reforma constitucional. Así, se evita el riesgo de que una súper mayoría efímera capture momentáneamente el proceso de reforma.

Por tanto, es enfático el profesor Richard al señalar que el papel del tribunal no es anular, sino poner el foco de atención en una reforma constitucional de gran calado, pues los jueces señalan a la comunidad constitucional que algo digno de su atención está por ocurrir, aunque el tribunal no debe frenar el proceso de reforma. Por ello, la doctrina del desmembramiento constitucional sostiene que los tribunales conservan el poder de revisión judicial de la legislación ordinaria, pero no tendrían autoridad para invalidar una enmienda constitucional. Su papel ahí sería de naturaleza asesora y su influencia debe ser más en el campo de la política que en el del Derecho, pues emitiría fallos consultivos sobre la índole de la transformación que los actores están proponiendo y sobre la dimensión del consenso que a su juicio sería necesario para legitimar la modificación.

Por otro lado, el autor sostiene que el desmembramiento constitucional fomenta la durabilidad de las constituciones porque permite hacerle cambios radicales e incluso permite prácticamente crear una nueva con los procesos establecidos en el actual texto constitucional, y con ello se evita una discontinuidad que puede marcar el inicio de un periodo de inestabilidad que crean vacíos jurídicos, sumado a que tiene la ventaja de que las democracias solidas reemplazan muy pocos sus constituciones.

Finalmente, señala que el desmembramiento constitucional refuerza la idea de resiliencia en la medida en que ofrece a las constituciones una forma de mantener la continuidad legal en el evento en que una transformación constitucional ocurra, como consecuencia de una crisis interna o externa. Esto ayuda a que la Constitución tenga la capacidad de poner en marcha los mecanismos constitucionales internos que la permitan adaptarse a las nuevas presiones sociales, sin recurrir a acciones extra constitucionales.

Por todo esto, el autor busca que la teoría del desmembramiento constitucional sea un canal estructurado para que de forma deliberada

se pueda modificar los derechos fundamentales, la estructura o identidad de una Constitución recurriendo a las reglas ordinarias de la enmienda constitucional sin romper la continuidad jurídica. Propone que los tribunales deben ser catalizadores del análisis de la reforma constitucional, pues su función es colaborativa y constructiva, no obstaculizadora mediante la anulación de las mismas. Su papel es ver que el cambio constitucional sea producto de un juicio meditado de pueblo y sus representantes.

Su teoría propone también que los desmembramientos constitucionales cuenten con legitimidad democrática, por lo que, desarrolla la regla de reciprocidad con sus cuatro escenarios recuperando la teoría del poder constituyente como herramientas legitimadoras. Cada uno de ellos, necesario para justificar una transformación constitucional. No impone un modelo de Constitución, por lo que, es deferente con la soberanía de cada nación y enfatiza el papel que debe jugar el Poder Judicial como defensor de la Constitución usando su teoría para evitar la discrecionalidad judicial e identificar un desmembramiento constitucional para seguir los pasos planteados en su obra. Por todas estas propuestas innovadoras, vale la pena leer su texto porque sin duda viene a abonar ideas entorno a la forma de estudiar las reformas constitucionales.

La justicia electoral a debate

SUGHEI VILLA SÁNCHEZ

Universidad Anáhuac México, México

sughei.villas@anahuac.mx

<https://orcid.org/0000-0003-3233-4024>

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.08>

ESQUIVEL ALONSO, Yessica (coord.), RÍOS VEGA, Luis Efrén, SPIGNO, Irene (dirs.), *Estudios de casos líderes nacionales y locales, vol. XXV, La justicia electoral a debate*, México, Tirant lo Blanch, 2022, 410 pp. ISBN 978-84-1397-878-9

En esta obra colectiva bajo la coordinación de Yessica Esquivel Alonso, el lector tendrá en sus manos una gran reflexión en torno a algunos de los temas más apremiantes de la justicia electoral en nuestro país desde la valiosa mirada local, a través del análisis de las resoluciones del Tribunal Electoral de Coahuila de Zaragoza (TECZ). En completa sincronía con el título de la obra, los capítulos que la componen, conservan una estructura que invita a pensar en términos de debates y dilemas en el plano de la justicia electoral.

El libro, es mucho más que una compilación de análisis sobre sentencias individuales destacadas que ha emitido el TECZ. Es una obra que, si bien tiene al estudio de las sentencias emitidas por el TECZ como el protagonista argumentativo, aporta una reflexión más general sobre los órganos jurisdiccionales de impartición de justicia electoral en el país y sobre la evolución de criterios alrededor del mundo, que han permitido hacer efectivos los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es en este sentido que esta obra se inscribe en la producción

científica que aborda los temas que hoy más preocupan a una sociedad democrática.

En el libro se reconocen dos grandes aciertos. El primero es que, al centrar su mirada en analizar a una institución jurisdiccional, permite aportar coordenadas desde la academia para mejorar los procesos de impartición de justicia. Así, el texto termina siendo útil, no sólo para los estudiosos del tema, sino también para los profesionales que integran a estas instituciones de justicia, a la vez que aporta evidencia valiosa que nos permite conocer mejor el desempeño de la justicia electoral, especialmente sobre el TECZ en el ejercicio de sus funciones para brindar protección efectiva de los derechos políticos de los ciudadanos. La mirada al desempeño institucional de los órganos de impartición de justicia, resulta muy valiosa porque aporta al conocimiento sobre el Estado en acción y pone en relieve el poder que tienen las sentencias para justificar, reproducir o erradicar estereotipos que se encuentran enraizados en una sociedad.

Mientras que un segundo acierto es, sin duda, el enfoque comparativo y estructuralista que aporta. La mirada comparada enriquece la reflexión que nos presentan varios autores a lo largo de la obra. El punto de partida para el método comparativo está centrado en el análisis de una problemática en común¹ y en la forma en cómo ésta se ha resuelto bajo diferentes ópticas o criterios. Así, los autores llaman también a una reflexión sistémica sobre los factores estructurales en los que se desarrolla el ejercicio del derecho electoral. Una poderosa frase que es posible desprender a la luz de los múltiples casos que nos presenta, es que la forma en cómo se definen los agravios, determinará también los mecanismos que ofrece el Estado para su protección.

El lector debe de estar seguro de que, en efecto, esta obra le permitirá conocer mejor sobre los debates abiertos en torno a la justicia electoral en México. Un punto destacado en este sentido, se refiere al formato argumentativo que domina en la obra; en donde se presenta el análisis de una sentencia del TECZ en una reflexión que, inicialmente, se ofrece como derechos enfrentados, que deben de armonizarse. Así, la obra se desarrolla en una reflexión de un *vis a vis* entre varios derechos y entre acciones en el mundo del derecho electoral que generan gran tensión. En esta estructura de un “cara a cara”, se analizan los derechos

¹ Este es un rasgo distintivo del texto que hacen que se considere una obra valiosa. A diferencia de otras obras colectivas que terminan siendo un mero compilado de descripciones individuales de sentencias —donde el método comparado se aborda superficialmente—, este texto pone como eje central el análisis sobre un objeto de estudio definido.

de representación política, la proporcionalidad de la representación y los de paridad de género, el derecho a la libertad de expresión y otros derechos políticos, el derecho a la salud y el derecho de acceso a la justicia, la omisión legislativa y los límites a un activismo judicial excesivo.

