

HISTORIA Y DERECHO EN MÉXICO: REFLEXIONES PARA SU REINTERPRETACIÓN DESDE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Raúl ÁVILA ORTIZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aspectos conceptuales y metodológicos*. III. *Derecho, premodernidad y la transición a la modernidad (1521-1821)*. IV. *Derecho y modernidad: de la Independencia a la posrevolución (1821-1994)*. V. *Derecho y posmodernidad: del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (1994) a las reformas constitucionales 2011-2014*. VI. *Conclusiones y reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo promueve una reinterpretación sobre la historia del derecho mexicano (HDM) desde la perspectiva epistémica evolutiva y garantista propuesta por Luigi Ferrajoli.

Como se sabe, en sus importantes obras publicadas en tiempos recientes, el ilustre jurista italiano propone, desde el mirador europeo y con implicaciones globales, que la transición jurídica y política en curso, obligada por la sumisión de la política y el derecho a la lógica e intereses de la economía neoliberal financiera, supone de manera urgente invertir estos términos. Para ello, en pocas palabras, el empeño progresista y humanista tendrá que concentrarse, en el ámbito jurídico y político, en reconstruir el ahora ineficaz Estado de derecho de la legalidad. En Europa, tal empresa ha implicado la modificación inconclusa del Estado constitucional de derecho, desarrollado a lo largo de los últimos cincuenta años, para configurar y consolidar un auténtico Estado de derecho constitucional cosmopolita, si es que el dramático escenario de ilegalidad, violencia y criminalidad que caracteriza al momento contemporáneo habrá de ser relevado.¹

¹ Véase a Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; *Democracia y garantismo*, ed. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2010; *Principia Iuris. Teoría*

Asumiendo que el discurso del constitucionalismo garantista formulado y perfeccionado por Ferrajoli y sus seguidores, el cual desde luego no goza de consenso unánime,² está siendo útil a manera de guía a los esfuerzos intelectuales y académicos que se vienen realizando en México para describir, explicar, comprender e incidir sobre las dinámicas de cambio jurídico y social, experimentados sobre todo a lo largo de los últimos dos decenios; en este ensayo se plantean reflexiones y apuntes para articularlo con los textos elaborados desde la HDM.

En tal sentido, promover una reinterpretación de la HDM a partir del constitucionalismo garantista significa la tentativa de leer la historia jurídica del país con lentes que permitan analizar sus contenidos relevantes en términos precisamente normativos, pero sin desatender el contexto internacional, interestatal, nacional y subnacional en que tales hechos han tenido lugar. Tal intento implica, a la vez, apreciarlos en el marco de la sucesión de etapas que transcurren, en el caso de México, desde el mundo prehispánico y virreinal colonial, que convencionalmente aquí se denomina premodernidad, o bien, si se prefiere, precapitalista, a otras en que en siglo y medio de independencia del país se instala de manera gradual la modernidad capitalista (nacional, industrial y democrática) y se transita, en los dos más recientes decenios, a su versión posmoderna (global o multidimensional, financiera y, al menos tendencialmente, posdemocrática).³ En lenguaje jurídico: el paso del derecho prehispánico y el derecho indiano novohispano, propio este último del despotismo monárquico premoderno, al moderno Estado legislativo de derecho y su sustitución por el Estado constitucional y, más aún, el Estado constitucional cosmopolita de derecho.

Para tal propósito, este trabajo abreva en fuentes bibliográficas de reconocidos investigadores que han contribuido y continúan aportando ideas y textos para construir la HDM;⁴ de quienes han dedicado esfuerzos a ex-

del derecho y de la democracia, Madrid, Trotta, 2011, 3 vols., y, en particular, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2014. Véase también Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

² Véase, al respecto, a Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, y los dos primeros capítulos de Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos...*, *cit.*

³ Véase, sobre este problema, a Salazar Carrión, Luis (coord.), *¿Democracia o posdemocracia? Problemas de la representación política en las democracias contemporáneas*, México, Fontamara, 2014.

⁴ Me refiero, desde luego, a las obras troncales de Floris Margadant, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18a. ed., México, Esfinge, 2009; González, María del

plicar y comprender las transiciones jurídicas y los rediseños institucionales forjadores del orden jurídico nacional y sus cambios coyunturales y estructurales;⁵ lo mismo que de quienes persisten en renovar conceptos y sumar elementos empíricos para reconstruir y sustentar el Estado de derecho sobre las líneas del Estado constitucional o la democracia constitucional y su novísima inflexión global o multidimensional;⁶ lo anterior junto con otros textos del propio autor,⁷ todos, aquéllos y éstos, motivados en la apremiante necesidad de resolver los problemas de un país sumergido en complejos procesos de cambio en distintos ámbitos, sectores y dimensiones.

Simultáneamente, en este ensayo se rompe de manera deliberada con la concepción de la historia como objeto de estudio ubicado en el pasado más o menos distante para asumirla en tanto conjunto de discursos y procesos que, si bien provienen del pasado, se extienden al presente y, no obstante los riesgos que implica su apreciación dado su reciente acaecimiento, pueden ser descritos y explicados en un marco de referencia que les imprima sen-

Refugio, *Historia del derecho mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983; Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, 15a. ed. revisada, México, Porrúa, 2010; Bernal Gómez, Beatriz, *Historia del derecho*, México, Ediciones Nostra-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010; Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del derecho mexicano*, México, Oxford University Press, 2013; y Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2004. También recomendable Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Historia general del derecho*, México, Oxford University Press, 2008.

⁵ Véase, sobre todo, los estudios que aparecen en González, María del Refugio y López-Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; y la obra de López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

⁶ Véase, desde luego, a Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006; “Hacia la democracia constitucional”, *Isonomía, Revista de Teoría Jurídica*, México, ITAM, 2012, pp. 189-206; y *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013. Asimismo, Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014; y, coordinado por el mismo autor, *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014; en particular, su propio ensayo “Soberanía y apertura del Estado. Una perspectiva mexicana”.

⁷ Remito, por tanto, a Ávila Ortiz, Raúl, *Constitutional Law and the New Mexican Development Strategy. From Close to Open Economy Through Institutional Reform, 1982-1998*, tesis para obtener el grado de maestro en Artes, Austin, ILAS, Universidad de Texas, 1998 (inédita); *El derecho cultural en México. Una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, 2000; e *Historia de las instituciones jurídicas. Oaxaca*, México, Senado de la República-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

tido y facilite, con la debida prudencia, la hechura de prospectiva útil para ciencia y sociedad.⁸

En ese entendido, este ensayo consta de las siguientes partes: 1) aspectos conceptuales y metodológicos, en particular la justificación de la periodización histórica propuesta; 2) la referencia al derecho de la premodernidad, en particular al derecho indiano novohispano en tanto expresión del Estado del despotismo monárquico virreinal; 3) la irrupción, mediante luchas prolongadas por casi un siglo, junto con la independencia del país, y su postrer instauración al final de ese ciclo, del Estado legislativo de derecho a su vez perfeccionado y consolidado en el México posrevolucionario que se agotó en 1994; 4) la transición, abrupta, por momentos mas reactiva que planificada, a la reconfiguración en curso del Estado constitucional, el cual habrá de sumar, yuxtapuesta, la dimensión cosmopolita o multinivel de derecho, y 5) conclusiones y reflexiones finales. De la parte 2 a la 4, se realiza el ejercicio de reinterpretación a través de siete indicadores que, inferidos de la obra de Ferrajoli, han impactado y continúan incidiendo en las sucesivas transiciones y refundaciones del derecho, en este caso en México.

Deseo agregar que este texto ha sido pensado, escrito y reformulado en diferentes momentos a lo largo de los últimos años, y es fruto de lecturas, diálogos, meditaciones y prácticas profesionales, sobre todo en la docencia en los posgrados de derecho de la UNAM, la Universidad Autónoma de Tlaxcala y, entre 2010 y 2012, en la Universidad Anáhuac de Oaxaca. A los

⁸ Cito, en apoyo de este planteo, las líneas introductorias de un sabio historiador del derecho, quien apuntó, a su vez citando y traduciendo a W. H. Wals, *Philosophy of History*, 5a. ed, Nueva York, 1966, p. 36, que “Una ciencia versa sobre conocimientos, obtenidos metódicamente y colocados dentro de un sistema; conocimientos que tengan un carácter general; y permitan percatarse de la realidad y determinar, hasta cierto grado, el resultado futuro de actos presentes. Este conocimiento debe ser objetivo en el sentido de que los posibles prejuicios y preferencias del especialista individual no impidan que cada uno saque de un mismo material conclusiones semejantes. A la luz de lo anterior, es discutible si la historia sea una ciencia, y la incertidumbre respecto del carácter científico de ella se presenta también en la historia del derecho. Sin embargo, el material con que trabaja la historia del derecho se convierte, en manos de un buen especialista, en un sistema de datos interconectados, relacionados en forma tal con la evolución del mundo de las ideas y de los hechos, que a menudo permite ir más allá de la mera narración, para explicar ciertos desarrollos del derecho”. “Así, la tarea del historiador del derecho no es simplemente la de exponer, sino también la de explicar determinados cambios en algún sistema jurídico, mediante la proyección de su fantasía hacia la plenitud de las circunstancias históricas, relacionadas con el derecho. Sólo raras veces, empero, esta proyección de nuestra fantasía dará un resultado completamente aceptable”. Floris Margadant, Guillermo, *Panorama de la historia universal del derecho*, México, Miguel Ángel Porrúa, p. 13. Véase también, para el carácter científico de los acontecimientos pasados inmediatos, a Franco, Marina y Levín, Florencia (comps.), *Historia reciente. Perspectivas y desafíos de un campo en construcción*, Buenos Aires, Paidós, 2007.

estudiantes de licenciatura de esta última debo, en buena medida, la inspiración para elaborarlo en versiones previas no difundidas. Me alegra que la celebración en torno a la figura del doctor José Luis Soberanes Fernández brinde la oportunidad para publicarlas por primera vez. Gracias, finalmente, a Óscar Cruz Barney, José Luis Soberanes y Enrique Cáceres por sugerir algunas fuentes bibliográficas, y al propio Óscar Cruz Barney y Miguel Carbonell por su atenta invitación a conformar esta obra.

