A detailed medieval town scene. In the foreground, a woman in a patterned blue and white dress walks towards the left, followed by another woman in a dark, long-sleeved gown. To their right, a man in a grey tunic stands next to a grey donkey. In the background, a market stall with a wooden counter is visible, with several people behind it. Further back, a large stone building with arched windows and a tiled roof dominates the scene. Above it, a smaller building with a tiled roof and a balcony is visible. In the upper part of the image, a group of people is working on a roof. The sky is a deep blue. The overall style is that of a medieval manuscript illumination.

Derecho y cambio social en la historia



José Ramón Cossío
Pablo Mijangos
Erika Pani
(Coordinadores)

EL COLEGIO DE MEXICO

DERECHO Y CAMBIO SOCIAL
EN LA HISTORIA

CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS

DERECHO Y CAMBIO SOCIAL EN LA HISTORIA

José Ramón Cossío

Pablo Mijangos

Erika Pani

coordinadores



EL COLEGIO DE MÉXICO

340.1150972

D4313

Derecho y cambio social en la historia / José Ramón Cossío, Pablo Mijangos, Erika Pani, coordinadores. – 1a ed. – Ciudad de México, México : El Colegio de México, Centro de Estudios Históricos, 2019.

323 p. : il., gráf., mapas ; 22 cm.

Los textos provienen del ciclo de conferencias organizado en 2017 por El Colegio Nacional, El Colegio de México, La Academia Mexicana de la Historia y La Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ISBN 978-607-628-950-1

1. Jurisprudencia sociológica – México – Congresos. 2. Jurisprudencia sociológica – Congresos. 3. Derecho – México – Historia – Congresos. 4. Derecho – Historia – Congresos. I. Cossío Díaz, José Ramón, 1960- , coord. II. Mijangos, Pablo, coord. III. Pani, Erika, 1969- , coord.

Primera edición electrónica, 2019

DR © El Colegio de México, A.C.

Carretera Picacho Ajusco No. 20

Ampliación Fuentes del Pedregal

Alcaldía Tlalpan

C.P. 14110

Ciudad de México, México

www.colmex.mx

ISBN electrónico: 978-607-628-950-1

Conversión gestionada por:

Sextil Online, S.A. de C.V./ Ink it ® 2019.

+52 (55) 5254 3852

contacto@ink-it.ink

www.ink-it.ink

ÍNDICE

Introducción

¿Un derecho sin Estado? La herencia romana en los siglos medievales

Jaime del Arenal Fenochio

Cuando la realidad se impone: trascendencia del dominio indirecto en la formación de Nueva España

Bernardo García Martínez

El legado de la justicia colonial

Lauren Benton y Lisa Ford

La República católica y el difícil camino a la secularización del derecho mexicano

Pablo Mijangos y González

“La obra del legislador y el peso de los hechos”. El derecho ante el cambio social y la sociedad ante el cambio jurídico, algunos ejemplos (siglos XIX y XX)

Elisa Speckman Guerra

La condición legal del indígena en Perú: del derecho indiano a la legislación liberal

Carlos Ramos Núñez

Tensiones entre globalización económica y soberanía en el México prerrevolucionario. Ajustes institucionales y políticas de amortiguación

Paolo Riguzzi

La Constitución de 1917 y la transición del individualismo al colectivismo jurídico

Andrés Lira

Oliver Wendell Holmes, Louis D. Brandeis y la transformación de la
jurisprudencia estadounidense durante la era progresista

G. Edward White

Derechos humanos: orígenes, posibilidades y límites

Samuel Moyn

Corrupción y transparencia en la era neoliberal

Claudio Lomnitz

Crisis ambiental, derecho y ciencia en el siglo XXI

Julia Carabias y Georgina García Méndez

Los problemas nacionales y la Suprema Corte

José Ramón Cossío Díaz

Acerca de los autores

INTRODUCCIÓN

José Ramón Cossío,
Pablo Mijangos,
Erika Pani

Uno de los problemas más difíciles que enfrenta el mundo contemporáneo es el desfase entre el orden jurídico y una realidad social compleja, cambiante y reacia a ser regulada. En nuestro país se trata de un desfase visible todos los días, que se manifiesta en los frecuentes escándalos de corrupción, en el desorden urbano y en las dificultades para frenar la destrucción de recursos naturales y gestionar los desafíos del sistema financiero global. Se habla con frecuencia de una crisis del Estado como proveedor de seguridad y justicia, de la debilidad de las instituciones democráticas frente a los poderes corporativos y las organizaciones criminales, y, sobre todo, de la obsolescencia del propio lenguaje jurídico frente a fenómenos que rebasan las fronteras nacionales y cuya magnitud aún no alcanzamos a comprender: la medicina genómica, el cambio climático, la revolución digital, el ascenso de la “economía colaborativa”, la restricción del mercado laboral por el reemplazo de trabajadores con máquinas inteligentes, la diversidad sexual y la transformación de las estructuras familiares, y un largo etcétera. Si durante siglos hemos creído que el derecho es un elemento indispensable para una convivencia justa y ordenada, sus limitaciones ante los desafíos del presente parecen anunciar un futuro poco prometedor.

Aunque los problemas contemporáneos siempre parecen inéditos, es necesario advertir que el desfase entre el orden jurídico y su realidad circundante no es un fenómeno nuevo. A lo largo de la historia, las transformaciones y rupturas sociales han rebasado la capacidad de las leyes para regular las conductas humanas, y los juristas se han visto obligados a imaginar nuevas soluciones a los problemas que enfrentan cotidianamente los operadores del derecho y los miembros de las comunidades a las que sirven. Se trata de un problema de larga data, que se ha manifestado en espacios muy

distintos y en respuesta a fenómenos tan dispares como la conquista militar, el ascenso y caída de imperios coloniales, la difusión de ideologías revolucionarias o el surgimiento de la sociedad industrial. Y es que, contrariamente a lo que suele imaginarse, el universo de lo jurídico no está formado de principios naturales o inmutables: la ley y el derecho han adoptado las formas más diversas y han intentado asegurar toda clase de fines. Han respondido a intereses, necesidades, temores, ambiciones políticas y programas ideológicos. En ocasiones han sido un freno del cambio social, y en otras han sido instrumento de transformación revolucionaria. Lo jurídico es simultáneamente producto y agente de la historia.

Con esta problemática como telón de fondo, quienes coordinamos este libro organizamos en 2017 un magno ciclo de conferencias — patrocinado por El Colegio Nacional, El Colegio de México, la Academia Mexicana de la Historia y la Suprema Corte de Justicia de la Nación— dedicado explorar la multifacética y compleja relación histórica entre el derecho y el cambio social. El ciclo coincidió con la celebración del centenario de la Constitución de 1917, lo que representaba una oportunidad de acercarnos a este momento desde una perspectiva temporal y geográfica más amplia. Nuestra ley fundamental, en efecto, articuló numerosos cambios políticos, sociales, económicos y culturales, y fue también el catalizador de profundas transformaciones en la sociedad mexicana, muchas de ellas imprevistas e incluso indeseadas por sus autores. Su historia se inscribe entonces en la historia más amplia de la que da cuenta este libro: la del denso, inestable y polivalente vínculo entre el derecho y la sociedad. Sin ánimo de exhaustividad, los capítulos que integran esta obra analizan distintos ejemplos de la adaptación y flexibilidad del derecho frente a cambios de gran calado, la tensión entre su potencial transformador y las inercias de un pasado imposible de eliminar, y la caducidad de las soluciones e instituciones jurídicas que no logran adecuarse eficazmente a una realidad en constante mutación. Más que un simple testimonio del pasado, la historia puede ser un espejo donde podemos entender mejor las dificultades y oportunidades del momento que estamos viviendo.

La obra inicia con un ensayo de Jaime del Arenal sobre la supervivencia de la tradición jurídica romana en el mundo medieval. ¿Qué pasó con el derecho romano en ausencia de la estructura imperial que le había permitido extenderse por todo el mundo mediterráneo? Para este autor, la genialidad jurídica romana consistió en el reconocimiento de que el poder político no tiene la capacidad de “establecer los criterios de solución de todos los conflictos en forma obligatoria”, y que, por lo tanto, el derecho también se integra por “soluciones basadas en el actuar y en el saber colectivo” (la costumbre), así como por las aportaciones de una clase de especialistas independientes —los juristas— dedicados a determinar “racionalmente, sin invocar mitos o apelar a la religión, los criterios y argumentos para resolver los conflictos jurídicos”. En ausencia de Roma, el derecho medieval acentuó la importancia del “tiempo largo”, de las costumbres y de las “realidades sólidas e inmediatas”, como la sangre, la tierra y la familia. Sin embargo, especialmente a partir del siglo XII, el rescate de elementos culturales provenientes del mundo romano permitió el desarrollo gradual de una nueva tradición jurídica, también elaborada por juristas capaces de inventar “soluciones para problemas que hasta entonces no existían”. Fue por ello que el mundo medieval, aun sin contar con verdaderos Estados, logró formar un “universo de soluciones” prácticas, flexibles y prudentes, a los conflictos de su propia realidad.

Los siguientes dos capítulos abordan los desafíos jurídicos de la expansión global de las monarquías europeas entre los siglos XVI y XVIII. Aunque indudablemente una empresa de este tamaño obligó a renovar numerosos elementos de las tradiciones metropolitanas, el común denominador de las experiencias imperiales de la modernidad temprana fue la centralidad de los arreglos e instituciones locales. En el caso de la Nueva España, Bernardo García demuestra que el orden colonial se basó en un “sistema indirecto de dominación” conforme al cual las autoridades europeas reclamaban la soberanía y controlaban los asuntos de carácter imperial, mientras dejaban buena parte de las funciones de gobierno y administración en manos de los antiguos señoríos y sus autoridades nativas, las únicas capaces de solucionar la infinidad de problemas de abasto, justicia y seguridad de sus

poblaciones. En un tenor similar, Lauren Benton y Lisa Ford sostienen que los primeros constitucionalismos del mundo atlántico se inspiraron no tanto en principios revolucionarios abstractos, sino, más bien, en la experiencia jurisdiccional de los imperios del siglo XVIII, la cual se caracterizó por la tensión entre poderes centrales dispuestos a ignorar viejas autonomías para extender su ámbito de actuación y protección, y comunidades políticas que exigían la continuidad de formas tradicionales de “soberanía fragmentada”. No sorprende, en este sentido, que las primeras constituciones americanas establecieran pactos confederales a fin de recrear el orden aparentemente destruido por las revoluciones.

El siglo XIX es un momento especialmente interesante de esta historia, porque se trata de una época en la que se introdujeron cambios jurídicos dramáticos de manera deliberada: es un siglo de revoluciones, de nuevos lenguajes políticos, y de proyectos y leyes para construir un orden liberal e igualitario que no tenía precedentes en el pasado. En su acercamiento a este encuentro entre los derechos liberales y las sociedades “revolucionadas”, Pablo Mijangos destaca que la secularización del orden jurídico mexicano —consagrada por las “Leyes de Reforma” decretadas por el presidente Benito Juárez entre julio de 1859 y diciembre de 1860— no fue el resultado de un cambio social o cultural previo de grandes magnitudes. Por el contrario, su trabajo subraya que la separación Iglesia-Estado, la libertad de cultos, el matrimonio civil y la supresión de los fueros privilegiados obedecieron a la necesidad urgente de resolver problemas concretos de gobierno que habían entorpecido la consolidación del naciente Estado mexicano desde 1821. En este caso, el cambio jurídico no fue el resultado sino el detonante del cambio social: gracias a la Reforma, los mexicanos del último tercio del siglo XIX empezaron a concebir la religión no como una obligación cívica, sino como algo que podían aceptar o rechazar sin coacción jurídica de por medio. Para muchos, esto supuso la oportunidad de no creer, o de adoptar un credo religioso distinto al tradicional; para otros, significó la oportunidad de revitalizar su propia tradición sin la presencia del Estado.

Los ensayos de Elisa Speckman y Carlos Ramos exploran la notable distancia entre el principio de igualdad ante la ley y las distintas formas de desigualdad social en México y Perú durante las décadas de hegemonía del liberalismo (1870-1930). Según advierte la primera, la adopción liberal del principio de igualdad se adelantó al cambio de una sociedad históricamente estructurada por jerarquías de raza, clase y género. En consecuencia, la aplicación efectiva de dicho principio fue permeada (y en buena medida nulificada) por la mentalidad dominante entre los jueces, litigantes, juristas y médicos de la época: dado que muchos operadores del derecho creían que la sociedad era un organismo integrado por grupos sociales naturalmente diferenciados entre sí —y no un mero conjunto abstracto de individuos—, en su actuación cotidiana reafirmaron que la ley uniforme no podía tratar a todos sus destinatarios de la misma manera. Para resolver esta distancia entre derecho y sociedad, algunos juristas propusieron matizar la legislación conforme a las “enseñanzas de la ciencia”, reconociendo, por ejemplo, la supuesta “peligrosidad” innata de ciertos individuos. Otros insistieron en la necesidad de suspender las innovaciones jurídicas mientras se reunían las condiciones necesarias para un cambio social y cultural, y no faltaron quienes aconsejaron una contrarreforma a fin de proteger a la sociedad de cambios que amenazaban su estructura “natural”, como sucedió en los años veinte [siglo xx], cuando las mujeres comenzaron a participar de manera más visible en la esfera política, económica y profesional.

El caso de Perú es muy similar. Siguiendo a Pio Caroni, Carlos Ramos señala que la introducción del principio de igualdad en el Perú republicano fue un caso típico de “violencia de abstracción”, pues “propiciaba un universo legislativo y constitucional escindido de la realidad”, en el que no encajaba la singularidad de las comunidades indígenas. Durante el siglo xix éstas no fueron mencionadas en la ley, aunque el estatus subordinado del indígena se mantuvo en la tributación (eliminada en 1854) y en el “enganche”, una forma legal de trabajo forzado que fue utilizado para solucionar la escasez de mano de obra en la minería y algunas labores agrícolas. Fue hasta 1920 que la Constitución peruana estipuló que el Estado protegería a

la “raza indígena” y dictaría leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. En 1933 se reconoció la personalidad jurídica de sus comunidades y en 1979 se ampliaron sus derechos agrarios. No obstante, aún con estas protecciones constitucionales, el indígena peruano enfrenta, incluso el día de hoy, prácticas institucionalizadas de discriminación basadas en prejuicios sociales y raciales. Es por ello que Carlos Ramos concluye su ensayo con una elocuente cita del novelista Manuel Scorza: “En el Perú un indio nunca ha ganado un juicio”.

Las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX se parecen mucho a nuestro tiempo: se trata de una época de desigualdades, globalización acelerada y creciente inestabilidad social y política. En su estudio sobre la política económica mexicana durante este periodo, Paolo Riguzzi demuestra que, pese a sus tendencias liberales, el gobierno porfiriano “no fue un objeto pasivo de los dictados de la globalización”, pues introdujo una serie de protecciones jurídicas para amortiguar el impacto de los grandes flujos transnacionales de bienes y capitales en la economía doméstica. Mediante la “cláusula Calvo”, por ejemplo, el Estado mexicano impuso a todas las compañías extranjeras la obligación de renunciar a la protección diplomática y someter todas sus controversias en México a los tribunales competentes en el foro nacional. De igual manera, entre 1908 y 1910 el gobierno elaboró varios proyectos para regular y limitar el poder de estas empresas en los sectores dedicados a la explotación de los principales recursos naturales. Riguzzi concluye, por lo tanto, que el Estado prerrevolucionario fue un agente de “regulación, intervención [y] diversificación”, decidido a “escudar sectores importantes de la economía mexicana y adelantar tendencias que luego la Constitución de 1917 retomó y llevó más allá”.

La Revolución mexicana demostró que la herencia jurídica del siglo XIX resultaba insuficiente para lidiar con los problemas sociales creados por el capitalismo industrial y la cada vez mayor integración de los mercados globales. Éste es el contexto en el que debe leerse nuestra Constitución de 1917 y también el surgimiento de nuevas formas de pensar el derecho. A este respecto, Andrés Lira detecta que desde la década de 1890 comenzó a gestarse un cierto “colectivismo”

en el foro mexicano, especialmente a partir del llamado de varios juristas a reconocer la existencia procesal de las corporaciones sociales, como los pueblos de indios, los ayuntamientos y las instituciones de beneficencia. Lira observa que este colectivismo no solamente se tradujo en la inédita protección constitucional de las comunidades campesinas y los sindicatos, sino, ante todo, en el fortalecimiento de los poderes ejecutivos nacional y estatales, que eran los principales encargados de materializar las reformas anunciadas por el Congreso Constituyente. En sintonía con este espíritu intervencionista, numerosos juristas comenzaron a exigir que los jueces —y especialmente la Suprema Corte de Justicia— abandonaran los criterios individualistas del juicio de amparo y utilizaran su “potestad pública” para “taladrar la cortina de una presa que estaba por reventar como resultado de transformaciones de gran calado”.

G. Edward White observa una transición similar en Estados Unidos, donde el ascenso del realismo jurídico y del derecho administrativo moderno coincidieron con una crítica muy fuerte al “gobierno de los jueces” formados en el viejo paradigma liberal. Mediante una presentación esquemática de la jurisprudencia de los dos grandes disidentes de la Corte norteamericana durante el primer tercio del siglo xx —Oliver Wendell Holmes y Louis D. Brandeis— White analiza el surgimiento de un modelo “modernista” de administración de justicia. Si a finales del siglo xix muchos jueces todavía entendían su labor como una mera declaración y aplicación de grandes principios “naturales”, para Holmes y Brandeis la interpretación de las fuentes legales debía ser vista como una “actividad deliberada de funcionarios humanos que ejercen un poder concreto”, es decir, como una labor tan política como técnica. En esa medida, la Corte Suprema debía recordar que formaba parte de un sistema representativo y que no tenía la legitimidad para sustituir las ideas de los funcionarios democráticamente electos por las ideologías particulares de los jueces. Esta postura podía tener una enorme relevancia práctica, pues hasta 1937 el máximo tribunal de aquel país se distinguió por su esfuerzo sistemático para anular reformas sociales invocando construcciones doctrinales sobre la libertad de contrato y el derecho de propiedad.

Holmes y Brandeis fueron, por lo tanto, precursores de una jurisprudencia más deferente hacia la acción del Estado y preocupada por fortalecer el gobierno efectivo de las mayorías.

Los últimos cuatro capítulos están dedicados a la insuficiencia del derecho contemporáneo frente a tres asuntos centrales dentro del debate público del siglo XXI: los derechos humanos, la corrupción y la crisis ambiental. En cuanto al primero, Samuel Moyn recuerda que el “universalismo” de los derechos humanos tiene una historia y que ésta es más bien reciente. A diferencia de quienes rastrean sus orígenes en la tradición judeocristiana o en la defensa liberal de los “derechos del hombre”, Moyn subraya que los derechos humanos se convirtieron en una especie de “religión” durante la década de 1970, gracias al proceso de descolonización —que curiosamente llevó a varios Estados occidentales a impulsar la creación de normas y autoridades de carácter supranacional— y al colapso del socialismo como una “utopía atractiva para las grandes mayorías en todo el mundo”. Esta nueva utopía insistió en la necesidad de proteger a la “humanidad sufriente” en cualquier latitud y facilitó la exigencia de derechos a nivel internacional, pero ha tenido un grave defecto: se desconectó de los ideales de redistribución económica promovidos por los Estados de bienestar desde la Segunda Guerra Mundial y coincidió con “el mayor triunfo de la desigualdad en la historia global”. De ahí que los derechos humanos sean en la práctica un instrumento muy limitado para corregir problemas sociales, al tiempo que corren el riesgo de verse anulados por los nuevos movimientos autoritarios que reivindican la primacía de la nación.

En su ensayo sobre los motivos, funciones y saldos de la corrupción, Claudio Lomnitz señala que las administraciones neoliberales han tratado de transparentar el ejercicio del poder mediante una serie de controles sobre la burocracia, pero sin garantizar la ejecución de “las responsabilidades que el gobierno pretende asumir, y que el público le exige”. Si en el régimen previo se reconocía que el Estado carecía de los recursos para cumplir todas sus tareas y por ello se toleraban las violaciones legales que fueran necesarias para cumplir un cierto fin gubernamental, bajo el neoliberalismo se ha dado primacía al actuar transparente de los

funcionarios, pero sin darles simultáneamente los recursos fiscales necesarios para el cumplimiento de su trabajo. A juicio de Lomnitz, este cambio de prioridades —de la responsabilidad a la transparencia— ha sido contraproducente por dos razones. En primer lugar, porque ha convertido a todos los funcionarios en sospechosos, minando con ello el prestigio social de los representantes del Estado. Y en segundo, porque el descuido de la responsabilidad, esto es, del cumplimiento de las promesas que hacen todos los funcionarios electos por la vía democrática, puede llevar a un nuevo autoritarismo, el de “un hombre fuerte que asuma la responsabilidad y al que todos obedezcan gustosos, porque, como Mussolini, ‘hará que los trenes corran de acuerdo al programa’ ”.

Julia Carabias y Georgina García describen ampliamente las dimensiones del deterioro ambiental de las últimas décadas y lo atribuyen a un modelo económico que “prioriza la maximización de la ganancia y el incremento del producto interno bruto sin considerar el agotamiento del capital natural”. Ambas autoras reconocen que nuestro país cuenta con un “marco legal robusto” en esta materia, conformado por numerosas leyes federales, reglamentos y acuerdos multilaterales, pero resaltan que “su implementación, seguimiento y evaluación son incipientes”, pues no se han corregido las contradicciones y omisiones de la legislación, cada vez más dispersa. Subsiste además un enorme rezago en el cumplimiento de las sentencias judiciales y de los planes administrativos más relevantes. Asimismo, Carabias y García advierten que, pese a la notable disponibilidad de científicos de primer nivel, en México no se ha logrado que “la ciencia influya suficientemente en la toma de decisiones”. A veces la investigación se desecha porque afecta intereses económicos, pero con frecuencia la evidencia más confiable no llega a los legisladores porque la traducción del conocimiento en propuestas de políticas públicas no es una práctica promovida por las propias instituciones científicas, que suelen laborar “de manera fragmentada”.

A modo de conclusión, el capítulo final de José Ramón Cossío expone la manera como los principales problemas nacionales llegan al conocimiento de la Suprema Corte y, a partir de ahí, cuestiona la

capacidad de esta institución para solucionarlos de manera eficaz. En efecto, mientras que a nivel discursivo la Corte actual es considerada como “un órgano accesible, progresista, comprometido con la agenda de los derechos humanos y generador de buenas soluciones respecto a prácticamente todos los temas”, en la realidad sus instrumentos de actuación son limitados y, por lo tanto, no tienen un gran poder transformador. Para Cossío, este desfase entre las posibilidades de la administración de justicia y las expectativas sociales sobre la misma sólo podrá corregirse cuando los juristas entiendan los problemas nacionales “en su propia materialidad” y diseñen las normas y mecanismos jurisdiccionales necesarios para enfrentarlos adecuadamente. Cossío enfatiza que el derecho es el “mecanismo más potente de ordenación de los fenómenos sociales” y que, para realizar sus metas, debe mantenerse “abierto a una amplia crítica y a la incorporación de los elementos materiales y teóricos que se generen en otros campos del conocimiento”. Los nuevos problemas requieren instituciones y leyes a la altura de los tiempos.

A pesar de su diversidad temática, los trabajos reunidos en este libro comparten un mensaje común: el derecho no puede entenderse cabalmente sin tomar en cuenta su contexto y, de manera más amplia, su *historicidad*. Puede sonar a verdad de perogrullo, pero es necesario insistir, en palabras de Jaime del Arenal, que las instituciones jurídicas son realidades históricas, que están condicionadas por un tiempo y un espacio determinados, y que se transforman o desaparecen en función de distintos factores que van mucho más allá de su calidad técnica. Las teorías jurídicas dominantes en las últimas décadas han enfatizado la *positividad* del derecho y lo han sometido a un escrutinio muy sofisticado a partir de un arsenal analítico y argumentativo extraordinariamente complejo. Sin duda, esto ha enriquecido a una “ciencia” que parecía haberse reducido a una exégesis más o menos ordenada de la legislación, pero al mismo tiempo ha oscurecido el vínculo de las normas con la realidad, llegando al punto de asumir que el análisis de este vínculo complejo corresponde a otras disciplinas. En un momento como el actual, en el que cada día descubrimos problemas y fenómenos para los que no estamos preparados, el estudio del pasado puede ayudarnos a

repensar el derecho que necesitamos para enfrentar los desafíos de nuestro presente.

¿UN DERECHO SIN ESTADO? LA HERENCIA ROMANA EN LOS SIGLOS MEDIEVALES

Jaime del Arenal Fenochio

Voy a desarrollar un tema de carácter introductorio a nuestro ciclo de conferencias, conmemorativo del centenario de la Constitución Política mexicana de 1917, con una visión panorámica, desde luego. Trataré de utilizar un lenguaje cordial y accesible para que aquellos que no cuenten con conocimientos básicos de derecho o una experiencia jurídica inmediata o muy directa, puedan sensibilizarse de la importancia que tiene para México el hecho que su Constitución haya cumplido un siglo de vigencia, lo que no es poca cosa: cuando se estudian comparativamente el mundo constitucional mediterráneo y el latinoamericano, constatar que una Constitución Política tiene un siglo de vigencia habla muy bien del país al que rige, y ese país es México.

Es cierto que no toda nuestra vida constitucional bajo la vigencia de la Constitución de 1917 ha sido ideal o la más correcta, pero también es cierto que los mexicanos nos hemos esforzado, sobre todo en los últimos 25 años, porque nuestra vida institucional y política se ajuste a la Constitución vigente, y a dejar atrás el hecho de que la Constitución continúe siendo un simple texto ajeno a la realidad social y política de México. Hoy cada vez más los mexicanos exigen la oportunidad de acercarse no sólo al conocimiento del texto de nuestra Carta Magna, sino a su espíritu, a sus principios, a la organización ahí plasmada, a sus propósitos y a la realidad política mexicana, y exigen su plena e incondicional vigencia. Este es el esfuerzo colectivo realizado durante los últimos años, y si con esta perspectiva analizamos la historia del derecho en México, podemos afirmar que los últimos años de esta historia han sido óptimos, aun cuando todavía estemos ante una gran carencia de justicia, y ante tantas tareas por realizar en nuestro país en esta materia. Sin embargo, repito, cuando se compara la historia jurídica de nuestro país, desde

la vida independiente hasta los últimos años, vemos un esfuerzo notable porque la Constitución realmente sea la fuente de nuestra vida jurídica, el sustento real y eficaz de todo nuestro vasto y complejo marco jurídico. Esto lo menciono dado que tiene relación directa e inmediata con el tema de nuestras conferencias: el derecho y el cambio social.

El gran pecado de los países latinoamericanos durante los siglos XIX y XX fue haber creado decenas de constituciones políticas con contenidos ideales, publicarlas y reformarlas cuando la realidad no se avenía a ellas, o cuando las cosas no se ajustaban a lo que se había escrito en sus páginas. Las constituciones se concibieron, más que como normas jurídicas fundamentales, como programas políticos muchas veces sin mayor contacto con la realidad, cargados de motivaciones ideales o meramente ideológicas. Hoy, afortunadamente, por fin nos damos cuenta cuán importante es su vigencia real, particularmente en cuanto a la necesidad imperiosa de acercar el derecho a la vida social.