Estos serán, entre otros, los debates abiertos a los que invita la reflexión de los autores que han colaborado en los doce capítulos que componen este libro. El lector podrá profundizar en los temas de mayor actualidad que representan un desafío para la impartición de justicia en materia electoral. El libro la justicia electoral a debate, ofrece así, una mirada crítica a las sentencias más destacadas del TECZ y de los órganos jurisdiccionales en el país, que se enriquece con la visión comparada de la jurisprudencia que ha surgido en diferentes latitudes en el mundo; organizado en seis grandes ejes temáticos.

El primero de los ejes temáticos aborda la perspectiva de género y la violencia política contra las mujeres. La preocupación por la violencia política contra las mujeres ocupa un lugar relevante en la obra; si bien el primer eje tiene en su título el género, éste domina en la de la obra, donde seis de los doce capítulos que la integran, lo abordan. En el primero de los dos capítulos que componen este eje, José Antonio Estrada, Karla Victoria González y Felipe Rodríguez, revisan un juicio ciudadano para abordar la importancia de juzgar con perspectiva de género; en una mirada colectiva, los autores presentan el análisis de la sentencia sobre acoso aboral que no es juzgada con perspectiva de género, por lo que las medidas de protección a la víctima resultan desproporcionadas para la parte agresora. Bajo el formato de derechos enfrentados, Laura Camarillo aborda el caso de la libertad de expresión y la violencia política; en donde, bajo el argumento de que las expresiones de los candidatos contribuyen a la formación de una opinión pública informada —esto que teóricos de la democracia como Robert Dahl, señalarán como una de las condiciones esenciales de los universos democráticos—, estas expresiones se sitúan en terrenos movedizos y limítrofes, que violentan otros derechos fundamentales, ejerciendo violencia política por razón de género.

Las reflexiones sobre las reglas de paridad de género, son el corazón de la discusión que presentan el segundo y el tercero de los ejes del texto. Para los autores, representan una de las medidas que más han impactado la vida interna de los partidos —en lo que se refiere a la selección de candidatos— y que más efectos han tenido sobre la composición plural de los órganos de presentación política. Las reglas de paridad se presentan así como uno de los temas que ponen en una llamada

de atención a los tribunales electorales, quienes deben de compatibilizar la proporcionalidad de la representación y el cumplimiento de las medidas afirmativas de género a través de los sistemas de cuotas.

Los desafíos que supone la paridad de género en materia de coaliciones para la justicia electoral, son abordados por Ignacio Álvarez ofrece una reflexión sobre el comportamiento de los partidos políticos en dicho sentido, a la vez que plantea si el reconocimiento de las nuevas identidades de género —que reivindican el reconocimiento de múltiples colectivos discriminados—, podrían llevar a plantear cuotas específicas para incorporar a cada uno de ellos, imponiendo un reto adicional para las instituciones democráticas. De este texto pueden derivarse reflexiones profundas que invitan a cuestionarnos sobre ¿cuáles son las obligaciones del Estado en cuánto a las identidades de género? o ¿cómo asegurar la representación política de colectivos diversos compatibilizándola con otros principios generales? Siguiendo con la mirada del género, María Elisa Franco explora el derecho de las mujeres a participar en política en condiciones de igualdad, en donde hace una revisión de la contribución que ha tenido el movimiento de las sufragistas en su lucha por alcanzar condiciones igualitarias en la participación política y sobre la influencia que han ejercido algunos instrumentos del derecho internacional en la materia.

La discusión sobre la paridad de género tiene en la obra un abordaje desde lo local, donde se aprecian también contribuciones capitulares que exploran la paridad de género en las regidurías; ofreciendo una mirada al mundo municipal en el estado de Coahuila, en donde se presentan elementos controversiales sobre la aplicación del principio de paridad de género. Ariadna Salazar explora el acceso a los derechos políticos y la paridad de género en la asignación de regidores, ofreciendo un panorama que presenta la evolución que han tenido los temas de igualdad en materia de género. Mientras que Antonio Jorge López aborda la asignación de regidurías de representación proporcional en Saltillo, evidenciando la aceptación —en términos de valores— que tienen los actores políticos en materia de paridad de género y los retos a los que se enfrentan las autoridades electorales para acoplar los principios de paridad de género con los principios de proporcionalidad en la representación.

En la ruta de la paridad de género, si bien la obra ofrece reflexiones interesantes, aún quedan debates pendientes por explorar, sobre los cuales no se pronuncia ni aborda. Algunos de estos debates pendientes en la agenda serán sin duda, aquellos que refieran al análisis del “efecto

neto” que han tenido las cuotas de género. Porque, si bien más mujeres han accedido a los puestos de representación popular haciendo los congresos y los cabildos paritarios, siguen existiendo obstáculos que evidencian las resistencias al cambio, como la simulación aritmética de la paridad —candidaturas de mujeres en distritos con casi nulas probabilidades de ganar— y la exclusión de mujeres de la presidencia de las comisiones más relevantes en los congresos y cabildos.

El método comparado se impone con gran presencia en el libro, prueba de ello son los textos que tienen por objeto de estudio las omisiones legislativas. Irene Spigno y Karla Victoria González ofrecen un interesante análisis de derecho comparado —una visión comparada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana— para abordar los *gaps* del legislador que hacen que un juez pueda sustituir estas funciones.² El capítulo llama la atención sobre los límites a la creatividad de los jueces y sobre la división tradicional de poderes. Mientras que Pedro Rodríguez, ofrece también una rica obra desde el método comparativo para abordar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, centrándose en el análisis del caso de los derechos político-electorales de los pueblos comunitarios indígenas en Coahuila. En estos textos el lector encontrará un recorrido sobre los estudios más relevantes sobre la omisión legislativa, a la vez que una reflexión desde el Derecho Comparado sobre las soluciones brindadas desde diferentes sistemas para atender estos asuntos.

La obra no está exenta de los temas de actualidad que supuso el nuevo escenario pandémico. Ofrece también un par de textos que abordan la justicia digital, refiriendo la forma en cómo se transformó la impartición de justicia en el ámbito electoral en el contexto pandémico de la COVID-19. Rodrigo Santiago y Rodrigo E. Galán retratan las grandes transformaciones digitales a las que se enfrentó la justicia electoral en el país, y en Coahuila en particular, durante la situación de emergencia sanitaria por la pandemia. Acorde con el formato general del libro de confronta de derechos, la argumentación de estos autores gira en torno a la compatibilización de los derechos a la salud frente al derecho de acceso a la justicia.