II. ASPECTOS CONCEPTUALES Y METODOLÓGICOS

Para Ferrajoli, el derecho ha transitado desde sus versiones premoderna y moderna a su condición actual o posmoderna, a su vez en pleno proceso de reconfiguración en el contexto de la globalización.⁹

Dicho en síntesis y teorizado, en principio, desde y para la Europa contemporánea, pero con implicaciones globales, aquí se propone por tanto que tales planteamientos son aplicables a México, por supuesto que no acrítica ni imprudentemente.

Según los textos significativos aludidos, tres modelos de Estado de derecho —el tercero en curso de refundación en modalidad supranacional o multinivel— podrían inferirse de la experiencia secuencial premoderna-moderna-posmoderna de los últimos cinco siglos y, desde luego, habría que agregar, en el contexto de la evolución del sistema capitalista mundial hoy en crisis, causada por la más reciente de sus cíclicas revoluciones científicas, tecnológicas y económicas.¹⁰

De tales modelos se infieren cambios en siete aspectos del derecho: en las características del sistema normativo, la norma de reconocimiento, sus fuentes, la relación entre derecho y moral, la filosofía jurídica, el actor jurídico político principal, y la ciencia jurídica y sus operadores clave.

En el Estado absolutista, previo a las grandes revoluciones industriales y democráticas europeas de los siglos XVIII a XIX, el sistema normativo habría asumido carácter nomoestático o a partir de máximas, categorías, principios y precedentes jurisdiccionales transmitidos vía doctrinal y judicial. La norma de reconocimiento se identificaba con la verdad cristiana.

⁹ En lo que sigue, expreso una interpretación propia de las ideas del maestro italiano a partir de sus obras conducentes. Véase a Ferrajoli, Luigi, nota 1.

¹⁰ Véase, para esto último, la obra de Wallerstein, Immanuel, *The essential Wallerstein*, New York, The New Press, 2000; *Después del liberalismo*, México, Siglo XXI Editores, 1998, y *The Decline of American Power*, New York, The New Press, 2003; así como Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, IJ, UNAM, 2008 (en particular su tercera parte).

Las fuentes emanaban de diversas autoridades y eran heterogéneas, incluso dispersas y dirigidas a titulares particulares o específicos. La relación entre derecho y moral, es decir, el problema de la validez, correspondía a la equivalencia entre validez y existencia, ambas dependientes de la justicia (moral o sustancial en sentido prescriptivo). La filosofía jurídica predominante era el jusnaturalismo. El actor jurídico político principal encarnaba en el monarca y su administración, así como el juez-teólogo dependiente de él pero subordinados, ambos, al sistema normativo y la identidad entre derecho y moral. La ciencia jurídica era de corte glosador y comentarista, en tanto que sus operadores clave eran los teólogos juristas. Agregaría que en dicho modelo la soberanía sólo se justificaba a partir de la voluntad y la legislación generada por el monarca y sus representantes.

En el Estado de derecho legislativo, producto histórico de las revoluciones burguesas, madurado durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, el sistema normativo se ha tornado en nomodinámico, puesto que prevé la producción de sus propias reglas y todo contenido es decidible o no conforme con el principio de mayoría. La norma de reconocimiento es el principio de legalidad formal. Se observa la unidad de las fuentes vía del monopolio estatal de la normatividad y de la aparición de los códigos junto a Constituciones flexibles convertidas en un escalón más, así fuera superior, de la jerarquía normativa. En la relación entre derecho y moral, la validez pasa a depender de la justicia, en tanto la legalidad se vuelve expresión de la autoridad normativa externa que las genera, y de la forma en que las normas (ahora generales, abstractas e impersonales) son producidas (por tanto, el derecho es neutral, formal y laico), lo que permite la presencia de normas positivas y válidas, aunque sean injustas, a la vez que de otras inexistentes o ausentes, así sean justas. El juspositivismo se convierte en la filosofía jurídica hegemónica. El legislador (según el régimen político de que se trate) hace lo propio como actor jurídico político principal. La ciencia jurídica, operada por juristas laicos, se torna descriptiva (y si es crítica y proyectiva, lo es tan sólo formalmente) en tanto que el derecho se ha subordinado a la política a la cual sirve de instrumento formal (a través de mayorías partidarias que gobiernan una democracia formal sin límites y vínculos normativos sustanciales).

En el Estado constitucional, anunciado en el periodo entre las dos grandes guerras mundiales del siglo XX e implantado y desplegado en Europa luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial en las Constituciones italiana (1947), alemana (1949), francesa (1958), portuguesa (1976) y española (1978), se registran dramáticas transformaciones.

En cuanto al sistema normativo, éste es a la vez nomodinámico (validez formal) y nomoestático (validez sustancial) puesto que la esfera de lo no decidible (u obligaciones de no hacer, frente a los derechos civiles y políticos) y de lo decidible (u obligaciones de hacer, frente a los derechos sociales) se sitúan fuera del alcance legítimo de mayorías políticas coyunturales. La norma de reconocimiento es la legalidad formal y sustancial a través de la conformidad y coherencia con respecto a las normas constitucionales, que se han vuelto rígidas y, por tanto, están sustraídas de la voluntad de mayorías políticas coyunturales, de modo que la Constitución se diferencia y disciplina, en definitiva, a la ley y al código. Reaparece una nueva modalidad de fuentes plurales y multidimensionales hacia adentro y hacia afuera del Estado nación. La relación entre derecho y moral se convierte a la vez en formal y sustancial. El constitucionalismo (ya garantista, ya principalista, en términos de Ferrajoli, pero también popular o populista, en términos del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”)¹¹ asume el control de la filosofía jurídica. Los actores jurídico-políticos principales encarnan en el legislador que previene y el juez que opera la crucial jurisdicción constitucional (pero sin que uno y otro se desvinculen o extralimiten respecto a los derechos constitucionales fundamentales y sus garantías —primarias y secundarias, directas e indirectas, normativas y metanormativas— de las que forman parte pues de otro modo incurren, sobre todo los jueces, en confusión de poderes). La ciencia jurídica pasa a cumplir las funciones descriptiva, crítica y proyectiva (formal y sustancialmente), y la política queda subordinada al derecho mediante las esferas de lo decidible y lo no decidible. El jurista constitucionalista, operador principal del nuevo modelo, realiza aquellas tres funciones (y las lleva al ámbito comunicacional y mediático para influir en la agenda jurídico-política de su realización práctica).

En el marco del Estado constitucional nacional, hoy maduro en Europa, luego de un proceso de más de cinco décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, las también llamadas democracias constitucionales enfrentan severas crisis (para Ferrajoli, auténticas emergencias planetarias: política, social y humanitaria, ambiental, nuclear y criminal) debido a la injerencia del neoliberalismo financiero que ha privilegiado a la economía sobre la

¹¹ Véase a Salazar, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 345-388. Para una de sus principales experiencias aplicadas, Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Albya Yala-Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.

política, y a ésta sobre la sociedad en perjuicio del derecho y el Estado, imposibilitados para estar a la altura regulativa y garantista multidimensional e intersectorial que se le reclama.¹²

Para tal efecto, Ferrajoli plantea el desdoblamiento refundacional del Estado constitucional a su versión o modalidad supranacional o multinivel. Esto entraña, esencialmente, de acuerdo con su denominado modelo del constitucionalismo garantista neojuspositivista (distinto al del constitucionalismo principalista neojusnaturalista): una normatividad fuerte en términos de reglas (y no débil en términos de principios ponderables) asociadas a normas sustanciales que obligan a su ejecución legislativa y aplicación judicial; la primacía de la legislación garantista reconocidamente imperfecta (en lugar de la primacía de la jurisdicción); la sujeción rígida a la ley y a la separación de poderes (en lugar de una jurisdicción activa y creativa tendente a la confusión de poderes); un constitucionalismo rígido multinivel ampliado a poderes políticos y económicos nacionales y globales, ejecutado mediante garantías idóneas en las cartas estatales e internacionales (en lugar de la integración jurídica supranacional basada en garantías jurisdiccionales según el modelo del *rule of law*); el valor pragmático del constitucionalismo como modelo teórico-práctico y proyecto político democrático (y no sólo como un modelo teórico-práctico), y una ciencia jurídica crítica y proyectiva frente al derecho ilegítimo formal-sustancial (en lugar de otra solamente descriptiva).¹³

En palabras del propio autor italiano, se requiere:

...después de las dos transformaciones producidas con las dos revoluciones institucionales de la modernidad —la fundación iuspositivista del Estado como esfera pública heterónoma y separada de las esferas privadas, y luego de la fundación iusconstitucionalista de la democracia a través de la garantía de sus diversas dimensiones mediante los límites y los vínculos impuestos a los poderes políticos— una tercera transformación del paradigma del derecho y de las instituciones políticas: la fundación iuscosmopolita de una esfera pública y de un constitucionalismo supranacional, esto es, de límites y vínculos en garantía de los derechos, impuestos a los poderes supraestatales frente a las múltiples crisis —económicas, políticas, ecológicas y sociales— provocadas por su actual carácter depredador y salvaje... Es pues, evidente que la sumisión de tales poderes al principio de legalidad equivaldría además

¹² En sentido similar se pronuncia el aclamado economista Thomas Pinkety, en el último capítulo de su difundida obra: *El capitalismo en el siglo XXI*, México, FCE, 2014, en donde llega a subrayar la premura de subordinar a la economía, la que en su criterio no es más que una simple técnica a la política y los principios constitucionales democráticos.