Deseo aportar una serie de ideas clave antes de entrar directamente al tema que nos ocupa esta tarde. Hoy por hoy todos, o casi todos, entendemos que el derecho es una disciplina, un saber, una técnica o una ciencia anclada o atada necesariamente a la actividad estatal, productora de normas legales. Hoy pensamos y creemos que el derecho es producto de la actividad del Estado, o resultado de las decisiones de esa entidad política llamada Estado. En la actualidad es difícil entender que haya un derecho no estatal, y que el Estado no monopolice y controle la creación y aplicación de todo el derecho. En efecto, hoy el Estado monopoliza la creación del derecho a través del monopolio que ejerce sobre una de las fuentes del mismo: la ley; con lo cual podemos decir que derecho y ley, derecho y legislación, o derecho y legalidad sean prácticamente lo mismo. No es fortuito que algunas escuelas o facultades de derecho se denominen todavía precisamente “escuelas o facultades de leyes”. En resumen, en nuestros días difícilmente se puede concebir un derecho ajeno a la ley

y menos uno contrario a ella; sería algo como una especie de herejía en términos de la Modernidad; un derecho que vaya contra la ley se nos presenta como algo simplemente ilógico.

Otra idea, necesariamente previa del tema que desarrollaré, es que tanto el derecho como el Estado son históricos, como los seres humanos y la sociedad humana, que también son historia. Esto no supone que yo pretenda definir al hombre, a la sociedad y al derecho únicamente en términos históricos, pero sí enfatizar que están cargados de historicidad, es decir, determinados por la historia. Nosotros mismos, en nuestra propia biografía, estamos condicionados a un tiempo y a un espacio determinados; pues bien, el derecho y el Estado igualmente. Y así como los hombres, las sociedades humanas y los Estados se transforman en el tiempo y muy posiblemente lleguen a desaparecer. El Estado tiene un fuerte contenido histórico y tiene su propia historia: tuvo un origen, tiene un presente y, después de un futuro, seguramente conocerá un final. El Estado que hoy llamamos *moderno* no fue el Estado romano, tampoco fue el Estado medieval, o, antes, el egipcio ni el Estado según los babilónicos —si es que estos “Estados” existieron— y menos según los griegos. Es decir, la pregunta que debemos hacernos previamente es: ¿a qué llamamos y qué entendemos por Estado?, para ver si realmente el vínculo que se da entre éste y el derecho es fatal y necesario, como pareciera haberlo sustentado el siglo xx en el mundo occidental, cuando se creyó que todo el derecho surge del Estado y se formaliza en la aceptación de determinados procesos legislativos y mediante los mecanismos formales establecidos por aquél.

Una cuestión preliminar más para tratar de entender nuestro tema (aparte de hacernos sensibles al tema de la historia como elemento trascendente en la vida del hombre, del orden político y del derecho) es asumir que el derecho no necesariamente tiene el mismo contenido conceptual ni institucional en cada momento o etapas de nuestra propia historia occidental ni, menos, en las distintas culturas no occidentales. Es decir, lo que yo entiendo por *derecho* hoy, no necesariamente se entendió así en los siglos xvi al xviii; menos en la época medieval o en la época romana. Además, fuera de la tradición occidental —incluso en nuestros días— lo que entienden por derecho

culturas como las indostánica, la china o la musulmana, e incluso las propias comunidades indígenas en México o algunas otras en África o en Oceanía, no es igual a lo definido por nosotros como tal. En ese sentido, es importante acotar mucho nuestra visión de este concepto para efectos de los temas que habrán de tratarse en este ciclo de conferencias.

Si nos aferramos a la idea de que el derecho es, como afirman las prácticas, los textos y las ideas políticas y jurídicas actuales, un conjunto de normas jurídicas formalmente sancionadas por los poderes del Estado, no vamos a poder entender lo que ha sido esta larga y difícil tarea de caminar construyendo soluciones jurídicas a problemas inéditos que nos presentan realidades sociales siempre cambiantes.

La Modernidad rompió la ecuación derecho y justicia. Hoy hablamos de legalidad y legitimidad; incluso de un derecho legal pero no legítimo, y es que se han disociado legalidad y legitimidad, cuando lo correcto sería sostener una legalidad por sí misma siempre legítima.

En esta línea de argumentación, una idea que me parece muy importante dejar clara es que hoy la palabra *derecho* —que viene del latín *directum*, “lo que es recto”— no fue para los romanos ni para los hombres y mujeres del Medioevo *derecho*. No obstante nuestra común y generalizada creencia de que nuestro derecho es herencia del mundo romano, para éste el derecho era *Ius*, que deriva o significa “lo justo”, y que se relaciona directa y necesariamente con el concepto de *iustitia* y con el de *iurisprudencia*. Y es que todo el derecho (*Ius*) se escribió y se pronunció entre los romanos, en el mundo medieval y hasta los albores de la Modernidad en latín, y siempre se habló en ellos de *Ius*, nunca se habló de *directum*, hasta que *Ius* se tradujo a las lenguas romances, concretamente al castellano, como *derecho*, habiéndose hecho extensivo a sus diferentes ramas: civil, penal, administrativo, fiscal, constitucional, etc. Los romanos acuñaron los conceptos de *ius civile*, *ius gentium* y *ius naturae*, pero ellos jamás hablaron de *directum* civil o de *directum* natural, ni de *directum* de gentes; para ellos el *ius naturae* era lo

justo natural, lo justo según las gentes el *ius gentium*, y lo justo entre los civiles (o privados) el *ius civile*.

Este concepto básico —*Ius*— se perdió u olvidó en la larga historia del derecho occidental, y para rescatarlo se nos hizo creer que el *derecho* tenía fines, alcanzables o no, pero siempre referidos a lo ideal. Entre estos fines pueden citarse la justicia y la seguridad, la paz y el bien común, siendo la justicia, sin embargo, el fin principal y el propio del derecho. Este fin, interpretado como meta a alcanzar, si hubiese sido planteado así por los romanos no lo habrían entendido, toda vez que el *Ius* implicaba no una meta o finalidad, sino una tarea concreta a realizar cada día en la sociedad romana. Se trataba de establecer un orden justo, aquí y ahora, mediante la realización plena de la justicia en sí misma que había que esforzarse por realizar cada día, dándole o reconociéndole necesariamente para ello a cada quien lo que le correspondía, lo que era “suyo”. ¿Y por qué es necesaria su realización?, por un aspecto fundamental: el derecho romano, para contrastarlo con el mundo medieval, se caracterizó por el sentido común verdaderamente excepcional que tuvieron los romanos y cuyo uso fue notable en el marco de la larga sociedad en conflicto en la que vivieron constantemente durante el significativo lapso que va desde el año 754 a.C. hasta prácticamente el 476 d.C., con la cantidad de profundos cambios sociales, económicos, culturales, religiosos, artísticos y estéticos que ello significó. Estos cambios implicaron siempre problemas, conflictos y la necesidad de resolverlos. La idea del conflicto es connatural al *Ius*, por una simple y elemental razón: porque somos seres humanos y entramos en conflicto con otros seres humanos. A veces por nuestros intereses o nuestras pasiones, otras por nuestra miopía, pero a veces también por descuido, por distracción, por accidente o por simple error, los seres humanos colisionamos cotidianamente entre nosotros y esto disuelve la armonía y el orden social. Justamente por esto los romanos y sobre todo el mundo medieval, construyeron el derecho a partir de una idea de orden.

Hoy no entendemos al derecho como orden, sino como un sistema normativo que debe actualizarse desde la abstracción genérica de normas jurídicas generales hasta lo concreto que es la sentencia

judicial. Esta es una visión de derecho que no puedo negar, pero es la que nos pertenece a nosotros, no la de los mundos romano y medieval. El mundo romano como toda sociedad humana enfrentó conflictos y entendió que, para resolverlos, se requerían mecanismos de solución: en el periodo Preclásico, por ejemplo, estos mecanismos tuvieron un fundamento mágico, religioso o mítico. Sin embargo, la grandeza de Roma residió en ser la primera gran cultura de la humanidad que entendió que esos conflictos, al margen de lo mítico, filosófico, o de lo religioso, tenían que ser resueltos mediante soluciones racionales, razonables, prácticas, prudentes, útiles y justas, fruto de la inteligencia y de las virtudes humanas. No especularon sobre qué era la justicia, pues sencillamente la entendieron como darle a cada quien lo que era suyo, y esto implicaba dar *lo suyo* a cada quien. Y para determinar que era *lo suyo* había que remontarse al análisis de la cosa (*res*) misma y partir desde aquí. Los romanos vieron cómo y para qué eran las cosas —incluyendo al hombre mismo— y sobre esa base determinaron en buena medida lo que era justo por pertenecerle a su particular naturaleza. Vieron con toda claridad que usar o destinar algo para un fin que no tiene o para lo cual no fue hecho, era desnaturalizarlo, ser injusto (no se *ajustaba*) con ello, con la cosa misma. En este sentido se puede analizar el tema de la esclavitud. Para ellos había esclavos y no esclavos, no se trataba de hacer filosofía sobre la libertad, de igual manera que había extranjeros y no extranjeros, peregrinos y ciudadanos, esa era la realidad y había que atenderla sin mayores especulaciones filosóficas.

De aquí que los romanos partieran de un *reicentrismo* muy claro que después el derecho medieval retomó. La necesidad de encontrar una solución a los problemas y conflictos humanos, que tenía como principio partir de la naturaleza de las cosas para poder orientarse en búsqueda de soluciones justas, no solamente consistió en sancionar la realidad tal cual, sino también dio paso a un deseo de transformarla para mejorarla. No se dio un acatamiento servil a la realidad en el mundo romano, como sí tuvo lugar en el mundo medieval, en el que se presentó un *reicentrismo* absorbente, casi totalitario. Contrariamente al mundo romano, sobre todo el que enfrentó las grandes transformaciones de los siglos II a.C. y I y II d.C., el mundo

medieval —particularmente el alto Medioevo— no enfrentó los mismos cambios, o estos fueron mucho más lentos. Los cambios frenéticos del mundo romano implicaron no solamente sancionar la realidad sino transformar su *ius civile* tradicional, formado por las costumbres y por las decisiones de sus asambleas populares, mediante el *ius pretoriano* y la *iurisprudencia* de los juristas.

Ante este contexto: ¿quién fue capaz de resolver los problemas de desajuste, palabra que tiene la misma raíz que justicia? ¿Quién estuvo capacitado para ajustar lo que se desajustaba —la gran pregunta de la historia jurídica— ya fuera por la propia naturaleza humana, incluso por factores como perversión, interés, equivocación, miedo, dolo, ambición o error? Los romanos comprendieron que no podía ser una instancia o un poder únicos; afirmación que hemos heredado en toda la cultura jurídica occidental y que se relaciona con el tema más elemental que enfrenta cualquier estudiante del primer año de los estudios universitarios de derecho: el de las fuentes del derecho, en el que se estudia y se evidencia históricamente que no puede ser una sola la instancia, la institución o la persona que nos diga cómo, con qué criterios racionales, y con qué mecanismos *ajustar* la realidad humana alterada por un conflicto, porque ella es tan compleja que no es posible arregarle a una sola fuente jurídica la capacidad de orientar la búsqueda de una solución justa y adecuada. Los romanos entendieron, por ello, que el orden justo, el *Ius*, se creaba y era posible realizar a partir del conocimiento e instrumentación de una diversidad de fuentes jurídicas. En ocasiones era el legislador —el poder político—, ya sea los órganos republicanos o el *princeps* romano, o, en la última fase de la historia romana, el emperador, quienes gozaban de la *potestas* para anticipar e imponer soluciones en forma de leyes para obligar a resolver los conflictos a través de sus particulares criterios —políticos o científicos, o los que quisieran—, pero en otras ocasiones no era el legislador quien en forma exclusiva determinaba cómo *ajustar* las cosas a su cauce natural. Sólo hacia el periodo Posclásico del derecho romano se dio un proceso de absolutización relativo de la gestión del derecho, cuando el emperador pretendió establecer que solamente lo que él decía, pensaba o decidía fuera lo obligatorio, y quien, en consecuencia,

determinaba lo que era justo y lo que era injusto. Sin embargo, ni en la etapa de mayor absolutismo del mundo romano se llegó a lo que nosotros hemos llegado en nuestra época. La comprensión de la realidad en el mundo romano jamás contempló la posibilidad de que únicamente al poder político le fuera dada la facultad de establecer los criterios de solución de todos los conflictos en forma obligatoria, so pena de sanciones en caso de incumplimiento. Ni bajo el absolutismo de Constantino *el Grande* o en el de Justiniano se pensó que el poder político tenía esa facultad, pues también la tenía —y así se reconoció siempre— la costumbre. El mero devenir de la sociedad creaba soluciones basadas en el actuar y en el saber colectivo; en el peso de prácticas sociales eficaces en el tiempo; es decir, la presencia del pasado acudía y daba luces también. Desde la República, asimismo, los magistrados republicanos —que no eran burócratas ni cobraban un salario por su función— a través de la *jurisdictio*, en el acto mismo de reclamarse la solución a un conflicto, aportaron soluciones obligatorias y vinculantes para los jueces. En efecto, al plantearse una reclamación que implicaba satisfacer determinadas pretensiones, fue necesaria la presencia de una persona que escuchara y señalara el camino racional a seguir, que prescribiera soluciones justas, flexibles y realistas; en esto consistió el derecho pretoriano, basado en la creación de fórmulas oportunas, en acciones dadas por el hecho (*in factum*), por deducción, mediante el uso de la imaginación y de la analogía a través de la utilización de ficciones. Además de las leyes, de las costumbres, y de las fórmulas de los pretores y de otros magistrados republicanos, también el Senado romano tuvo autoridad para orientar la búsqueda de soluciones obligatorias para los problemas de justicia mediante las respuestas a las consultas elevadas a su conocimiento.

Fue, no obstante, con la invención de otra fuente donde el derecho romano trascendió cualquier modelo tanto de la cultura occidental como de las orientales. Precisamente cuando encargó a un grupo de especialistas, a unos expertos —también independientes económicamente— que con inteligencia y visión realista de las cosas, capacidad de pensar acerca de lo considerado justo, y atendiendo siempre a los cambios sociales, y sobre todo a la necesidad real de

resolver con utilidad y con justicia los problemas acuciantes de la sociedad, determinaron racionalmente, sin invocar mitos o apelar a la religión, los criterios y argumentos para resolver los conflictos jurídicos. Este hecho marca el nacimiento de los juristas y, por ende, de la jurisprudencia romana, el mejor legado cultural que Roma le ha dado al mundo; y, en este sentido, constituyó un parteaguas en la historia de la humanidad, difícilmente repetible. Roma representa en los textos de una jurisprudencia sustentada en la *auctoritas* de los juristas, más que en la *potestas* del Estado romano, el mejor ejemplo de lo que es una sociedad en transformación, resuelta a resolver sus problemas desde las ópticas más singulares, autónomas y libres, sin disputar entre ellas cuál pueda ser la preeminente.

La labor de la jurisprudencia romana y el derecho de los pretores —que se extendieron por más de tres siglos— se preservaron en unos textos compilados hacia el siglo VI en el Imperio romano oriental, concretamente en Bizancio, bajo el poder de Justiniano I. Sin embargo, estas recopilaciones (el llamado posteriormente *Corpus Iuris*) se perdieron durante casi cinco siglos, imposibilitando la recuperación del legado jurisprudencial romano durante ese largo periodo.

No se puede dudar que el mundo romano había formado un gran Estado, incluso llegó a formar un imperio, es decir, un conglomerado de entidades políticas diversas cultural, religiosa y jurídicamente, aglutinadas bajo un esquema de soberanía político-militar en manos de un *imperator*, de un César. Este imperio, el más grande que hubo en la Antigüedad, tuvo desde luego, la tentación de absolutizar la creación del derecho pero nunca no lo llegó a hacer. La costumbre nunca dejó de ser fuente del derecho romano, ni siquiera en el último periodo Posclásico, y la vieja jurisprudencia fue siempre requerida como fuente útil del mismo. Pero, ¿qué ocurrió después de Roma? ¿El Estado substituyó al Imperio romano? Y si así no ocurrió, ¿fue posible construir un derecho sin Estado?

Hubo un momento en que sí, que así fue. Cuando las diversas tribus de origen germánico invadieron el Imperio romano, a veces por las buenas y otras veces por las malas (y esto es una enseñanza del mundo antiguo: las migraciones no se detienen con muros o murallas,

y pueden ser pacíficas o no), el derecho romano hubo de coexistir con los derechos de esas tribus, caracterizados por el predominio de la costumbre. Pero el mundo germánico entendió el significado del imperio romano, y quiso, anheló, envidió, tener una conformación política semejante pero no lo logró. Lo más que llegó a formar el mundo germánico dividido en diversas tribus, fue algunas monarquías efímeras o débiles, puesto que prácticamente todas ellas —salvo la monarquía franca— estaban disueltas a finales del siglo ix. Ya fuera por la invasión de los musulmanes o de pueblos del norte de Europa, o por conflictos entre esas monarquías, la consolidación de lo que podría llamarse “Estado” medieval a la manera del Imperio romano nunca fue posible, acercándose a ello, sin embargo, en el efímero y debilitado Imperio de Carlomagno.

En este sentido, la pregunta que los historiadores del derecho nos hacemos es cómo fue posible la vigencia de un derecho sin Estado. No hubo Estado en el mundo medieval y, sin embargo, sí hubo derecho, variado y versátil. Nada más que este derecho se caracterizó por ser elemental e incluso primitivo, a diferencia del *Ius* romano dotado de complejidad, técnico y resultado incluso de razonamientos finos y elaborados por parte de juristas que lo habían llevado a una sofisticación muy elevada, producto de la transformación de la sociedad primitiva romana hacia una de carácter urbano, letrada, comercial e imperial. El derecho medieval no pudo seguir la complejidad del mundo romano, porque esa complejidad se había extinguido. Fue un derecho de naturaleza más bien rural frente al carácter agrícola y urbano que caracterizó al derecho romano en su fase clásica. Fue, además, fundamentalmente punitivo, porque el mundo medieval vivió asolado por el miedo, con una idea de imperfección del individuo y de perfección de la sociedad, donde la preeminencia la tuvo lo social frente a lo individual, como ha señalado Paolo Grossi. Esta sociedad asolada por el miedo, acudió o recurrió nuevamente a lo mítico, a lo tradicional, a la asociación con la tierra como forma de identidad, a inmovilizarse dentro de su sustento básico, entendiéndose también a partir de realidades sólidas e inmediatas como la sangre, la herencia, la genealogía, la familia, la *sippe*, la estirpe y la tribu. Mantuvo una idea del tiempo largo, que no

cambia, que permite la vigencia de los usos, de las costumbres, de las mismas soluciones por décadas y hasta por cientos de años como garantía de su propia seguridad. Ideas, todas, que Roma había dejado atrás hacía muchísimo tiempo.

También es conveniente advertir que la sociedad medieval ocupó un espacio distinto al romano, si éste fue plenamente mediterráneo, el mundo medieval ya no lo fue, o no exclusivamente mediterráneo, sino también báltico y colindante con el Mar del Norte; fue, en términos actuales, propiamente europeo. La Edad Media inventó a Europa; el mundo romano no fue europeo, el mundo romano fue mediterráneo incluyendo además una buena porción de Medio Oriente. El mundo medieval que sí será europeo, se constriñe a un espacio diferente, es cosa nueva y necesita encontrar los instrumentos de solución a conflictos sociales y jurídicos inéditos. Pero, además, durante el alto Medievo es analfabeta. No produce textos, y los que había heredado del mundo romano se encontraban olvidados o perdidos en abadías y catedrales, sin que nadie los pudiera leer o entender. En este contexto de disolución cultural y, al mismo tiempo, de gestación de una nueva cultura, a qué acudir si el Estado desapareció. El intento carolingio de mediados del siglo IX por restablecerlo fracasó rotundamente, y después de él nació la sociedad feudal, que se caracterizó simple y llanamente por la inexistencia total del Estado. El señorío feudal sustituyó al Estado y a la monarquía germánica, y su existencia provocó una pulverización de los derechos vigentes, un enorme número de elementos normativos y de maneras de aplicarlos en la vida cotidiana. Pero, significativamente, más allá incluso de las diferencias entre los distintos derechos existentes en múltiples señoríos feudales como Borgoña, Flandes, Normandía, por ejemplo, se mantuvo una corriente común y algunos elementos culturales que provenían del mundo romano y otros aportados por el cristianismo sirvieron como una especie de común denominador de lo que se conoce como el orden jurídico medieval.

En un primer periodo del mundo medieval, que corresponde a la Alta Edad Media (siglos V-XI), Grossi identifica una preeminencia de la *praxis*, un dominio de los hechos sobre los textos. Se acude a la tierra, a la sangre, al tiempo, como elementos normativos

fundamentales y, por ende a la costumbre. En un segundo momento de esa Edad Media (siglos XII-XV), y con la recuperación de por medio de los textos del mundo romano compilados por el emperador Justiniano, vemos irrumpir lo que Grossi ha llamado el taller sapiencial; es decir la preeminencia, según el modelo jurídico romano clásico, de un derecho vuelto a construir por el trabajo racional y prudencial de los juristas, los verdaderos letrados del momento junto con los canonistas. De nuevo, como en el mundo romano clásico, el poder político, casi ya estatal, y para entonces consolidado en la figura de los emperadores alemanes y en las figuras de los monarcas, primero franceses, luego ingleses, y poco más tarde aragoneses, castellanos, navarros, etc., entendió que sus límites para determinar lo que es justo en cada caso concreto eran muy claros y, en consecuencia, tuvo que abrirse al reconocimiento de la costumbre, así como a la existencia de una clase profesional de juristas que diseñaron e inventaron soluciones para problemas que hasta entonces no existían. En contra, el nuevo derecho mercantil continuó siendo un derecho de prácticas, de usos, de intercambios, de situaciones dadas por la actividad de los mercaderes agrupados en gremios. La Iglesia, por su lado, con su poder y con su autoridad, contribuyó a la elaboración del nuevo derecho bajomedieval, tanto por la vía de la ley canónica como mediante la actividad jurisprudencial de sus canonistas. (Hoy nadie estaría dispuesto a avalar que el derecho canónico es también derecho. Se reconoce, cuando más, un derecho eclesiástico del Estado, es decir, la regulación de las iglesias por parte del Estado, como por ejemplo la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, pero se cuestiona la juridicidad del derecho canónico.)

Éste es el mundo del derecho, tan elemental y a la vez tan complejo. Los seres humanos, tanto en el mundo romano como en el medieval, ayer como hoy, lo único que han querido es que sus conflictos se resuelvan y se posibilite vivir dentro de un orden social justo. Claro, como en su cotidianeidad se presentan siempre intereses encontrados, en ocasiones alguien sale perdiendo, incluso más de una parte, y, a veces, incluso nadie gana todo lo que pretendía. Algo difícil es del arte de la justicia, que finalmente es el arte del derecho.

El mundo del jurista medieval fue, como el romano, el creador de un universo de soluciones óptimas, adecuadas, prudentes, realistas, pero no definitivas, por la simple razón de la historicidad que se predica del ser humano, de su sociedad e historicidad de su organización política. La sociedad cambia y no podemos aferrarnos a soluciones que funcionaron antes pero que hoy ya no tienen utilidad, ni son efectivas ni convencen. El hombre cambia, hemos hecho de la historia nuestro agente de cambio, y el mundo medieval significó la peor dislocación habida hasta entonces en la historia occidental; la caída brutal del mundo romano de más de 800 años de existencia, cuando aún no se conformaba lo que a la larga ha sido nuestra característica organización política: el Estado. Al acabarse el mundo romano hubo la necesidad de construir un orden jurídico diferente, con sus problemas, conflictos e instituciones. Y la cuestión relevante es saber quién pudo hacerlo sin la orientación de una sociedad letrada que permitiera superar la vida jurídica dominada por la costumbre. Desde luego no fue el Estado.

Pero la existencia de un derecho sin Estado no es exclusiva del mundo medieval. Cómo entender, por ejemplo, que hoy mismo las comunidades chinas en Tijuana y en Mexicali, o las menonitas en Chihuahua, no se guían exclusivamente por el derecho mexicano. ¡Y cuánto tiempo le ha tardado a los mexicanos y latinoamericanos aceptar la vigencia de los derechos de nuestras comunidades indígenas como verdaderos derechos, aceptables y vivos, aunque limitados! Hoy estamos más capacitados que hace 50 años para entender que el derecho no se construye exclusivamente desde la estructura del poder político, y esto la Edad Media lo demostró claramente. Hoy se puede ver, evidenciar, testimoniar, historiar, comprobar, que puede existir un derecho sin Estado. Otra cosa es sin poder político, que no es lo mismo. ¿Por qué?, porque aun cuando la creación del derecho resida en la costumbre o resida en los juristas, o, en otros momentos, en los mercaderes, en los curas y papas, sí hay una necesidad de que alguien, una instancia —persona o institución— dentro de un proceso judicial cuente con la capacidad de imponer fuerza sobre las partes en conflicto para llevarlas a aceptar una sentencia definitiva. Pero una fuerza que no necesariamente sea

estatal; los mercaderes crearon sus propios agentes de fuerza; los curas y los eclesiásticos crearon sus propios organismos de fuerza, de sanción y de solución de conflictos. Y en las comunidades indígenas de nuestro país pasa exactamente lo mismo; con los chinos en Mexicali, también.

El mundo del Alto Medioevo se mantuvo anclado en su realidad, trascendió su existencia con una mentalidad espiritual, religiosa; fue muy humilde en este sentido, puesto que sabía que la vida del hombre terminaba a los 30 o 40 años. Pasado este periodo, tan interesante y fascinante, se advirtió que se transitaba de una época a otra, donde esa fragmentación, esa pulverización del poder político, el predominio de lo social sobre lo individual, dieron paso a otro Medioevo formado por realidades distintas que muy pronto desembocaron en la creación del Estado, pero también en el descubrimiento de otras tierras, de otros mundos, del Nuevo Mundo, y de otros hombres de quienes nadie nunca había hablado. Por ello resulta fascinante para la historia del derecho el descubrimiento de América, y por eso para mí resulta muy atractivo el tema de los teólogos juristas españoles del siglo XVI: porque las soluciones a los problemas y conflictos inéditos de América las proporcionaron teólogos, dado que las soluciones de los juristas de entonces fracasaron al no saber renovar la jurisprudencia medieval. Al analizar nuestra modernidad y nuestra contemporaneidad pareciera pasar lo mismo. ¿No son ahora los contadores, no son hoy los economistas, no son hoy los ingenieros sociales, no son hoy los administradores públicos y los antropólogos y sociólogos los que nos presentan las grandes soluciones a nuestros problemas y conflictos? ¿Y los juristas? No; ellos están para acatar la ley, y si la ley no conviene están para reformarla y si una reforma no funciona, están para *chicanearla*. Y si la ley no contempla el supuesto, simplemente callan.

El mundo romano y el mundo medieval tienen todavía mucho que decir a una Modernidad que creyó haber encontrado en el monopolio del legislador estatal el *súmmum* de la creación del derecho. En efecto, este modelo sigue siendo el paradigma que se estableció después de una época esperanzadora y optimista como fue la europea y americana entre finales del siglo XVIII y principios del XIX,

después de la Revolución francesa, cuando el hombre se encontró con que la “libertad, la fraternidad y la igualdad” habían destruido el oscurantismo del mundo medieval, habían proclamado la felicidad como el fin supremo del hombre, y habían obligado al poder político a constreñirse dentro de los límites señalados por una constitución escrita, por una constitución dirigida y destinada a hacer realidad la felicidad de los seres humanos en sociedad. El siglo xx se encargó de destrozar este proyecto optimista. Lo aniquiló la Segunda Guerra Mundial, cuyas terribles consecuencias en la historia universal no hemos dejado todavía de recibir y de resentir. Ante la crisis surgida de ello, un modelo jurídico como el del mundo romano, como el del mundo del derecho bajomedieval —el mundo del jurista medieval vinculado a la universidad, lector asiduo de textos comprometidos con la realidad y con la justicia— grita, proclama en nuestros días la necesidad de recuperar la posición creadora, independiente y autónoma de los juristas frente al poder, cuando menos en Occidente; y reclama la recuperación de un derecho entendido como la realización eficaz de un orden justo en un momento y en un espacio determinados, más que como la aplicación de un conjunto de normas legales.