La crisis de los partidos políticos que enfrentan hoy las democracias en el mundo —ante las muestras de desafección ciudadana hacia

² La noción de omisión legislativa guarda una similitud analítica interesante con el concepto de *implementation gap* de estudios de políticas públicas, que se utiliza para describir la desviación burocrática en la que incurren ciertos actores que implementan políticas públicas.

estas instituciones—, es motivo también de la discusión de este libro, donde se aborda el tema de las candidaturas independientes, figura que surgió como respuesta a dicha crisis de representación política. Ángel José Sánchez, Yessica Esquivel y Jesús Manuel Martínez, analizan los límites a los que se enfrenta esta figura en nuestros días y reflexionan en torno a la fragilidad que afrontan las candidaturas independientes en cuanto su acceso a la justicia. En especial, Esquivel y Martínez, en un rico análisis, ponen en evidencia el estado que guarda la participación ciudadana en el ejercicio de sus derechos políticos a través de las candidaturas independientes, en donde la garantía de audiencia cobra un papel significativo en la protección de los derechos políticos de estos candidatos.

El recorrido por la obra proporciona evidencia de cómo el libro pone el acento en las cuestiones que más ocupan hoy a la justicia electoral y provee de elementos analíticos que contribuyen al debate —sin agotarlo— sobre los avances, retos y claroscuros a los que se enfrenta hoy la misma. Sin duda, es un libro que abona a la comprensión sobre el estado de salud que guarda nuestra democracia actualmente, en uno de sus pilares fundamentales: el de la vida electoral.

El poder judicial en México durante la primera república central, 1836-1843; ¿Un guardián de los derechos?

JOSÉ ROBERTO CAMPOS CORDERO

Instituto de investigaciones Dr. José María Luis Mora, México

jcampos@institutomora.edu.mx

<https://orcid.org/0009-0000-3643-5274>

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.09>

HEREDIA GONZÁLEZ, Emmanuel, *El poder judicial en México durante la primera república central, 1836-1843; ¿Un guardián de los derechos?*, México, Tirant lo Blanch, 2022, 300 pp. ISBN: 978-84-1397-620-4

Los estudios sobre las repúblicas centralistas (1835-1846) empezaron a despegar alrededor de la década de 1990, después de muchos años en los márgenes historiográficos. Surgió la corriente de historia política y regional en México impulsada por Josefina Zoraida Vázquez. También se renovó el interés de investigadores extranjeros como Michael Costelloe. Resultado de estas y otras obras más recientes, hoy existe un corpus que, si bien no se desborda, como el de la Independencia, la Reforma o la Intervención Francesa, ya es significativo. Por ende, la periodización de aquellos años se ha ido complicando. Al periodo dejó de llamársele de forma ambigua “la era de Santa Anna”, enfocada en el caudillismo y poniendo en la misma bolsa a la primera república federal (1824-1834). A su vez, el periodo centralista se parceló en los centralismos: la transición (1834-1835), Las Siete Leyes (1836-1841), las Bases Orgánicas (1843-1846) con periodos entremezclado de dictaduras de Santa Anna (1841-1843) y Paredes y Arrillaga (1846).¹ Por lo general las

¹ Esta es la periodización que se propone en la última obra colectiva del tema, Josefina Zoraida Vázquez, “Introducción. Los centralismos mexicanos, 1835-1846”, en Josefina Zoraida Vázquez (coord.), Los centralismos mexicanos, 1835-1846, México, El Colegio de México/El Colegio de Michoacán, 2021, p. 9.

agendas de investigación han enfatizado lo regional, tomando en cuenta la atomización política que subyace de los gobiernos centrales y las tensiones entre centralismo y el federalismo.

De esta forma la historia política comenzó a superar las explicaciones limitadas a la vieja fórmula de achacarle todo a la anarquía política caudillista y decadencia económica. Ha arrojado nuevas luces sobre la época, en especial en torno al pronunciamiento y las prácticas políticas informales. La historia económica y fiscal también ha distinguido y cuestionado la correlación entre el desempeño económico y la pobreza del erario. La historia constitucional o del derecho no ha sido menos trabajada en las últimas décadas. El libro en manos se inscribe claramente en la última ola importante del tema: los trabajos de Catherine Andrews, Reynaldo Sordo Cedeño y David Pantoja Morán.² Estos investigadores han encontrado que, a diferencia de las evaluaciones de los liberales desde la segunda parte del siglo XIX, la constitución de 1836 no es una aberración tiránica, sino parte de la tradición constitucional. Su intención principal era depositar la soberanía en el gobierno central, a diferencia de la constitución federal de 1824 que también la depositó en los estados. Otras de sus características importantes son el supremo poder conservador y otros contrapesos que buscaban consolidar la división de poderes y fortalecer a los mecanismos de control constitucional. Por último, inclusión de una carta de derechos.

Como resultado de estos avances, la investigación de tesis doctoral de Emmanuel Heredia, dirigida por Andrés Lira, ha podido profundizar en uno de los aspectos particulares de esta constitución: el poder judicial y su papel en la garantía de los derechos individuales. En 2021 ganó merecidamente el premio del ramo en historia del derecho en América Latina de la editorial Tirant lo Blanch y después fue publicada en la presente versión. Como saben los juristas, se trata de una editorial especializada que suele ofrecer buen contenido y edición.

Tesis y estructura del texto

Emmanuel Heredia argumenta a lo largo del libro que la novedad de la constitución de 1836 fue intentar “por primera vez en la historia del

² Catherine Andrews, “El legado de las siete leyes: una reevaluación de las aportaciones del constitucionalismo centralista a la historia constitucional mexicana”, *Historia mexicana*, vol. 68, núm. 4, 2019; Sordo, Reynaldo, *El Congreso en la primera república centralista*, México, El Colegio de México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1993; Pantoja, David, *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, México, El Colegio de México/El Colegio de Michoacán, 2005.

México independiente, convertir al poder judicial en el garante de los derechos individuales”.³ A grandes rasgos la idea es la siguiente: fue una reacción al desorden constitucional, la violación constante al “imperio de la ley” durante la república federal. Una de las soluciones a ese problema que ofreció la nueva carta magna fue fortalecer e independizar al poder judicial. Pero a pesar de sus intenciones, esta constitución también fracasó ante varias circunstancias adversas. No había suficientes abogados ni recursos para pagar sus sueldos y los otros poderes siguieron interfiriendo con sus funciones. En particular, el tema de la libertad de imprenta y la seguridad pública llevaron a las autoridades a transgredir de nuevo el dogma de la división de poderes que tanto se quiso fortalecer. El fracaso invitó a la crítica y discusiones de reforma. Finalmente, de la misma forma en que sustituyó a la de 1824, las discusiones en torno a su reforma derivaron en una nueva constitución. Primero Santa Anna y los militares le dieron el golpe final en 1841 con las Bases de Tacubaya, y en 1843 se promulgaron las Bases Orgánicas.