¹³ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 12.

a una rehabilitación del papel de gobierno de la política, de la que la ley es siempre un producto.¹⁴

En este punto es pertinente introducir una inflexión: en México, así como en otros países de América Latina, cada uno en su contexto, trayectoria y patrón institucional histórico, entre los que por supuesto se pueden observar e inferir semejanzas y diferencias notables, el derecho del Estado absolutista virreinal premoderno, que a su vez suplantó al derecho prehispánico, aunque mantuvo —como lo sigue haciendo en nuestros días— órdenes jurídicos intraterritoriales indígenas, fue sucedido por un incipiente Estado de derecho legislativo. Éste, desarrollado a lo largo de un siglo y medio a partir de 1857, que hacia la mitad del siglo XX acentuó —desfasadamente respecto a Europa— sus rasgos legalistas formalistas, y por tanto político instrumentales o pragmáticos, comenzó a tornarse en Estado constitucional garantista en el periodo globalizador que comprende el más reciente cuarto de siglo, es decir a partir del quinquenio 1989-1994. El punto clave consiste en ponderar que, dado el papel periférico del país en el contexto del sistema mundial del capitalismo histórico, hoy en su fase financiera globalizada, y particularmente a merced de la intensa y la compleja relación interestatal con los Estados Unidos, la doble transición posmoderna —nacional y cosmopolita— que Ferrajoli analiza, infiere y proyecta a partir de los procesos europeos posteriores a la segunda posguerra, en México se vienen presentando en forma desfasada, combinada y yuxtapuesta. Este fenómeno cifra una complejidad aún mayor que la que se advierte en Europa, y explica, en buena medida, los efectos sociales y reacciones normativas, más o menos desordenadas, que profundizan y palian su crisis y su pretendida superación; fenómeno, a su vez, motivo de hondas preocupaciones jurídico-políticas e importantes proyectos académicos.¹⁵

¹⁴ *Ibidem*, p. 178. Más todavía, si se quiere que política, derecho y economía recuperen su razón de ser y su papel de razón, “es necesario poner fin a la inversión de sus relaciones que, como se ha visto, está en el origen de la crisis: no más la omnipresencia del capital financiero y de la economía respecto de la política y de la política en relación con la sociedad, sino la subordinación de los primeros a la segunda y de la segunda a la tercera, a través de los límites y los vínculos legales y constitucionales que deben imponerse tanto a los poderes económicos como a los poderes políticos en garantía de los derechos fundamentales de todos. Y esto sólo será posible a través de una doble ampliación del paradigma constitucional del Estado de derecho y de la democracia: su expansión en sentido extensional a todos los poderes y su reforzamiento en sentido intencional en garantía de todos los derechos”. *Ibidem*, p. 176.

¹⁵ Me refiero, en el seno del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, al notable empeño de juristas tales como Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo†), Diego Valadés, Miguel Carbonell, César Astudillo, Eduardo Ferrer McGregor, María del Pilar Hernández, Héctor Fix-Fierro y Jaime Cárdenas, entre los más concentrados en la línea de investigación

Justo aquí es pertinente discurrir sobre cómo podría engarzarse la HDM con la epistemología evolucionista y garantista “ferrajoliana”.¹⁶

En principio, se entiende por historia el estudio, interpretación y conocimiento de los hechos o acontecimientos relevantes y verdaderos del pasado que influyen en el presente y coadyuvan a prever el futuro. No obstante, cabe advertir que la historia también se aprecia en tanto justificación para la acción del presente que condiciona el porvenir.

Apenas viene al caso recordar que el concepto de derecho, como tantos otros, depende del enfoque utilizado al estudiarlo. Recuérdesse, vía ejemplo, que aquél puede ser entendido en tanto valor y/o norma y/o hecho, o bien institución o incluso como fenómeno, lo mismo que orden jurídico de la sociedad, sistema de normas, derechos y garantías, o simple y pragmáticamente en cuanto actividad y resultado de la práctica de argumentar.¹⁷

En consecuencia, la historia del derecho suele referirse al estudio analítico, crítico e interpretativo (esta última nota enfatizada por Soberanes Fernández),¹⁸ a partir de fuentes directas e indirectas autorizadas, de valores, normas, hechos, instituciones, fenómenos, sistemas y/o argumentación jurídica relevante del pasado —delimitado material, temporal y espacialmente— que han influido en su propio tiempo, trascendido al presente y pueden ayudar a prever el mañana. Para ello la historia propone periodizaciones.¹⁹

en torno a la democracia constitucional, el nuevo derecho público y el “*ius commune* latinoamericano”. Véase, por ejemplo, algunas de tales aportaciones en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

¹⁶ Para las líneas que siguen he utilizado y recomiendo, principalmente, a Soberanes Fernández, *op. cit.*, pp. 10-30; Bernal Gómez, *op. cit.*, pp. 11-21; Pérez de los Reyes, *op. cit.*, pp. 1-30, y Cruz Barney, *op. cit.*, pp. XXIII-XXXIII. Véase nota 3.

¹⁷ Véase, entre otros, Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, y Ortiz, Serafin, *Los fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014.

¹⁸ Soberanes Fernández, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

¹⁹ Sobre este tópico, para Soberanes Fernández, *op. cit.*, p. 28: “las divisiones en la historia suelen ser muy criticadas ya que en el paso del tiempo no se dan cortes absolutos; sin embargo, las divisiones de la historia son instrumentos didácticos valiosísimos que nos ayudan a explicar el devenir histórico”; en tanto que para Bernal Gómez, *op. cit.*, p. 19: “periodificar no sólo es importante sino también necesario para descubrir en el devenir histórico las diversas etapas que lo integran con el fin de tener una mejor comprensión de su secuencia: fin que vale por sí mismo y por la carga didáctica que representa. Además, periodificar lleva consigo la tarea de caracterizar, esto es, extraer de cada edad o etapa histórica sus denominadores comunes, aquellos que, en cierta medida, son distintos de los que se encuentran en tiempos anteriores o posteriores... Asimismo, para periodificar es menester precisar, primero, el obje-

En el caso de la HDM, se denomina así a la disciplina académica (hasta ahora calificada como “auxiliar”) que estudia tales objetos en el ámbito territorial y cultural ocupado por las antiguas civilizaciones prehispánicas que existieron en lo que hoy es México, antes y después de la colonización por parte de los españoles, durante tres siglos en el Virreinato de la Nueva España y casi dos siglos más en el México independiente, hasta llegar a los días que corren.

No obstante lo anterior, debe tomarse en consideración que el derecho suele ser identificado con las instituciones jurídicas, y que si, por un lado, las instituciones son patrones reiterados de conductas formales e informales, maximizadoras o restrictivas, que están conformadas por normas (principios y reglas) y prácticas (buenas o malas), organización, actores y personas racionales, y adhesión o consenso en torno a aquéllas, dados en contextos históricos;²⁰ y por el otro, lo jurídico suele ser visto como normas obligatorias que integran un orden o sistema coactivo o de prevención y solución de conflictos, o si se quiere, como un sistema de proposiciones primordialmente prescriptivas en ambientes comunicacionales complejos,²¹ entonces las instituciones jurídicas están conformadas por normas vía de principios y de reglas obligatorias y coactivas (o no), por organizaciones para crearlas y aplicarlas, personas para conducirlas y por creencias justificadas en la validez de tales componentes.

Sumado a ello, importa decir que si el derecho se estudia en términos de fenómeno jurídico más que de institución jurídica, entonces la HDM se deberá dirigir a analizar las causas y consecuencias o efectos sociales de la creación y aplicación de las instituciones y sistemas jurídicos, lo cual es más amplio que sólo limitarse al estudio descriptivo e incluso analítico y hasta crítico de las instituciones a que da vida.

En efecto, conviene apuntar ahora que el método más utilizado para los estudios que aporta la HDM propone la periodización lineal o división temporal de la evolución de los grupos humanos y culturas que se asentaron en el territorio prehispánico, hispano-indiano y propiamente mexicano, antes

to periodificable, después conceptualizarlo, definirlo, situarlo dentro de un marco sistemático o institucional. Establecer sus límites de espacio y tiempo. Además, fijar los criterios que se van a utilizar. Así se podrá lograr una división en periodos que contenga, en la medida de lo posible, los cambios que se han producido en el desarrollo de las instituciones o sistemas en cuestión”.

²⁰ Véase Ortiz Ortiz, Richard, “Institucionalismo contextualizado”, en Nohlen, Dieter, *Diccionario de ciencia política*, México, Porrúa-El Colegio de Veracruz, t. I, pp. 729 y 730.

²¹ Véase Cáceres Nieto, Enrique, “Institucionalismo jurídico y constructivismo social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 100, 2011.

y después de 1521 (año de la caída de la gran Tenochtitlán) y 1821 (año de la consumación de la independencia de México frente a España).

Se enfoca, en particular, en las instituciones públicas, jurídicas, políticas y administrativas que han prevalecido y perdurado en esas épocas, aunque también se analizan, si bien con menor extensión o profundidad, diversos aspectos del derecho privado y de instituciones específicas. Se ubican en tal rubro los estudios sobre la Iglesia Católica y el derecho eclesiástico, la institución del notariado y el derecho notarial, o bien las repúblicas de indios y el derecho indígena. Debe observarse que el uso del concepto de “instituciones públicas”, vinculadas a hechos relevantes de carácter jurídico político y administrativo, conduce a distinguir y periodizar entre la época prehispánica, enfocada en el derecho y conocido en culturas prehispánicas, al concepto de derecho indiano y, en seguida, al derecho del México independiente.

Así, puede afirmarse que se está ante una HDM general o especial dependiendo, por un lado, si su objeto de estudio es un análisis panorámico de la normatividad vigente en las diversas épocas y sistemas jurídicos, o bien, si lo es las principales instituciones jurídico políticas y administrativas, y, por el otro, si lo es alguno o varios sectores o temas del orden jurídico correspondiente (la iglesia, el notariado, los indígenas o la abogacía).

Ahora bien, un enfoque típico para abordar la HDM consiste en referirse a las fuentes del derecho y a las instituciones (que bien podrían incluir sus componentes arriba anotados) en que se plasman a través de documentos o materiales jurídicos diversos.

Asimismo, es frecuente que tales estudios aparezcan precedidos del contexto histórico más amplio (político, económico, social, cultural, militar, etcétera) que causó o influyó en la creación, aplicación o cambio de las fuentes del derecho y la normatividad en que se expresaron. Además, es posible que tales estudios exploren las consecuencias, jurídicas o internas y no jurídicas o externas que provocaron las nuevas instituciones o los ajustes que les fueron introducidos.