El legado del derecho romano sigue pugnando porque el derecho sea el *Ius*. No quiero que se entienda con esto que estoy haciendo la apología *per se* del pasado romano o del pasado medieval, pero sí hago la apología de unas culturas jurídicas que fueron capaces de crear una concepción más abierta acerca de lo justo, más compleja y más plural que la actual; que se entienda que los problemas del hombre no se pueden resolver cuando sus soluciones se encargan a una única instancia, sobre todo cuando ésta es el poder estatal; si afirmar esto es apología, sí señores, hago la apología del *Ius*, el único capaz de permitirnos resolver con sensatez, humanidad, prudencia y justicia los nuevos problemas y conflictos que traen aparejados los cambios en la sociedad contemporánea, tales como la manipulación del genoma humano, el terrorismo, la delincuencia internacional, la familia tradicional, el matrimonio, el cambio climático, el reclamo de minorías sociales y culturales, el ascenso de la robótica, el control de la natalidad, la transformación de valores antaño considerados

perennes, los modernos medios de control de la opinión pública, las nuevas formas y mecanismos de comunicación, entre otros.

Termino. Los diputados al Congreso Constituyente de Querétaro en 1917 tuvieron el mérito de atender las profundas transformaciones y necesidades de la sociedad mexicana de entonces, y con realismo diseñaron instituciones y formas de convivencia que después de un largo siglo otros “constituyentes permanentes” fueron ajustando y acomodando a las necesidades y cambios de los mexicanos. Este es su mérito y para ello se apartaron del modelo demasiado ideal del Constituyente de 1857. Al hacerlo, dieron un paso que los asemejó al modelo que se encuentra en la génesis de nuestra propia historia jurídica, claro está por tratarse de diseñar una Constitución Política que fuera natural y que no prescindiera del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Del Arenal Fenochio, Jaime, *Historia mínima del derecho en Occidente*, El Colegio de México, México, 2016.

Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

CUANDO LA REALIDAD SE IMPONE: TRASCENDENCIA DEL DOMINIO INDIRECTO EN LA FORMACIÓN DE NUEVA ESPAÑA

Bernardo García Martínez

Este ciclo se celebra con motivo del centenario de la Constitución de 1917 y en atención a ello empezaré con una referencia a su artículo 115, en él se asentó desde un principio que los estados de la República adoptarán, para su régimen interior, “la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el municipio libre”. El concepto de “municipio libre”, y de hecho la consideración misma del municipio en un texto constitucional, fue una de las aportaciones más relevantes de la Constitución de 1917 y marcó una diferencia importante frente a las anteriores.

Previamente, el tema de los municipios había sido relegado a las constituciones de los estados, que lo abordaron con muchas variantes. A pesar de ello, de un modo u otro, la personalidad jurídica y/o territorial de municipios o municipalidades nunca fue desconocida en el marco del sistema federal establecido en 1824. Este es un tema mal estudiado y oscurecido por otras perspectivas, como la que planteó la Constitución española de 1812, a la que se le ha dado, a mi modo de ver, excesiva importancia. Pero todo esto lo señalo sólo a modo de introducción de mi conferencia, pues son asuntos que no voy a abordar.

Me interesa, sin embargo, señalar que sería un error dar por sentado que el municipio, como elemento base de la organización territorial, política y administrativa, fue una creación del México independiente, o que los primeros textos constitucionales, al ignorarlo, anularon la realidad del municipio.

La reflexión que se impone se ha de basar necesariamente en la historia, pero no está por demás mantener presente esa expresión ya citada de la Constitución de 1917: la *base* de la organización territorial, política y administrativa de los estados, y por ende del país,

está en el municipio libre. Esto debe leerse no como una invención de la Constitución sino como el reconocimiento de un fundamento que ya existía.

La Constitución, desde luego, aborda este asunto desde arriba, es decir, partiendo de la realidad y la primacía de la república y del sistema federal, siguiendo la secuencia que lleva a considerar primero a la federación, luego a los estados, luego a los municipios. Con esta misma perspectiva procederé a lo que quiero exponer en esta conferencia, pero desplazándome casi 500 años atrás, a los tiempos de la Conquista y la conformación (al menos nominal) de Nueva España.

UNA CONQUISTA CON MAYÚSCULA

La Conquista fue uno de los eventos más espectaculares de la historia. Se le singulariza a menudo escribiéndola con mayúscula, la *Conquista*, y haciéndola figurar como una hazaña militar y como un evento repentino que provocó la destrucción de un imperio (el de la Triple Alianza), para lo cual se destaca la fecha del 13 de agosto de 1521, día de la rendición de Tenochtitlan. La Conquista puede verse, según la interpretación que se tome, como un acontecimiento terminal o uno fundacional, o como ambos a la vez. En este contexto, también, se ve a Nueva España surgir como la sucesora de ese imperio, a la vez que, tiempo después, se le ubica como predecesora de la nación mexicana independiente (que también surgió como un imperio, recogiendo parte de la simbología del periodo prehispánico).

Sumado a todo esto, hay que tomar en cuenta el simbolismo que implicó el que la ciudad colonial de México se erigiera sobre las ruinas de Tenochtitlan, y que la capital conquistada se reconfigurara como capital conquistadora. Esa posición dominante se ha mantenido hasta el día de hoy.

La Conquista, vista de esta manera o estas maneras, es el tema más difundido de la historia colonial, y se toma como punto clave de la historia nacional y referente importante para la identidad. Es motivo de fuertes polémicas, y lo será más, sin duda, conforme se acerque su

quinto centenario en 2021. Pero examinemos de que se trató, realmente.

Sin duda la invasión española destruyó un imperio, o en todo caso una gran construcción política prehispánica con varios niveles de dominación, e implicó transformaciones. Fue violenta y destructiva. Hubo una fractura traumática, manifiesta sobre todo en el terreno demográfico. El contraste entre los periodos prehispánico y colonial es evidente en lo ambiental y lo cultural (en lo que entra la cuestión religiosa). Pocos lugares han experimentado tantas transformaciones e imposiciones en tan solo una o dos generaciones, es decir, entre 30 y 60 años.

Sin embargo, atribuir todo esto a esa *Conquista* con mayúscula que mencioné deja muchas preguntas sin resolver. Tal *Conquista*, reducida a una hazaña militar que se apoderó de una capital, no explica mucho, máxime si sabemos que la gran construcción política prehispánica que fue destruida no estaba fundada en una dominación directa sino en una estructura de alianzas dinásticas y obligaciones tributarias y rituales construida sobre un escenario político sumamente fragmentado. Esa *Conquista* con mayúscula tampoco da razón de la conformación de Nueva España más allá del lenguaje jurídico y el imaginario político. Nueva España fue en un principio una ficción política incapaz de establecer un gobierno central fuerte más allá del ámbito de su capital, incapaz a veces de gobernar o controlar a los propios conquistadores.

Una pregunta tan sencilla como básica queda sin resolver: ¿cómo fue posible, después de un acontecimiento tan destructivo, que operara un gobierno efectivo, que siguiera funcionando un sistema tributario, de abasto, de comunicaciones? ¿Cómo pudo construirse todo un nuevo sistema, un nuevo “país”, tras un cambio tan radical y, sobre todo, en tan poco tiempo? ¿Cómo pudo ser que de la ruina de un imperio surgiera, presto, un flamante y nuevo reino de Nueva España, tan estable aparentemente y duradero sin duda alguna? Tal vez la *Conquista* no fue eso que se dice que fue.

Hechos muy elementales y bien conocidos nos conducen a reconocer que, en efecto, esa *Conquista* fue un episodio brillante, pero ni el primero ni el último del proceso, y mucho menos uno concluyente. Aun sin salir del terreno de las conquistas e invasiones de tinte más o menos militar, e incluso desde antes de 1521 aunque más bien durante muchos años después, hubo conquistas que desembocaron en la sumisión de numerosos señoríos, de pequeños estados independientes por toda Mesoamérica, entre los cuales ninguno tan destacado como el reino de Michoacán. Éste era, de hecho, un país aparte. Pero esas conquistas, a las que se niega la mayúscula, suelen ser designadas como meras derivaciones regionales, variaciones sobre un tema principal.

Cierto que la conquistada Ciudad de México hizo valer su precedencia, al poco tiempo, sobre Michoacán y otros lugares. Podríamos decir, recurriendo al significado de los conceptos, que la *Conquista* de México conquistó otras conquistas. Una vez reconstruida, o más bien reconfigurada, la ciudad pudo rehacer los antiguos canales de intercambio que confluían en ella, e incluso enriquecerlos. Aun así, todo esto nos da razón de cómo se fue fraguando la estructura formal del poder en Nueva España y su imaginario político, pero nos sigue diciendo poco respecto de la realidad cotidiana del ejercicio de la dominación, mucho menos del gobierno en sí.

Para empezar a despejar nuestras dudas debemos hacer un ejercicio muy sencillo de análisis. Dejemos de lado esa *Conquista* con mayúscula que nos quiere hacer ver la formación de Nueva España como algo determinado desde el centro hacia sus periferias o sus ámbitos supuestamente provinciales; como algo dispuesto de arriba hacia abajo. Veámoslo al revés. ¿No acaso la verdadera conquista se logró de abajo hacia arriba, y Nueva España, al menos al principio, no fue otra cosa que la suma de sus partes? Esta imagen no tiene el aura imperial y de gran hazaña de la *Conquista* con mayúscula, ni evoca un parteaguas incontestable de la historia mexicana, ni depende de los rasgos altamente simbólicos de un centro indiscutible. Sin embargo, resulta más exacta y apegada a lo que ocurrió. Tal conquista no fue una acción particular, sino un *proceso* que debemos

analizar cuidadosamente y sin dejarnos llevar por una imagen preconcebida.

Lo primero a tomar en cuenta es que la conquista, o cualquiera de las conquistas involucradas en esa historia, como cualquier conquista, hubieran sido nada sin un mecanismo que permitiera conservar lo ganado.

No olvidemos que, por debajo del estrato imperial, Mesoamérica era un mosaico complicado y abigarrado de pequeños estados o señoríos —alrededor de 1 500— que tenían diverso grado de autonomía o independencia. Algunos se mantenían en guerra mutua; entre otros había alianzas o ligas dinásticas. Unos tenían mayor complejidad política o social que otros, pero prácticamente todos tenían los elementos básicos de un cuerpo político: autoridad establecida y legitimada, identidad o tradición histórica, ámbito territorial, gobierno funcional, principios de justicia, etc. Serían comparables a muchos de los centenares de principados de la India antes de la unificación, o los de Alemania, o miniestados que subsisten como reliquias del pasado, cual San Marino o Andorra. La derrota o conquista de Tenochtitlan arrastró consigo a un buen número de esos poderes locales, pero no a otros, que quedaron, si se vale la expresión, pendientes de derrotar o conquistar. O bien, de atraer, ganar o someter de alguna manera.

Desde los primeros momentos de la invasión española se hizo patente la importancia de establecer alianzas y compromisos con los poderes locales. Descuella el caso de los señoríos tlaxcaltecas, pero hubo muchos más. Algunas de esas alianzas están referidas en las crónicas de la Conquista; de otras apenas y se da razón o indicio, aunque se pueden conocer gracias a documentos posteriores. Invariablemente esas alianzas involucraban a los soberanos o señores locales —los *tlahtoque* en náhuatl, *yya* (o *yya dzehe*) en mixteco, o *bataboob* en maya— cuya legitimidad o autoridad quedaba confirmada en el nuevo marco jurídico que se les presentaba y en el lenguaje colonial fueron identificados como *caciques*. Con su ratificación iba implícita la subsistencia de los cuerpos políticos que encabezaban, con todos sus atributos, y de manera particular la permanencia y continuidad de la subordinación y las relaciones

tributarias que, previamente, reconocían ante la Triple Alianza. En efecto, los testimonios son muy claros al señalar de manera explícita el nombre de cada uno de esos soberanos o señores y el de sus respectivos señoríos —los llamados *altepetl* en náhuatl, *ñuu* (o *ñubuitayu*) en mixteco, o *cab* en maya—. Son los que al poco tiempo, en el lenguaje colonial, fueron identificados como pueblos, o *pueblos de indios*, concepto a veces confuso que debemos manejar con cuidado. Confundir al *pueblo de indios*, unidad político-territorial, con un poblado, lleva a perspectivas anacrónicas. Fue, desde un inicio, una traducción desafortunada del concepto prehispánico, pues el español, que da muchas acepciones a la palabra, es confuso en este punto.

DOMINACIÓN INDIRECTA Y REALIDAD

Hablando en términos generales y teóricos, alianzas como las referidas implican el reconocimiento de un sistema indirecto de dominación: un poder imperial (el colonial en este caso) con reclamo de soberanía suprema, pero casi sin relación ni contacto con la población ni con funciones de gobierno, y un poder local subordinado pero legítimo y reconocido al que se le concede lo que puede denominarse soberanía residual y que es el que efectivamente ejerce el gobierno. El poder imperial se limita a ejercer un control sobre el local y cuidar que funcione adecuadamente, lo que es imprescindible para que pueda cumplir con su función de hacer valer y cumplir obligaciones tributarias y de otro tipo. El poder imperial no puede deshacerse del poder local porque no tiene ni el interés ni la capacidad de ejercer funciones de gobierno y administración, ni de sostener una confrontación permanente, y tampoco tiene interés en establecer una relación directa con la población; mucho menos en construir y establecer un sistema nuevo que reemplace al anterior con nuevos funcionarios, nuevas demarcaciones territoriales y todo lo demás que tal sustitución implicaría. De hecho, nada de eso convendría a sus intereses; es decir, crear un sistema de dominio directo le resultaría extremadamente riesgoso y oneroso; mejor un

sistema que permita obtener los beneficios de la dominación sin pagar el precio del gobierno.

Según los teóricos de este asunto, las características de un sistema de dominación indirecta suelen condensarse en 10 puntos.

1. Hay continuidad de la dinastía precolonial como “autoridad nativa”.
2. Se conserva la jurisdicción territorial precolonial.
3. La “autoridad nativa” recoge impuestos y controla su presupuesto.
4. La “autoridad nativa” continúa aplicando y haciendo valer el sistema legal tradicional.
5. La “autoridad nativa” nombra a sus oficiales subordinados.
6. Los funcionarios políticos europeos asesoran a la “autoridad nativa” y controlan los asuntos que trascienden su jurisdicción.
7. La “autoridad nativa” funge como cuerpo legislativo.
8. La “autoridad nativa” absorbe choques y fricciones.
9. Algunos individuos de la “sociedad nativa” obtienen la oportunidad de prosperar.
10. La “población nativa” experimenta la dominación colonial mediada por sus propios líderes.

Volviendo al caso novohispano, la realidad de un dominio indirecto se percibe de manera todavía más clara al tomar en cuenta esos señoríos en los que no hubo alianzas que mantuvieran una situación preexistente (como por ejemplo la obligación tributaria hacia la Triple Alianza), es decir, aquéllos que eran independientes y sin embargo estuvieron dispuestos u obligados a aceptar y reconocer la existencia de un poder superior. Las alianzas resultantes fueron prácticamente similares a las anteriores. Más todavía, la realidad del dominio indirecto se hizo patente en los casos —y fueron muchos— donde no hubo inicialmente una alianza sino una guerra, es decir, en los centenares de señoríos que fueron o tuvieron que ser sometidos por la fuerza.

Lo que ocurrió en estos casos es muy significativo: casi siempre la confrontación militar terminaba con la derrota o muerte del señor o cacique local, como en un remedo diminuto, decenas de veces representado, de la caída de Tenochtitlan. No por ello, sin embargo,

se procedía al desmantelamiento del poder local. Muy al contrario, acto seguido se cuidaba de instalar en el poder a algún otro señor o cacique con plenas facultades de gobierno, y mejor todavía si éste era del mismo linaje, pues así quedaba a salvo la cuestión de la legitimidad de su soberanía. Las élites locales sufrían un reacomodo de su poder y funciones pero, por lo general, subsistían. A veces, sin embargo, se daba oportunidad a que un grupo desplazado retomara el poder, pero siempre se mantenía o se procuraba mantener la integridad del señorío, del pueblo. Sólo excepcionalmente se hicieron modificaciones de fondo, como ocurrió con frecuencia en Yucatán, donde no fue raro que dos señoríos fueran forzados a una especie de fusión.

La razón es que, tras una de estas conquistas, el poder imperial podía deshacerse de sus enemigos, pero no podía darse el lujo de prescindir de un sistema local de gobierno que podría, y debería, seguir funcionando de manera eficiente. En otras palabras, y yendo al fondo del asunto que nos ocupa, los españoles no tuvieron otra opción. No por conquistar Tenochtitlan tenían asegurada la subsistencia (de por sí frágil) de su destrozado imperio. Tuvieron que recoger las partes una por una. Tampoco tenían en sus manos una varita mágica que les permitiera disfrutar sin más la red imperial de relaciones tributarias. Tuvieron que acudir a cada extremo de las líneas de transmisión. La gran *Conquista* había resultado en una ganancia lucidora pero poco efectiva. Las conquistas pequeñas y las alianzas, en cambio, desembocaron en ganancias reales y productivas. Fueron pequeñas, pero fueron muchas.

Así pues, si bien es cierto que los españoles se aprovecharon de la fragmentación política que implicaba ese mosaico complicado y abigarrado de centenares de pequeños estados o señoríos que daban forma a la realidad política del mundo mesoamericano, no es menos cierto que esa misma fragmentación condicionó la naturaleza de su conquista. Parecía haberse ganado desde arriba, pero en realidad se tenía que ganar desde abajo. Las partes resultaban ser tanto o más significativas que el todo. Ahí es donde encontramos la realidad que se impuso.

CONFRONTACIÓN Y COMPROMISO

¿Cómo es que esto, que en lo sustancial parece tan sencillo, no se ha advertido claramente en la historia? ¿Cómo es que no se ha comprendido que esas pequeñas conquistas y alianzas pudieron haber sido tanto o más importantes que la del imperio?

Todo se origina en que la construcción formal de Nueva España y su acomodo en el contexto de la monarquía española dependía de que se consolidara la imagen de un nuevo reino que surgía de la conquista de un imperio. Sin esa imagen no podría tener tanta significación, del mismo modo que Cortés no hubiera podido figurar como el gran conquistador. Él fue cuidadoso en informar de su actuación en México de manera tal que solamente se destacara la toma de Tenochtitlan y se entendiera que, una vez lograda ésta, la conquista se había logrado. En este sentido, la “Conquista de México” en el sentido clásico que se le ha dado, fue un invento suyo. Se vanaglorió de las dificultades que tuvo que vencer para obtener ese fin, pero se cuidó de no mencionar, sino muy tangencialmente, los puntos frágiles de su conquista y de hacer ver al resto del proceso como algo dependiente o secundario, fácilmente relegable al plano de lo “regional”.

Cortés hizo ver cómo la fragmentación política del mundo mesoamericano obró a favor de los españoles, pero calló que esa misma fragmentación era un punto en su contra. Ciertamente es comprensible que para él y aun para el resto de los españoles, conquistadores o no, fuese más satisfactorio pensar que habían conquistado un imperio y no centenares de Andorras. También lo ha sido y lo es para futuras generaciones. Van en juego elementos y principios muy importantes de identidad y nacionalidad.

También hay que tomar en cuenta que el discurso de la dominación tendió a referirse a “los indios” de manera generalizadora o uniforme, dejando de lado o poniendo en segundo plano diferencias y situaciones locales.

En este punto conviene hacer una reflexión sobre el fondo de este proceso y pensar en dos de sus facetas: la confrontación (que está implícita en el paradigma de la historia clásica de la Conquista) y el compromiso (que subyace en el fondo de la dominación indirecta).

No es difícil explicar la primera. La confrontación fue producto de la resistencia legítima de una de las partes y de la arrogancia imperial de la otra, o de ambas, pero la confrontación ha sido algo cotidiano a la luz de la historia de la humanidad y nunca han faltado motivos para llegar a ella, menos aun en el contexto de una conquista. Más difícil es explicar el compromiso, que implica en las partes voluntad de ceder y acomodarse, y si no voluntad al menos conveniencia mutua, así como la disposición a perder una parte con tal de conservar otra, y en el mejor de los casos prescindir de lo accesorio con tal de preservar lo esencial. O bien puede ser que se llegue al compromiso por el simple hecho de evitar el caer en un ciclo interminable de violencia y destrucción.

Los indios no fueron de ninguna manera los ganadores en esta historia. Experimentaron el golpe de la invasión y el sufrimiento de las guerras y las epidemias, innumerables abusos y otros terribles traumas, pero en general su sociedad no se vio envuelta en una pesadilla de terror como la que se vivió en Tenochtitlan y algunos otros lugares. El que no ocurriera así debe acreditarse a quienes tuvieron que tomar decisiones cruciales en esos momentos, que no fueron sólo los españoles movidos por la necesidad sino también los indios guiados por el buen juicio. De su tradición política y de su razonamiento salió la solución que permitió superar lo que pudo haber sido una de las mayores y más permanentes confrontaciones de la historia y que dio lugar al desarrollo de fuertes principios de convivencia, aun a pesar de la desigualdad que la marcó desde un principio. Sobre todo, subsistieron los pueblos, los antiguos señoríos, que eran el referente fundamental de su vida política, social y económica.

LOS INTERMEDIARIOS

Tras esta reflexión general, volvamos a la realidad del dominio indirecto, para lo cual hemos de trasladarnos a escenarios locales reproducidos centenares de veces. Ya hemos visto a sus personajes principales e imprescindibles: los caciques y sus pueblos, como los expresó el lenguaje colonial. Ahora debemos agregar a los españoles,

que entraron en este escenario mediante el recurso de la *encomienda*. A ésta se le puede definir, de manera formal, como la cesión que hacía la Corona de los tributos de un pueblo determinado en favor de un conquistador individual a cambio de que éste se hiciera responsable de mantener la subordinación de dicho pueblo. Si bien es correcto decir, como se ha repetido muchas veces, que la encomienda tuvo la finalidad de premiar a los conquistadores, más acertado sería decir que fue el elemento que dio estabilidad y permanencia al sistema indirecto de dominación. No hay que perder de vista que la encomienda no involucró sólo a los conquistadores sino también a los caciques y nobles indígenas: fue un sistema que operó en dos sentidos. A los primeros les dio un pago, sí, pero a los segundos garantizó la subsistencia de sus pueblos y los confirmó en su posición y privilegios e incluso los premió al colocarlos en un punto crítico de la nueva relación que se establecía. Ellos fueron los únicos que podían ejercer autoridad efectiva sobre la población, con la que tenían un contacto directo y confirmado por generaciones. Nada tontos, de algún modo tomaron conciencia de que no se podía prescindir de ellos ni de sus pueblos.

Queda por introducir un tercer elemento en este escenario: los religiosos o doctrineros, cuya labor específica era bastante clara y para la cual habrían de contar con el apoyo de los encomenderos. Así ocurrió, en efecto, pero conviene resaltar un rasgo al que no siempre se le ha prestado la atención debida: los religiosos fundaron sus doctrinas o centros de administración eclesiástica no en cualquier lugar sino precisamente en los pueblos, antiguos señoríos, montando su administración sobre el mapa político de éstos. En otras palabras, y de manera muy general, a cada pueblo o antiguo señorío correspondió una doctrina. Los doctrineros se ubicaron de manera muy próxima a los caciques, de cuyo apoyo requirieron no menos que de los encomenderos. Y es que aquéllos eran los únicos que podían hacerse cargo de que la población respondiera a las demandas eclesiásticas, como la construcción de iglesias y la asistencia a las ceremonias, de modo tal que los logros de la evangelización fueron corporativos, más que individuales. Así, los doctrineros fueron integrantes de la encomienda y del sistema de

dominio indirecto en la misma medida que lo fueron los encomenderos y los caciques. Muy a menudo trabajaron juntos y en procura de fines semejantes. Sería apropiado definir a los doctrineros como encomenderos eclesiásticos, y a los bienes y servicios que recibían como un tributo en todo menos en nombre, pero éste es un tema que no puedo detenerme a analizar aquí.

En suma, pues, el sistema colonial de dominación nació condicionado por las circunstancias que demandaba la subsistencia de las relaciones establecidas, tributarias y de otro tipo. Éstas, a su vez, dependían del mantenimiento de un cierto nivel de soberanía local. Y para su logro fue esencial la acción de un grupo de intermediarios: caciques, encomenderos y doctrineros. Había una serie de compromisos y continuidades que involucraban a todos.

Esto, desde luego, cambió con el tiempo, pero no antes de cumplirse un par de generaciones. Las condiciones de la conquista perduraron durante 30 o 40 años, al menos hasta 1550 o 1560 a pesar de la consolidación formal de un gobierno central, que tardó muchos años en hacerse de bases sólidas: un ejemplo de ello está en la incapacidad que tuvo para aplicar las “Leyes Nuevas” en 1544, que pretendían alterar la base de la dominación y hacer efectivo un gobierno central. Poco a poco, sin embargo, éste se fortaleció y se hizo de un aparato de gobierno que pudo asumir las funciones que se habían confiado a los encomenderos, quienes, por su parte, se vieron debilitados con el relevo generacional. Muertos los primeros, muchos de sus pueblos pasaron a ser “encomiendas de la Corona” y sujetos, por ende, al control de funcionarios nombrados por el gobierno central. Los doctrineros fueron también sustituidos paulatinamente por clérigos seculares, sobre los que ese mismo gobierno central tenía más control. Aun los caciques fueron perdiendo preeminencia y sus funciones pasaron a cuerpos de gobierno organizados, en cada pueblo, mediante una combinación de formas prehispánicas y españolas (los cabildos o cuerpos de república). Los elementos que definían a la dominación como indirecta fueron diluyéndose en un sistema más directo y vertical.

LA CONTINUIDAD DEL PODER LOCAL:
PUEBLOS Y MUNICIPIOS

Pero el dominio indirecto y las condiciones de la Conquista dejaron algo que habría de perdurar: los antiguos señoríos, los pueblos de indios coloniales. Se vieron modificados en muchos aspectos, despojados de bienes materiales y sometidos a un sinfín de exigencias, pero subsistieron en lo esencial. Mantuvieron su identidad política, su territorialidad y una buena parte de la soberanía residual que el dominio indirecto les había respetado. Su realidad mostró ser más fuerte y permanente que la existencia de caciques, encomenderos y doctrineros. En medio de tantos cambios como implicaron la invasión y la conquista, fueron un baluarte de continuidades.

¿Acaso la esencia de la Conquista fue la continuidad, tanto o más que el cambio? Examinemos lo que ocurrió sirviéndonos de unos pocos ejemplos.

Yanhuitlan

Uno de los señoríos más relevantes de la Mixteca Alta fue Yanhuitlan, tributario de la Triple Alianza pero gobernado desde el siglo xi por reyes de una misma dinastía, enlazados con reyes vecinos mediante alianzas matrimoniales muy características de los estados mixtecos. En los años de la invasión española Yanhuitlan estaba gobernado por una mujer en conjunto con el rey de la vecina Tamazula. No hay indicio de que haya habido resistencia ante la invasión española, y los primeros datos disponibles indican que a los pocos años Yanhuitlan se vio asignado a un encomendero y a doctrineros dominicos, que se hicieron presentes en 1529 y 1536, pero no se establecieron formalmente sino hasta 1547. Luego, los caciques se mostraron muy activos en la conformación de la iglesia local —de la que es testimonio el espléndido convento levantado ahí entre 1550 y 1575— y su linaje continuó al frente del gobierno hasta 1629.