El argumento lo despliega en tres partes: los primeros dos capítulos del libro son en conjunto la demostración, primero de los síntomas y luego del diagnóstico que tenían en mente los juristas detrás de la constitución de 1836. El problema que vieron, traducido a la jerga del constitucionalismo, giraba en torno a tres cuestiones, el (des)equilibrio de poderes, (des)control de constitucionalidad y la arbitrariedad. Para el autor el origen de todos ellos en realidad es el mismo: el faccionalismo político por el que constantemente se violaba a la división de poderes. A partir de los periódicos, el autor desenmaraña un patrón común. Quien estaba en el poder actuaba sin respeto a esos principios y quien estaba en la oposición lo denunciaba. Repasa la defensa y ataque de políticas y leyes como la expulsión de españoles, los decretos arbitrarios, fusilamiento de opositores en tribunales militares, la ley del caso, ataques al poder judicial, etc. Además de identificar adecuadamente a los grupos detrás de las fuentes hemerográficas, se sirve de memorias, ya muy concurridas en los estudios de este periodo, como el diario Carlos María de Bustamante; y de la historiografía para contextualizar estas discusiones, especialmente Catherine Andrews y Michael Costeloe.

El segundo capítulo empieza recogiendo las impresiones de un grupo de juristas sobre los problemas de la constitución de 1824. En

³ Heredia, Emmanuel, *El poder judicial en México durante la primera república central, 1836-1843; ¿Un guardian de los derechos?*, México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 20.

esta ocasión el autor aprovechó principalmente una colección de impresos de la Nattie Lee Benson. Reaccionando a la dinámica descrita en el capítulo anterior, achacaron el problema en la subordinación del poder judicial frente a los demás. Francisco Sánchez de Tagle fue el principal arquitecto e impulsor de esta constitución. Una de las fuentes socorridas en esta historiografía es un impreso de Sánchez de Tagle, en el que buscó refutar a las críticas del periódico *Anteojó* a su proyecto. Además de Sordo Cedeño, el experto en ese congreso constituyente, en esta ocasión las protagonistas son las notas de Carlos María de Bustamante sobre las discusiones y aprobación de los artículos relacionados al poder judicial. Esta parte cierra con un análisis de los principios detrás del nuevo poder judicial: su independencia, facultades de elegir a sus miembros y profesionalización. Por último, repasa el nuevo organigrama. A la cabeza quedó la Suprema Corte de Justicia, en cada departamento un Tribunal Superior de Justicia, y un juzgado letrado en cada distrito.

La segunda parte del texto deja de ser una historia política del derecho para transformarse en una administrativa. Con un minucioso trabajo en el Archivo de la Suprema Corte, suplementado con el fondo de justicia en el Archivo General de la Nación (AGN), que seguro significó mucho trabajo, Emmanuel Heredia sigue la forma en que se formaron los tribunales y juzgados en cada jurisdicción de la nueva división política. La dinámica principal que identifica es la constante falta de abogados profesionales para cubrir los puestos y escases de recursos para pagar sus salarios. Así se frustró la formación del poder judicial en muchos departamentos. Por lo general, entre más alejados del centro peor era su situación. Aunque no era precisamente el objetivo de su investigación, detrás de todo el proceso de formación de los tribunales departamentales y juzgados se entrevé una tensión entre el centro y los departamentos que hubiese válido la pena dilucidar, o por lo menos ofrecer una posición al respecto. Aunque esta parte del libro se lee un poco lento, porque se vuelve un poco repetitiva y árida, consigue aterrizar el proceso de implementación del nuevo diseño del poder judicial. Es además una excelente base para futuros estudios regionales.

El cuarto capítulo es quizá el más interesante porque trata dos temas que pusieron a prueba las nuevas atribuciones del poder judicial: la libertad de imprenta y el combate contra los criminales. Los legisladores y el ejecutivo ordenaron a los jueces conocer los delitos de imprenta. La constitución garantizaba la libre imprenta a menos de que se “abusara” del derecho. Aquí el libro recupera por medio de la prensa la

controversia en torno al tema entre los jueces de la Ciudad de México, el congreso y la suprema corte. Los jueces indicaron que no tenían “leyes claras” para proceder como quería el gobierno y pidieron al congreso una ley secundaria. La respuesta de Sánchez de Tagle fue por demás interesante: debían conocer los delitos de imprenta de acuerdo con el “derecho común”; “no por las leyes antiguas inaplicables al caso, tampoco por las modernas [...] sino por las reglas establecidas para los otros delitos”. No se trató sólo de una discusión sobre la interpretación de la constitución, sino en torno a la fuente válida del derecho. Si esos pasajes son muy sugerentes lo es aún más el dictamen el fiscal de la suprema corte, que resolvió la controversia así: el problema era que se contaban con “legislaciones enteramente opuestas, y que deben combinarse según las leyes nuevas dictadas al efecto”; y “arreglando las leyes secundarias de imprenta a estos principios... podrían conciliarse las leyes antiguas con la base constitucional”.⁴

El recuento sobre la controversia por quien debía conocer los casos criminales también está bien logrado. El gobierno mandó, por el incremento de ladrones y salteadores, que los tribunales militares conocieran estos casos. La suprema corte, tomando en cuenta que la ordenanza y demás legislación del fuero militar diferían mucho a los códigos penales, dictaminó que esto violentaba los derechos individuales y era inconstitucional. El poder conservador le dio la razón. Sin embargo, varios gobiernos departamentales y autoridades militares continuaron emitiendo ordenes para que los militares persiguieran a asesinos y ladrones. Aquí una vez más toma prominencia, junto a los periódicos y el archivo de la suprema corte, los comentarios ingeniosos de Carlos María de Bustamante.

En este capítulo las fuentes se presentan como largas citas textuales que están muy bien seleccionadas. Lo malo es que puede ser una lectura muy confusa para quien no es familiar a la jerga jurídica del siglo xix. Si algo se le puede achacar al autor es que no provee definiciones de algunos conceptos clave que utilizaban, ni interpretaciones explícitas a algunos de las largas citas textuales que compila. Uno teme estar leyendo de forma anacrónica o simplemente interpretándolo de una forma distinta a la pretendida. Y peor aún, su profundidad puede perderse para quien no tiene mucho conocimiento especializado en el tema.