La aplicación de otros enfoques teóricos a la HDM, por ejemplo el “análisis económico del derecho” (análisis de costos y beneficios de las instituciones jurídicas) o bien el “análisis cultural del derecho” (la simbolización o significado de las instituciones expresados en la literatura y las artes), aún resulta escasa pero sin duda prometedora. Otro tanto ocurre con la perspectiva que hurga en las mentalidades de los grupos y actores relevantes de cada época o momentos históricos más importantes, pues coadyuva a explicar o incluso a justificar las decisiones y proyectos jurídicos que se fueron elaborando, o bien la forma en que las propias instituciones se fueron forjando, modificando y extinguiendo.

Postulo que es pertinente traer a la HDM la epistemología evolucionista general y especial o jurídica que divide el tiempo en premoderno, moderno y posmoderno, que ubica a las instituciones jurídicas en contextos amplios, multidimensionales e intersectoriales, y que explora sus causas y consecuencias internas y externas a la propia dimensión jurídica. Pero sostengo, a la vez, que es justificable y útil vincular el constitucionalismo garantista a semejante empresa, porque esto permitirá imprimirle sentido histórico y prospectivo al quehacer teórico-práctico de las disciplinas jurídicas contemporáneas, en particular, pero no en exclusiva, a las vinculadas al derecho público.²²

Ocuparé algo más de espacio para recordar que premodernidad, modernidad y posmodernidad corresponden no sólo a tres épocas históricas, sino también a otros tantos discursos predominantes. La premodernidad corresponde a la época previa al advenimiento del mundo moderno capitalista en el hemisferio occidental del planeta. Este movimiento histórico detonó con la llegada del Renacimiento en varias regiones de Europa y se intensificó en el siglo que corrió de 1450 a 1550 a partir de la caída de Constantinopla en poder de los turcos, la reconquista española de los territorios en poder de los árabes, el colapso de la gran Tenochtitlán en 1521, sucesivas conquistas territoriales y la instauración del régimen virreinal hacia la mitad del siglo XVI, acontecimientos que consumaron el cambio de época. Ciertamente, la premodernidad equivale al tiempo histórico del mundo antiguo, pero en particular a la Edad Media tardía novohispana, en este caso en su versión conquistadora colonizadora, y por tanto destructiva, reestructurativa y finalmente colonialista.²³ El mundo antiguo comprende varios siglos previos al nacimiento de Jesucristo y se extiende hasta la división y

²² Al respecto, conviene referir a dos reflexiones puntuales de Soberanes Fernández, una, en la que sostiene que “la ciencia histórico jurídica es un valor espiritual en sí, independientemente del servicio práctico que a historiadores y juristas puede prestar, y en consecuencia, digna de ser estudiada por ella misma”, y, la otra, cuando anticipa que “la disciplina de la historia del derecho no concluye su labor con desentrañar los antecedentes históricos de una institución determinada, sus afanes van mucho más allá al exponer el devenir histórico de todo el sistema jurídico para comprenderlo en su totalidad; es decir, finca los conocimientos de una interpretación global del derecho, afirmando la naturaleza unitaria del mismo y permitiendo a los juristas tomar conciencia del momento histórico del cual son protagonistas, dando los elementos para fundamentar su propia postura filosófica. No en balde a la historia del derecho se le da el carácter de disciplina jurídica auxiliar”. Soberanes Fernández, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

²³ Para una referencia a esta apreciación, véase *idem*, pp. 164 y 165, en donde Pérez de los Reyes no duda en asignar al derecho indiano el epíteto de colonial en la medida en que “la explotación de las riquezas en América, especialmente de los minerales, fue desmedida y desconsiderada para estos territorios, por lo que de hecho se dio un coloniaje”.

ulterior caída del imperio romano de Occidente, lo que acaeció en el siglo V, d. c. A su vez, la Edad Media se divide, por lo común, en baja y alta. La baja Edad Media transcurrió entre los siglos V (año 476) y X, d. c., en tanto que la alta Edad Media tuvo lugar entre los siglos X y XV, d. c. Para estos últimos cinco siglos hay quien distingue entre plena Edad Media (siglos XI al XIII) y tardía Edad Media (siglos XIII al XV) cuando ese prolongado periodo histórico entró en transición, acelerado por el renacimiento europeo (1450-1600), hasta agotarse y dar paso a la modernidad.

A su vez, la modernidad irrumpió en la segunda mitad del siglo XV, fue implantada a lo largo del siglo XVI y comprende dos periodos: La baja modernidad, transcurrida entre 1450 y 1750, y la alta modernidad, de 1750 a 1950, aproximadamente, es decir, desde la caída de Constantinopla en poder de los turcos hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. En este punto conviene insistir en que tal periodización aplica a la historia europea y que, en los casos mexicano y latinoamericano, tal periodización debe ser interpretada y tratada considerando la condición periférica y semiperiférica que sus diversos países y regiones han jugado —subordinada, dependiente y desfasadamente— en el curso de la historia del sistema capitalista mundial en que terminaron por coexistir. Su finalización, que testimoniamos en nuestros días, advertida, según se dijo arriba, por Wallerstein no menos que por otros científicos sociales destacados,²⁴ es parte de la crisis general a que Ferrajoli se refiere destacando el rol que el derecho puede y debe jugar para superarla.

En cuanto a la posmodernidad o época contemporánea, es claro que sus primeros avisos se ubican entre el final del siglo XIX y el inicio del siglo XX, y, en definitiva, se despliega luego de concluida la Segunda Guerra Mundial. Sus marcas más registradas por la historia comprenden la llamada Guerra Fría entre el bloque capitalista occidental y el socialista del este europeo, los movimientos antisistémicos de 1968, la caída del Muro de Berlín en 1989 y de la Unión Soviética en 1991, el ataque a las Torres Gemelas de Nueva York en 2001 y las subsecuentes guerras en Medio Oriente, la sustitución del transitorio orden internacional unipolar favorable a los Estados Unidos por otro orden emergente, multipolar, con el ascenso de Brasil, Rusia, India, China, Sudáfrica y otros (entre éstos, codependientemente con los Estados Unidos: México). Aquí, según se ha apuntado líneas arriba, la modernidad —que ha cobrado expresión jurídica en el Estado legislativo de derecho— se plantó, instauró y desplegó a lo largo de más de un siglo y medio, es decir, desde 1821, año de la Independencia, hasta el quinquenio cru-

²⁴ Véase, si no, los planteamientos contenidos en Zakaria, Fareed, *The Post-American World: Release 2.0*, Northon & Company, 2011; y, en sentido más amplio, Naím, Moisés, *El fin del poder*, México, Debate, 2014.

cial de 1989-1994, lapso en que se formaliza una nueva interdependencia asimétrica o codependencia, desde luego con los Estados Unidos, lo que se refracta y refleja en el espejo del sistema jurídico nacional. Al periodo 1990-2014, al cual diversos intelectuales mexicanos identifican como el del tercer impulso al liberalismo y al concomitante constitucionalismo,²⁵ y para otros no es más que el del neoliberalismo capitalista financiero,²⁶ correspondería al arribo desfasado, combinado y yuxtapuesto de la época posmoderna y, por tanto, de la doble transición al Estado constitucional y cosmopolita de derecho (democrático y social o no, según el enfoque adoptado). Escenarios, en cualquier supuesto, de enorme complejidad para los mexicanos y que la HDM podría coadyuvar a aprehender a partir del mejor conocimiento del origen y evolución de sus instituciones, sus causas y, especialmente, sus efectos prácticos.

En las tres secciones subsecuentes se ofrecerán, con base en las siete características del derecho que han sido alteradas en cada ciclo, transición o refundación jurídico-institucional, según se desprende del discurso de Ferrajoli, un panorama general de su proceso evolutivo en el México premoderno a posmoderno.

III. DERECHO, PREMODERNIDAD Y LA TRANSICIÓN A LA MODERNIDAD (1521-1821)

Es importante mencionar, así sea en breve, que la innegable riqueza jurídica y extrajurídica de las civilizaciones indígenas prehispánicas, incluidas en el ámbito de estudio de la HDM, en particular aquellas que estuvieron asentadas en el territorio dominado por el imperio azteca, respondía a presupuestos morales y culturales muy diferentes a los prevalecientes en el virreinato novohispano.

A su vez, la información justificante de los indicadores propios del derecho indiano, premoderno, funcionales al Estado absolutista puede ser inferida desde la literatura aportada por la HDM en tanto disciplina académica.

²⁵ Véase varios autores, *La fronda liberal. La reinención del liberalismo en México (1990-2014)*, México, Taurus, 2014, y, en particular, los brillantes ensayos de Héctor Aguilar Camín y Fernando Escalante, que advierten la dialéctica de las tendencias y contratendencias liberales en la historia del país, de la República restaurada (1867-1876) al “maderismo” (1911-1913), y de ahí, de nueva cuenta, al periodo 1990-2014.

²⁶ Véase, por ejemplo, Monreal, Ricardo, *Reformas estructurales. Mitos y realidades*, México, Porrúa, 2014, en donde se abordan críticamente los ciclos “liberales” de las reformas borbónicas, “porfirianas”, “salinistas” y de la actual administración “peñanietista”, cada una generadoras de sus respectivas contratendencias revolucionarias o al menos insurreccionales.

El sistema jurídico indiano nomoestático descansaba en principios, máximas, doctrinas, interpretaciones y resoluciones judiciales interrelacionadas, cuyo contenido material era producto de la sedimentación de valores y creencias cristiano-católicas medievales reconcentradas en la monarquía hispana promotora de la contrarreforma católica. Por supuesto que dicho sistema no preveía mecanismos formales de producción normativa, y mucho menos estaba sometido a principio de mayoría alguno, sino a la voluntad del monarca y sus representantes en España y Nueva España.