Cambios hubo, desde luego, además de lo que implicó el establecimiento de la iglesia, el más importante de los cuales fue tal vez la introducción y difusión de la ganadería, de la cual Yanhuitlan

(y la Mixteca Alta en general) fueron grandes exponentes. Pero el pueblo pasó por los años de la Conquista con más continuidad que cambios, como si hubiera experimentado una conquista invisible, y mantuvo sin interrupciones sus funciones de gobierno y amplia autonomía hasta el final del periodo colonial. Ocurrió en él lo que en muchos de los pueblos novohispanos desde el siglo xvii: algunas de sus dependencias —en este caso Sayultepec y Topiltepec, entre otras— se separaron políticamente del pueblo para constituirse de manera independiente sobre modelo del primero. El proceso de secesión dio lugar, por lo tanto, a tres o más pueblos pequeños donde en un principio había solamente uno. Las razones pudieron ser muchas; a veces resultado de situaciones propias de la época colonial; a veces reflejo tardío de divisiones o particularidades prehispánicas. En lo funcional, sin embargo, cada uno de esos nuevos pueblos funcionó del mismo modo que el original, reproduciendo a escala menor el cuerpo político del que se segregaron.

Con la llegada del México independiente, Yanhuitlan, Sayultepec y Topiltepec (Tutuxtepec) fueron constituidos como municipios y como tales subsisten hasta la actualidad. Descontado las partes que se le separaron, Yanhuitlan ha vivido su identidad desde el siglo xi hasta el presente.

Tepeaca

Contrariamente a Yanhuitlan, Tepeaca fue sometida militarmente durante los primeros años de la invasión, aun antes de la caída de Tenochtitlan. Siendo un señorío de gran significación, en lo que se habría de conformar como el Valle de Puebla, se adjudicó directamente a la Corona, que nombró como intermediario a un funcionario suyo (un corregidor) en lugar de un encomendero.

Tepeaca era un señorío de conformación muy compleja, cuya población se hallaba entreverada con la de sus vecinos Tecali, Quecholac y Cuauhtinchan; además, incluía varias subdivisiones importantes como Acatzingo, que era sede al parecer de una rama lateral de la dinastía reinante, y Oxtotipac, de raíces mixtecas y recientemente integrado al conjunto. Durante la conquista su cabecera

fue reubicada, así como parte de su población con el fin de borrar el entreveramiento que existía. El pueblo, pues, sufrió varias modificaciones, pero más de forma que de estructura: Tepeaca mantuvo su identidad política y sus caciques figuraron prominentemente hasta bien entrado el siglo xvi.

Su posición dentro de los circuitos comerciales abiertos por los españoles le dio ventajas económicas, y cuando la antigua y despoblada frontera de Tlaxcala empezó a ocuparse, después de 1530, Tepeaca estuvo en primera línea haciendo reclamos territoriales que le permitieron expandirse. Con el tiempo, sin embargo, vivió una fragmentación parecida a la de Yanhuitlan, pues tanto Acatzingo como Oxtotipac y otras dependencias —Acajete, Los Reyes y Xuchiltlenango— se separaron para conformar sus propias unidades políticas en el siglo xviii. Una vez más, cada parte reprodujo, en territorio y con población segregada, la misma estructura y funcionalidad del pueblo original.

Con la llegada del México independiente, Tepeaca, Acatzingo, Acajete y Los Reyes fueron constituidos como municipios y como tales subsisten hasta hoy. Oxtotipac y Xuchiltlenango, en cambio, con una población muy disminuida, volvieron a ser dependencias de Tepeaca, donde hoy se mantienen como agencias municipales.

Chocamán, Tomatlán e Ixhuatlán

Caso curioso es el de estos tres pequeños pueblos de las inmediaciones de Córdoba, dispuestos como en línea y separados entre sí por sendas barrancas que caracterizan su paisaje natural pero no son muy hondas. Su historia prehispánica está en la oscuridad, si bien algunos datos permiten suponer que hubo una tenue liga entre Chocamán y Cuauhtinchan, uno de los vecinos de Tepeaca; que Tomatlán tenía relaciones o alguna dependencia respecto de Orizaba y sus vecinos Tequila y Chichiquila; y que Ixhuatlán (que después fue encomienda nada menos que del virrey Luis de Velasco) estaba ligado al Huatusco prehispánico. Es probable que Tomatlán hubiese surgido como pueblo independiente ya en la época colonial, caso que se explicaría con una razón más tras la necesidad de recurrir al dominio

indirecto, que hay que añadir a lo dicho anteriormente: si había una población tenuemente integrada a un cuerpo político definido, era mejor crear con ella un nuevo pueblo formal, con todos sus atributos, que dejarla a la deriva o en una posición difícil de controlar.

Con todo y sus cambios internos y probable recomposición social, esos tres pueblos tan cercanos uno de otro y, sin embargo, tan diferentes en sus historias, persistieron como cuerpos políticos que conservaron su individualidad durante todo el periodo colonial sin fragmentación alguna. Con la llegada del México independiente los tres fueron constituidos como municipios y como tales subsisten todavía, como si su posición en el ámbito novohispano y luego mexicano hubiese quedado fijada desde un principio.

No puedo dar más ejemplos, aunque haya centenares, cada uno con sus peculiaridades y, sin embargo, todos con ese rasgo en común que es el de su continuidad a lo largo de no menos de 500 años. A Tepeaca se pueden sumar Cuauhtinchan, Tecamachalco, Izúcar, Jalapa, Metztitlán, Tututepec y acaso otros 300 como ejemplos de pueblos conquistados militarmente, y a Yanhuitlan se pueden agregar tal vez 1 000 o 1 200 más que no experimentaron una ocupación violenta: Huejotzingo, Tepeji, Tehuacán, Coxcatlán, Coixtlahuaca, Tamazulapan, Xicochimalco, Zacatlán y otros.

En la imposición del sistema de dominio indirecto durante los años fundacionales de Nueva España los pueblos fueron elemento clave en la forma que hemos visto. Caciques, encomenderos y doctrineros fueron intermediarios casi indispensables para mantener vigentes los sistemas de gobierno, la tributación y la organización del trabajo, y para la integración del aparato eclesiástico. En el proceso los pueblos se fortalecieron en virtud de lo indispensables que eran para el sistema. Con el paso del tiempo, caciques, encomenderos y doctrineros desaparecieron o pasaron a un segundo plano, pero la estructura corporativa de los pueblos y su personalidad jurídica se mantuvieron y aun se consolidaron.

Fue un hecho que toda relación con la población indígena se siguió haciendo a través de ellos y que esa población rara vez se manifestó de otra manera que no fuese en referencia a sus pueblos. La identificación con ellos se afianzó con procesos como las

congregaciones y el reconocimiento de los santos patronos, con sus consiguientes festividades y rituales. Tal como en su momento lo hicieron los doctrineros, el clero secular fundó sus parroquias sobre la base de los pueblos mismos.

La territorialidad de éstos se definió cada vez con mayor precisión a pesar de innumerables litigios. La fragmentación de muchos de los pueblos no alteró el principio fundamental de su existencia, pues los pueblos derivados reprodujeron casi invariablemente la estructura y funcionalidad de aquéllos de los que se escindían. Cómo y por qué ocurrieron estas fragmentaciones es una pregunta importante, y la respuesta está en una serie de consideraciones que no es el momento de atender. Hay que señalar, sin embargo, que es un hecho que los linderos de los pueblos afirmados durante la época colonial han sido la base de los linderos de los municipios, si bien modificados por las ya mencionadas fragmentaciones de pueblos ocurridas durante el periodo colonial. (Este es un tema que nunca se ha zanjado del todo a pesar de la pretendida precisión que se advierte en los mapas modernos; cualquiera que conozca los conflictos de linderos sabrá a qué me refiero.) Curiosamente, en muchos casos, algunas de las transformaciones más profundas vividas por los pueblos no ocurrieron durante los años de la Conquista sino durante los siglos XVII y XVIII.

Pudiera pensarse que ya superado el periodo de la Conquista y con un poder firmemente establecido, el gobierno colonial podía desentenderse y aun deshacerse de los pueblos, estableciendo un sistema directo de dominio sobre la población. Pero no lo hizo, y se comprende, en virtud de que no pocas de las consideraciones que habían dado lugar a su subsistencia seguían vigentes. Los pueblos constituían un modelo eficiente y estable de gobierno local. La ofensiva anticorporativa del régimen de los Borbones en la segunda mitad del siglo XVIII les impuso nuevos elementos de control y confiscó buena parte de sus bienes, pero estuvo lejos de dismantelarlos o de sustituirlos por un sistema diferente de gobierno, aun si con el régimen de intendencias hubiera habido una lejana intención de hacerlo en el futuro.

Tras la Independencia, se comprende que las primeras constituciones del México independiente centrasen su atención en la integración del conjunto nacional y se desentendieran de algo que podría parecer tan normal. Además, la consolidación de un poder nacional hacía necesaria hasta donde fuese posible la anulación de cualquier poder subalterno, aun a costa de violar principios tan importantes como el de la soberanía de los estados de la federación.

Pero el país independiente no podía prescindir de los poderes locales por razones no del todo diferentes de las que se habían planteado en los años de la Conquista y que no será necesario repetir. Los mecanismos funcionales de gobierno *tenían* que seguir operando. Sí se procuró, sin embargo, hacer modificaciones formales y la principal de ellas fue redefinir a los pueblos de indios (y a otras corporaciones de poder local; por ejemplo las ciudades españolas) como municipios o municipalidades, así como hacer algunos reacomodos en la nomenclatura y organización de los cuerpos locales de gobierno. Bien se sabe que, muy a menudo, la recomposición de poderes locales dio lugar al surgimiento de personalidades que se enfrentaron a instancias superiores de poder. Pero sólo durante breves periodos, bajo los regímenes centralistas y bajo el Segundo Imperio, se hizo un intento, fallido desde luego, por reconstruir desde abajo el mapa político. Los municipios subsistieron sin cambios sustanciales a través de todos los trastornos políticos del siglo XIX.

Esto no quiere decir que no hubiera cambios, pero fueron más de forma que de fondo. El asunto de los municipios, como señalé al principio, quedó relegado a las constituciones particulares de los estados, que impusieron algunas modalidades y, en ciertos casos, forzaron la fusión de algunos municipios en otros, como queriendo revertir el proceso de fragmentación vivido en los dos siglos precedentes. Esto se hizo a menudo tratando de favorecer a los municipios con mayor población urbana y menor presencia indígena, pero la propia dinámica demográfica impuso después una nueva fragmentación que, en lo esencial, desembocó en el mismo mapa de los últimos años del periodo colonial. Algunos municipios se califican hoy como indígenas por la identidad que asume su población, pero en realidad todos los municipios son, esencialmente, indígenas. Son

parte de la realidad prehispánica que subsiste hasta nuestros días y ha mantenido su vigencia a lo largo de un sorprendente camino de continuidades en el que fue crucial la construcción de un sistema de dominio indirecto: lo mismo Toluca, Tulancingo, Iguala, que Iztepec en la sierra de Puebla o Zinacantan en la de Chiapas.

Algo de eso reconoce, tal vez inconscientemente, la Constitución de 1917 al dar a los municipios un lugar en el lenguaje constitucional. Sería mucho decir que se mantienen vivos algunos elementos del sistema de dominio indirecto, pero la noción del municipio libre y la autonomía municipal implican un elemento de soberanía residual. Sólo por mencionar dos ejemplos, la funcionalidad de los municipios en el espacio tributario y en la administración y justicia local se mantiene vigente. Para comprender todo a profundidad se necesita ahondar en las historias locales, pero no con afán anticuario ni de exaltación localista sino para contribuir con una nueva mirada de la historia nacional y obtener perspectivas más justas y completas. También es necesario poner atención a las continuidades y no sólo a las rupturas. La noción de continuidad contradice los paradigmas dominantes de la Conquista e incluso de la Independencia, pero permite encontrar la razón última de muchas de las realidades del México actual.

EL LEGADO DE LA JUSTICIA COLONIAL

Lauren Benton y Lisa Ford

Muchos historiadores consideran que el Imperio español fue el primer imperio global. Sin embargo, sólo su extensión geográfica fue históricamente novedosa: los imperios europeos se constituyeron en un contexto geopolítico dominado por imperios. Los imperios azteca e inca florecieron en las Américas; los imperios mongol y ruso se extendieron hasta el Asia Central; el Imperio otomano asentó su dominio en el Medio Oriente; los imperios de China y Japón erigieron vastas esferas de influencia en Asia. Estos y otros imperios crearon sofisticados sistemas para la recolección de impuestos y tributos: no sólo constituyeron extensas unidades político-territoriales, sino que armaron complejos sistemas estatales que articulaban sofisticados órdenes jurídicos y esquemas de dominación.¹ ¿Cuál es la relación entre el marco jurídico de estos imperios y el constitucionalismo moderno? ¿Qué podemos aprender, cuando vinculamos la historia de los imperios con la historia del derecho y de las constituciones? Argumentaremos aquí que los imperios han moldeado, de forma muy importante, al constitucionalismo moderno.

Los imperios tenían constituciones, generalmente no escritas, que normaban las reglas y las prácticas de gobierno. Planteamos que la influencia de este cuerpo legal pervive durante largo tiempo y de manera desigual en la política nacional y global. Esto quizás nos sorprenda, dado que hemos atribuido el orden político moderno a las grandes rupturas revolucionarias de finales del siglo XVIII. No obstante, las constituciones imperiales precedieron a las nacionales, y es lógico pensar que las teorías políticas y los modos de organizar el poder de una época necesariamente influyen en los de la que le sigue. La influencia de los imperios se esconde a menudo bajo la forma del Estado-nación, pese a que los regímenes modernos no quieren que sus ambiciones y acciones sean tachadas de “imperialistas”. Analizaremos aquí algunos elementos constitutivos de las constituciones imperiales, a través de las políticas del

constitucionalismo del Imperio británico a inicios del siglo XIX, prestando particular atención a la tensión que se creaba al articularse dos procesos: por un lado, los esfuerzos reformistas para crear, dentro del imperio, un sistema coherente de leyes y, por el otro, las recurrentes olas de escándalo que provocaban, a lo largo y ancho del imperio, la supuesta tiranía de los funcionarios coloniales.² Esta yuxtaposición revela los momentos de pánico oficial que, dentro de la historia de la Constitución imperial británica, marcaron el límite de la reforma constitucional. Esta historia también nos ayuda a ilustrar la manera en que las ideologías imperiales guiaron algunos movimientos de independencia americanos que proponían nuevas formas de constitucionalismo republicano. Finalmente, presentaremos algunas reflexiones generales sobre la naturaleza y el legado de la Constitución imperial.

Nuestro relato empieza en la pequeña isla de Tórtola, en lo que hoy son las Islas Vírgenes Británicas. En 1811, un dueño de esclavos de la isla, Arthur Hodge, fue juzgado, condenado y ahorcado por el asesinato de un esclavo llamado Prosper. Hodge fue el primer propietario de esclavos en el Caribe británico en ser ejecutado por cometer un delito en contra de un esclavo. Aparentemente, Prosper había sido severamente golpeado por órdenes de Hodge, prolongándose su agonía durante varios días. Finalmente, su cuerpo sin vida había sido arrastrado y enterrado en una tumba poco profunda cerca de la puerta de su choza. El caso llamó la atención de los abolicionistas en Londres, que escribieron mucho sobre el caso, alabando al gobernador de las islas, Hugh Elliot, por su intervención en el caso contra Hodge. En Inglaterra y en Estados Unidos se publicó un panfleto con la transcripción del juicio, escrito por un comerciante judío sefaradí. El panfleto describía cómo Hodge había maltratado a sus esclavos durante años, y era responsable de haber incapacitado a muchos, y, probablemente, de haber matado a otros, además de Prosper.³

Podría suponerse que estos reportes pretendían llamar la atención internacional sobre el sufrimiento de los esclavos, y sobre sus derechos como sujetos del Imperio británico. Los abolicionistas, no obstante, prestaron relativamente poca atención al sufrimiento de las

víctimas de Hodge. En cambio, subrayaron dos problemas distintos: el peligro del peso excesivo que tenían los miembros de la élite colonial dentro de los procesos judiciales, y los problemas constitucionales que esto suponía para el imperio. Olvidando a veces que muchas de las figuras más prominentes del movimiento abolicionista fueron abogados, la atención de los historiadores se ha centrado en las acciones que llevaron a cabo para poner fin a la trata de esclavos. Sin embargo, sus actividades y argumentos tuvieron como propósito general y prioritario fortalecer el ejercicio de la jurisdicción imperial sobre las colonias. Los abogados reformistas operaban en un contexto imperial, dentro del cual el Parlamento ejercía una autoridad relativamente débil sobre las islas, y en el que las asambleas y tribunales coloniales estaban dominadas por los dueños de esclavos y sus aliados.

Poco antes de que Hodge fuera ejecutado, un plantador de nombre Edward Huggins fue llevado ante un juez en la Isla Nieves, por ordenar que 32 esclavos —hombres y mujeres— fueran azotados públicamente en la plaza del mercado. Siete magistrados observaron lo ocurrido sin interferir en absoluto.⁴ Los magistrados eran leales a los hacendados y respaldaban el ejercicio de su jurisdicción privada, conducta que causaba indignación en Londres. Refiriéndose a este caso y al de Hodge, el gobernador Hugh Elliot afirmó que en el corazón de estos casos yacía la cuestión central sobre “el alcance de los poderes que un ser humano podía ejercer sobre sus semejantes”.⁵ Esta es una frase reveladora. En vez de defender los derechos humanos de los esclavos, Elliot insistía en que el imperio debía *limitar la autoridad* de los plantadores sobre sus esclavos. El caso Hodge, en este sentido, formó parte de una serie de escándalos coloniales que pusieron de relieve los peligros de las tiranías locales, es decir, del ejercicio de un poder legal arbitrario sobre sujetos vulnerables.

Los abolicionistas operaban dentro de este marco imperial transoceánico, y con frecuencia se comportaron menos como reformistas humanitarios que como agentes metropolitanos contrarrevolucionarios, empeñados en instaurar un nuevo orden imperial. Así, abrazaron entusiastas el reformismo legal en las

colonias. En Westminster, el célebre abolicionista James Stephen, abogado evangelista y miembro del Parlamento, procuró bloquear la extensión de la esclavitud a las nuevas colonias incorporadas al Imperio británico al final de las Guerras Napoleónicas, proponiendo que Trinidad sirviera como caso de prueba. Adquirida durante los 10 años de conflicto en Haití, la isla caribeña de Trinidad se configuró como un experimento de gobierno colonial. En palabras de Stephen, tenía el potencial de convertirse, simultáneamente, en “un ejemplo, un baluarte del imperio, una granja de experimentación y una fortaleza para el resto de nuestras colonias”.⁶ Stephen proyectó “la formación feliz de un nuevo sistema” en la isla. Este “experimento” constitucional —y es interesante que haya utilizado esta palabra— suponía la formación de una asamblea legislativa local y el nombramiento de magistrados independientes, dotados de “poderes extraordinarios”.⁷ Consolidar el poder imperial significaba restringir los privilegios que reclamaban los hacendados para sí, por ser sujetos libres en las colonias.

A Stephen no le incomodaba que sus propuestas no garantizaran el fin de la esclavitud, ni establecieran la igualdad entre los sujetos libres del imperio. Stephen, como miembro del Parlamento, deseaba ampliar la autoridad de este cuerpo sobre las colonias. Como reformador abolicionista, defendió la visión de un imperio justo, cuyo poder tendría que centralizarse para reforzarse. No obstante, a pesar de los esfuerzos de algunos parlamentarios, el vehículo más importante para imponer la jurisdicción de Londres sobre los tribunales coloniales fue la autoridad de la Corona. En Trinidad, este proyecto degeneró en la disfunción y el escándalo. Para establecer la ley británica, la Corona nombró a un gobernador, y lo investió de poderes judiciales, legislativos y ejecutivos supremos. El gobierno británico tenía que decidir cómo organizar un sistema judicial plural, dado que los tribunales y las leyes españolas seguían funcionando en la isla. Se optó por seguir una versión simplificada del derecho español, supuestamente mientras se establecían estructuras permanentes de gobierno. Las tensiones se recrudecieron cuando el primer gobernador de la isla, el coronel Thomas Picton, fue denunciado por la ejecución extrajudicial de 29 sujetos, esclavos y

libres. Picton argumentó que el orden de la isla dependía de que, como gobernador, él pudiera implementar medidas judiciales extraordinarias, como el arresto arbitrario, la tortura y el exilio preventivo. Su intervención judicial más célebre se produjo cuando aprobó que se torturara a una adolescente mulata llamada Luisa Calderón para obtener evidencia en contra de su amante.⁸

En 1806, Picton fue llevado a juicio y condenado ante el Tribunal de lo Fiscal y del Patrimonio Real (*Court of the Exchequer*) en Londres, por la tortura de Luisa Calderón. La cuestión a resolver por los jueces fue si Picton había actuado con apego a la ley española cuando ordenó la tortura de Calderón. Tenían que decidir hasta qué punto el derecho español había sobrevivido a la conquista y colonización de Trinidad, cuál era la postura de la ley española frente a la tortura y, de manera especialmente importante, cuál debía ser la relación entre la autoridad británica y la ley española. El fiscal alegó que Picton estaba sujeto a la ley británica y que en consecuencia no podía torturar a sujetos libres de ningún estatus, independientemente de las leyes vigentes en la isla o de la situación constitucional de Trinidad. Tres años después se apeló el caso, y la defensa de Picton convocó a unos curiosos aliados. Aunque nos parezca extraño hoy, nada menos que James Stephen habló a favor de Picton. Señaló que el poder de la Corona británica en Trinidad abarcaba la regulación de la tortura bajo el derecho español. Según esta lógica, el ordenamiento constitucional de la isla reconocía en la Corona, y sólo en la Corona, poder absoluto sobre la vida, los derechos y las libertades de cada uno de sus súbditos. El veredicto en el caso no satisfizo a nadie. El tribunal suspendió sus sesiones en 1810 y no volvió a reunirse sino hasta después de que Picton muriera, como un héroe, en la batalla de Waterloo. El experimento constitucional en Trinidad dejó un saldo de polémicas en torno a la conducta despótica y escandalosa del gobernador y al persistente poder de la plantocracia. Casos como los de Hodge y Picton, como muchos otros de la misma época, acrecentaron las exigencias de reforma y expusieron no sólo los peligros inherentes a las tiranías locales, sino la dificultad de construir una constitución imperial coherente.

En las colonias recién adquiridas en distintos lugares del mundo, el Imperio británico instrumentó su voluntad reformadora y luchó por producir estructuras y principios jurídicos que pudieran aplicarse en cualquier territorio. Ocasionalmente, estos esfuerzos se disolvían en medio del pánico. Lo que hemos llamado pánicos legales o pánicos constitucionales en el ámbito británico de principios de siglo XIX, operaba de modo similar a la dinámica del “pánico informativo” descrita por Christopher Bayly, el reconocido historiador de la India británica.⁹ Bayly identificó momentos en los que los oficiales británicos, a sabiendas de que disponían de información inadecuada o falsa, optaban por acumular más información incorrecta, y actuaban en consecuencia. Frente a la pérdida de control sobre la reforma legal en colonias distantes, los oficiales británicos respondían con la única herramienta de la que creían disponer, además de la fuerza: el implementar reformas desorganizadas, al margen del sistema judicial.

El caso de la isla Mauricio, en el Océano Índico, es ejemplo de esta práctica. Cuando los británicos conquistaron esta isla en 1810, la colonia francesa aún dependía abrumadoramente de la esclavitud. Poco después de la ocupación, los agentes británicos observaron con preocupación que la isla estaba llena de abogados: los miembros de la élite criolla podían actuar como juristas sin haber estudiado en Francia, y tenían a su disposición una amplia oferta de cargos. Siete jueces dictaban sentencias sobre crímenes locales siguiendo los lineamientos del sistema francés, mientras que los esclavos eran juzgados en un tribunal especial, conformado por otros jueces. Además, en la isla había un tribunal de apelaciones que gozaba de un alto grado de autonomía con respecto a Francia.¹⁰ Para que la isla Mauricio se hiciera británica, había que implementar el derecho británico, pero ¿en qué medida y de qué manera? La imposición de la ley británica en la isla Mauricio se complicó por la acción de los hacendados, quienes no tardaron en desafiar legalmente a la nueva autoridad imperial. Los dueños de plantaciones cuestionaron los fundamentos constitucionales para implementar la ley británica, argumentando que el tratado de capitulación que habían firmado protegía no sólo la propiedad esclava, sino la trata.

Los funcionarios de Londres rechazaban estos argumentos. El conde de Liverpool, ministro para la guerra y las colonias, declaró que una ley aprobada por el Parlamento tenía validez en todo el imperio, y que cualquier persona implicada en la trata de esclavos estaba sujeta a la ley que la había abolido en 1807. Los hacendados perseveraron y, en 1811, el mismo año en que se enjuiciaba a Arthur Hodge, un tribunal de apelaciones de Mauricio, compuesto por abogados criollos francófonos, se negó a procesar a un grupo de traficantes de esclavos, alegando que estos estaban protegidos por la promesa británica de preservar la propiedad de los hacendados franceses. Al no saber qué hacer frente a esta intransigencia, el gobernador británico simplemente suspendió a todos los jueces del tribunal de apelaciones, para después escribir a Londres pidiendo más instrucciones.¹¹ Éste fue el primero de una serie de pánicos legales que sacudieron a la colonia. Las disputas en torno a la esclavitud constituyeron el meollo de esta crisis, y se vincularon a debates constitucionales más amplios sobre la validez de las leyes no británicas dentro del imperio, sobre la estructura de gobierno en las colonias en las que no había legislatura, y sobre el alcance de la autoridad legal de los propietarios de esclavos sobre sus sirvientes.

En Londres, los funcionarios desconcertados no acertaban en la definición de una política para la administración de justicia en todo el imperio, y pasaban de una intervención ineficaz a otra. Curiosamente, recurrieron al modelo de Trinidad, a pesar de que en esa isla imperaba un gran desorden constitucional. Reclutaron a un juez de Trinidad, George Smith, para que ejerciera como fiscal general en Mauricio. En un contexto persistente de confusión, Smith no pudo imponer su autoridad sobre los plantadores criollos. Envió a alguaciles criollos a Londres por no cooperar con la corte del almirantazgo, pero el gobierno de Londres los mandó de vuelta a Mauricio, y amonestó a Smith por no recurrir a la administración de justicia local para mantener el orden. Además, los funcionarios en Londres afirmaron que no tenían jurisdicción, fuera de la colonia, para juzgar a aquellos alguaciles que no estaban dispuestos a colaborar con la administración británica.¹²

El trasfondo de estas disputas era la —aún lucrativa pero clandestina— trata de esclavos. Muchos funcionarios británicos, entre ellos Smith, eran propietarios de esclavos y tenían claros incentivos para que la justicia tratara con mano suave a los traficantes. Cuando los buques que transportaban esclavos eran capturados, se recompensaba a los captores y se aprovechaba el cargamento para engrosar la fuerza de trabajo servil de la colonia. El tribunal premiaba a los residentes coloniales con esclavos liberados, que se concedían bajo contratos de 14 años. Como ocurrió en otras partes del imperio, como Tórtola y Sierra Leona, la abolición de la trata convirtió a los tribunales de almirantazgo en una importante fuente de beneficios.¹³ El gobierno imperial, entre tanto, estableció un nuevo tribunal para la protección de los esclavos, y nombró un magistrado británico para presidirlo. La respuesta de los jueces criollos fue sencilla: se fueron a huelga sin declararla. Los magistrados se negaron a cooperar con la orden de registrar a sus esclavos, e ignoraron las citaciones judiciales. Por su parte, alentados por rumores acerca de la reforma, un número creciente de esclavos introdujo casos en contra de hacendados. Estos últimos, sin embargo, entorpecieron la labor del tribunal para la protección de los esclavos, aprovechándose de que el juez no podía actuar solo, e inevitablemente los casos terminaban en el tribunal de primera instancia. Ahí las causas contra los plantadores languidecían por la desatención de los jueces criollos y el sabotaje de los abogados y propietarios de esclavos.