El último capítulo analiza los ataques a la constitución del periódico *El Cosmopolita*, retomando muchos de los casos comentados con

⁴ *Ibidem*, pp. 168-171.

anterioridad como la falta de pago de sueldos. En respuesta a esos problemas, la suprema corte y el congreso comenzaron a proyectar nuevas leyes. Los grupos políticos de Anastasio Bustamante y San Anna también comenzaron a reunirse para hacer sus conspiraciones palaciegas. Antes de que llegara un cambio por las instituciones formales, un pronunciamiento derribó al gobierno y acordó las Bases de Tacubaya.

Al final del libro están anexadas una tabla con información acerca de las opiniones en 1840 de las juntas departamentales acerca de las reformas necesarias a la constitución; varias listas de los jueces miembros de la suprema corte, los tribunales departamentales y los juzgados de distrito; y mapas. Las listas de abogados pueden resultar muy útiles como catálogo para quienes estudian este periodo. Aunque se entiende su provecho, tener a los mapas hasta el final del libro y no el cuerpo del texto con un análisis explícito los puede dejar desaprovechados.

Balance

Los dogmas constitucionalistas y el legalismo eran muy nuevos en 1836. A mi parecer, la mayor crítica que se le puede hacer al libro es que le faltó hacer hincapié en uno de los grandes problemas de la historia de México durante el siglo XIX: la confusa y lenta transición entre el derecho jurisdiccional y plural del viejo régimen con el dogma universalista y positivo del derecho constitucional. Como argumenta Carlos Garriga, lo moderno no sustituyó completamente al viejo régimen. Se montó sobre sus cimientos. Las primeras constituciones mexicanas parecen coincidir con la de Cádiz en el sentido de que no derogaron todo lo anterior, sino sólo lo que no pudiera ser armonizado con la nueva constitución, que en teoría ya destilaba parte de ese derecho natural que eran las leyes fundamentales.⁵ Se puede ver en las semblanzas de los juristas de la lista de abogados que muchos eran catedráticos de derecho natural. Como ya sugerí, esta discusión es extremadamente relevante para entender los conflictos analizados en el capítulo 4 sobre la libertad de imprenta y la delincuencia. Detrás de muchas de las discusiones citadas a lo largo del texto subyace esa discusión en torno a las “leyes antiguas”, las fuentes válidas del derecho, la jerarquía de leyes y su compatibilidad con la división de poderes y los derechos individuales.

⁵ Garriga, Carlos, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *Istor*, iv(16), pp. 13-44; “¿Qué era la constitución de Cádiz?”, Roberto Breña (ed.), *Cádiz a debate: actualidad, contexto y legado*, México, El Colegio de México, pp. 153-173.

El principal mecanismo explicativo de Emmanuel Heredia es de carácter político. Por eso el libro es, a mi parecer, una historia político-administrativa del derecho constitucional. Si bien el autor cumple a cabalidad con su propia problematización, uno se queda con muchas dudas sobre cómo se pensaba el derecho en este momento, y si eso no era clave para entender parte de la inoperancia de las primeras constituciones. Eso no demerita su trabajo, pero sí lo enriquecería mucho.

La segunda crítica que se le puede hacer al libro, relacionada con la primera, es que parece faltar por lo menos un breve tratamiento sobre la situación del poder judicial durante la primera república, antes de Las Siete leyes. Así se hubiese podido dilucidar más claramente las continuidades y las novedades propuestas por la carta magna centralista. Así mismo, esclarecer un poco sobre los problemas que iban surgiendo y que obedecían en particular al nuevo diseño constitucional, o más bien venían arrastrados desde el régimen pasado.

Con todo, este libro vale la pena porque provoca la reflexión en torno al papel de las constituciones políticas en el proyecto de modernización, pensado desde la larga data, de las élites mexicanas. Por eso es tan importante reconocer que las Siete Leyes no fueron una aberración, sino parte del camino. Fueron un paso, y quizá mejor dicho otro trastaballo, hacia la implantación de un sistema político liberal y en particular de la división de poderes. Sobre ese tren de pensamiento se llega a la vigencia que hoy en día tienen este tipo de estudios. Todo el siglo veinte y hasta hoy seguimos preocupados por consolidar ese dogma tan elusivo para el Estado mexicano. Es parte de la historia de nunca acabar de los esfuerzos por lograr consolidar control constitucional y la división de poderes en México. Este libro contribuye a esa problemática de dos formas. Primero, hace un buen análisis de las dinámicas políticas que tiene detrás. Segundo, y quizá más importante, muestra la importancia del lado administrativo, cuestión que ninguna otra investigación del periodo que yo conozca ha tocado de forma tan concisa y exhaustiva.

Emmanuel Heredia tomó de los cuernos un tema muy poco estudiado y sale en gran medida campante con una investigación muy redonda y argumentada con fuentes pertinentes. En el balance final se trata de una historia política y administrativa del poder judicial de las Siete Leyes muy bien lograda. Aunque ciertamente se le puede criticar por dejar algunas preguntas en el aire, esto también es un síntoma de una buena investigación. Con este libro se sigue haciendo el camino hacia una comprensión más cabal de este periodo que hasta hace poco

era muy oscuro. Sería muy interesante que a partir de esta historiografía se llevaran a cabo investigaciones sobre tribunales, juzgados y juicios particulares del periodo, para dirimir con más precisión las diferencias entre las leyes y la práctica.

Legislación fiscal y conflicto: actores, entornos y administración hacendaria en México, siglos XIX y XX

ENRIQUE DE LA ROSA-RAMOS

King's College London, Londres

enriquedelarosa@kcl.ac.uk

<https://orcid.org/0000-0002-9643-0579>

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.10>

ROMERO IBARRA, María Eugenia y MOLINA ARMENTA, María del Ángel (eds.), *Legislación fiscal y conflicto: actores, entornos y administración hacendaria en México, siglos XIX y XX*, México, Facultad de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, 328 pp. ISBN: 978-607-303-488-3

El débil sistema fiscal mexicano es producto de complejos procesos históricos, políticos y económicos que han definido a la hacienda pública moderna. En este libro que editan María Eugenia Romero Ibarra y María del Ángel Molina Armenta, resulta una obra fundamental para entender la compleja evolución de la fiscalidad mexicana durante los siglos XIX y XX y de la cual nuestro conocimiento es limitado. En esta obra, los autores exploran cuidadosamente la historia de la hacienda pública mexicana ante complejos cambios legales, obstáculos políticos y diferentes momentos económicos bajo los cuales se ha formado la hacienda pública moderna.