La norma de reconocimiento de dicho sistema se ubicaba, en última instancia, en la verdad cristiana en su versión católica, la cual servía de soporte moral y, por tanto, de origen y límite sustancial a la legislación india, su aplicación e interpretación. Desde cierta perspectiva, el temprano, largo, intenso y rico debate sobre los “justos títulos”, es decir, sobre el derecho de conquista territorial, condición personal y jurídico-política indígena, así como los deberes de evangelización, reflejados en la polémica entre Juan Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de Las Casas en torno a la naturaleza humana de los indios, reflejaban el carácter de las creencias justificables en torno al núcleo de los derechos sagrados de naturaleza divina, pasados por el tamiz de la interpretación cristiana y católica, que conquistadores y conquistados debían compartir y respetar.²⁷

Las fuentes del derecho indiano, a no dudarlo, respondían a la pluralidad de las autoridades que lo emitían, ya en España, ya en la Nueva España, en diferentes niveles de gobierno y administración de la monarquía,²⁸ así como al régimen de preeminencia, primero, y luego de supletoriedad, asegurado al derecho castellano y a otros diversos ámbitos que cruzaban por el derecho canónico, el derecho municipal y el derecho indígena, propiamente dicho. Habría que agregar a la legislación, según enfatiza Pérez de los Reyes, la costumbre (autorizada y regulada en Las Siete Partidas), la doctrina, en menor medida la jurisprudencia y las resoluciones judiciales, así como

²⁷ Al respecto, véase, además de la obra citada en nota 3, a Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, y Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho indiano*, México, Tirant Lo Blanch, 2012.

²⁸ Siguiendo a Soberanes Fernández, se trataba de la ley —la principal fuente del derecho indiano— o disposición aprobada en las Cortes (reuniones de nobleza, iglesia y burguesía) cada vez más sometidas al rey hasta que casi desaparecieron y fueron retomadas a inicios del siglo XIX, y comprendían una extensa variedad de documentos normativos que iban desde la Real Pragmática (emitida por el rey sin participación de las Cortes) hasta la Real Ordenanza en que se regulaba una institución, y la Real Instrucción en que se regulaba al detalle la conducta de un funcionario. *Cf.* Soberanes Fernández, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

los principios generales del derecho.²⁹ Apenas cabe recordar que las autoridades creadoras y ejecutoras de la legislación indiana en España fueron: el rey, la Casa de Contratación de Sevilla, sustituida por el Real y Supremo Consejo de Indias, que en 1714 fue reconvertido en Secretaría Universal de Indias. A éstas hay que agregar el Real Patronato (que regulaba las relaciones políticas y económicas con la Iglesia Católica) y el Tribunal del Santo Oficio, mejor conocido como la Santa Inquisición (instituido en España en 1479 y en Nueva España en 1553, orientado a la regulación y control de la observancia de los valores cristianos y la ideología política). En tanto que en Nueva España lo fueron el virrey, la Real Audiencia (que ejercía una competencia compleja al conjugar la jurisdicción penal y civil, más la consultoría al virrey y la función interpretativa mediante los “autos acordados” a través de magistrados, oidores y fiscales), los tribunales ordinarios y especiales diversos, los gobernadores, los alcaldes mayores, los corregidores y las autoridades municipales tanto españolas como indígenas, los presidentes en algunas ciudades y los comandantes generales en algunas provincias, o bien, luego de las reformas borbónicas de finales del siglo XVIII, los intendentes (en lugar de los gobernadores). El particularismo y dispersión de semejante normatividad es de sobra conocida, lo mismo que los esfuerzos centenarios por compilarla.³⁰

En cuanto a la relación entre derecho y moral, cabe insistir en que la legislación real y virreinal estaba supeditada al horizonte de los valores cristianos, de modo que la legitimidad o validez del derecho humano, no por cierto su eficacia, procedía, en términos del influyente derecho canónico, de

²⁹ Cfr. Pérez de los Reyes, *op. cit.*, pp. 186 y ss. También Bernal Gómez, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

³⁰ Véase, por ejemplo, el ilustrativo recuento que aporta Pérez de los Reyes, en *idem*, pp. 191-195, sobre los intentos de recopilación, y que van desde la ordenada a la Casa de Contratación de Sevilla, en 1510; las 32 leyes incluidas en las llamadas Leyes de Burgos, de 1512; el Código Ovandiano, de 1573; el Cedulaario de Diego de Encinas, de 1596 (que incluía 2462 disposiciones); la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias o Leyes de Indias, de 1680 (constante de nueve libros, 218 títulos y 6447 disposiciones), el Proyecto de Nuevo Código de las Leyes de Indias, de 1792 (un solo libro, que no fue concluido), y la Recopilación Sumaria de Todos los Autos Acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España, de 1797. Véase también Soberanes Fernández, *op. cit.*, pp. 81-91. Por lo demás, según Bernal Gómez, *op. cit.*, pp. 101 y 102, el derecho de la alta Edad Media europea —más tarde recibido en Nueva España a través del derecho castellano— se distinguía por ser “heterogéneo, disperso, personalista y atomizado”, y no lo fue menos el derecho español renacentista, colmado de normas en forma de “Ordenanzas, Reales Cédulas, Decretos, Cartas y Capítulos de Carta, etcétera, emanadas casi todas del monarca y sus Consejos, y derivada de la concentración cada vez mayor del poder en sus manos (absolutismo)”, en *ibidem*, pp. 148 y 149.

su alineamiento con el derecho divino, en tanto que el derecho local debía estar conforme con el derecho universal.³¹

En el sistema jurídico indiano, el actor jurídico y político principal era el rey y sus representantes, en este caso el virrey y la Real Audiencia, en cuyas competencias se expresaba verticalmente la voluntad del soberano, además del ejercicio de fueros tales como el eclesiástico por parte de las instancias de la Iglesia Católica —del papa a los arzobispos y obispos actuando unipersonal o colegiadamente, a través de los concilios— las cuales comportaban una influencia decisiva en la vida pública novohispana.

En dicho sistema, además, la filosofía expresada en la doctrina jurídica era desde luego el jusnaturalismo de origen divino y, más tarde, en los albores del virreinato, era de carácter racional, pero en cualquier caso, fundada en las categorías, conceptos, máximas, opiniones y principios impregnados de la moral hegemónica que servía de base de sustentación.³²

En este aspecto, procede hacer notar que si la recepción del derecho común en las Indias se dio por vía ya oficial (sobre todo a través de la Siete Partidas), científica o académica (universidades y doctrina jurídica) y práctica en diferentes etapas (la del derecho común absoluto, la del derecho común subsidiario, y la del derecho común subordinado —ésta desde las Leyes de Toro de 1505 en adelante—), ella se proyectó precisamente en la práctica judicial “pues...quedaba en manos de letrados, formados según ciertos cánones y determinados autores en las universidades”,³³ lo que, en síntesis, desplegaba una epistemología jurídica dialéctica colonial entre centro y periferia hispanoamericana, o bien, el así llamado “pensamiento abismal”.³⁴

En cuanto al papel de los juristas y la ciencia jurídica, un breve examen de las materias que se enseñaban en la Real (1552) y Pontificia (1596) Universidad de México, los métodos empleados y las obras producidas muestra que se trataba del derecho romano justinianeo y del derecho canónico

³¹ Cfr. Bernal Gómez, *op. cit.*, pp. 121 y 122.

³² Al respecto, por ejemplo, la siguiente cita de Barrientos Grandón, al referirse al régimen de supletoriedad, ínsito en el Ordenamiento de Alcalá, largamente observado en Nueva España: “A falta de legislación real se debía recurrir al fuero Real y a los fueros municipales, siempre que estuvieren en uso y que no fueren contra Dios, contra razón y contra legislación real, reservándose el monarca la facultad de mejorar y enmendar los fueros en aquellas materias que les parecieren convenientes”. Véase Barrientos Grandón, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España. Sobre la concepción de la tradición jurídica europea en el virreinato*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1993.

³³ *Idem*, p. 11.

³⁴ Véase, en este sentido, De Souza Santos, Boaventura, *Una epistemología del Sur*, México, Siglo XXI Editores, 2009, y De Souza Santos, Boaventura y Meneses, María Paula, *Epistemologías del Sur (perspectivas)*, Madrid, Ediciones Akal, 2014.

contenido en el Corpus. También se revela una actividad glosadora (básicamente dogmática y a-histórica, exegética y comentarista) y posglosadora (con vocación más interpretativa y pragmatista), y más tarde, cierto influjo del *mos gallicus* y el jusnaturalismo racionalista (esto último desde finales del siglo XVIII) con el propósito de aplicar en Nueva España, trasplantado, recibido y semiadaptado, el derecho castellano, a su vez influenciado por el derecho románico canónico europeo o derecho común de hechura medieval.³⁵

En este punto cabe introducir una inflexión para advertir que si la baja modernidad capitalista europea se extendió de 1450 a 1750, y en su forma tardía premoderna, propiciada por la contrarreforma de base hispana, se recibió, adaptó y desplegó en Nueva España entre 1521 y 1821 mientras allá irrumpía la siguiente etapa, industrialista y democrática liberal (1750-1950), aquí la transición a la baja modernidad y su desarrollo pleno ocuparía un amplio arco temporal que va de 1750 a 1950, en tanto que la alta modernidad se extendería de 1950 a 1990-94. Dicho desfase histórico tiene causas y consecuencias bastante estudiadas, sobre todo por la economía y no tanto por el derecho.

Consecuentemente, la transición del derecho mexicano premoderno a su etapa moderna fue prolongada, compleja y multidimensional en la medida en que la recepción y el desarrollo del capitalismo y la política liberales, es decir, el modo de producción y de dominación, se presentaron en forma tardía, desfasada y subordinada con respecto a los proactivos esfuerzos ilustrados, ya liberales, o bien liberal-conservadores por implantarlos a través de instituciones jurídicas nuevas.