El enfrentamiento entre los funcionarios británicos y los hacendados se recrudeció cuando dos comisionados llegaron a Mauricio para investigar el funcionamiento del sistema de administración de justicia. Los dueños de plantaciones demostraron abiertamente su oposición. Presentaron un documento en francés dirigido al gobierno en Londres, en el que afirmaban que no había “un solo oficial de justicia, un abogado, un juez, o un individuo en la colonia” que estuviera dispuesto a colaborar con la reconfiguración del sistema esclavista, y agregaron una amenaza nada sutil de rebelión: si el gobierno persistía en sus esfuerzos por reformar, tendría que borrar a Mauricio de la lista de posesiones británicas.¹⁴ ¿Qué podía hacer el gobierno de Londres frente a una revuelta contrarrevolucionaria de abogados? El

pánico propició una búsqueda de funcionarios que pudieran ser leales a la Corona. Volvieron a mirar hacia el Caribe en busca de alguien que pudiera ejercer la autoridad de manera efectiva. En este caso el gobierno de Londres reclutó a John Jeremy, antiguo juez en Santa Lucía, en donde no se había distinguido especialmente, pero hablaba francés, y fue enviado a la isla de Mauricio para convertirse en el nuevo procurador general. Las noticias sobre la designación de Jeremy llegaron a la isla antes que él, y los hacendados se enteraron de que había escrito un tratado abolicionista sobre las Indias Occidentales. Lo que ocurrió después generó una situación que sacudió profundamente a Londres.

Jeremy llegó a la isla Mauricio y pasó varias semanas escondido en su alojamiento, temiendo ser asesinado si salía. Luego lo montaron sobre un barco camino a Londres, expulsándolo de hecho de la colonia. Después de dos semanas en Londres, durante las cuales trató de disculparse y describir el caos de la política legal de la isla, Jeremy fue enviado de vuelta a Mauricio. Estos eventos inspiraron en Londres un momento de reflexión sobre la naturaleza y el carácter de la Constitución imperial. Para los funcionarios de la metrópoli, Mauricio era un nido de inconstitucionalidad. El problema principal no era la deslealtad de los hacendados criollos, sino el fracaso de la autoridad imperial en la isla. En este periodo, la reforma legal del imperio se reduciría a resolver este problema. Londres estableció líneas jurisdiccionales más claras y dio un mayor alcance al Poder Ejecutivo, que podría actuar de forma más directa. Los reformadores intentaron diseñar sistemas coloniales en los que la limitación de las arbitrariedades locales pudiera ser implementada por los agentes de la Corona británica.¹⁵

Ésta era una contrarrevolución vestida de constitucionalismo liberal. La visión liberal aspiraba a la extensión de las protecciones legales a todos los sujetos coloniales, pero la precondition para garantizar este beneficio era asegurar un poder imperial casi ilimitado. En otras palabras, la preocupación principal era el orden. La ley británica no podía proteger los derechos de los sujetos sin limitar el poder de las jurisdicciones subordinadas, y eliminar o controlar el Poder Legislativo local. Esta lógica constitucional no era exclusiva de las colonias

periféricas como Trinidad o Mauricio. Complicados sistemas de reformas legales circularon por el imperio, unas veces impulsados por los reformadores de Londres y otras por funcionarios medios que pasaban de una posición a otra en circuitos poco planificados, y abundan ejemplos como los de George Smith o Hugh Elliot, que del Caribe pasaron a la India. Esto nos lleva a imaginar una nueva versión de la historia de los orígenes de las constituciones nacionales, una versión más atenta a la idea de una soberanía fragmentada que atada al sueño del dominio del territorio nacional. Este efecto queda aún más claro cuando se pone de manifiesto la forma en que la Constitución imperial formó parte del constitucionalismo republicano de las Américas.

Es común suponer que el constitucionalismo entró en el ámbito atlántico gracias a las revoluciones como la estadounidense, la francesa y la haitiana, que desafió de forma radical a la sociedad esclavista. Los historiadores suelen insistir que la base de las constituciones en las Américas fueron las ideas sobre los derechos naturales de las personas. Sin embargo, como hemos visto, estos derechos, en la época, se entendían principalmente como capacidades emanadas de la autoridad, privada o pública, y de un orden jurisdiccional que, como había dicho Hugh Elliot, definía el alcance del poder que un ser humano podía ejercer sobre sus semejantes. Por eso los abolicionistas no figuraban como defensores de los derechos humanos, sino como individuos preocupados por diseñar un orden jurisdiccional con líneas claras de autoridad, que emanaran del gobierno central y se extendieran por todo el imperio. De modo similar, los revolucionarios americanos estaban inmersos en el constitucionalismo de los imperios. Ellos veían a los imperios como conjuntos de Estados en los que el problema constitucional fundamental era la relación entre el poder del soberano y la autonomía jurisdiccional de las comunidades políticas. Algunos de los personajes que vemos como fundadores de naciones deseaban que sus nuevos gobiernos fueran reconocidos como imperios: soñaban con confederaciones precisamente porque éstas emulaban la estructura imperial. Incluso algunos de los pensadores más radicales impulsaron reivindicaciones en nombre de la soberanía, al tiempo

que adoptaban soluciones imperiales fincadas en una concepción de ésta como parcial o compartida, con la intención de resolver problemas locales y regionales. Cuando las fuerzas napoleónicas conquistaron la península ibérica se abrió un espacio de posibilidades, y pareció que la soberanía podía manifestarse en una variedad de configuraciones políticas. Así como convivieron la contrarrevolución y el liberalismo dentro de los movimientos de reforma del Imperio británico, los liberalismos ibérico y latinoamericanos florecieron junto con el monarquismo y los experimentos neo-autoritarios.

Los líderes sudamericanos tuvieron que improvisar las capacidades estatales de las nuevas repúblicas reinterpretando el significado de conceptos como *confederación* y *federalismo*, y negociando, también, con imperios más poderosos. Los procesos políticos que se dieron bajo el liderazgo de José Gervasio Artigas en la Banda Oriental sirven como ejemplo de estas ambivalencias. En el territorio del margen oriental del Río de la Plata —lo que más tarde se convertiría en la República Oriental del Uruguay—, Artigas movilizó a las fuerzas gauchescas y populares en pos de objetivos políticos flexibles. En el proceso adoptó ideas sobre la soberanía imperial que no habrían sido ajenas a los reformadores británicos contrarrevolucionarios. Esta flexibilidad político-ideológica queda manifiesta en las instrucciones que envió a los delegados de la Asamblea Constituyente en Buenos Aires a principios de 1813. Los 20 artículos del documento anunciaban la independencia de las colonias de España y el establecimiento de un gobierno propio para la provincia oriental como entidad soberana. Las instrucciones asumían también la coexistencia pacífica con el gobierno de las Provincias Unidas, establecido en Buenos Aires, y reconocieron la importancia política de confederarse con otras provincias.¹⁶

Las ideas confederales de Artigas surgían directamente del lenguaje imperial, y se asociaban al mismo tiempo al constitucionalismo de Estados Unidos, en particular a la retórica de las constituciones estatales y a los artículos de la confederación. Artigas recurrió también a la teoría política española, desarrollada en el contexto de una monarquía compuesta, según la cual la soberanía residía en los

sujetos políticos, y éstos tenían derecho a ejercerla en ausencia del soberano legítimo. Artigas llevó esta línea de pensamiento a su conclusión lógica al insistir que los pueblos constituían el fundamento del sistema político emergente: “la soberanía particular de los pueblos”, decía, era “precisamente declarada y ostentada, como objeto único de nuestra revolución”. Esta idea era consistente con la noción escolástica de que la autoridad del soberano era delegada por el pueblo, y que esta delegación era, por lo tanto, siempre parcial: parte de la soberanía permanecía siempre en manos de la población. De acuerdo con este principio, pequeñas unidades políticas podían anidarse dentro de formaciones políticas más grandes: municipios, provincias, confederaciones, estados, imperios. Podían incluso alcanzar el reconocimiento internacional por sí mismas. Las facultades asociadas con la política exterior, como hacer la guerra o firmar tratados internacionales, podían ser inherentes a unidades tan pequeñas como los pueblos, sin desafiar la legitimidad de las confederaciones o imperios a los que se hubieran integrado. Estas visiones heterogéneas de la soberanía respondían al carácter abierto del cambio político en la región.¹⁷

Líderes como Artigas llegaron a ser considerados como fundadores de nuevas naciones, a pesar de que trabajaron con ideas que habían evolucionado dentro del constitucionalismo imperial. Fue así que Artigas buscó simultáneamente forjar alianzas con las provincias ribereñas de Entre Ríos y Santa Fe, establecer a la Banda Oriental como entidad soberana, fortalecer las instituciones de gobierno dentro de la provincia, combatir la invasión portuguesa, oponerse a la centralización del poder en Buenos Aires, y cortejar, cautelosamente, relaciones comerciales con mercaderes británicos. La inventiva de este maniobrar político es asombrosa.

Consideremos, como ejemplo de la flexible política de Artigas, su táctica de emitir patentes de corso en nombre de la Banda Oriental, una entidad sin armada propia y que durante gran parte de su historia careció de un puerto de aguas profundas. Artigas buscaba obstaculizar la navegación de bandera portuguesa, y halló una fuerte demanda para estas patentes entre marineros que, navegando bajo la bandera del gobierno de las Provincias Unidas en Buenos Aires,

ansiaban tener una base legal para atacar a los barcos portugueses. En 1817 Artigas suministró una reserva de patentes en blanco al cónsul de Estados Unidos en Buenos Aires, Thomas Lloyd Halsey, sin duda con la esperanza que Halsey las entregara o vendiera a marineros en puertos de Estados Unidos, con miras a intensificar la ofensiva contra el comercio portugués y conquistar un lugar para la Banda Oriental dentro de la comunidad internacional de estados. Patentes firmadas por Artigas como “el Jefe de los Orientales y Protector de los Pueblos de la República Oriental” comenzaron a circular ampliamente en el espacio atlántico. Incluso después de que Artigas saliera del poder y se exiliara en Paraguay, los marineros utilizaron estos documentos con buenos resultados ante tribunales de presas marítimas situados muy lejos del Río de la Plata.¹⁸

Superando su rol como comandante gaucho, Artigas posicionó a la Banda Oriental como entidad soberana por medio de la guerra marítima, mientras la envolvía en múltiples formaciones políticas locales regionales y confederativas. El punto es que nadie sabía qué clase de sistema político surgiría dentro del nuevo orden. El federalismo, la autonomía política dentro de esferas de influencia imperiales, los nuevos esquemas monárquicos, los protectorados formales e incluso las colonias formales, eran algunas de las alternativas que se barajaban entre los sudamericanos y entre los británicos, dentro de su propio imperio, con resultados difíciles de predecir.

Los historiadores suelen restar importancia al hecho de que tras la creación de la República Oriental del Uruguay una facción de la población se unió a un grupo de comerciantes británicos para pedir a Londres que asumiera el estatus de protector de la república. Un comerciante de Liverpool que había transferido sus intereses de Buenos Aires a Montevideo imaginó la formación de una confederación ribereña en el Río de la Plata bajo protectorado británico. Ésta era una versión ligeramente distorsionada de la fantasía federativa de Artigas. Algunos ministros uruguayos hicieron insinuaciones similares a los franceses, incluso solicitándoles que tomaran posesión del territorio junto con los británicos. Por razones obvias, las peticiones de protección imperial no figuran de manera

prominente en la historia nacional del Uruguay. Sin embargo, no debemos considerar estos planteamientos como evidencia de una conspiración para ceder la soberanía del nuevo país a poderes extranjeros. La idea de erigir un protectorado imperial que garantizara cierta autonomía a los nuevos estados era consistente con las formas de entender la organización del poder en un mundo de imperios. En otras palabras, como ocurría con los abolicionistas británicos, era posible ser un reformista radical y abogar, al mismo tiempo, por una supervisión imperial más firme.¹⁹

Ahora podemos volver a la pregunta inicial, ¿cuál ha sido el legado de la tradición constitucional imperial? La evidencia apunta en distintas direcciones. Primero destaca la continuidad entre los debates sobre el constitucionalismo imperial y las controversias posteriores en torno al federalismo. Las naciones, al igual que los imperios que suplantaron, operaron dentro de una multiplicidad de esquemas normativos y de jurisdicciones, y reconocían que cualquier arreglo de poder entre el gobierno central y las distintas partes que constituían a la entidad política sería probablemente temporal, y estaría sujeto tanto a negociaciones como a desafíos legales.

Segundo, podemos concluir que la constitución imperial llevó a los reformistas a privilegiar el orden sobre los derechos. Incluso los reformadores radicales, que deseaban se protegiera a los sujetos más vulnerables, decidieron que la estrategia más efectiva para lograrlo era imponer la autoridad del poder central. Pedían, por lo tanto, se restringiera el poder arbitrario de las jurisdicciones subordinadas, y buscaron fortalecer el alcance de la burocracia legal. Sus posturas, a menudo, parecen estar llenas de contradicciones, como cuando James Stephen alegó que el poder imperial británico podía autorizar la tortura de una joven, o cuando José Gervasio Artigas puso la retórica imperial al servicio de lo que resultó ser un movimiento nacionalista. El estar atentos a la presencia de estas contradicciones en el desarrollo de las constituciones liberales nos permite cuestionar la idea de los movimientos revolucionarios como punto de origen exclusivo de la soberanía nacional y reconocer las continuidades de los imperios y las naciones.

Un punto tercero a considerar es que más allá de las contradicciones internas de los reformistas radicales que recurrieron a tácticas contrarrevolucionarias, esta historia también revela los límites de la reforma constitucional. Los intentos por responder acertadamente a los desafíos políticos de colonias que formaban parte de un imperio vasto y diverso generaron momentos de pánico, durante los cuales los funcionarios se quedaban sin respuestas constitucionales y reaccionaban, o bien con la fuerza, o con otras reformas, aún más inefectivas. Como el loco que repite las mismas acciones autodestructivas una y otra vez, los oficiales imperiales ajustaban desordenadamente las estructuras de gobierno colonial, mientras que concedían enormes cuotas de poder a las élites locales. Las constituciones se forjaron en el seno de este proceso interactivo, de crisis y búsqueda de orden. Finalmente, la historia nos recuerda que el derecho internacional surgió en un contexto en el que los sistemas de estados se estructuraban en torno a la influencia imperial.²⁰ Tanto el Imperio español como el británico proyectaron su influencia sobre comunidades políticas fragmentadas y cambiantes. Éstas reconocieron el dominio imperial, al tiempo que maniobraban para expandir su propia legitimidad y autonomía.

Los poderes hegemónicos en el mundo actual construyen sus esferas de dominio de una manera que en el fondo no es muy diferente. No es siempre ilógico, ni resulta siempre moralmente censurable que los países más débiles busquen el apoyo y la protección de estos nuevos imperios aunque conviene recordar que tales estrategias a menudo rinden resultados impredecibles e imperfectos. En conclusión, podemos decir que la Constitución imperial no puso fin al conflicto político-social en las colonias, sino que sirvió para esbozar algunas formas de evitar estos conflictos. En el mejor de los casos, resultó ser un esquema en continua transformación, que permitía enfrentar a distintos poderes y soberanías fragmentadas, además de constituir un instrumento normativo profundamente defectuoso que privilegiaba el orden sobre los derechos. Los imperios, como fantasmas, siguen acechando nuestras políticas nacionales y las normas y prácticas del derecho internacional, influyendo desde la definición y la forma en que se la

defienden los derechos hasta las doctrinas de intervención humanitaria. Si la historia nos enseña algo, entonces, es que el cambio legal es una forma de hacer política, y que nunca podemos escapar de la política cuando hablamos de constituciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Benton, Lauren, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- _____, Adam Clulow y Bain Atwood (eds.), *Protection and Empire: A Global History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- Benton, Lauren y Lisa Ford, *Rage for Order: The British Empire and the Origins of International Law, 1800-1850*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.
- Benton, Lauren y Richard Ross (eds.), *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, New York University Press, Nueva York, 2013.
- Burbank, Jane y Frederick Cooper, *Empires in World History: Power and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2011.
- Chiaramonte, José Carlos, *Ciudades, provincias, estados: Orígenes de la Nación Argentina*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1997.
- Epstein, James, *Scandal of Colonial Rule: Power and Subversion in the British Atlantic during the Age of Revolution*, University of Cambridge, Cambridge, 2012.
- Ford, Lisa, *Settler Sovereignty: Jurisdiction and Indigenous People in America and Australia, 1788-1836*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- Pitts, Jennifer, *Boundaries of the International: Law and Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 2018.

1

Jane Burbank y Frederick Cooper, *Empires in World History: Power and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 2011.

2

Para un análisis más profundo, véase Lauren Benton y Lisa Ford, *Rage for Order: The British Empire and the Origins of International Law, 1800-1850*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.

3

A. M. Belisario, *A Report of the Trial of Arthur Hodge, Esquire (Late One of the Members of His Majesty's Council for the Virgin-Islands), at the Island of Tortola, on the 25th April, 1811, and Adjourned to the 29th of the Same Month; for the Murder of his Negro Man Slave Named Prosper*, Tertius Dunning, Middletown, 1812; Lauren Benton, "This Melancholy Labyrinth: The Trial of Arthur Hodge and the Boundaries of Imperial Law", *Alabama Law Review*, núm. 64, University of Alabama – School of Law, 2012, pp. 91-122.

4

“No. 4, in Letter from Governor Elliot to the Earl of Liverpool, 25 November, 1810”, House of Commons, “Papers Relating to the West Indies: viz. Correspondence Relation to Punishments Inflicted on Certain Negro Slaves, in the Island of Nevis; and to Prosecutions in Consequence”, mayo de 1811, House of Commons, *Parliamentary Papers (HCPP)*, núm. 204, XI 353.

5

En el original: “[...] the extent of the rights which one human being can exercise over his fellow creatures”, en *Letter from Governor Elliot to the Earl of Liverpool, 18 May 1811*, The National Library of Scotland [Biblioteca Nacional de Escocia], MS 13055, 122-122v.

6

En el original: “[...] An example, a protection; a farm of experiment, and a fortress; to the rest of our sugar colonies”, en James Stephen, *The Crisis of the Sugar Colonies*, [impreso por] J. Hatchard, Londres, 1802, p. 202.

7

Idem.

8

Para un análisis más profundo de este caso, véase Lauren Benton y Lisa Ford, “Island Despotism: Trinidad, the British Imperial Constitution and Global Legal Order”, *Journal of Imperial and Commonwealth History*, núm. 46, Routledge, Londres, octubre de 2017; James Epstein, *Scandal of Colonial Rule: Power and Subversion in the British Atlantic during the Age of Revolution*, University of Cambridge, Cambridge, 2012.

9

C. A. Bayly, *Empire and Information: Intelligence Gathering and Social Communication in India, 1780-1870*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

10

Reportaje sobre el sistema legal de la isla de Mauricio, The National Archives of Britain, Colonial Office (TNA CO) 415/16.

11

Carta de Farquhar a Bathurst, 22 de enero de 1814, HC PP 1826 (295) xxvii, 38-39.

12

Carta de Bathurst a Farquhar, 30 de julio de 1814, TNA CO 163/3, 24; y *5 de marzo de 1816*, TNA CO 168/3, 84.

13

Lauren Benton, “Abolition and Imperial Law, 1790-1820”, *Journal of Imperial and Commonwealth History*, núm. 39-3, Routledge, Londres, 2011, p. 365.

14

En el original: “not an Officer of Justice, a lawyer, a judge, or a single individual to be found in the Colony”, *Carta de Goderich a Colville, 4 de abril de 1823*, TNA CO 168/17, 181v-182.

15

Carta de Colville a Goderich, 18 de marzo de 1832, TNA CO 167/159; Peter Burroughs, "The Mauritius Rebellion of 1832 and the Abolition of British Colonial Slavery," *Journal of Imperial and Commonwealth History* 4 (1976) 3: pp. 243-265; *Carta de Goderich a Colville, 4 de abril de 1832*, TNA CO 168/17, 171.

16

Héctor Miranda, *Las instrucciones del año XIII*, A. Barreiro y Ramos, Montevideo, 1910, pp. 411-417.

17

André A. Alves y José M. Moreira, *The Salamanca School*, Bloomsbury, Londres, 2009; Juan Antonio Rebelle, *Lo hispánico en la acción y en el pensamiento político de Artigas*, Montevideo, 1953, pp. 16-17; José Carlos Chiaramonte, *Ciudades, provincias, estados: Orígenes de la nación Argentina*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1997, pp. 145-147; Lauren Benton, "Una soberanía extraña: La Provincia Oriental en el mundo atlántico", *20/10. El Mundo Atlántico y la Modernidad Iberoamericana, 1750-1850*, vol. 1, 2012, pp. 89-107.

18

Lauren Benton, *op. cit.* y Agustín Beraza, *Los corsarios de Artigas*, Imprenta Nacional, Montevideo, 1949, p. 32.

19

John F. Cady, *Foreign Intervention in the Río de la Plata, 1838-1850; A Study of French, British, and American Policy in Relation to the Dictator Juan Manuel Rosas*, AMS Press, Nueva York, 1969 [1929], p. 95; *Carta de Mandeville a Granville, 15 de septiembre de 1839*, TNA FO 6/70, F64; *Carta de Mandeville a Palmerston, 21 de septiembre de 1839*, TNA FO 6/70, F94-95.

20

Sobre este punto véase también Jennifer Pitts, *Boundaries of the International: Law and Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 2018.

LA REPÚBLICA CATÓLICA Y EL DIFÍCIL CAMINO A LA SECULARIZACIÓN DEL DERECHO MEXICANO

Pablo Mijangos y González

De entre los muchos factores que dan forma al derecho, al orden coactivo que estructura la vida de una comunidad, la religión es indudablemente uno de los más profundos y duraderos. Como advirtieron Rudolf Otto, Mircea Eliade y Clifford Geertz, entre otros teóricos de este fenómeno, la religión es un sistema de creencias que expresa, regula y preserva la relación entre los seres humanos y lo sagrado, entendiendo por lo sagrado el poder “misterioso” que le da consistencia y significado a la realidad. En la medida en que hace inteligible el cosmos y ofrece un sentido trascendente a la vida individual, la religión prevaleciente en una comunidad influye necesariamente en la definición de aquello que el derecho debe prohibir o proteger, así como en la legitimación de los poderes que se encargan de dictar las normas obligatorias y ejecutarlas mediante el uso de la fuerza. No es casual que muchos de los rituales, símbolos, conceptos y hábitos de pensamiento que hoy asociamos con la justicia secular provengan en realidad del mundo religioso, y que éste, a su vez, pretenda mantenerse como el parámetro más firme para evaluar la moralidad de las leyes vigentes. Aún en los estados constitucionalmente laicos o incluso hostiles a la religión, ésta sigue operante en la medida en que muchos aplicadores del derecho interpretan la realidad e interactúan con ella en el marco de una cosmovisión esencialmente religiosa.

Así como resulta indudable que la religión tiene un vínculo estrecho con el orden jurídico, así también es evidente que durante los últimos siglos, particularmente en el Occidente cristiano, la religión ha ido perdiendo terreno en la vida social, si bien nunca de manera total o irreversible. Este retroceso de lo religioso en el espacio público, comúnmente definido como el proceso de secularización, ha sido uno de los grandes dolores de cabeza de las ciencias sociales, pues hasta la fecha no existe una teoría de alcance general capaz de explicar plenamente sus causas, ritmos y dinámica, y menos aún de explicar simultáneamente la sorprendente capacidad de las religiones para adaptarse a él. Hasta bien entrado el siglo xx, muchos sociólogos e historiadores asumieron que la secularización era un fenómeno inevitable, cuyo origen se encontraba en el efecto conjunto de los avances científicos, el capitalismo industrial y el ascenso del Estado moderno, y que supuestamente se aceleraba conforme las sociedades se volvían más complejas e ilustradas. De manera similar a la doctrina marxista sobre la lucha de clases, la secularización era vista como un ingrediente necesario de la modernidad, un proceso universal que le daba un sentido claro al acontecer histórico, con independencia de los signos en contrario que pudiera ofrecer la evidencia empírica. Irónicamente, esta verdadera fe en la secularización inevitable evidenciaba más la permanencia de teleologías de origen religioso que el éxito de las ciencias sociales en sus esfuerzos por construir una explicación sólida de la realidad humana.

En el tema que nos ocupa, un lugar común de la historiografía ha consistido en presumir que la gradual secularización del derecho ha sido una consecuencia de la

secularización previa de la sociedad y de la cultura: primero tendría lugar un cambio en las mentalidades, un distanciamiento colectivo frente a las tradiciones religiosas dominantes, y después el derecho se adaptaría a la nueva realidad, a manera de causa y efecto. Para decirlo con una narrativa familiar, primero vendría el antropocentrismo del Renacimiento, seguido por el espíritu racionalista de la Ilustración, y después vendrían las revoluciones liberales y finalmente el Estado laico. El problema con dicho lugar común es que, simple y llanamente, no se ajusta a la realidad histórica: han existido momentos de intensa secularización del derecho y las instituciones que no han sido precedidos por un cambio similar a nivel social y cultural, y momentos de fuerte resurgimiento religioso que han sido posibilitados por un proceso previo de secularización jurídica. El caso mexicano es especialmente ilustrativo en este sentido. A mediados del siglo XIX, el gobierno de Benito Juárez decretó una separación tajante entre los negocios civiles y eclesiásticos, eliminó la protección oficial del catolicismo, secularizó los actos del estado civil de las personas, y prohibió que las iglesias ejercieran actos propios de la potestad pública, todo ello en medio de una guerra civil y de una sociedad que seguía siendo abrumadoramente católica. Lo que es más sorprendente aún, esta Reforma liberal fue sucedida por la expansión más espectacular del catolicismo mexicano desde la evangelización franciscana del siglo XVI, visible en la multiplicación de diócesis y de toda clase de organizaciones e iniciativas religiosas.

Sin ánimo de proponer un modelo general, en esta conferencia pretendo analizar la primera secularización del derecho mexicano a mediados del siglo XIX, sus causas y sus efectos en la historia posterior. De manera particular, lo que me interesa explicar son las razones que llevaron al gobierno juarista a deshacerse de la república católica como el marco natural de convivencia para una sociedad cuyo único lazo en común era la religión, atendiendo a la experiencia efectiva de dicha república hasta el estallido de la guerra civil en 1858. Siguiendo la propuesta del sociólogo belga Karel Dobbelaere, abordaré primero las dimensiones no institucionales del proceso secularizador, es decir, la situación de la cultura religiosa mexicana de mediados del siglo XIX a nivel de los creyentes, y después examinaré el funcionamiento de ciertas instituciones características del Estado confesional, como la censura de impresos, el fuero eclesiástico, el matrimonio exclusivamente religioso y el juramento de las leyes civiles, a fin de determinar qué tan adecuadas eran para procesar los problemas que enfrentaba dicha sociedad. Adelantándome a las conclusiones, mi objetivo es evidenciar que una de las mayores revoluciones jurídicas de la historia mexicana sólo obedeció parcialmente a un cambio social y cultural previo, y que su verdadera motivación provenía de los graves problemas de gobernabilidad que enfrentaba una república tambaleante, que a duras penas había logrado sobrevivir sus primeros años de existencia.