En el primer capítulo, Carlos Alberto Ortega González explora los esfuerzos y retos de implementar un impuesto directo capaz de aumentar la recaudación y la base gravable: el derecho de patente sobre giros

mercantiles de 1836 a 1855. Explorando los aspectos legales y la distribución del comercio en la Ciudad de México, el autor ofrece una distribución geográfica de la incidencia de este impuesto, así como los giros comerciales sobre los cuales recaía la mayor parte de este gravamen. Un aspecto novedoso en este capítulo es la relación entre las actividades comerciales informales y su expansión como uno de los retos de la época para recaudar el impuesto. El capítulo es una importante contribución para entender la evolución e implementación de los impuestos directos que hoy en día tienden a ser los más progresivos. El impuesto sobre la renta que implementado durante la década de 1920 y que sigue vigente hasta hoy, no puede ser entendido sin la lectura de este capítulo que es un primer esfuerzo por gravar los giros comerciales a través del derecho de patente.

En contraste, el segundo capítulo, Omar Velasco Herrera estudia el impuesto a la exportación de plata de 1868 a 1905, un impuesto indirecto que al igual que el impuesto al comercio representaban una de las principales fuentes de los ingresos públicos federales. En relación con estudios previos que se han escrito sobre de este impuesto, este artículo explora el esfuerzo de reducir el gravamen a la actividad minera para aumentar el comercio regional resultante de esta actividad y hacer más eficiente el impuesto a la exportación de la plata. Mostrando la económica política que resultó de la implementación de este impuesto cuando los productores de plata debían recurrir al arrendamiento de las casas de moneda para su acuñación. Comparado con otros estudios sobre el tema, este estudio muestra de manera muy clara las relaciones que entre la política fiscal y sus implicaciones al fomento económico.

En el tercer capítulo, Yovana Celaya Nández toma distancia del aspecto nacional de los capítulos anteriores para estudiar el proyecto de reforma al impuesto a fincas rústicas y urbanas en el estado de Veracruz en el siglo XIX. Mostrando, así la tendencia por construir un sistema fiscal donde los impuestos directos toman cada vez más relevancia en sistema fiscal mexicano de los impuestos directos desde una perspectiva regional. Esta perspectiva local, permite entender como diferentes niveles de gobierno responden a las necesidades recaudatorias propias. En una época donde el catastro estatal era inexistente, la implementación de este impuesto enfrente a funcionarios de diferentes niveles de gobierno a nuevos diseños de información sistematizada para lograr la recaudación esperada. Comparado con estudios previos, este capítulo se centra en los cambios de legislación, el debate público y los informes de gobierno para entender el diseño e implementación de este

impuesto. Así, la contribución central, por un lado, es entender la dimensión política de la fiscalidad regional entendida como la relación entre causantes y gobierno y, en segundo lugar, el marco institucional de esta relación como un aspecto fundamental en el diseño e implementación de un nuevo impuesto directo.

El capítulo cuarto, Abel Padilla Jacobo estudia desde una mirada regional, el caso de la reconstrucción de la hacienda pública en Michoacán mediante reformas fiscales en el periodo de 1917 a 1945 en una época donde los recursos fiscales eran necesarios para materializar los ideales revolucionarios y garantizar el acceso a los derechos políticos económicos y sociales ante una hacienda michoacana debilitada por los años de la revolución. El principal aporte de este capítulo es el entendimiento sobre las dificultades legislativas a nivel local de reorganizar un sistema fiscal debilitado, al mismo tiempo que el gobierno nacional lanzaba legislaciones de gran alcance como la reforma agraria que entraban conflicto con la política fiscal local aún en una época de crecimiento económico a nivel local. El autor muestra así, la importancia de la coordinación fiscal entre diferentes niveles de gobierno en el emprendimiento de cualquier política fiscal.

En el capítulo quinto, Luz María Uhthoff López analiza la política presupuestaria durante el gobierno de Lázaro Cárdenas. Periodo caracterizado por una gran expansión del gasto público en sectores como salud y educación. Lo cual requería una expansión del gasto consistente con una política de ingresos suficientes en la formación del estado mexicano. Una contribución importante a diferencia de los capítulos anteriores y a literatura previa es el énfasis no solo a las fuentes de ingresos fiscales sino aún más importante, la composición del gasto público tomando como referencia una mejor equidad en la distribución del ingreso nacional, los salarios y las opciones de consumo para toda la población. Este capítulo permite comprender que es en este periodo cuando se sientan las bases del sistema fiscal mexicano actual que aún permite definir las políticas fiscales definiendo las prioridades de gasto y sus fuentes de financiamiento con un objetivo claro de equidad impositiva. Adicionalmente, el artículo muestra también la importancia de los ciclos de expansión económica en el éxito de los objetivos de cualquier política fiscal.

Finalmente, el capítulo sexto, María del Ángel Molina Armenta e Isabel Avella Alaminos analizan bajo un enfoque de historia institucional la economía política de la recaudación del Impuesto sobre los Ingresos Mercantiles, tomando como estudio de caso a los agentes adua-

nales como causantes del impuesto y sujetos históricos. El aporte fundamental de este capítulo es mostrar que la legislación fiscal es el resultado de la negociación entre actores políticos y económicos y que la resolución de conflictos entre causantes y la administración fiscal fue posible mediante la vía judicial. Iniciando así uno de los elementos centrales para resolver diferencias en los sistemas fiscales modernos.

“Legislación fiscal y conflicto: actores, entornos y administración hacendaria en México, siglos XIX y XX” es una contribución invaluable a la historiografía e historia económica mexicana que desde hace algún tiempo ha sido necesaria para entender las interacciones a nivel nacional y regional entre el derecho, la política y la economía. El enfoque multidisciplinario de la obra brinda una nueva mirada sobre los estudios previos sobre la fiscalidad mexicana durante el Siglo XIX y XX. Adicionalmente, esta obra es indudablemente una invitación a otros investigadores de las ciencias sociales para profundizar las investigaciones históricas de la hacienda pública mexicana de los siglos XIX y XX donde nuestro conocimiento está lejos de ser completo. Finalmente, esta obra debe ser un referente fundamental para políticos y burócratas e investigadores que estén interesados en proponer nuevos impuestos y sus leyes correspondientes. La obra ofrece lecciones de política fiscal en el México moderno usando episodios históricos. Sin embargo, si bien la obra ofrece importantes contribuciones para entender la fiscalidad mexicana, los investigadores debemos trabajar aún más en sistematizar más información impositiva para ofrecer respuestas más amplias sobre las implicaciones de las políticas fiscales a lo largo del tiempo sobre el bienestar y la equidad de la población. Este libro ofrece una gran variedad de fuentes historiográficas sobre las cuales es posible profundizar para ofrecer nuevas respuestas.