Así, desde el esfuerzo monárquico de los “borbones” a través de la histórica Ordenanza Real para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España de 1786, y de las innovaciones a la cultura jurídica que comienza a asumir la noción de derecho patrio basado en el derecho real que tiende a sustituir al viejo derecho

³⁵ Véase, al respecto, Bernal Gómez, *op. cit.*, pp. 107 y ss. Asimismo, cabe citar aquí a Barrientos Grandón, *op. cit.*, p. 29, quien afirma que “el derecho común romano-canónico penetró en las Indias a través de las Siete Partidas, y de su literatura jurídica adventicia, propia del *mos italicus*, como la glosa de Gregorio López y sus adiciones de Gaspar y Juan de Hermosilla, que aparecían en casi todas las librerías de los letrados indianos”. Lo anterior sin desconocer que, según dicho autor (*op. cit.* pp. 237-270), otras escuelas, tales como la humanista y la del derecho natural español, también estuvieron presentes, y que el *mos italicus* tardío engranó en la práctica judicial novohispana, manifestándose en opiniones de autores, doctrina de los regnícolas, comentaristas de textos canónicos y reales, decisionistas, polemistas, tratadistas y prácticos, en medio de los cuales los teólogos juristas cobraron especial relevancia. Véase también Carpinteiro Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

romano e imponerse sobre el derecho canónico, hasta la llamada legislación preindependiente (1810-1821), en Nueva España entre finales del siglo XVIII y la primera década del siglo XIX se advierten con claridad los signos de un cambio jurídico amplio o estructural.

Por sólo dejar registradas algunas marcas de dicha transición, las influencias del constitucionalismo francés, anglosajón e hispano, ya liberal o liberal-conservador, así como la propia ilustración novohispana posescolástica, según lo ha enfatizado Soberanes Fernández,³⁶ se reciben en el Bando de Hidalgo (1810), los Elementos de Rayón (1811) y la Constitución de Cádiz (1812), así como el Plan de Iguala (1821) y los Tratados de Córdoba (1821) —que reclaman derechos y división de poderes aun cuando se mantienen anclados en la intolerancia religiosa y la modalidad monárquica de gobierno—. ³⁷ A la vez, tal influencia es recibida —ideológica y tácticamente— en su versión democrática radical en los Sentimientos de la Nación (1813) y la Constitución de Apatzingán (1814), los que invierten la titularidad de la soberanía para radicarla no en la nación sino en el pueblo y su voluntad general mayoritaria, haciendo del gobierno y sus poderes un instrumento pro derechos de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica, es decir, establece los cimientos del Estado legislativo de derecho.³⁸ Con esos precedentes preindependentistas se abre, en el arco más amplio de la modernidad capitalista democrática europea (y norteamericana) occidental, la cruzada por el derecho moderno mexicano, que fecha su origen en 1821 y se extiende hasta 1994.

³⁶ Véase Soberanes Fernández, José Luis, *El pensamiento constitucional en la Independencia*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, quien, basado en fuentes clásicas, recupera las biografías de los ilustrados del siglo XVII: Francisco Xavier Clavijero, Francisco Javier Alegre, Juan Benito Díaz de Gamarra y Dávalos, y Miguel Hidalgo y Costilla, y sus influencias en acciones y textos de la lucha libertaria.

³⁷ Sobre tales textos, véase Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 2010; Floris Margadant, Guillermo, *Introducción...*, cit, pp. 113 y ss.; Soberanes Fernández, José Luis y López Sánchez, Eduardo (coords.), *Independencia y Constitución. Seminario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013. Sobre Cádiz, recientemente, Barceló Rojas, Daniel A. y Serna de la Garza, José María (coords.), *Memoria del Seminario Internacional: Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, y Soberanes Fernández, José Luis, “El Plan de Iguala o el origen del Estado mexicano”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, México, vol. XXIV, sección de Escritos, 2011.

³⁸ Sobre estos dos últimos documentos, además de las obras troncales de Margadant, Soberanes Fernández, Bernal Gómez, Pérez de los Reyes y Cruz Barney, véase Ortiz Ortiz, Serafín y Soberanes Fernández, José Luis, *Los Sentimientos de la Nación de Morelos en Tlaxcala*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UAT-Cijurep, 2014, y de los mismos autores, *La Constitución de Apatzingán, edición crítica (1814-1824)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UAT-Cijurep, 2014.

IV. DERECHO Y MODERNIDAD: DE LA INDEPENDENCIA A LA POSREVOLUCIÓN (1821-1994)

En el extenso periodo cubierto por la modernidad jurídica mexicana se produce una gradual, compleja y prolongada sustitución del derecho indiano y el Estado virreinal y colonial despótico premodernos, que fundamentaban la adscripción de la Nueva España a la economía mundial controlada por la monarquía hispana, al Estado legislativo de derecho,³⁹ y la readscripción periférica, a partir de 1848, a la economía mundial capitalista comandada por el eje anglosajón inglés estadounidense, que desde 1994 se intensificará en el contexto de la relación interestatal entre México y los Estados Unidos de Norteamérica.

En el ámbito jurídico, la refundación institucional ocurre en tres subperiodos que van de 1824 a 1855, de 1855 a 1920, y de 1920 a 1994. Tal evolución se hace notar a través de los siete indicadores precitados y por ahora, por razones de espacio, no serán expuestos en forma desglosada en relación con cada subperiodo sino de manera panorámica general.⁴⁰

En cuanto a la naturaleza del sistema jurídico, las cinco Constituciones mexicanas emblemáticas del México independiente (1824, 1836, 1843, 1857 y 1917) construyeron y afinaron un sistema nomodinámico, pues fija-

³⁹ En palabras de González Domínguez: “A partir de 1821, en México comenzaron a darse los pasos para transitar de una sociedad corporativa y estamental a una igualitaria; de un régimen de acumulación de funciones a la división de poderes; de un sistema corporativo de administración de justicia al que proclamaba y se basaba en la unidad de jurisdicción; de unas estructuras fiscales casuísticas y pragmáticas a un sistema tributario que había de servir de sustento al nuevo orden de cosas; y, sobre todo, en el lugar que había ocupado el soberano tenía que estar, a partir de entonces, la nación”, González Domínguez, María del Refugio, “El periodo colonial y su legado”, en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 20.

⁴⁰ Debe notarse, sin embargo, que entre 1824 y 1855 el modelo jurídico protomoderno fue, digamos, “dual” pues a la innovación constitucional fluctuante (federalismo extremo en 1824, centralismo extremo en 1836, centralismo moderado en 1843, y refederalismo en 1847) le fue concomitante un sistema de fuentes secundarias todavía novohispano y colonial (en el derecho civil, comercial y penal, fundamentalmente); que de 1855 en adelante sembró y consolidó un derecho moderno basado no sólo en la Constitución de 1857 sino en la laicidad inyectada por las Leyes de Reforma y la sistematización impulsada por la codificación civil, comercial y penal en el ámbito nacional, lo cual fue actualizado y complementado con el sentido social de la Constitución de 1917, en el periodo de reajuste posrevolucionario hasta 1920; y que de 1920 hasta 1994 México ingresó plenamente en la alta modernidad capitalista, industrial y democrática formal con todas las fortalezas y debilidades imbricadas en el Estado legislativo de derecho, en que la ley y la economía dependen, al menos predominantemente, de la negociación política.

ron reglas para la producción normativa primaria y secundaria, subordinada al principio de mayoría legislativa, a su vez fundado en el principio de soberanía popular nacional.⁴¹

En cuanto a la norma de reconocimiento, es evidente que en todos los textos constitucionales independientes, el principio de legalidad ha prevalecido como el marco de referencia formal de la actuación de los poderes públicos y las autoridades del Estado, y no más la voluntad de un monarca soberano.

Las fuentes, por su parte, pasaron de la diversidad, la particularidad y la fragmentación ya aludida a la unificación gradual que se consumó a través del movimiento codificador, que se anunció temprano en las entidades federativas y tardíamente en el ámbito territorial nacional.⁴²

La relación entre derecho y moral, quizás la piedra de toque del cambio de paradigma jurídico entre premodernidad y modernidad, pasó de la condición de identidad en el derecho indiano y novohispano a la condición de desidentidad en el México independiente, sobre todo a partir de las Leyes de Reforma, la Constitución de 1857, y su ratificación y profundización laica en la carta fundamental de 1917. Así, la fundamentación del derecho giró hacia la validez formal en su producción y aplicación en forma de subsunción de hechos en reglas, lo que se reflejó en el largo itinerario y papel avasallador y significados de las expresiones “principio de juridicidad”, “conforme a derecho” y el deber de fundar y motivar los actos de autoridad, lo que expresaba el vínculo de gobernantes y gobernados a las garantías constitucionales de legalidad y audiencia reclamadas en el no menos hegemónico y formalista juicio de amparo.⁴³

El actor jurídico político principal, sin lugar a dudas, encarnó en el legislador, ya vía Congreso, pero sobre todo en el Poder Ejecutivo, ora a través del predominio, en el siglo XIX, de legisladores locales y federales, ora en el presidente porfirista y posrevolucionario cada vez más poderoso y cen-

⁴¹ Para este y el siguiente indicador, véase, por ejemplo: González Domínguez, María del Refugio, “Las transiciones jurídicas en México del siglo XIX a la Revolución”, en González, Refugio, y López-Ayllón, Sergio, *Transiciones y diseños...*, cit., pp. 85-134.

⁴² Aunque tal afirmación no merece cita, véase Ortiz Urquidí, Raúl, *Oaxaca. Cuna de la codificación hispanoamericana*, México, Porrúa, 1974; González, María del Refugio, *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981; Soberanes Fernández, *Historia...*, cit., pp. 187 y ss.; Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

⁴³ Epistemología juspositivista formal que animó la, en su momento, influyente obra de Ignacio Burgoa Orihuela, tales como *Garantías individuales y sociales*, y *El juicio de amparo*.

tralizador que se reproducía en los gobernadores.⁴⁴ Lo anterior, ya sea sin sistema de partidos en el siglo XIX, ya con sistema de partido hegemónico y pragmático durante la mayor parte del siglo XX, pero en cualquier caso con pleno sacrificio del Poder Judicial (salvo durante la República restaurada, 1869-1876) y, en el extremo, de los derechos civiles y políticos (estos últimos excluidos de la tutela judicial) frente a los derechos sociales, objeto político favorito de la Constitución programática de 1917 hasta antes del periodo 1989-1994 en adelante.⁴⁵ Ahora bien, al calce, cabe acotar que a la vez —tampoco hay dudas— la estrategia centralizadora permitió estabilizar la política y encender la economía durante el Porfiriato y luego hacer pasar al México de 1920 del cuarto mundo al tercer mundo en tan sólo siete décadas, a la vez que desarrollar un patrón institucional de democracia formal-procedimental protegida, de la mano del paso de una economía basada en exportaciones de materias primas en el Porfiriato a la industrialización primaria durante el “milagro mexicano”, entre 1940 y 1980.⁴⁶

La filosofía jurídica, siguiendo la dialéctica del positivismo europeo trasplantado a México, transmutó su antigua vena jusnaturalista racional, todavía presente en la Constitución de 1857 y la literatura de la época, en el juspositivismo sembrado por Justo Sierra en la reapertura y refundación en 1910 de la Universidad Nacional de México, en su importarte y renovada Facultad de Derecho, en su influencia en la educación laica del artículo 3o. de 1917, socialista en 1934 y democrática y liberal de 1945 en

⁴⁴ Véase la prueba empírica de tal concentración progresiva de competencias en Pedroza de la Llave, Susana Thalia, *Poderes legislativo y ejecutivo*, y su correlación con la justicia federal en Fix-Fierro, Héctor, *Poder Judicial*; uno y otro ensayos insertos en González, Refugio y López-Ayllón, Sergio, *Transiciones y diseños...*, cit., pp. 85-134, y pp. 167-224, respectivamente.