Si algo caracteriza a las religiones es justamente su estabilidad, su anhelo de permanencia en el tiempo. A diferencia del mundo secular, que se distingue por el constante fluir de ideas y personas, el religioso se concentra en aquello que es duradero y significativo, y en esa medida no se presta con facilidad a innovaciones en la doctrina, los rituales y las costumbres. El catolicismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX no fue una excepción en este sentido. Viendo las cosas a nivel de la experiencia cotidiana del creyente, la religiosidad mexicana forjada durante los siglos coloniales no sufrió mayores cambios como consecuencia de la Independencia y la implantación del

gobierno republicano. No existe evidencia dura de una disminución dramática del número de católicos practicantes, ni de un descenso importante de la participación popular en las múltiples ceremonias religiosas que organizaban el calendario anual de los mexicanos. Tal vez el único indicio cuantificable de un abandono de viejos hábitos sea la disminución del diezmo a partir de 1833, pero esto se debió fundamentalmente a la supresión de la coacción civil del cobro de este impuesto eclesiástico, que desde tiempo inmemorial había sido necesaria para garantizar su pago en tiempo y forma. En realidad, la vida de cualquier parroquia mexicana a mediados del siglo XIX no era muy distinta de la que tenía un siglo antes: los feligreses rezaban a santos y vírgenes como sus primeros interlocutores con lo sagrado, oscilaban entre la reverencia servil y el rencor anticlerical frente al cura del pueblo, respondían a los impulsos de la carne cuando el alcohol o la oportunidad lo ameritaban, participaban en las ferias y procesiones del patrono local, y habitaban una geografía cultural en la que Jerusalén, el Tepeyac y el pueblo vecino eran espacios colindantes.

Al mismo tiempo, sin embargo, algunos testimonios de la época indican que un cambio estaba en marcha, o por lo menos que esa catolicidad nacional no era uniforme ni inquebrantable. Por un lado, muchos clérigos y obispos denunciaban un preocupante avance de la “impiedad” en tierras mexicanas, es decir, un respeto cada vez menor a los bienes y derechos de la Iglesia, inducido por las incesantes revoluciones de la época. Más que para constatar un hecho, este discurso servía para justificar los crecientes reclamos de autonomía clerical frente al poder político: en opinión de los obispos que asumieron la conducción de la Iglesia mexicana a partir de 1831, sólo una Iglesia libre de la intervención estatal pero al mismo tiempo protegida por el gobierno lograría preservar la fibra moral de la nación y evitar que ésta pereciera frente a sus enemigos internos y externos. Por otro lado, algunos políticos e intelectuales liberales, como Francisco Zarco, declamaban con optimismo que México estaba viviendo una verdadera resurrección de las creencias cristianas, pues, gracias al ejercicio de la libertad de expresión, éstas habían renacido “más depuradas de las supersticiones con que se ofuscaba la fe de nuestros antepasados”.¹ Cuando hablaban de esta resurrección de las creencias, Zarco y los liberales no se referían ciertamente a la fe popular, que en su opinión se reducía a “fiestas ruidosas”, sino al crecimiento de un laicado ilustrado y crítico de la corrupción clerical, que apostaba por dotar al Estado de los poderes necesarios para emprender una Reforma de la Iglesia, Reforma con mayúscula porque le devolvería a la fe católica “su sencillez y su pureza primitivas”.

En medio de esta disputa entre un clero que pedía la autonomía y laicos militantes que anhelaban una Reforma religiosa impulsada por el Estado, se hallaba una población recién introducida a las prácticas del gobierno republicano, exhausta por la inseguridad y la carestía económica, y acostumbrada a litigar con sus autoridades tanto civiles como eclesiásticas. Ajena por lo general a las sutilezas teológicas y canónicas del debate entre letrados, esta población se quejaba frecuentemente de la falta de ministros de culto y de los abusos del clero a la hora de cobrar la celebración de bautizos, bodas y entierros, y en esa medida estaba dispuesta a prestarle oído a los llamados de reforma que le podían beneficiar directamente, aunque sin liberarse por completo del miedo a la perdición espiritual. Frente a este conflicto religioso latente, los gobiernos debían mantener el orden atendiendo a las dos grandes reglas constitucionales de la república

católica: por un lado, todos los poderes civiles estaban obligados a proteger el catolicismo, la religión exclusiva de la nación, mediante “leyes sabias y justas”; por el otro, estos mismos poderes tenían algunas facultades para entrometerse en los asuntos internos del clero que podían afectar la estabilidad del orden público, como la delimitación de su potestad jurisdiccional, los nombramientos de obispos y párrocos, la enseñanza en los seminarios y la administración de la riqueza eclesiástica. En teoría, los términos precisos de la interacción entre el clero y los gobiernos debían ser definidos por un concordato entre México y la Santa Sede, pero al no existir éste, lo que prevaleció fue una tensa praxis basada en los precedentes de la época colonial.

En síntesis, lo que existía en México al mediar el siglo XIX *no* era una sociedad secularizada o en vías de hacerlo, sino una sociedad que pertenecía a la misma confesión religiosa pero que no necesariamente la entendía y practicaba de la misma manera. De hecho, más que un factor de unidad, la religión nacional era con frecuencia una causa de división, pues no existía un consenso respecto al papel que debían jugar la Iglesia en la república y la república en la Iglesia. Si las reglas constitucionales tenían por objeto favorecer la colaboración entre las dos potestades, en aras de la observancia de la fe y de la prosperidad del Estado, lo que prevalecía en la práctica eran arreglos informales poco decorosos o bien desencuentros graves a plena luz, que minaban cada vez más el respeto de la población hacia sus autoridades seculares y espirituales. Hubo muchos puntos de conflicto en la república católica; sólo voy a desarrollar tres porque me parecen particularmente ilustrativos de la insuficiencia del derecho vigente hasta 1857 para lidiar con las tensiones religiosas de la sociedad mexicana. El primero tiene que ver con la persecución estatal de obras anticlericales, cuyo fracaso evidenciaba hasta dónde podía llegar realmente la protección pública del catolicismo; el segundo con el sistema judicial de la Iglesia, que entorpecía el funcionamiento general de la administración de justicia; y el tercero con el fomento del matrimonio, un sacramento que para los liberales constituía un instrumento de moralización social y para el clero parroquial una fuente indispensable de ingresos.

Generalmente se asume que con la desaparición del Tribunal de la Inquisición durante los años finales del régimen colonial desapareció también la censura eclesiástica de libros e impresos. En realidad, el Santo Oficio fue reemplazado por un complejo sistema de censura que involucraba por igual a las autoridades diocesanas y al gobierno civil. Aunque el régimen republicano protegía la libertad de imprenta, el principio de exclusividad confesional obligaba al gobierno a impedir la circulación de los textos que la Iglesia consideraba peligrosos u ofensivos. La diferencia con el antiguo sistema consistía en que el clero no podía solicitar la intervención de la fuerza pública sin concluir antes un largo procedimiento diseñado para proteger la garantía de audiencia del acusado y el principio de legalidad. Para poder condenar una obra, en efecto, las autoridades diocesanas debían someterla a la consideración de un tribunal eclesiástico especializado denominado “Junta de Censura”, el cual debía escuchar al autor o impresor del texto, o, en su ausencia, a un defensor de oficio. El procedimiento debía respetar todas las formalidades y trámites propios de un juicio ordinario, lo cual implicaba que, en caso de recibir una sentencia adversa, los afectados podían interponer una apelación ante un tribunal eclesiástico superior y, eventualmente, un “recurso de fuerza”, es decir, una apelación extraordinaria ante los tribunales civiles. Sólo cuando la

resolución de la Junta de Censura fuera definitiva, los jueces seculares podían confiscar las obras que habían sido materia del juicio. El sistema de censura también contemplaba la posibilidad de prohibir, mediante una providencia general, la entrada y circulación de obras anticatólicas publicadas en el extranjero, pero para que el Congreso pudiera emitir un decreto en ese sentido, era necesario que dichas obras hubieran sido condenadas previamente por una Junta de Censura mediante el procedimiento antes descrito.

Aunque en teoría este sistema protegía los intereses de las dos potestades, pues respetaba tanto el derecho de los obispos a censurar obras heterodoxas como los principios liberales de la República, en la práctica fue un fracaso total. Como se puede apreciar en los expedientes de censura que llegaron al conocimiento del Ministerio de Justicia y Negocios Eclesiásticos —que era el ministerio encargado de gestionar la relación Iglesia-Estado—, el modo en que funcionaba el mercado editorial hacía completamente irrelevantes las decisiones de las juntas de censura. Cuando una imprenta sacaba a la venta un folleto anticlerical, por ejemplo, su publicación sólo llegaba al conocimiento de las autoridades diocesanas hasta que algún cura o algún comprador piadoso se daban cuenta de su existencia y contenido. En ese momento arrancaba el procedimiento y entonces había que reunir primero a los miembros de la Junta de Censura, que por lo general eran eclesiásticos dedicados a otras labores, y encargarles un primer dictamen de la obra en cuestión. Una vez hecho esto, la junta citaba a los presuntos responsables del texto a fin de permitirles que desahogaran sus pruebas y alegatos. Bien realizado, este primer tramo del procedimiento podía llevarse fácilmente uno o dos años, durante los cuales la imprenta terminaba de vender sus ejemplares de la obra en juicio, aprovechando además que el morbo suscitado por la censura disparaba la demanda del público. Al momento en que la junta dictaba su sentencia, ya no había obras que recoger: todo se había vendido y el daño estaba consumado.

Uno de los contados casos en que el clero logró retirar de circulación una obra heterodoxa fue el de las biblias distribuidas por la Sociedad Bíblica Británica y Extranjera, una compañía editorial de origen protestante que llegó a México en agosto de 1825. De acuerdo con sus estatutos, esta sociedad tenía por objeto difundir las Sagradas Escrituras en el mayor número posible de países, mediante ediciones baratas en lengua vernácula y acordes a la tradición religiosa predominante en cada localidad, pero sin ninguna clase de notas explicativas. Justamente porque carecían de comentarios autorizados, las diócesis mexicanas prohibieron terminantemente la compra de estas biblias en junio de 1828 y movieron todos los resortes a su alcance para sacarlas del mercado. Lo peculiar de este caso fue que las autoridades diocesanas ignoraron dolosamente los procedimientos vigentes de censura, pues nunca citaron a los representantes de la Sociedad Bíblica y además presionaron al gobierno para que no respondiera a las quejas de los afectados e incluso para que confiscara todos los cargamentos de biblias impresas en la Gran Bretaña que llegaran al puerto de Veracruz. A pesar de las reiteradas protestas del Consulado Británico, el boicot clerical logró quebrar los negocios de la Sociedad Bíblica en México en apenas dos años. Esta maniobra, sin embargo, tuvo un alto costo político en la medida en que exhibió al gobierno responsable como una marioneta del clero. Si bien es cierto que cualquier administración necesitaba de la Iglesia para legitimarse, pues México era un país

católico, el gobierno terminó perdiendo credibilidad y prestigio por la renuencia a aplicar sus propias leyes.

Los problemas que provocaba el sistema judicial de la Iglesia eran un poco más complejos. Al igual que en otros estados confesionales de la época, en el México de la primera mitad del siglo XIX la Iglesia católica ejerció plena potestad jurisdiccional a través de su extensa red de juzgados, vicarías y provisoratos. En principio, los tribunales del clero estaban dedicados fundamentalmente a los asuntos vinculados con la disciplina eclesiástica y la salvación de las almas, esto es, a causas relacionadas con el sacramento del matrimonio, los votos religiosos, los beneficios eclesiásticos, los juramentos, la obligación de pagar el diezmo, las disposiciones piadosas en los testamentos, la denegación de la sepultura eclesiástica, y los delitos contra la religión (como el sacrilegio y la simonía). Sin embargo, por virtud del llamado “fuero eclesiástico”, es decir, del privilegio que tenían los clérigos de no ser acusados ni castigados sino ante sus propios jueces, los tribunales de la Iglesia terminaban conociendo de un espectro de causas mucho más amplio, pues bastaba que el demandado fuera un clérigo para que un asunto cayera en manos de la justicia eclesiástica. Como demostró Berenise Bravo en su excelente estudio del Arzobispado de México entre 1840 y 1846, los tribunales del clero podían llegar a tener mucho trabajo, pues durante un periodo de apenas seis años casi 34% de los clérigos del arzobispado estuvo involucrado en algún asunto judicial. Por lo general estos juicios se derivaban de problemas muy terrenales, como golpes, maltratos y cobros excesivos a los feligreses, el mal manejo de fondos píos, y adeudos contraídos a través de préstamos, arrendamientos y servicios.

Aunque la preservación de sus tribunales era una prioridad para el clero y, por lo tanto, una condición necesaria para el mantenimiento de la armonía entre Iglesia y Estado, en la práctica su presencia creaba más problemas de los que resolvía. De entrada, en muchas ocasiones no estaba claro si un litigio pertenecía en realidad a la jurisdicción civil o a la eclesiástica. Cuando esto sucedía, los litigantes aprovechaban la existencia de esta clase de dudas para promover juicios de competencia y retrasar así los procesos en beneficio de sus clientes. Asimismo, la operación paralela de un sistema judicial distinto al ordinario, con sus propios jueces, procedimientos y leyes, entorpecía los esfuerzos gubernamentales para uniformar, racionalizar y agilizar la administración de justicia, esfuerzos que tenían una gran importancia considerando que, en una época de administraciones débiles, los tribunales eran tal vez el principal espacio de interacción cotidiana entre la población y el Estado. Y por si esto fuera poco, los tribunales eclesiásticos no tenían la facultad de imponer penas corporales para delitos graves y solían mostrar una excesiva clemencia con clérigos criminales, lo cual contribuía notablemente al clima de impunidad generalizada, al desprecio social de las leyes y al enojo de la población frente a los poderes públicos. Los clérigos ejercían una influencia poderosa en sus comunidades y, por lo tanto, su mala conducta podía tener repercusiones colectivas mucho más graves que las de un crimen ordinario.

La temprana república mexicana heredó de la monarquía española un importante instrumento para controlar a la jurisdicción eclesiástica: los “recursos de fuerza”. En términos generales, estos recursos facultaban a una persona para solicitar la protección de los tribunales civiles contra la “fuerza” o violencia cometida injustamente por las

autoridades de la Iglesia. Este recurso procedía, primero, cuando un tribunal eclesiástico había conocido de una causa meramente profana y, por lo tanto, ajena a su jurisdicción; segundo, cuando un juez eclesiástico, actuando en la órbita de sus facultades, había ignorado las garantías y formalidades del proceso (como la audiencia de los reos) o negado las apelaciones admisibles en derecho; y, por último, cuando las decisiones gubernativas de las autoridades eclesiásticas contravenían las leyes canónicas. Durante la primera mitad del siglo XIX, tanto los tribunales superiores de los estados como la Suprema Corte de Justicia resolvieron recursos de fuerza contra las principales autoridades eclesiásticas del país. Aunque estos casos no eran frecuentes, cada uno de ellos supuso un reto mayúsculo para los tribunales, dado que una sentencia condenatoria podía implicar un enfrentamiento directo con la Iglesia, del que nadie podía salir bien librado. Hubo muchos casos en que las sentencias fueron demasiado prudentes y sólo sirvieron para legitimar maniobras abusivas de la autoridad eclesiástica acusada. Hubo otros, sin embargo, en que las sentencias sí fueron favorables a los quejosos, pero terminaron siendo desobedecidas en la práctica e incluso anuladas formalmente por legislaturas temerosas de los obispos. Al final, como sucedía con el sistema de censura de impresos, el recurso de fuerza no dejaba contento a nadie.

El tercer ejemplo que quiero abordar: el fomento del matrimonio, es sin duda el más ilustrativo de las discordancias al interior del catolicismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. Lejos de ser una filosofía secularizada, deseosa de romper barreras tradicionales para el disfrute del aquí y el ahora en un marco de libertades, el primer liberalismo mexicano se caracterizó por un discurso moralizante y reformista, muy crítico de la embriaguez, el concubinato y el adulterio. Basta leer los textos de juventud de personajes como Ignacio Vallarta, Francisco Zarco, Ponciano Arriaga, Manuel Payno y Melchor Ocampo, para advertir una preocupación compartida por los vínculos entre el desorden republicano y la inmoralidad que supuestamente reinaba en el ámbito doméstico. Para entender esta preocupación de los liberales es necesario tener en cuenta que, si bien en términos políticos defendían los derechos individuales frente a los corporativos, su visión de la sociedad seguía estando definida por la teología moral católica, pues nunca imaginaron a la primera como una suma de individuos abstractos sino como una suma de familias, cosa que explica, por ejemplo, que los derechos políticos se concedieran sólo a los hombres mayores de edad, en tanto potenciales jefes y representantes de un núcleo familiar. Lo importante de esta imagen es que, al hacer de la familia la base de la sociedad, se daba por hecho que al gobierno le correspondía protegerla y multiplicarla. Y si había un instrumento para ello, éste era el matrimonio, el pacto fundamental de la sociedad doméstica.

Hasta aquí no había la menor discrepancia entre el clero y los liberales: cualquier obispo pensaba exactamente lo mismo. Los problemas surgían, más bien, al momento de evaluar la realidad mexicana conforme a este parámetro. Según los liberales, buena parte de los problemas del país se debían a que el orden familiar estaba en crisis, lo cual era más que visible en el alto número de relaciones en concubinato, mujeres solteras e hijos ilegítimos. El común denominador de estos fenómenos era que la gente ya no se casaba tanto como antes, y, para los liberales, esto tenía dos explicaciones, ambas relacionadas con el clero. En primer lugar, había curas y religiosos que vivían en situaciones escandalosas, cosa que daba un muy mal ejemplo a la población; en

segundo y más importante, los curas cobraban cantidades exorbitantes para celebrar una boda, y esto impedía que la mayor parte de la población, que apenas ganaba lo suficiente para sobrevivir, pudiera regularizar sus relaciones íntimas y formar una familia como Dios manda. Aunque la evidencia disponible no confirma necesariamente esta lectura liberal de la sociedad mexicana de la primera mitad del siglo XIX, es cierto que en muchos pueblos, particularmente en aquellos que carecían de sacerdotes residentes durante la mayor parte del año, había litigios constantes por el cobro excesivo de obvenciones y que este tema era una de las principales fuentes del anticlericalismo popular. Al mismo tiempo, también es cierto que, para el bajo clero, el cobro por servicios religiosos era la única fuente segura de ingresos. Disminuir dramáticamente su monto equivalía a condenar a muchos curas a la indigencia.

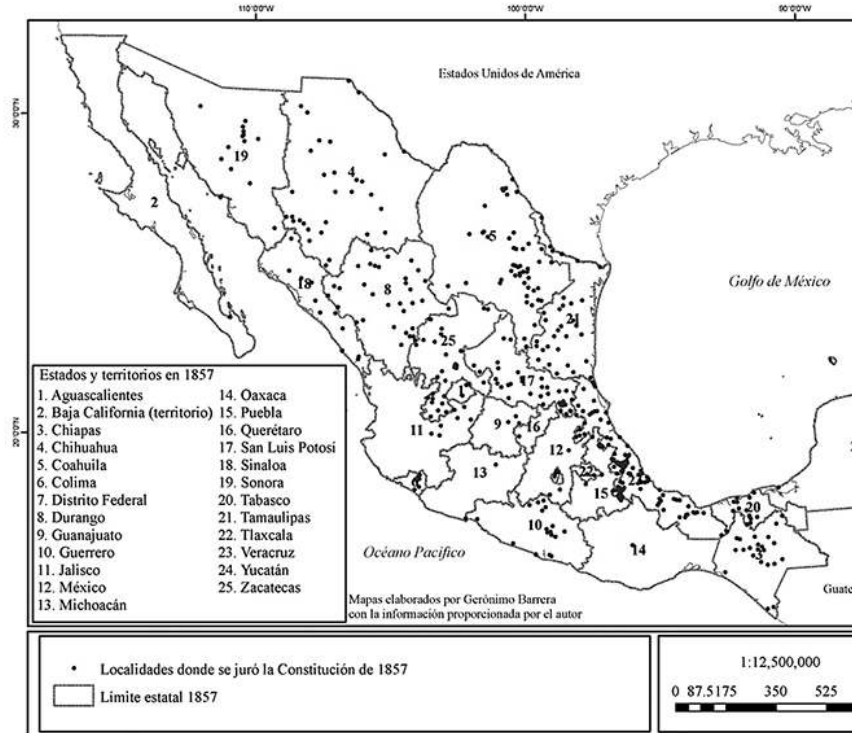
Esta discusión que en la actualidad puede parecerse un tanto extraña se convirtió en el mayor escándalo nacional entre 1851 y 1852, cuando el entonces senador por Michoacán, Melchor Ocampo, propuso la eliminación del pago forzoso de bodas, bautizos y entierros, alegando que los altos aranceles por la celebración de matrimonios era “una de las más fecundas causas de hijos ilegítimos, de mujeres prostituidas y de adulterios”, y que, además, su mera existencia violaba el derecho de los ciudadanos a “adorar a Dios según las intuiciones de su conciencia”.² En respuesta, un anónimo “cura de Michoacán” acusó a Ocampo de querer implantar en México los dos grandes estandartes del “socialismo de Europa”: la libertad de cultos y la libertad de conciencia, principios de un “siglo altanero y soberbio” que sólo habían provocado una “devastación universal” a su paso. La polémica duró nueve meses enteros y terminó como un debate irresuelto acerca de los poderes respectivos del gobierno y de la Iglesia para dictar las reglas de la república católica. Aunque no provocó incidentes violentos, el escándalo reveló nuevamente la necesidad de resolver todas las cuestiones pendientes sobre la relación entre las dos potestades. Tras la mutilación territorial provocada por la guerra entre México y Estados Unidos, la clase política —con independencia de sus filiaciones ideológicas— se había convencido finalmente de que México necesitaba un gobierno fuerte, capaz de asegurar el orden y promover el desarrollo económico. Sin un arreglo eficaz al problema religioso, estas metas serían irrealizables.

Cuando el general Antonio López de Santa Anna asumió una vez más la presidencia de la República en abril de 1853, dando inicio a una breve y más bien caótica dictadura, una de sus mayores prioridades fue promover la celebración de un concordato entre México y la Santa Sede. Las negociaciones respectivas se llevaron a cabo en Roma a lo largo de 1854, pero su resultado no fue aprobado por el papa Pío IX, porque el gobierno santanista no daba señales de viabilidad y porque además uno de los obispos le advirtió confidencialmente que un concordato podría traducirse en una grave pérdida de autonomía para la Iglesia mexicana. Los liberales recuperaron el poder en el otoño de 1855 y, con el antecedente del fracaso del concordato, decidieron emprender por cuenta propia la reforma religiosa que habían estado promoviendo durante años. Comenzando con la supresión del fuero eclesiástico en materia civil, la desamortización de los bienes del clero y la inédita exclusión de los sacerdotes del nuevo Congreso Constituyente, los liberales se dieron a la tarea de crear una “república” menos confesionalizada y con más libertades individuales. Sin embargo, y pese a la eliminación de la referencia tradicional a la identidad católica de la nación, la Constitución de 1857

no abandonó por completo la unión entre la Iglesia y el Estado. Esto se aprecia con claridad en su artículo 123, que le daba a los poderes federales una amplia facultad para intervenir en asuntos de culto religioso y disciplina externa de la Iglesia, y también en el artículo 121, el cual dispuso que todo funcionario público, sin excepción alguna, debía jurar obediencia a la Constitución y las leyes de la República para poder tomar posesión de su cargo.

A primera vista no resulta evidente que el juramento constitucional fuera una reliquia del Estado confesional. Quizás esto se debe a que, en nuestra época, la toma de protesta de un funcionario es un ritual desprovisto de cualquier significado religioso. En la primera mitad del siglo XIX, sin embargo, el juramento era un acto solemnísimo que se realizaba poniendo por testigo a Dios y formando la señal de la cruz, de preferencia ante los Santos Evangelios. Es decir, no sólo era un ritual cívico, sino también una ceremonia religiosa en la que el “juramentado” exponía su conciencia a los peligros de jurar el nombre de Dios en vano y además lo hacía frente al resto de la comunidad. Al igual que otras ceremonias similares, como la recepción solemne de las autoridades en las catedrales y el canto del *Te Deum* para dar gracias por el inicio de una administración, el juramento buscaba darle una legitimidad religiosa a lo que de otro modo sería meramente secular. No hay que olvidar, en este sentido, que las líneas iniciales de la Constitución de 1857 recordaban que ésta había sido decretada “en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano”. Aunque hay quienes sugieren que esta mención a Dios provenía de una mentalidad deísta y no precisamente católica, lo cierto es que para sus destinatarios ese Dios tenía una identidad muy clara y era el de la Iglesia católica apostólica romana. Por eso el gobierno solicitó a los obispos que celebraran la entrada en vigor de la nueva carta y prestaran todas las facilidades posibles para la correcta realización del juramento en todo el país.

Pese al optimismo del gobierno y de los constituyentes, el Episcopado mexicano prohibió a sus feligreses que jurasen obediencia a la Constitución de 1857, bajo pena de excomunión. En esencia, los motivos de esta prohibición se reducían a dos: en primer lugar, al haber omitido la cláusula de exclusividad confesional, la Constitución aceptaba implícitamente la tolerancia de cultos y eso era inaceptable para una nación que, a juicio de los obispos, seguía siendo exclusivamente católica; en segundo y más importante, la Constitución permitía que el Estado interviniera ampliamente en la administración y gobierno de la Iglesia católica, cosa que violaba su autonomía institucional y la jurisdicción del papa y los obispos. Más allá del debate político y canónico que desató esta medida tan radical, es importante advertir que nunca en la historia de la joven república mexicana se había presentado una crisis política semejante, pues la obligación constitucional de prestar el juramento y la prohibición episcopal de realizarlo pusieron a todos los empleados públicos, desde los guardias y conserjes hasta los secretarios de Estado, en la difícil alternativa de escoger entre sus empleos y la salvación de sus almas. Por esta razón, el proceso de jura de la Constitución de 1857, que irónicamente fue la última gran ceremonia religiosa organizada por el Estado mexicano, funcionó hasta cierto punto como un referéndum nacional sobre la legitimidad del nuevo orden creado por los liberales.



Mapa 2. Localidades donde se presentó algún tipo de disturbio



El gobierno del presidente Ignacio Comonfort nunca publicó una estadística oficial sobre la realización del juramento en la primavera de 1857, pero la información que llegó a manos de los ministerios de Gobernación y Guerra, así como la correspondencia privada del entonces gobernador del Estado de México, Mariano Riva Palacio, revela un país escindido por este ritual. Como se puede apreciar en los mapas 1 y 2, la celebración del juramento fue muy exitosa en el norte y el sureste del país (salvo Yucatán), así como en las costas del Pacífico y el Golfo de México. De las 442 localidades donde existe constancia de que el juramento fue llevado a cabo, sólo 5.8% corresponden a las entidades del Altiplano Central, es decir, Aguascalientes, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, el Estado de México, Puebla, Querétaro, Tlaxcala y el Distrito Federal. Al mismo tiempo, estas mismas entidades concentran la mayor parte de los 72 incidentes de protesta colectiva que impidieron o retrasaron esta ceremonia, incidentes que fueron desde levantamientos armados, motines y conspiraciones, hasta la resistencia pasiva de poblaciones enteras que optaron por encerrarse en sus casas o huir al campo antes que colaborar con las autoridades civiles. Aunque todavía nos falta mucho por saber sobre las historias locales que explican estos disturbios, este patrón geográfico nos indica claramente que el juramento fue exitoso en las regiones donde la presencia institucional de la Iglesia era más débil, es decir, donde había menos curas por habitante y, por lo tanto, la religiosidad local era menos ortodoxa y clericalizada, y que, por el contrario, fracasó en aquellas regiones donde el clero era muy numeroso y gozaba del arraigo y prestigio necesarios para movilizar exitosamente a la población.