**Dimensión transatlántica de la iushistoria.
Actas de las xxviii Jornadas de Historia
del Derecho Argentino**

MARGARITA SERNA VALLEJO
Universidad de Cantabria, España
margarita.serna@unican.es
<https://orcid.org/0000-0001-8597-1313>

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.11>

KUGLER, Viviana, CORVA, María Angélica, PARISE, Agustín, POLOTTO, María Rosario (Eds.), *Dimensión trasatlántica de la iushistoria. Actas de las xxviii Jornadas de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, EDUCA (Editorial de la Universidad Católica), 2023, 430 pp.
ISBN: 978-987-62-0564-1

La celebración de las xxviii Jornadas de Historia del Derecho Argentino el 29 y 30 de octubre de 2021 permitió un nuevo intercambio de conocimientos y también de relaciones personales y académicas entre investigadores vinculados a distintas universidades y centros de investigación de un lado y otro del Atlántico, al tiempo que hizo posible rendir un merecido homenaje al profesor y doctor José María Mariluz Urquijo, maestro de importantes historiadores del derecho en Argentina, que falleció en el año 2018 después de haber dedicado su prolongada vida al Derecho y a la Historia del Derecho y de vincular su nombre al Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y al Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina.

Y, como derivación de aquel encuentro, una parte importante de los resultados de las investigaciones presentadas como parte del pro-

grama de las Jornadas se ha publicado recientemente como libro bajo el impulso de los profesores Viviana Kluger, María Angélica Corva, Agustín Parise y María Rosario Polotto que es el objeto de nuestra atención en esta ocasión.

Los editores de la publicación han organizado los distintos capítulos que integran la obra en ocho partes distintas destinadas a englobar aportaciones concernientes al Derecho canónico y eclesiástico, la administración de justicia, la organización político-administrativa, el Derecho constitucional, el Derecho penal y la criminología, el Derecho laboral y la cuestión social y, por último, el pensamiento, la literatura y la cultura jurídica. Secciones que están precedidas de una primera parte reservada, como no podía ser de otro modo, al reconocimiento de la trayectoria vital y profesional del profesor Mariluz Urquijo.

El enfoque de las Jornadas y, por tanto, también del libro, es claramente interdisciplinar, una vez que se ha dado entrada a trabajos elaborados, desde muy diversos enfoques histórico-jurídicos por parte de profesores de distinta condición, pues mientras algunos se encuentran en las primeras fases de su trayectoria académica, otros hace décadas que vienen ocupándose del estudio de la Historia del Derecho. Además, también hay que tener en cuenta que los autores de las aportaciones desarrollan su actividad investigadora en distintas universidades y centros de investigación de ambos lados del Atlántico, como ya hemos referido.

La figura de José María Mariluz Urquijo estuvo muy presente durante la celebración de las Jornadas gracias a la participación de algunos de sus discípulos y colegas más próximas y porque la quinta sesión se dedicó al maestro contando con la participación de hasta cinco intervenciones a través de las cuales los asistentes a la reunión pudieron conocer cabalmente la trayectoria del profesor Mariluz Urquijo desde distintas perspectivas y sensibilidades, quedando de manifiesto su importante contribución a la Historia del derecho y, en particular, a la del derecho administrativo indiano y a la de la historia de la propiedad.

Precisamente por ello, no extraña que el volumen ahora publicado se abra, precisamente, con dos textos dedicados al devenir académico de Mariluz Urquijo como jurista e historiador del derecho.

Los profesores Eduardo Martíre y José María Díez Couselo son los responsables de presentar al homenajeado profesor Mariluz Urquijo en sendos textos en los que han sido capaces de entrelazar los datos objetivos de su trayectoria académica con otros, afectuosos y cálidos, de alcance personal, destinados a resaltar los aspectos más humanos y

cercanos del maestro fallecido a partir de la experiencia vital que a lo largo de los años ambos compartieron con él.

La celebración de las xxviii Jornadas de Historia del Derecho Argentino y la correspondiente publicación han sido una decidida apuesta por el mantenimiento de las relaciones trasatlánticas que los historiadores del derecho europeos y americanos vienen estableciendo desde hace décadas y que han propiciado el continuo y permanente intercambio de conocimientos, la celebración de un número muy importante de congresos y simposios con participantes de las dos orillas y también la creación de algunas instituciones, entre las que se encuentran dos con las que el profesor Mariluz Urquijo mantuvo un mayor y estrecho contacto. Nos referimos al Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, fundado en 1966 a partir del impulso de los profesores Alfonso García Gallo, Alamiro Ávila Martel y Ricardo Zorraquin Becú y al Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina establecido en 1973 con el objetivo de fomentar la historia jurídica argentina y americana siempre en conexión con la historia del derecho español y con la historia del derecho indiano.

De modo que se puede afirmar sin ningún género de duda que las xxviii Jornadas de Historia del Derecho Argentino en las que participaron historiadores del derecho de Brasil, Cuba, España, Italia, México, Países Bajos, Paraguay y Perú y el volumen publicado que contiene los textos de una veintena de las ponencias presentadas en la reunión, se enmarcan en la mejor tradición trasatlántica histórico-jurídica.

Los temas y las instituciones que desde el pasado siglo han interesado a los cultivadores de la Historia del Derecho europeos y americanos han sido múltiples, siendo esta una realidad que también tuvo su reflejo las Jornadas tal y como se aprecia con la simple lectura de su programa y del sumario del libro gracias a que los organizadores de la reunión y de la publicación omitieron, pensamos que, al menos en esta ocasión, acertadamente, definir un tema concreto como objeto de la convocatoria, facilitando de este modo la participación de investigadores preocupados por una gran diversidad de cuestiones, pero interesados todos ellos en contribuir al homenaje dedicado al profesor Mariluz Urquijo.

Los contenidos de casi todas las mesas que compusieron el programa de las Jornadas han tenido representación en el volumen publicado. La única excepción es la enseñanza del derecho, materia que si bien en la celebración de la reunión contó con la intervención de varios historiadores, finalmente en la publicación no se ha podido incorporar el texto de ninguna de tales aportaciones.

La perspectiva de género cobra cada vez mayor relevancia en los estudios y análisis histórico-jurídicos, aunque quizás con mayor lentitud de la que cabría desear. Y este renovado interés por aproximarse a las mujeres desde la perspectiva de la Historia del Derecho tuvo hueco en el programa de las Jornadas y ha vuelto a tenerlo en el libro ahora publicado. Un hecho del que debemos de felicitarlos y agradecer a los investigadores que de modo paulatino introducen esta sensibilidad en los trabajos histórico-jurídicos, de manera que sus aportaciones contribuyen a que todos conozcamos mejor cómo el derecho ha concernido a las mujeres a lo largo de la historia. Una tarea nada sencilla por la incompreensión que aún se muestra desde distintas instancias respecto de este tipo de investigaciones y porque con demasiada frecuencia la identificación y la localización de las fuentes aptas para aproximarse a la realidad de las mujeres desde una perspectiva histórico-jurídica no es una tarea sencilla.