⁴⁵ Lo anterior, ampliamente documentado en diversas obras en relación con diferentes etapas. Por ejemplo: Arroyo García, Israel, *La arquitectura del Estado mexicano: formas de gobierno, representación política y ciudadanía, 1821-1857*, México, Instituto Mora, 2011; Medina Peña, Luis, *Invencción del sistema político mexicano: forma de gobierno y gobernabilidad en México en el siglo XIX*, México, FCE, 2004, y *Hacia el nuevo Estado. México, 1920-1993*, México, FCE, 1994; Valdés Ugalde, Francisco, *La regla ausente. Democracia y conflicto constitucional en México*, Barcelona, Gedisa, 2010; y Becerra, Ricardo, Salazar, Pedro, y Woldenberg, José, *La mecánica del cambio político en México: Elecciones, partidos y reformas*, México, Aguilar, León y Cal Editores, 2000. Véase, también, Pampillo Baliño, Juan Pablo, *El PRI, el sistema político mexicano y la transición a la democracia. Historia, balance y perspectivas*, México, Ediciones de Educación y Cultura, Asesoría y Promoción, 2008.

⁴⁶ Véase a Torres Mejía, David, *Proteccionismo político en México, 1946-1977*, México, UNAM, 2001; Aguilar Camín, Héctor, *Después del milagro*, México, Ediciones Cal y Arena, 1988, y los ensayos sobre México contenidos en Gereffi, Gary y Wyman, Donald L. (eds.), *Manufacturing Miracles: Paths to Industrialization in Latin America and East Asia*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

adelante,⁴⁷ pero que en apariencia no dejó de provocar el cisma ideológico jurídico entre los pretendidos juspositivistas formalistas “kelsenianos” de la UNAM (autónoma desde 1945) frente a los supuestos jusnaturalistas de la Escuela Libre de Derecho, fundada en 1912.⁴⁸

El papel del jurista y la ciencia jurídica, que en la etapa premoderna, a imagen y semejanza de sus padres europeo medievales, se había limitado a glosar y comentar las normas jurídicas, pasó muy gradualmente a jugar el rol de concordar, describir y criticar aspectos formales en busca de forjar y desarrollar un sistema jurídico propiamente mexicano y, en alguna medida, según ha advertido Cossío, a contribuir con la funcionalización del régimen político —una democracia formal— que reprodujo y alimentó una vida pública y social no liberal sino más bien de carácter autoritario, clientelar y corporativo.⁴⁹

El extenso periodo de la transferencia de lo local al ámbito federal de diversas competencias estatales esenciales (elecciones, hacienda, educación y cultura, gobierno y fuerzas armadas, pero también el manejo de los factores de la producción: capital, trabajo, tecnologías, energía, industria y comercio, turismo, etcétera), cobró impulso decisivo hacia una nueva etapa a partir de 1945 en que se fortalece el Estado-nación capitalista industrial y democrático formal mexicano. Esta larga etapa —posjuarista y posporfiriana—, que ya mostraba signos de agotamiento en las décadas de 1958 a 1978 (movimientos sindicalistas, estudiantiles y brotes guerrilleros), entró en crisis aguda entre 1980 y 1994 pese a las medidas de renovación en diversas ramas del derecho público.⁵⁰

⁴⁷ Véase Ávila Ortiz, Raúl, *El derecho cultural...*, cit., y Ávila Ortiz, Raúl, “Licenciatura y posgrado de derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México: una reinterpretación de la permanencia y cambio de sus planes y programas de estudio desde la época colonial hasta nuestros días en el marco de una propuesta de periodización de la historia política de México”, *Derecho y Cultura*, México, AMEDyC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 14-15, pp. 3-34.

⁴⁸ Para tales presuposiciones, véase Garcíadiego, Javier, *Rudos contra científicos: la Universidad Nacional durante la Revolución mexicana*, México, El Colegio de México-UNAM, 1996; y Flores, Ímer B., “Una visita a Hans Kelsen en México”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 53-94.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, la tesis desarrollada en Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1988; y, del mismo autor, *Cambio social y cambio jurídico*, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001.

⁵⁰ Así, en breve, se registró en el derecho electoral, mediante la representación legislativa de minorías (diputados de partido, en 1962), la pluralización incipiente del sistema de partidos y la representación política, y la tutela de los derechos políticos (1977 en adelante); en derecho municipal mediante la ampliación de competencias a los ayuntamientos (1983); y, en fin, en derecho administrativo vía la reforma —insustancial— en materia de responsabi-

V. DERECHO Y POSMODERNIDAD: DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE NORTEAMÉRICA (1994) A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES 2011-2014

Una serie de factores internos y externos pusieron fin, hoy apenas advertido, a la baja modernidad mexicana —que rescató, mantuvo y reperfiló al país, aun cuando en posición periférica— lanzándolo ahora a la doble vorágine, por un lado, de su alta modernidad desfasada respecto a los países centrales desarrollados y, por el otro, a su inserción obligada en la fase temprana de una época posmoderna o posnacional —doble espiral que le concita crisis sistémicas y multidimensionales y le obliga a reconfigurar sus marcos teóricos, dispositivos institucionales y herramientas de operación dentro de los países centrales y semicentrales, más que como parte de los países periféricos y semiperiféricos—. ⁵¹

En el ámbito jurídico mexicano esta doble transición, en síntesis, supone la constitucionalización formal y sustancial del derecho norma, en sentido amplio, en sus dimensiones bifurcadas pero interactivas y circulares de alcance nacional y supranacional.

En la dimensión nacional, la alta modernidad mexicana exige la tardía y urgente sustitución del Estado legislativo de derecho por el Estado constitucional de derecho o democracia constitucional. En la dimensión supranacional, la prisa radica en el reajuste del derecho público y la incipiente democracia constitucional mexicana a la ya no tan nueva demanda del Estado constitucional cosmopolita o multinivel, también denominada gobernanza global. ⁵²

En términos de los siete indicadores propuestos por la epistemología evolutiva del constitucionalismo garantista, los registros de los últimos veinte años muestran lo siguiente.

alidad de servidores públicos (1983); lo mismo que en derecho penal para flexibilizar su úpica función de control social.

⁵¹ De la adhesión mexicana al Acuerdo General de Aranceles y Comercio —GATT, por sus siglas en inglés— (1985), a la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992) y su entrada en vigor (1994), simultánea al ingreso de México a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (1994), que agrupa a los 34 países más industrializados, y la intensificación de la integración asimétrica con los Estados Unidos de Norteamérica, con toda la cauda asociada de problemas multidimensionales en individualismo y competencia, desigualdad, riqueza y pobreza, crimen y narcotráfico, corrupción e impunidad, informalidad e ilegalidad, el país ha pasado a formar parte del segundo mundo y gesta una nueva síntesis histórica para avanzar en el siglo XXI.

⁵² Véase Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

El sistema jurídico mexicano se ha tornado nomodinámico y nomoestático, pues si bien mantiene las reglas que disciplinan la producción normativa a partir del principio de mayorías legislativas, a la vez ha fijado principios sustanciales, derechos fundamentales y su limitación, restricción y no suspensión en términos constitucionales. Ello, acompañado con la democracia representativa que exige mayoría calificada, necesariamente pluripartidista, para romper la rigidez constitucional, más la operación de controles judiciales constitucionales (Suprema Corte de Justicia de la Nación y TEPJF), debería fortalecer los límites al ejercicio del poder e impedir regresiones en el proceso de expansión e intensificación de los derechos y sus garantías institucionales.

La norma de reconocimiento, virtud a la crucial reforma constitucional de junio de 2011, está mutando del principio de legalidad al principio de constitucionalidad, en sentido amplio, que suministra el material normativo, fruto del consenso mayoritario democrático, en que se aloja el bloque y ejerce el parámetro de constitucionalidad sometido a interpretación conforme y *pro persona* por todos los operadores jurídicos, en particular por el juez constitucional nacional y supranacional al practicar, ex officio, el control previo, difuso y concentrado, de constitucionalidad y convencionalidad.⁵³

Las fuentes se retornan plurales en la medida en que la globalización y la reterritorialización física (y virtual) de poderes y entidades públicos y privados —simbolizados en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (1994), la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada desde 1981, y sus dos garantías de control: Comisión y Corte Interamericana, así como la Corte Penal Internacional, emanada del Estatuto Penal Internacional, ejercen competencia y jurisdicción sobre el Estado mexicano, no menos que los paneles bilaterales del TLCAN— recrean ámbitos y órdenes normativos diversos dentro y fuera del Estado nación, y específicamente del Estado mexicano, que éste con frecuencia ya no puede regular ni tutelar incurriendo, dadas sus limitaciones, en crisis de legitimidad y gobernabilidad.⁵⁴

⁵³ Véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011; Fix-Zamudio, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 153-212; y, entre otras, de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (y Sánchez Gil, Rubén), *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, CDHDF-SCJN-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.