Lo importante del juramento, para efectos de nuestro análisis, es que exhibió a una república católica profundamente dividida, en la que ni la religión ni la Constitución servían como factores de unidad. La amenazante presencia de estas divisiones, así como la tensa relación entre la administración y el primer Congreso electo bajo la nueva ley fundamental, llevaron al presidente Comonfort a desconocer la Constitución en diciembre de 1857, con el apoyo del ejército. Un mes más tarde, sin embargo, Comonfort rompió su alianza con los generales conservadores, renunció a la presidencia y la dejó en manos del entonces ministro presidente de la Suprema Corte, Benito Juárez, quien tuvo que salir huyendo de la Ciudad de México. La existencia de dos gobiernos reclamando el poder nacional simultáneamente, el de Juárez y el de los conservadores, llevó al estallido de la guerra civil en enero de 1858. Fue en este contexto, con un país desangrado por conflictos políticos y religiosos, que entre julio de 1859 y diciembre de 1860 Juárez promulgó en Veracruz las “Leyes de Reforma”, una serie de decretos que revolucionaron dramáticamente la relación Iglesia-Estado en México. A grandes rasgos, estos decretos tenían dos grandes objetivos. Por un lado, las Leyes de Reforma buscaban castigar al clero por su papel protagónico en el estallido de la guerra civil. Éste era al menos el objetivo de la nacionalización de los bienes eclesiásticos, cuya venta también serviría, en principio, para recapitalizar la Hacienda pública. Por el otro, sin embargo, estas leyes iban más allá de una mera retribución punitiva, pues buscaban sentar las bases de una nueva convivencia en materia religiosa, que hiciera posible la gobernabilidad del país en el marco de la Constitución.

El principio rector de esta nueva convivencia sería “la más perfecta independencia entre los negocios del Estado y los puramente eclesiásticos”, una tajante separación entre las dos potestades que llevaba necesariamente a la libertad de cultos, la supresión

del juramento y de la coacción civil de los deberes religiosos, y la rectoría secular del estado civil de las personas, desde el nacimiento hasta la muerte pasando por el matrimonio. De igual manera, esta separación eliminaba cualquier forma de intervención gubernamental en la vida interna de la Iglesia católica, particularmente en temas como los nombramientos de obispos y párrocos, la creación y delimitación de diócesis, y la revisión judicial de las decisiones del clero mediante los recursos de fuerza. A partir de 1859, la Iglesia y el Estado en México se moverían por caminos separados, siempre bajo el entendido de que a la Iglesia le estaba terminantemente prohibido ejercer cualquier acto propio de la potestad pública y al gobierno entrometerse en los asuntos que correspondían a la conciencia de cada individuo. Como explicó el ministro de Justicia del gobierno juarista, Juan Antonio de la Fuente, estas leyes buscaban cerrar para siempre “la entrada de aquellos torpes y extraños conflictos, de aquellos trastornos y escándalos perdurables y de aquellos abusos irritantes que tan abundantemente surgían de nuestra antigua legislación”. La “amalgama funesta” entre Iglesia y Estado, enfatizó el ministro, sólo podría superarse permitiendo que ambas potestades recobraran “la plenitud de acción que tan viciosa y fatalmente habían compartido”.³

Me parece fundamental subrayar estas palabras del ministro De la Fuente porque nos indican que las Leyes de Reforma respondían primordialmente al fracaso de la república católica y no a una secularización previa de la sociedad mexicana o al proyecto tradicional de los liberales, quienes, en realidad, habían buscado hasta entonces la preservación de los viejos poderes patronales de la Corona española sobre la Iglesia. Como también reconoció el presidente Juárez en su “Manifiesto a la Nación” del 7 de julio de 1859, lo que realmente estaba en juego durante la guerra civil era la consolidación del orden constitucional, objetivo que no podría lograrse sin adoptar nuevas reglas para procesar las profundas tensiones religiosas de la nación. Es importante enfatizar esto porque nos explica la paradoja de una primera gran secularización del derecho mexicano llevada a cabo con motivo de una guerra religiosa y para una sociedad que seguiría siendo por mucho tiempo mayoritariamente católica. Sabemos bien que estas leyes no lograron hacerse efectivas en todo el territorio nacional de manera inmediata: tuvo que concluir la guerra civil, con un clero derrotado y un partido conservador borrado del mapa político, para que la separación Iglesia-Estado comenzara a reflejarse en la vida cotidiana. Y sabemos también que los destinatarios, aplicadores e intérpretes de estas leyes no abandonaron de la noche a la mañana el principal marco de referencia de su universo cultural, que era el catolicismo. Esto se aprecia con claridad, por ejemplo, en la preservación de buena parte de los principios del matrimonio canónico en la Ley del Matrimonio Civil, que incluyó la célebre epístola de Melchor Ocampo sobre los deberes recíprocos de los esposos, así como en el apoyo gubernamental a la creación de una Iglesia nacional y reformada, cuya principal misión, según explicó el propio Ocampo, sería mostrar que no existía oposición alguna “entre la Constitución y los dogmas del cristianismo”.⁴

Termino con un par de reflexiones. Primera: aunque las Leyes de Reforma no fueron el fruto de una sociedad previamente secularizada o en vías de secularizarse, sí fueron, indudablemente, el principal detonante de un doble cambio cultural que sufrió la sociedad mexicana a partir de la década de 1870. Gracias a la libertad religiosa,

garantizada por la separación Iglesia-Estado, los mexicanos empezaron a concebir la religión *no* como una obligación cívica o como un brazo espiritual de la República, sino como algo que podían aceptar o rechazar libremente, sin ninguna coacción jurídica de por medio. Para muchos, esto supuso la oportunidad de no creer, o de adoptar un credo religioso distinto al tradicional, como el protestantismo. Para otros, esto también significó una oportunidad para revitalizar su propia tradición religiosa bajo nuevas premisas, sin la intervención del Estado. Así como en el último tercio del siglo xix y los primeros años del xx hubo un crecimiento del protestantismo y comenzó a formarse una cultura nacional menos definida por la religión, así también, como mencionamos al principio, estas décadas fueron las de mayor crecimiento para la Iglesia católica desde la evangelización del siglo xvi. Pese al severo golpe financiero que significó la nacionalización de los bienes del clero, la súbita desaparición de la vieja tutela gubernamental permitió a Roma y a los obispos mexicanos reconstruir el mapa eclesiástico nacional, afianzar su autoridad espiritual y fomentar la participación de los laicos en el trabajo pastoral, educativo, social y político, con notables resultados.

Segunda reflexión: la profunda renovación del catolicismo en una sociedad mexicana que ya no era exclusivamente católica y que a comienzos del siglo xx ya tenía algunos enclaves secularizados, desembocó en la reactivación del conflicto religioso durante la revolución y en el establecimiento de un régimen agresivamente anticlerical en la Constitución de 1917. A diferencia de su predecesor, sin embargo, este régimen no permitió una convivencia funcional entre Iglesia y Estado. Durante sus primeros años de vigencia, el modelo revolucionario se tradujo en una feroz persecución contra los católicos y provocó una nueva guerra civil que cobró casi 200 000 vidas entre 1926 y 1929. Después de los acuerdos entre la Santa Sede y el gobierno de Emilio Portes Gil, estas reglas se aplicaron de manera selectiva, con mayor o menor intensidad según las circunstancias, y contribuyeron así a reforzar una cultura de simulación de la legalidad, que es uno de los ingredientes básicos de la corrupción que hoy nos aqueja. La reforma constitucional de 1992 retomó el camino abierto por Juárez y devolvió un amplio margen de libertades a las confesiones religiosas en México, cosa indispensable en una verdadera democracia. No obstante, basta seguir los debates recurrentes sobre el Estado laico para darse cuenta de que todavía existen muchos nostálgicos de las mordazas autoritarias de 1917 y también muchos otros que siguen creyendo en la república católica y sueñan con trasladar íntegramente el catecismo a la legislación civil. Si algo podemos aprender de nuestra historia, es que la secularización de la sociedad no es un proceso inevitable, que las religiones han sabido adaptarse con éxito a un orden jurídico “laico”, y que la mejor forma de asegurar la convivencia pacífica entre creyentes y no creyentes radica en la protección de sus libertades respectivas. En mi opinión, esta lección sigue siendo la mejor herencia de la Reforma liberal.

BIBLIOGRAFÍA

- Bravo Rubio, Berenise, *La gestión episcopal de Manuel Posada y Garduño. República católica y Arzobispado de México, 1840-1846*, Porrúa, México, 2013.
- Casas, Juan Carlos y Pablo Mijangos y González (coords.), *Por una Iglesia libre en un mundo liberal. La obra y los tiempos de Clemente de Jesús Munguía, primer arzobispo de Michoacán (1810-1868)*, Universidad Pontificia de México / El Colegio de Michoacán, México, 2014.

- Connaughton, Brian F., *Entre la voz de Dios y el llamado de la patria*, Fondo de Cultura Económica / Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2010.
- _____, *Ideología y sociedad en Guadalajara (1788-1853). La Iglesia católica y la disputa por definir la nación mexicana*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 2012.
- Dobbelaere, Karel, "Secularization: A Multi-Dimensional Concept", *Current Sociology*, vol. 29, núm. 2, 1981, pp. 3-153.
- García Ugarte, Marta Eugenia, *Poder político y religioso: México, siglo XIX*, 2 t., UNAM / Miguel Ángel Porrúa, México, 2010.
- Lida, Miranda, "Secularización: doctrina, teoría y mito. Un debate desde la historia sobre un viejo tópico de la sociología", *Cuadernos de Historia*, núm. 9, Córdoba, 2007, pp. 43-63.
- Mijangos y González, Pablo, *The Lawyer of the Church: Bishop Clemente de Jesús Munguía and the Clerical Response to the Mexican Liberal Reforma*, University of Nebraska Press, Lincoln, 2015.
- _____, *Entre Dios y la República. La separación Iglesia-Estado en México, siglo XIX*, Tirant Lo Blanch / CIDE, Valencia, 2018.
- Rosas Salas, Sergio, *La Iglesia mexicana en tiempos de la impiedad: Francisco Pablo Vázquez, 1769-1847*, BUAP / Ediciones EyC / El Colegio de Michoacán, Puebla, 2015.

1

Francisco Zarco, "Abusos en materias eclesiásticas. Necesidad de una reforma (I)", en Boris Rosen (comp.), *Francisco Zarco. Periodismo político y social*, Centro de Investigación Científica Ing. Jorge L. Tamayo, A.C., México, 1991, vol. 6, p. 415.

2

Melchor Ocampo, "Representación sobre reforma del arancel de obvenciones parroquiales" [8 de marzo de 1851], *Obras completas de don Melchor Ocampo*, t. II. *La polémica sobre las obvenciones parroquiales en Michoacán*, Comité Editorial del Gobierno de Michoacán, Morelia, 1985, pp. 253-255. Ahí mismo se encuentra la protesta del anónimo "cura de Michoacán": "Impugnación a la representación sobre reforma de obvenciones parroquiales", pp. 262-264.

3

"Circular relativa a la Ley sobre Libertad de Cultos", *Documentos básicos de la Reforma*, t. III, Partido Revolucionario Institucional, México, 1982, pp. 190-191.

4

"Carta de Melchor Ocampo a Rafael Díaz Martínez, de parte de Benito Juárez, octubre de 1859", publicada en *El Monitor Republicano*, 7 de octubre de 1861, tomada de Daniel Kirk, *La formación de una Iglesia nacional mexicana, 1859-1872*, tesis de maestría, apéndice A, UNAM - Facultad de Filosofía y Letras, México, 1999.

“LA OBRA DEL LEGISLADOR Y EL PESO DE LOS HECHOS”. EL DERECHO ANTE EL CAMBIO SOCIAL Y LA SOCIEDAD ANTE EL CAMBIO JURÍDICO, ALGUNOS EJEMPLOS (SIGLOS XIX Y XX)

Elisa Speckman Guerra

El derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante u espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba

LÉON DUGUIT, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, 1912.

En este capítulo reflexiono sobre el impacto del cambio social en el derecho y sobre el efecto del cambio jurídico en la sociedad durante los siglos XIX y XX (cabe señalar que, en esta ocasión, al hablar de derecho me referiré al conjunto de normas jurídicas creadas por el Estado).

Al tratar lo primero, a saber, el impacto de los cambios sociales (los hechos) sobre el derecho (leyes positivas), un autor de la época estudiada, Léon Duguit, partió de dos posibilidades: las leyes positivas se transforman en respuesta a la mutación de los hechos o permanecen en su estado previo. Y consideró tres opciones para el segundo supuesto: primera, las leyes pierden fuerza; segunda, son reinterpretadas y adquieren un sentido o alcance diverso al original, con lo cual cobran vida; y, tercera, en respuesta a las nuevas exigencias surgen instituciones jurídicas nuevas, que acompañan a las viejas normas.

Coincido con Duguit al estimar que el orden jurídico puede ser más o menos sensible al cambio social, pudiendo responder en un corto

tiempo a las transformaciones registradas en los planos político, económico, social o cultural; o pudiendo permanecer indiferente o simplemente mutar a diferente ritmo que lo político, lo económico, lo social o lo cultural. La rigidez del derecho ante el cambio social generaría un desfase entre ese derecho y la sociedad que regula, y resulta interesante reflexionar sobre sus consecuencias.

Me parece importante considerar, en primer término, que la sociedad no siempre cambia al mismo ritmo y que el desfase sería mayor o menor según la magnitud de la transformación. Un cambio radical y repentino, como podría ser una revolución político-social, reclamaría una profunda e inmediata transformación del orden jurídico. No obstante, gran parte de los cambios sociales son resultado de transformaciones paulatinas, que demandarían menor atención por parte del legislador o que deberían sumarse hasta generar un contexto diverso al que dio origen al derecho que conservaba su vigencia; solamente ante este nuevo panorama el legislador debería reaccionar. También habría que considerar que el derecho opera en sociedades plurales y cabe la posibilidad de que sólo algunas regiones o sectores sociales experimenten cambios mientras el resto permanece estático.

Hasta ahora he hablado del desfase resultante de la falta de respuesta del legislador al cambio social. Resulta necesario contemplar también el otro lado de la moneda: el cambio jurídico podría adelantarse a la mutación de la sociedad. Un cambio cultural podría impactar en las ideas de gobernantes y élites, y resultar en un cambio en el derecho. Pero las nuevas leyes podrían no corresponder, por ejemplo, al estado de códigos éticos y conductuales, a las costumbres o pautas de sociabilidad, aspectos que en ocasiones mutan a menor ritmo que las ideas o doctrinas. O incluso, si atendemos de nuevo a la heterogeneidad de las comunidades reguladas por un mismo derecho, se puede pensar que los cambios jurídicos podrían responder exclusivamente a las condiciones políticas, sociales, económicas o ideológicas de una región o propias de un sector social.

Coincido también con Léon Duguit en otro punto: la importancia de considerar el papel que desempeñan las instituciones jurídicas o de la

interpretación de las leyes ante la inoportuna respuesta del legislador al cambio en los hechos. Me parece que, en la práctica, las instituciones o la interpretación del derecho por parte de autoridades y juzgadores pueden acortar las distancias que se presentan entre lo jurídico y lo fáctico.

Así, en las páginas siguientes analizo el impacto del cambio social en el derecho y del cambio jurídico en la sociedad, contemplando no solamente las leyes, sino también su aplicación e interpretación. Lo hago a partir de tres ejemplos, tomados del siglo XIX y de las tres primeras décadas del XX. En los dos ejemplos iniciales presento y analizo desfases que fueron señalados por juristas, litigantes y médicos de la época: algunos relativos a la distancia entre el mandato de igualdad ante la ley y la composición de la sociedad, pues suponían que estaba integrada por grupos sociales tan diferentes entre sí que no podían ser tratados de la misma forma; y otros referidos a la divergencia existente entre lo que ordenaban el código penal y el “código del honor” a los caballeros que se veían obligados a defender su honor. En el último inciso reflexiono sobre el impacto que los cambios en la situación de las mujeres y en la concepción de género pudieron tener sobre el derecho y la justicia (para lo último estudio juicios de mujeres que mataron a sus parejas y me apoyo en alegatos y veredictos). Es preciso apuntar que los ejemplos corresponden a la Ciudad de México y que, por tratarse de un trabajo de síntesis, algunos testimonios o temas los había tratado con anterioridad.

Por último, cabe señalar que los autores de los textos, alegatos y testimonios incluidos en este capítulo, no solamente señalan la existencia de desfases entre derecho y sociedad; en muchos casos los explican y proponen caminos a seguir. Por ello, las fuentes permiten conocer su percepción de la sociedad, el orden jurídico y la capacidad de transformación de las leyes, entre otros aspectos. Así, brindan la posibilidad de responder las preguntas que guían este trabajo: ¿En qué casos dichos personajes responsabilizaron a la legislación por no responder al cambio social y en qué casos por adelantársele? ¿En qué casos propusieron reformar el derecho para adecuarlo a la sociedad y en qué casos creyeron pertinente fomentar

el cambio de la sociedad para que ésta se adecuara al derecho? ¿En qué casos depositaron en el derecho la esperanza de cambio y en qué casos su contención? ¿Qué consecuencias atribuyeron a las distancias? ¿En su concepción, qué papel desempeñaron instituciones jurídicas e interpretación de las leyes por parte de autoridades y juzgadores, en desfases entre el derecho y la estructura de la comunidad, costumbres, códigos conductuales o valores éticos?

“EL JACOBINO DOGMA DE LA IGUALDAD”:
LA IGUALDAD JURÍDICA EN UNA SOCIEDAD
CONCEBIDA COMO HETEROGÉNEA

El título del inciso, como se verá más adelante, fue tomado de un texto escrito por Francisco Bulnes, el cual ilustra el tema del primer ejemplo a tratar: el principio de igualdad ante la ley adoptado por los constituyentes en una sociedad que, según juristas y médicos, estaba integrada por grupos sociales o étnicos diferentes entre sí.

Los diputados constituyentes reunidos tras la obtención de la Independencia consideraron que los habitantes del territorio mexicano debían ser iguales ante la ley, sin tomar en cuenta diferencias étnicas, títulos de nobleza o condición de los padres (esclavitud). Al hacerlo, se separaron del orden jurídico novohispano, caracterizado por la pluralidad.

En la Nueva España coexistían diversos derechos que, en su conjunto, reconocían diferentes prerrogativas y obligaciones para los miembros de los diversos cuerpos que integraban a la comunidad. La concepción que prevalecía en la Nueva España era la misma que en España y otros países de Europa. Los pensadores ilustrados y los primeros liberales europeos reaccionaron contra dicha concepción corporativista, que veía a la sociedad como integrada por cuerpos diferentes en su naturaleza y en su misión. Consideraron que los hombres nacen iguales y dotados de una serie de derechos y que, por ello, deben ser iguales en la legislación. La igualdad jurídica fue adoptada tras las revoluciones liberales, como la francesa de 1789 o las independencias americanas.

Por lo tanto, al adoptar el principio de igualdad ante la ley, los constituyentes mexicanos adoptaron las ideas de la Ilustración y del liberalismo. Respondieron a un cambio cultural. En el periodo aquí tratado, tras la promulgación de la Constitución de 1857 que tuvo un carácter federalista y que consagró el principio de igualdad ante la ley, dicho principio necesariamente debió replicarse en las constituciones expedidas por las entidades federativas, los códigos federales y estatales, y las leyes secundarias.

En este punto cabe preguntarse: ¿los constituyentes y, en general, los legisladores mexicanos se adelantaron a las ideas que sobre la sociedad tenían otros grupos de mexicanos y a la “realidad social”? En otras palabras, ¿abrieron una brecha entre derecho y visiones de la sociedad o entre derecho y sociedad? En las últimas décadas del siglo XIX, varios autores dieron una respuesta afirmativa a estas preguntas.

Intelectuales de la talla de Francisco Bulnes o Emilio Rabasa criticaron a los constituyentes por basarse en concepciones “apriorísticas o metafísicas” o que surgían del plano ideal, en lugar de partir de la realidad imperante. El primero sostuvo: “con el dogma de la igualdad, el jacobinismo cree que todos los hombres desiguales ante la naturaleza y desiguales en su valor social pueden ser iguales ante la ley”.¹ Por su parte, refiriéndose a la Constitución de 1857, consideró Rabasa: “un impulso de generosidad jacobina estableció el sufragio universal sin excluir a los indios, y se llegó por consideraciones filosóficas, con afrenta de la implacable realidad, a la igualdad absoluta de las masas sociales que no tenían nada de común ni en la vida ni en la conciencia”.² Por lo tanto, ambos supusieron que el derecho, al contemplar la igualdad de los individuos, se separaba de una sociedad que estaba integrada por grupos sociales o étnicos divergentes entre sí.

Emilio Rabasa aludió específicamente a los indígenas. No fue el único que supuso que existían diferencias entre los indígenas y otros grupos sociales.

Para algunos, las disparidades eran propias de la raza, se transmitían por herencia. De esta manera lo consideró José Yves Limantour, quien sostuvo que los rasgos étnicos y los caracteres heredados influían en el espíritu y en las acciones de los individuos.³

Varios médicos se refirieron a la raza indígena como degenerada en lo físico y en lo moral. Por ejemplo, el médico poblano Francisco Martínez Baca, sostuvo que los indígenas eran incapaces de participar de los “bienes intelectuales y morales” que traía la civilización debido a su semejanza física y psicológica con el hombre primitivo, concluyendo que su organismo y necesidades heredadas los hacían vivir en un “régimen enteramente predador”.⁴ En un estudio realizado en colaboración con Manuel Vergara, concluyó que los indígenas tenían un cerebro más pequeño que el de otras razas y presentaba problemas en su estructura, lo cual originaba retraso en la inteligencia, alteraciones en la conducta y propensión a la criminalidad.⁵ En el mismo orden de ideas, al referirse a las “clases inferiores”, sostuvo Miguel Macedo:

Subsisten en este grupo los defectos de la raza indígena, carencia de necesidades y exigencias y, por lo tanto, estado de profunda apatía. No aspira sino a la holganza, procurando endulzarla con las delicias de la embriaguez y los placeres brutales a que ella conduce. Poco instruido se aproxima a un estado “rayano en la barbarie”. Es capaz de todos los actos de violencia, pues no estimando en nada ni a su persona ni a sus derechos, es incapaz de respetar la vida y los derechos de los otros.⁶

Años más tarde, en 1900, el procurador de Justicia, Emilio Álvarez, sostuvo que el robo era característico de los indígenas y estaba causado, entre otras cosas, por una “ley de herencia perfectamente determinada”. Postuló que la costumbre de robar les llegaba de generaciones lejanas y arrancaba de los “tiempos primitivos, en que las razas aborígenes del país vivían en perpetua lucha y el robo era considerado un ejercicio de destreza”. Para concluir: “de aquí probablemente que aún hoy, el indígena que permanece estacionado en todos sus errores, en todos sus absurdos, en todas sus creencias, en todos sus sentimientos más o menos primitivos, cree de buena fe que el robo no es un hecho inmoral”.⁷

Sin embargo, para otros autores, las disparidades de los grupos indígenas respecto a otros sectores de la sociedad eran resultado de la explotación y la marginación que por siglos habían sufrido. Por ejemplo, Justo Sierra consideró que era necesario “convertir al

terrígena en un valor social”, logrando un “cambio completo en la mentalidad” por medio de la educación. El objetivo era “identificar su espíritu y el nuestro por medio de la unidad del idioma, de aspiraciones, de amores y de odios, de criterio mental y de criterio moral”.⁸

En suma, juristas y médicos consideraron que existía una distancia entre un derecho que promulgaba la igualdad ante la ley y la presencia de grupos indígenas concebidos como diferentes al resto de los habitantes del territorio nacional. Pero la solución a dicha brecha era diferente dependiendo de la explicación que se daba a la disparidad. Quienes la entendían como resultado de divergencias raciales podían esperar dos cosas: que la legislación se reformara para adaptarse a la “realidad social” o que el mestizaje étnico acortara las distancias (mestizaje que podía ser promovido por los legisladores mediante la colonización). En cambio, quienes suponían que se trataba de un asunto derivado de la marginación económica y cultural, pudieron esperar otras dos cosas: reformar a la legislación para dar cabida a las diferencias, o esperar a que los indígenas superaran el atraso (lo cual también podía ser promovido por los legisladores, mediante leyes económicas o educativas).

Así, ambos contemplaron la posibilidad de conservar el principio de igualdad ante la ley, pero favoreciendo un cambio en la sociedad, el cual, en el futuro, permitiría que la sociedad alcanzara al derecho. Por ejemplo, en 1902 Miguel Macedo calificó como inútil el empeño de la legislación por mitigar la desigualdad de los indígenas, pero sostuvo que el alza del jornal y la educación, “tanto alfabética como industrial”, lo “curarían de sus enfermedades crónicas: la miseria y la ignorancia, que hoy lo tienen condenado a la apatía y a la triste inmovilidad de los ídolos sedentes de sus antepasados”.⁹ En el mismo sentido, hacia 1930, Silvio Zavala aludió a la imposibilidad del legislador para expedir normas adecuadas a la “realidad mexicana” y que reflejaran las diferencias entre grupos “blancos” e indígenas, pero sostuvo que la legislación no debía adaptarse al atraso sino apostar por el mejoramiento social.¹⁰

La segunda opción era reformar el derecho y terminar con el principio de igualdad ante la ley para dar cabida a la heterogeneidad

social y, específicamente, a las diferencias de los grupos indígenas respecto a otros sectores de la sociedad.

Algunos juristas pensaron en un punto de partida radicalmente diferente, suponiendo que, en lugar de basarse en ideas o teorías, los legisladores debían partir de la observación de la realidad. En palabras de Alberto Lombardo, no había “peor raza que la de los dogmáticos”, quienes se veían actuaban constreñidos por concepciones previas sobre los hechos en lugar de “deducir de los hechos una filosofía”.¹¹ En otras palabras, observar la diferencia tendría que derivar en una legislación que la aceptara.

Otros autores pusieron énfasis en la inequidad que generaba la igualdad jurídica en el seno de una sociedad plural y propusieron reformas para mitigarla. Dicho de otra forma, sostuvieron que tratar como iguales a los indígenas en la ley resultaba inequitativo, es decir, plantearon la disyuntiva entre los principios de igualdad y de equidad. Como ejemplo, Emilio Rabasa sostuvo: “el jacobinismo revolucionario no vaciló siquiera en poner a toda la raza dentro del derecho común, realizando la igualdad teórica dentro de una concepción abstracta”; como resultado, “el derecho civil resultaba para el indio dañoso y el penal injusto y hasta perverso”, pues si el indígena era condenado con frecuencia por el delito de robo, no era porque tuviera el instinto para ello, sino porque “no sabe cuidarse del código penal como el blanco”. Concluyó: “el hombre de la clase superior dio como para su clase las leyes, y por ser generoso con el indio desvalido, lo que hizo fue dejarlo, en realidad, fuera de las leyes.” Afirmó que la igualdad resultaba “opresiva para el indio”.¹² La idea perduró. En 1939 Claudio Medina Osalde escribió, “la hermosa igualdad ante la ley, tan fecunda para los hombres cultos, no es más que una irrisión, una injusticia y un formidable lastre para las tribus indígenas”.¹³

En este orden de ideas, creyeron que los legisladores debían tomar medidas para reducir la inequidad. Por ejemplo, atendieron a un problema evidente: el desconocimiento por parte de los indígenas del idioma en el cual estaban escritas las leyes que los regían. En 1910, casi 13% de los mexicanos desconocía el castellano, pero el porcentaje aumentaba a 25% en estados como Campeche, Chiapas,

Hidalgo, Oaxaca y Yucatán. Además, era mayor en las primeras décadas del siglo XIX. De ahí que, en 1828, un muy temprano Código Penal oaxaqueño estableciera: en caso de acciones que antes eran permitidas, y se miraban como indiferentes y hubieren sido después prohibidas por las leyes, el infractor deberá ser oído, si alegare que antes de cometer la acción no tuvo conocimiento de la ley prohibitiva por falta de inteligencia de la lengua castellana. Se trataba de una medida transitoria, que dejaría de funcionar cinco años más tarde, en 1832. Es decir, se partía de uno de los supuestos mencionados: el tiempo permitiría que los indígenas aprendieran el español y superaran las diferencias culturales (lo mismo se observa en disposiciones relativas a la ciudadanía, que la condicionaron a saber leer y escribir, pero concediendo un plazo para ello, por ejemplo, la Leyes Constitucionales promulgadas en 1836).