Afortunadamente esta sensibilidad o esta inquietud tiene su reflejo en la obra que comentamos porque algunos de los textos que componen el libro se ocupan de aspectos vinculados con tales cuestiones, como es el caso de los trabajos firmados por las profesoras Elisabet Velo i Fabregat, María Jesús Espuny Tomás y Gabriela Mitidieri que desde el ámbito del derecho laboral y de la administración de la justicia, vinculando la realidad española y argentina, fijan su atención de modo particular en temas que afectan a las mujeres desde una perspectiva histórico-jurídica. Gabriela Mitidieri se detiene en las estrategias que las mujeres trabajadoras argentinas pusieron en marcha ante el Tribunal de Comercio de Buenos Aires entre 1850 y 1868 para conseguir las condiciones que entendían que les correspondían en el marco de las relaciones de trabajo de las que eran parte. Elisabet Velo se ocupa del análisis de la Ley española de trabajo a domicilio de 1918, que inspirada en el modelo argentino, diseñó el marco jurídico del trabajo de muchas mujeres a principios del siglo xx. Y por su parte, María Jesús Espuny muestra una vez más su preocupación por la protección laboral de mujeres y niños, en esta ocasión a partir de la legislación que se dictó en las primeras décadas del siglo pasado en España y Argentina.

La mayor parte de los capítulos del libro abordan materias propias del campo del derecho público, de manera que es muy escasa la representación de los análisis de instituciones de derecho privado. Quizás porque sigue pesando en una parte muy importante de la historiografía jurídica, tanto española como americana, la preferencia por los temas de historia del derecho público en detrimento de los que conciernen a la

historia del derecho privado y también porque en el campo del derecho indiano los estudios sobre instituciones civiles han tenido un recorrido menor como consecuencia de la limitada atención que este derecho prestó al ámbito civil, provocando que el derecho civil de Castilla se afianzara como derecho principal en las Indias, en la América hispana.

Con todo se abordan cuestiones de historia del derecho privado en los trabajos firmados por Giselle Jordàn Fernández y Héctor José Miguens. El primero destinado al estudio de la función social de la propiedad en Cuba y el segundo sobre la obra de Rolf Serick respecto de la doctrina del *Piercing the Corporate Veil* en el derecho civil y comercial, aproximadamente, a lo largo de los dos últimos siglos. Aunque ambas aportaciones forman parte del bloque reservado al pensamiento, la literatura y la cultura jurídica, el texto de Jordàn Fernández guarda estrecha vinculación con el Derecho constitucional por lo que podría haberse incluido en la parte reservada a este sector del ordenamiento jurídico del que forma parte el trabajo de Patricio Javier López Díaz-Valentín sobre el control de constitucionalidad en Mendoza a partir de la Constitución de 1854 y hasta nuestros días.

Por su contenido, cabría incluir el texto de Viviana Kluger sobre la atención que se prestó a la legislación comparada en las tesis doctorales presentadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX en el ese mismo conjunto de trabajos que se detienen sobre instituciones de Derecho privado porque el Derecho comparado que reclamó la atención de los doctorandos argentinos en el período de referencia se circunscribió básicamente a las instituciones de Derecho civil. Sin embargo, al mismo tiempo este trabajo bien podría haber formado parte de un bloque consagrado a la Historia de las universidades, en el que también podría haberse incluido el capítulo final del libro redactado por Ezequiel Abásolo en torno a la reforma universitaria argentina en los debates del congreso constituyente peruano de 1931.

El Derecho penal y la criminología tienen cumplida presencia en la obra gracias a las aportaciones de Carlos Gabriel Rocca Mones Ruiz, Joaquín Ignacio Mogaburu y Carmen Graciela Rodríguez López. A los que quizás se podría haber unido el trabajo de Adrián J. Cabrera Bibilonia sobre el bandolerismo en la Cuba de finales del siglo XIX.

El capítulo firmado por Rocca Mones Ruiz se centra en la justicia penal en el contexto de la expedición de Magallanes en 1520; el de Mogaburu aproxima al lector a los orígenes del aborto eugenésico en Argentina bajo la influencia del profesor Luis Jiménez de Asúa; y, en tercer

lugar, el de Rodríguez López nos traslada a las clasificaciones criminológicas con relación a los delincuentes precoces en los comienzos del siglo xx en Argentina.

Dos son las aportaciones ubicadas en la sección reservada el Derecho canónico y eclesiástico que recogen los resultados de las investigaciones realizadas por los profesores Aldo Andrea Cassi y Ana Brisa Oropeza Chávez.

En el primer caso, el profesor de la Universidad de Brescia, próxima al lector al pensamiento medieval en torno a la institución del tiranicidio y su recepción en la doctrina moderna, con especial atención al contexto de la Reforma luterana y la Contrarreforma, para desembocar en los enunciados de la Escuela de Salamanca y muy especialmente de Francisco de Vitoria sobre la materia.

Y, por su parte, la profesora Oropeza Chávez centra su atención en el Bernardo Boyl, primer vicario en América, y en su participación en la definición de los cauces que Alejandro VI pretendía que se siguiera en la evangelización de las Indias, reflejados en la Bula *Piis Fidelium*, y que habrían de conducir a la configuración del regio patronato indiano.

Dentro de la estructura del libro, el texto antes citado de Gabriela Mitideri forma parte del bloque reservado a la administración de justicia, junto con el trabajo de Rocío Rodríguez Más sobre la institución del jurado en la España del Sexenio democrático.

La mirada sobre la administración, aunque dejando de lado la de justicia, permite a Aarón López Pérez situar al lector en un marco territorial y temporal muy distinto de los que conciernen al resto de trabajos porque se centra en los referentes iusfilosóficos que apoyan el coprincipado de Andorra en el texto constitucional de 1993, razón por la que este trabajo también podía haberse integrado en el bloque de derecho constitucional.

Por su parte, María de Luján Ortiz nos traslada al espacio de Comodoro Rivadavia, en la Patagonia, una vez que se ocupa de los cambios geopolíticos que allí se operaron en la primera mitad del siglo xx y que permitieron su conversión en Estado provincial.

Para finalizar, solo nos gustaría volver a insistir en el indudable interés que sigue teniendo la celebración de reuniones científicas que permitan el contacto entre historiadores del derecho europeos y americanos. Felicitamos a los organizadores de la Jornadas y de la edición del libro por la iniciativa, por el interés de los temas abordados y por el merecido homenaje que se ha rendido al profesor José María Mariluz Urquijo.

Y pedimos al lector de estas páginas que tome a beneficio de inventario los comentarios que hemos deslizado en las páginas anteriores acerca de otras posibles ubicaciones de los trabajos en la estructura del libro. La organización interna de la obra es correcta y todos los trabajos están bien ubicados en ella. La posibilidad de otra ordenación no debe verse como una crítica sino como una opción derivada de la interdisciplinariedad que preside el conjunto del volumen que permite combinar el puzzle de piezas de distintas maneras y de personales opciones de quien firma estas páginas, ni mejores ni peores que las elegidas por los editores. para ordenar internamente la publicación.