⁵⁴ *Cfr.* Serna de la Garza, José María, “Soberanía y apertura del Estado...”, *cit.*

La relación entre derecho y moral penetra en una etapa no de desidentidad ni de equivalencia, sino más bien de “separatidad”, es decir de autonomía y diferenciación interactiva, pues la segunda se “comunica” con el primero a través de principios y derechos fundamentales constitucionales y convencionales (artículo 1o. constitucional desde 2011), a su vez abiertos al legado jurídico e institucional, laico y democrático de la civilización occidental. Por tanto, la legitimidad del derecho se funda al mismo tiempo en la validez formal y sustancial de las normas supraordenadas a las disposiciones constitucionales y, más todavía, al bloque de constitucionalidad, de tal suerte que todos los poderes, públicos y privados, nacionales y supranacionales, deben operar conforme a tales vínculos y límites en función de todos los derechos (artículos 103 y 107 en materia de amparo, reformados en 2011). En relación con éstos, la esfera sobre lo que aquéllos no pueden decidir está “blindada” por los artículos 1o. y 29 constitucionales y sus garantías secundarias, y el ámbito de lo que se está obligado a decidir se extiende a los derechos sociales y culturales de fuente nacional, subnacional e internacional, que las políticas públicas del Estado —desvinculadas por tanto de los partidos y sometidas a estricta legalidad en su rendición de cuentas— deben concretar. De la democracia formal se transita a la democracia sustancial que deberá expandirse en un sistema constitucional cosmopolita o multidimensional en ciernes, que germina y florecerá en el nuevo derecho de los derechos fundamentales antes de promediar el siglo XXI.

El actor jurídico principal nacional, es decir el legislador, comparte o deberá compartir con el ejecutivo administrador la previsión del diseño institucional y la corresponsabilidad en la operación de las garantías primarias de los derechos, en tanto que organismos autónomos de base constitucional o legal (de la CNDH, IFE y Banco de México, de 1991, a la Cofetel, INE e IFAI de 2014), además del Poder Judicial en funciones de control constitucional (de la Suprema Corte de 1998 a la de 1994 y 1996, y de allí a su reajuste pos-2011, y del Trife de 1994 al TEPJF de 1996 en adelante), se encargan de tutelarlos formal y sustancialmente, y estos últimos, en particular, de delimitar en última instancia sus significados y alcances. Tales funciones se proyectan hacia los ámbitos jurídicos subnacionales y supranacionales en la medida en que el diseño legislativo, la aplicación administrativa y la decisión judicial (producto de subsunción e interpretación ponderada) no pueden ya ser ajenas al bloque y parámetro de constitucionalidad.⁵⁵

⁵⁵ Véase, si no, Astudillo, César, *El bloque y parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant Lo Blanch, Colección Derecho y Democracia, 2014, pp. 19 y 20, en donde el autor no sólo aborda doctrinalmente tales categorías dogmáticas, sino que las analiza en términos “de su reciente reconocimiento y delimitación en la contradicción de tesis 293/2011”, resuelta

La filosofía jurídica, ahora neoconstitucional, que se ha bifurcado en garantista neojuspositivista, de un lado, y principista neojusnaturalista, del otro, se recibe, difunde, practica y desarrolla penosamente en la academia mexicana —ya no se diga en la sociedad y la vida pública— que debe experimentar, retomando lo mejor de su legado formalista, una revolución epistémica, pedagógica, metodológica e institucional en todo el país y, sobre todo, en la praxis de los operadores jurídicos.⁵⁶

El jurista y la ciencia jurídica, por ende, comienzan y deben acelerar un proceso de relevamiento de sus prácticas para describir, como paso previo a criticar y proyectar o proponer, formal y sustancialmente, la existencia y superación de antinomias y lagunas normativas, pero no sólo en el ordenamiento nacional sino en el sistema jurídico abierto, flexible y multidimensional, rediseñado y sujeto a reinterpretación constante en orden a proteger, promover, tutelar y garantizar los derechos humanos en su sentido más amplio, profundo y eficaz, y deberá difundir tales conocimientos en la esfera pública de la mano de la sociedad civil haciendo uso de las nuevas tecnologías de la comunicación.⁵⁷ En este empeño, la ciencia jurídica mexicana deberá ampliar e intensificar el debate nacional en torno a la pertinencia de recreación o renovar la Constitución de 1917, sobre todo, de concretar una nueva constitucionalidad, lo que desde hace años se viene promoviendo, de tal suerte que aumente la certeza y viabilidad sobre la refundación de las bases del sistema jurídico en el contexto posmoderno contemporáneo.⁵⁸

por nuestro máximo tribunal, y subraya que el catálogo de derechos se ha convertido “en una fuente de derechos flexible, abierta, indeterminada y de un contenido ideológicamente heterogéneo; lo cual conduce, además, a un cambio sustancial en la función reconocida a la Constitución, que pasa de fuente única de derechos a concebirse como fuente de las fuentes sobre derechos fundamentales, cuya protección y tutela se reconoce ahora, de manera difusa, a todos aquellos que ejerzan la función jurisdiccional, y cuyo sometimiento al nuevo paradigma de derechos los obliga a interpretar este renovado bloque de constitucionalidad en concordancia con los principios que constituyen la moral constitucional, las prácticas, convenciones y costumbres enraizadas en la conciencia social, y los valores que conforman el *background* cultural sobre el que, inexorablemente, se asienta la Constitución”.

⁵⁶ Al respecto, además de las alertas documentadas sobre la pobrísima cultura constitucional nacional, se trata de renovar la cultura jurídica en el ámbito académico, profesional, social e institucional, según continúan reiterando diversos juristas mexicanos. Por ejemplo, Pedro Salazar, Diego Valadés y Miguel Carbonell, durante sus intervenciones en el foro *Hacia una Constitución para la Ciudad de México*, Senado de la República, México, 9 de febrero de 2015.

⁵⁷ Véase, en particular, Martínez Michel, Octavio, ponencia presentada en la mesa 3 del seminario *Retos de la nueva gestión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Grupo de Trabajo sobre Poder Judicial, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 9 de febrero de 2015.

⁵⁸ Véase, entre diversos textos, varios autores, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; Carbonell, Miguel, “¿Por qué no una

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

En este ensayo he pretendido plasmar una serie de reflexiones y apuntes orientados a reinterpretar la HDM a partir de la teoría del conocimiento científico del derecho o modelo teórico propuesto por Luigi Ferrajoli, y denominado por él mismo como “constitucionalismo garantista” o “constitucionalismo neojuspositivista”.

Para ello he utilizado los textos troncales de la fecunda obra de los principales historiadores mexicanos del derecho y los he conjugado con materiales académicos jurídicos y extrajurídicos buscando justificar lo mejor posible semejante intento de reinterpretación.

Un primer balance de los planteamientos expuestos autoriza a afirmar que la historia mexicana puede ser apreciada, al menos para efectos pedagógicos y a lo más para efectos prácticos, desde la lógica de la historia general periodizada en términos de épocas y discursos científicamente conocidos como premodernidad, modernidad y posmodernidad, desde luego considerando la posición y evolución del país en el contexto más amplio de la economía mundial, sus relaciones interestatales o con países específicos, y las variables nacional y subnacional.

Considerando siete indicadores propuestos por Ferrajoli para explicar la trayectoria del derecho europeo continental a lo largo de sus dos refundaciones nacionales previas y una más, supranacional, en curso: por un lado, la del juspositivismo del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, y la del jusconstitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, y, por el otro, la del jusconstitucionalismo supranacional, cosmopolita o multinivel de finales del siglo XX e inicios del siglo XXI.

En cada refundación, el derecho, a través del sistema jurídico (de nomoestático a nomodinámico y de allí a nomoestático y nomodinámico); la norma de reconocimiento (de la verdad cristiana a los principios laicos de legalidad y de constitucionalidad); las fuentes (de plurales, particularistas y dispersas a unificadas, generales y codificadas); la relación entre derecho y moral (de identidad a no identidad y de allí a su interacción vía principios) combinando validez y democracia de derechos formal y sustancial; el actor

nueva Constitución?”, *Nexos*, febrero de 2014; y los planteos de Carpizo, Jorge, “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 24, enero-junio de 2011, y, en fecha reciente, de Diego Valadés durante su intervención en el *Seminario sobre la reforma constitucional en materia de coaliciones, reelección y juicios orales*, Auditorio “Héctor Fix-Zamudio”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 5 de febrero de 2015, en la que reiteró su alerta sobre la progresiva pérdida de calidad de la Constitución de 1917.

jurídico principal (del monarca al Congreso y el legislador, y de allí al legislador, el administrador y el juez constitucional); la filosofía jurídica (del jusnaturalismo de corte doctrinal y jurisprudencial al juspositivismo formalista y de aquí al constitucionalismo o juspositivismo crítico), y el papel del jurista y la ciencia jurídica (de glosador y comentarista a descriptor y crítico del derecho legítimo e ilegítimo, y proyectivo para resolver contradicciones y llenar lagunas), ha progresado para resolver los problemas sociales y, en particular, proteger a los más débiles frente a los más fuertes.

En México, la historia del derecho permite afirmar que tal evolución ha venido teniendo lugar en su propio contexto al transitar del derecho indiano jusnaturalista divino y racional que caracterizó la época premoderna virreinal (1521-1821), a su primera refundación como derecho del Estado legislativo juspositivista formal propio de la época moderna independiente (1821-1994); y de aquí a su segunda refundación en curso (1994-2014) en términos del Estado de derecho constitucional, sólo que en su doble faceta: nacional y supranacional o multinivel y, tendencialmente, cosmopolita.

Este trabajo deja pendiente mucha tarea que cumplir para reforzar la reinterpretación propuesta y cooperar en la refundación institucional del derecho que tanta falta hace al país y a la humanidad. Esto es urgente a la vista de los ingentes desafíos y vulnerabilidades a que estamos expuestos como resultado de la transición de época en la que el poder del dinero — de las finanzas globales— se impone sobre la política y el derecho de las naciones, obligando a su reconversión en busca de una nueva etapa de gobernabilidad jurídicopolítica — democrática— de economía y sociedad. En México, semejante desafío quizás exija la celebración de un nuevo ejercicio constituyente.