No obstante, los códigos penales expedidos en las últimas décadas del siglo XIX optaron por el principio de igualdad y la máxima “a un mismo delito una misma pena”, sin dar cabida a diferencias étnicas y en general a las características peculiares de cada delincuente.

El debate siguió vigente. Un siglo después, en 1939, Josafat Hernández Islas, procurador del Estado de México, sostuvo en la Primera Convención de Procuradores de Justicia del Fuero Común que, en los tribunales, los indígenas estaban en estado de indefensión, pues desconocían el español y más aún la ley, siendo generalmente condenados por jueces a quienes les urgía cerrar rápidamente sus causas. Tres años antes se había establecido en Chiapas un tribunal para “menores, incapacitados e indios rudos”, quienes de ser hallados responsables eran sometidos a la acción tutelar del Estado. Otros asistentes a la Primera Convención de Procuradores de Justicia de la República —Carlos Hugo Zayas Lezama, Ramón Cañedo y Venancio González Ramiro— en coincidencia con la postura de Hernández Islas, consideraron que debía adoptarse una legislación especial para las comunidades indígenas, la cual correspondería a sus características. De hecho, entre las recomendaciones formuladas en la reunión, estuvo el seguir el ejemplo de Chiapas y crear tribunales especiales para los indígenas en toda la República.¹⁴

Como dije, los códigos penales y procesales del Distrito Federal, vigentes hasta 1929, no habían dado cabida a diferencias orgánicas o étnicas. Tampoco lo hicieron los redactores del ordenamiento promulgado en 1931, pero su posición resulta interesante. Ampliaron el margen entre la pena mínima y la máxima contemplada para cada delito y los factores que los juzgadores podían considerar al gradar la sanción; al justificar esta determinación, aludieron a las diferencias sociales. En la exposición de motivos, Alfonso Teja Zabre se refirió, entre otras razones, a “la división de clases y de castas por diferencias económicas y raciales”, las cuales a su parecer “ocasionan graves dificultades en la aplicación de las leyes penales, particularmente por la existencia de grupos indígenas no asimilados”. Argumentó que leyes especiales multiplicarían los defectos del casuismo, pero el problema podría resolverse con reglas amplias y genéricas que permitieran a los juzgadores individualizar las sanciones con base en las diferencias.

En suma, tanto en el siglo XIX como en las primeras décadas del XX, intelectuales, juristas y funcionarios señalaron una discrepancia entre un derecho que había optado por la igualdad de los individuos ante la ley a raíz de un cambio cultural, y que se había adelantado a la transformación de la sociedad y difería de la realidad social.

Ahora bien, en las últimas décadas del siglo XIX, juristas, médicos y criminólogos hablaron también de una diferencia entre el principio de igualdad jurídica y la desigualdad imperante en la sociedad, también vinculada a factores orgánicos pero con tres particularidades: primero, no se refirieron a un grupo étnico sino a un grupo específico, los criminales, sosteniendo que éstos presentaban anomalías síquicas y orgánicas que los hacían diferentes al resto de los hombres; segundo, creyeron que la legislación necesariamente debía reformarse para dar cabida a las diferencias, pues de lo contrario no se estaría encarando eficazmente el problema de la criminalidad; y tercero, no atribuyeron el desfase entre derecho y sociedad al adelanto del derecho frente al cambio social, sino, por el contrario, a un retraso del derecho frente a los descubrimientos derivados de la aplicación del método científico al estudio y la resolución de los fenómenos que afectaban a la sociedad.

En esta época cobró importancia en México la escuela positivista de derecho penal. Sus simpatizantes partían de una idea: para conocer a la sociedad era necesario aplicar el método científico, que se empleaba para estudiar los fenómenos naturales. Es decir, creyeron que la observación de la sociedad permitiría localizar las relaciones de causa-efecto de los fenómenos sociales. Aplicado a la criminalidad, supusieron que el estudio de los criminales permitiría localizar las causas que los llevaban a delinquir. Así, las penitenciarías se convirtieron en los laboratorios de los criminólogos y los reclusos en sus objetos de estudio. La observación, según César Lombroso, padre de la antropología criminal, reveló que los criminales presentaban una estructura orgánica diferente a la de los hombres honestos y que esas anomalías físicas los llevaban a delinquir.

Lombroso y sus seguidores postularon que las anomalías se heredaban de forma “alternativa e interrumpida”, pues los padres de un criminal podían no presentar anomalías, pero necesariamente las había presentado algún antepasado.

Por otra parte, Lombroso identificó al “tipo criminal” o los rasgos que identificaban a los delincuentes, aunque las objeciones llevaron a sus seguidores a hablar de “tipos criminales” (características de los autores de cada delito) y a plantearlo como un asunto de frecuencia y de grupos diversos de criminales (hablaron, por ejemplo, de criminales congénitos o natos con total predisposición orgánica, pero de otros, los pasionales u ocasionales, en quienes también influía el medio ambiente o el impulso exterior).

Estas ideas fueron retomadas y desarrolladas por juristas y médicos latinoamericanos y mexicanos. En México el estudio más completo de antropología criminal fue realizado en 1892 en Puebla por el ya mencionado médico Antonio Martínez Baca, en colaboración con otro médico, Manuel Vergara. Consideraron que en cada pueblo los criminales presentaban diferentes rasgos y buscaron las anomalías que en los indígenas determinaban la comisión de actos criminales. Así, enunciaron los rasgos específicos de los criminales mexicanos (orejas en asa, nariz torcida y asimétrica) y los que presentaban los autores de cada delito; por ejemplo, concluyeron que los heridores poseían ojos pequeños (generalmente inyectados, con mirada vítrea, fría y

altanera), pómulos largos, nariz aguileña y corta, barba abundante y labios sutiles.¹⁵ Si bien fue el estudio más importante, no puede dejarse de mencionar el trabajo de Carlos Roumagnac, quien entrevistó a reclusos de la cárcel de Belem inquiriendo sobre sus antepasados y buscando la herencia de patologías físicas o conductas amorales (su obra más famosa es *Los criminales en México*, publicada en 1904).

Por ende, médicos y criminólogos consideraron que los criminales eran orgánicamente diferentes al resto de los hombres. También que eran diferentes entre ellos, pues, por ejemplo, no era lo mismo un criminal nato que uno pasional; y sostuvieron que el derecho penal debía contemplar las diferencias para que al juzgarlos se considerara su constitución orgánica y, consecuentemente, su grado de peligrosidad.

No obstante, en congruencia con lo ordenado por la Constitución, los redactores del primer Código Penal del Distrito Federal (expedido en 1871) y del primer Código Procesal Penal (expedido en 1880), respetaron el principio de igualdad. Respondían a las ideas de la escuela liberal de derecho penal, la cual partía de la igualdad entre los hombres y creía que todos tenían la misma posibilidad de elegir cómo actuar y, por ende, eran igualmente responsables de sus actos. Así, de cometer un mismo delito, debían recibir idéntico castigo.

Como ya lo dije, los simpatizantes de las ideas de César Lombroso y de su escuela de antropología criminal, sostenían que el derecho se había quedado a la zaga de las revelaciones de la ciencia y que los jueces debían partir de un estudio individual y aplicar una justicia diferente dependiendo de la peligrosidad que cada delincuente representara para la sociedad. Es decir, que no debía responder a las premisas de la escuela liberal de derecho penal sino a los resultados de la escuela de antropología criminal.

Por ejemplo, en 1891 Miguel Macedo recomendó la adopción de la condena condicional (que consiste en no hacer efectiva la pena impuesta al delincuente reservando su ejecución para el caso de que cometa un nuevo delito dentro de cierto plazo temporal) pero sólo para algunos tipos de delincuentes, los pasionales y ocasionales.¹⁶ O bien, Jesús Urueta sostuvo que en el caso de los criminales natos

debía aplicarse la “cirugía social”, refiriéndose a la pena capital o destierro.¹⁷

A pesar de la importancia que la escuela de antropología penal tuvo en el ámbito de los juristas y el naciente círculo de criminólogos, sus premisas no impactaron al derecho penal hasta 1929. Antes de dicho año sólo se reflejaron en ciertas prácticas o instituciones, como puede ser la creación de laboratorios de medición antropométrica en las cárceles, instituciones que servían como medio de identificación de indiciados, procesados o sentenciados, pero que también aportaban datos a los criminólogos. Los miembros de la comisión redactora de un nuevo Código Penal, promulgado en 1929, declararon su adscripción a la escuela positivista e incluyeron varios de sus principios. Lo paradójico es que, tras la promulgación del ordenamiento, sus críticos adujeron que la escuela positivista de derecho penal ya había sido superada, es decir, aludieron a un nuevo desencuentro entre el derecho y la doctrina en boga.

DESENCUENTROS ENTRE EL CÓDIGO PENAL Y EL “CÓDIGO DEL HONOR”

Los defensores de individuos que argumentaron haber matado en defensa de su honor, sostuvieron que la sanción que el Código Penal contemplaba para el duelo o para el conyugicidio cometido por razones de adulterio, contrastaba con el código del honor o con el código de conducta y de valores que en la época eran aceptados y que obligaba a los caballeros a defender su honor con la vida y con la muerte. En otras palabras, sostuvieron que los códigos conductuales y éticos imperantes habían empujado a sus defendidos a matar en defensa de su imagen pública, pero que al hacerlo habían contrariado lo establecido por el Código Penal, que contemplaba una sanción para dichas acciones.

Por ende, afirmaron que lo ordenado por la ley y lo marcado por la sociedad divergían, generándose un desfase entre derecho y sociedad. Consideraron que la ley no debía imponerse a las costumbres y a los mandatos sociales; por el contrario, creían que éstos debían prevalecer. Pensaban, entonces, que el Código Penal debía reformarse

para despenalizar al duelo y al conyugicidio cometido por adulterio, terminando así con la distancia entre derecho y sociedad. Aunque, como se verá más adelante, admitieron que la brecha se mitigaba en la práctica, pues las autoridades no solían perseguir a los duelistas y los juzgadores no solían condenar a quienes mataban en defensa de su honor.

El honor era un valor muy importante en el siglo XIX. En los varones se vinculaba con los atributos más reconocidos en la época, como la valentía, la fuerza, la destreza, la integridad o la honestidad. En las mujeres básicamente con la honra (virginidad previa al matrimonio, fidelidad en el matrimonio y castidad en la viudez). Por otra parte, se creía que la deshonra de los hombres no afectaba a las mujeres de la familia, pero que la deshonra de las mujeres sí afectaba a los varones emparentados con ellas. Por ende, los hombres debían defender su honor y el de sus mujeres (mientras que ellas debían confiar la defensa de su honra a sus parientes). Para numerosos miembros de la élite el honor tenía más importancia que la vida. “Vale más morir por la honra que vivir deshonrado”, sostuvo Antonio Tovar, autor del código mexicano del duelo.¹⁸ Por ende, los caballeros no deberían temer por su vida si era necesario defender las afrentas a su honor o, lo que es lo mismo, su imagen pública.

Los redactores del Código Penal dieron cabida al honor. Contemplaron sanciones para quienes atentaban contra el honor de otros individuos, dedicando una sección a los “Delitos contra la reputación”: injuria, difamación, calumnia extrajudicial y calumnia judicial. La difamación, imputar a otro un hecho cierto o falso que pudiera causarle deshonra o descrédito, se consideraba como calumnia cuando el hecho imputado estaba calificado como un delito por la ley y podía castigarse con hasta dos años de prisión. La pena no era baja en consideración a la contemplada para otros delitos. Por ejemplo, la persona que lesionaba a otro individuo y le infería heridas que ponían en peligro su vida, podía recibir una condena de tres años y medio de prisión (cuando había circunstancias atenuantes), es decir, solamente año y medio más que quien difamaba a alguien.

Además de castigar las acciones contra el honor, los redactores del Código Penal aminoraron la pena contemplada para los individuos

que delinquieran en defensa de su honor. Es el caso de los esposos o padres que mataban a su mujer y a su amante, o a su hija y su “corruptor”, al momento de “sorprenderlos en el acto carnal o en uno próximo a él”, y quienes podían recibir una pena de prisión de aproximadamente dos años y medio (el esposo engañado) y de tres y medio (el padre deshonrado). Algo similar sucedió con el duelo, entendido como un enfrentamiento originado por motivos de honor y que se desarrollaba de forma honorable (previamente pactada, con reglas y padrinos), pues el duelista que mataba al contrincante que lo había desafiado podía recibir, de nuevo si contaba con antecedentes que atenuaban su responsabilidad, la misma pena que el esposo engañado, es decir, aproximadamente dos años y medio de prisión.

Por último, si un individuo actuaba para prevenir un daño a su honor o al de un tercero, no estando presente una autoridad que impidiera el daño (cuando no había provocado ni podía haber previsto la agresión al honor; ésta era actual, inminente, violenta y sin derecho; no podía ser fácilmente reparada por otro medio; y la reacción de defensa era proporcional al daño posible), no se le consideraba como responsable penalmente y era absuelto.

Quienes consideraban que el honor era un valor de suma importancia, no estaban de acuerdo en que el conyugicidio por motivo de adulterio y el duelo se sancionaran penalmente. Se suscitó un amplio debate. Me centraré en la discusión en torno a la penalización o la despenalización del duelo. Quienes defendían la despenalización, además de aducir la importancia del honor, argumentaban que se trataba de un enfrentamiento entre pares, y que era la forma más civilizada de resolver conflictos, diferente a la barbarie de la riña callejera (en la práctica nadie consideraba que las riñas de los miembros del “pueblo” pudieran considerarse como duelos). Por su parte, quienes creían que debía castigarse defendían el monopolio del Estado en el uso de la violencia y de la fuerza física, y argumentaban que la justicia por mano propia no podía permitirse en un Estado de derecho.

Los propios redactores del Código Penal admitieron el difícil papel en que se encontraban, y de ello dejaron testimonio en la exposición de motivos del ordenamiento. Escribieron: “para algunos el duelo es

una necesidad social, el legislador no debe estorbarlo, porque su ley se estrellará en la opinión pública”. Sin embargo, consideraron que debían sancionarlo, pues “nadie tiene derecho de hacerse justicia por su propia mano, ni de vengar sus injurias con usurpación del poder público”. No obstante, rechazaron la demanda de quienes consideraban que quienes mataban o herían en un duelo debían recibir la misma pena que quienes lo hacían en otro tipo de enfrentamiento, y sostuvieron que, de tomar ese camino, las leyes o las penas no serían ejecutadas y el resultado sería la impunidad. Citaron a un autor alemán, Carl Joseph Anton Mittermaier, quien consideraba que si los legisladores contemplaban penas severas para el homicidio cometido en duelo, la ley “no alcanzaría su objeto: la opinión universal acusará al legislador de error o de injusticia; los duelos no serán denunciados; los veredictos de los jurados serán absolutorios y los jueces burlarán la ley atribuyendo el homicidio a simple culpa”. Lo anterior es interesante pues, como se observa, mencionaron el papel de la aplicación de la ley cuando existía una distancia entre ésta y la costumbre o la convicción social.

Y ello conduce al último punto, los juicios de individuos que argumentaron haber matado en defensa del honor y, sobre todo, los argumentos que emplearon sus abogados defensores en los procesos pues, como lo adelanté, se refirieron precisamente a la distancia entre lo que el código penal señalaba y el código de honor o de conducta imperante en la sociedad.

Cabe señalar que los delitos más penados eran procesados en un juicio por un jurado, en el cual participaban dos tipos de juzgadores: nueve u once ciudadanos, que no tenían que ser abogados, y que estaban encargados de determinar la responsabilidad del procesado y la forma en que habían ocurrido los hechos; y un juez profesional y con formación en el derecho que debía aplicar la ley correspondiente a los hechos dibujados por los miembros del jurado. Las participaciones de los abogados, en casos importantes, eran muy extensas y no se limitaban a aludir a las pruebas presentadas con el fin de sustentar la forma en que había ocurrido el hecho juzgado y la ley aplicable. Aludían también a ideas, sentimientos, valores éticos, costumbres.

En 1884, el abogado Alberto Lombardo, defensor de Joaquín Morales, quien fue procesado por matar al amante de su esposa y madre de sus hijos, argumentó que su cliente había actuado en defensa de su honor e hizo referencia al código de conducta socialmente aceptado. Argumentó que un marido engañado tenía tres caminos. El primero: llevar el asunto a la ley, pero al hacerlo abriría a “plaza pública acciones que merecen sepultarse en los dolores del alma” (pues las audiencias estaban abiertas al público). El segundo: admitir la situación, lo cual lo convertiría en un “desgraciado rufián que carece del valor necesario para matar y de la serenidad suficiente para comparecer en juicio pidiéndole a la ley remedio para los males que lo anonadan”. Y el tercero: seguir el único camino aceptable para la comunidad, es decir, dar muerte del adúltero. Los miembros del jurado le concedieron la razón y consideraron que el procesado había matado en defensa legítima de su honor y el procesado fue absuelto. Ello a pesar de que no estaba previniendo el daño, sino vengando la afrenta.¹⁹

También quienes defendieron a duelistas argumentaron la falta de correspondencia entre la ley y la costumbre. El juicio de Francisco Romero, quien en duelo mató a José C. Verástegui, resulta muy ilustrativo.

Al llegar a una fiesta el coronel y diputado Francisco Romero escuchó al administrador de la Renta del Timbre, José C. Verástegui, tacharlo de inepto y presagiar que desprestigiaría al ejército. Esa fue la versión que dieron del duelo: había cuestionado su capacidad, su honradez, su honor. Se enfrentaron en los alrededores del Panteón Español, en un duelo a pistola y pactado a muerte. Verástegui perdió la vida. Dado que Francisco Romero era diputado, era necesario que la Cámara de Diputados, erigida en Gran Jurado, determinara si debía perder su fuero y ser juzgado. Asumieron la defensa los abogados Manuel Lombardo y Jacinto Pallares, quienes argumentaron que los artículos relativos al duelo habían perdido vigencia, pues hacía más de 20 años que ningún duelista era procesado. Así, señalaban que, ante el desacuerdo con la ley, las autoridades se abstenían de aplicarla; y que, ante la abstención, la ley había perdido vigencia. Sin

embargo, se impusieron los argumentos de quienes consideraban que Francisco Romero debía ser procesado por el delito cometido.

En el juicio, Alfonso Lancaster Jones (defensor del general Sóstenes Rocha, quien fuera juez en el duelo), alegó:

La ley escrita nos dice: si te bates en duelo, aunque sea con todas las solemnidades y requisitos que normalizan los encuentros más leales y más caballerosos, te privo de la libertad. La sociedad nos dice; si no te bates cuando en mi concepto debes hacerlo, te privo de la honra, te arrojó de mi seno para perseguirte aún fuera de él, bajo el látigo de mi censura ignominiosa [...].

En su opinión, si consideraban que su honor estaba cuestionado, “los hombres, por amor a sí mismos y a sus familias, debían alejarse de la ley escrita e inclinarse ante la ley social o ante la tiranía de la sociedad”.²⁰ Se refirió a lo anteriormente dicho: una obligación impuesta por la sociedad, que a la vez era sancionada por las leyes.

Los miembros del jurado consideraron a Romero como responsable de homicidio cometido en duelo. Sin embargo, el sentenciado sólo había pasado dos meses en prisión, cuando se expidió una ley que amnistiaba a todos los condenados por dicho delito, es decir, a nuestro duelista.

Estos casos expuestos reflejan las disyuntivas entre ideas y valores entre los propios legisladores y jueces, la denuncia de discrepancias entre derecho y costumbres o códigos de conducta socialmente aceptados, y el papel de los legisladores y aplicadores del derecho ante las disyuntivas.

“LA MORAL DE TODAS LAS MUJERES A PARTIR
DE LA SUERTE DE UNA MUJER”: EL DERECHO ANTE
EL CAMBIO EN LA CONDICIÓN DE LAS MUJERES

En este inciso reflexionaré sobre el impacto de las transformaciones registradas en la situación de las mujeres y en la concepción de género sobre el derecho durante las décadas que siguieron a la Revolución mexicana.

Las virtudes, defectos, capacidades, limitaciones, tareas o misiones que la sociedad atribuye a los hombres y las mujeres cambian según el lugar y el momento histórico. Durante el siglo XIX predominó en la

Ciudad de México una concepción de género que, partiendo de diferencias anatómicas y fisiológicas, les asignaba a varones y mujeres tareas diversas en la comunidad y la familia. A ellas se les encargaba el cuidado y la educación de los hijos, la atención del marido y las tareas del hogar, es decir, quedaban reservadas al ámbito privado. Mientras tanto, a los varones les correspondían las esferas laborales y políticas, el espacio público. Para ilustrar lo anterior sirve como ejemplo el siguiente párrafo, tomado de un tratado sobre el derecho civil escrito por Ricardo Couto y publicado en 1919:

Se ha dicho que la mujer es más débil que el hombre y que es menos apta para la meditación y el raciocinio; seguramente que sí lo es; los estudios que se han hecho sobre su cerebro nos han dado a conocer su menor desarrollo; pero esto no prueba que sea inferior a él; lo único que en rigor prueba es que no son iguales porque ambos están llamados a desempeñar misiones distintas: el hombre está hecho para vencer las dificultades que se presentan en la vida; la mujer, en cambio, está hecha para el amor, para el cuidado de la familia, para dar consuelo al hombre, para ayudarlo a cumplir sus fines. La misión de la mujer está en el hogar y solamente en el hogar; es ahí donde debe emplear todas sus fuerzas; es ahí donde debe concentrar todas sus atenciones; es ahí donde debe ejercer sus encantadores influjos en beneficio de los seres que la rodean y de la sociedad entera, cuyo porvenir está en sus manos.²¹

Esta concepción se refleja en muchos otros textos y discursos, difundiéndose y reproduciéndose por la familia, las iglesias, las escuelas, los médicos y los legisladores.

Lo último es importante para este trabajo: el derecho partió de este modelo y lo reforzó. Por ejemplo, las mujeres no podían votar ni ser votadas. También sirve como ejemplo lo establecido en el capítulo tercero del Código Civil promulgado en 1871 y dedicado a los derechos y obligaciones nacidos del matrimonio: las mujeres estaban obligadas a vivir con su marido y en principio seguirlo si cambiaba de residencia o incluso de país; él era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, ella no podía adquirir o enajenar bienes sin su autorización; él era su representante legítimo y ella no podía comparecer sin su licencia escrita en juicios civiles, aun cuando se tratara de asuntos iniciados antes del matrimonio. Resulta claro el artículo 192: “El marido debe proteger a la mujer; ésta debe obedecer

a aquel, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes”.

Así, a las mujeres les estaba vedada la participación política y limitada la participación en otros ámbitos de la vida pública. No estaba bien visto que trabajaran, pero se aceptaba en el caso de mujeres que tenían necesidad económica y se prefería que lo hicieran en labores vistas como extensión de las tareas que les estaban asignadas, como la preparación de alimentos, el cuidado de niños o enfermos, o el magisterio.

La realidad distaba del modelo, en formas diversas. Numerosos capitalinos habitaban viviendas o cuartos de vecindad muchas veces compartidos, trabajaban en condiciones de inferioridad salarial en talleres o fábricas, no tenían acceso ni siquiera a la educación básica y eran analfabetas. Algunas mujeres lograron acceder a la educación superior; en 1886 se tituló la primera dentista, en 1887 la primera médica y en 1889 la primera abogada. Otras lucharon por una mayor igualdad en la familia y la sociedad, militaron en grupos políticos y participaron en movimientos obreros.

A finales del porfiriato las mujeres se incorporaron a clubes antirreeleccionistas, durante la revolución participaron en el movimiento armado, algunas lucharon con los hombres e incluso hubo mujeres que alcanzaron grados militares.

En el México posrevolucionario, aumentó el número de mujeres económicamente activas, pero, además, se amplió la gama de trabajos que realizaban, incrementándose también el número de ellas que participaban en ámbitos que antes les estaban vetados: servicios públicos, oficinas comerciales, tareas profesionales. De ello pueden darse diversos ejemplos. Las mujeres siguieron afiliándose a partidos políticos, como el Partido Comunista Mexicano. Luchaban por obtener el derecho al voto y a ser votadas. No lograron que los constituyentes reunidos en 1917 reconocieran el derecho al voto femenino, pero tampoco se vetó de forma explícita, por lo que un año más tarde Hermila Galindo se postuló como diputada. Se creó un cuerpo femenino de policías de tránsito y surgieron las primeras aviadoras. Cada vez se titulaban más mujeres en las universidades. Algunas cambiaron su forma de vestir, de peinarse y de maquillarse, fumaban,

buscaban nuevos patrones en las relaciones amorosas. Son sólo ejemplos, que sumados a muchos otros permiten entrever los cambios.

¿El derecho respondió a las transformaciones en la situación de las mujeres, a su creciente participación en la esfera política y profesional, a los ajustes en la concepción de género? El derecho electoral lo hizo de forma parcial o paulatina. En la década de 1920 algunas entidades federativas concedieron a las mujeres —aunque algunas solamente por algunos años— la posibilidad de votar y de ser votadas en elecciones locales (San Luis Potosí, Yucatán y Chiapas). Sin embargo, las mexicanas solamente obtuvieron el derecho a votar en elecciones federales hasta 1953.

En cuanto al derecho civil, resulta muy significativo el artículo segundo del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928: “La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles”. O bien el artículo 167: “El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales”. Así, hubo artículos que muestran un cambio, pero también hubo artículos que lo limitaron. Por ejemplo, la mujer seguía estando obligada a vivir con su marido y seguirlo si cambiaba de domicilio; los tribunales solamente podían eximirla de dicha obligación si el esposo se trasladaba al extranjero o si se establecía “en un lugar insalubre o indecoroso”. Y lo más importante: en principio, la obligación de sostener el hogar recaía en el marido, y ella solamente podía trabajar fuera del hogar si no contaba con la oposición del marido o éste no podía cumplir con sus obligaciones económicas. En este aspecto los legisladores fueron claros, como se observa en los siguientes artículos que establecen: “estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar”, “la mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior” y “el marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a las actividades a que se refiere el artículo anterior, siempre que subvenga a todas las necesidades del hogar y funde la oposición en causas graves y justificadas”. En suma,

y sin poder extenderme, también el derecho civil reflejó el cambio, pero de forma parcial.

Al hablar del derecho penal, es importante señalar que este ramo marcó pocas diferencias en razón al sexo del autor y de la víctima del delito, y ello vale también para el Código Penal de 1871 que estuvo vigente hasta 1929. Las diferencias consideradas para los autores del delito eran las siguientes: la mujer no podía sufrir la pena de muerte; el adulterio cometido por la esposa era penado independientemente de las circunstancias en que se cometiera y el adulterio cometido por el marido sólo en algunos supuestos (además, cometido en las mismas circunstancias, las sanciones contempladas para la esposa adúltera eran mayores que las contempladas para el marido adúltero); por último, no se contemplaba la reducción de la pena para la esposa que mataba al marido por razones de adulterio y que, como ya se dijo, sí se aplicaba al marido que mataba a la mujer adúltera. Estos puntos resultan significativos y responden a lo dicho hasta ahora sobre la concepción de la mujer y del honor femenino: se equiparaba honor femenino con honra y se consideraba que la deshonor masculina no afectaba a las mujeres de la familia, pero se creía que el deshonor femenino sí manchaba a los hombres de la familia y que las mujeres no debían actuar pasivamente si su honor se veía afectado

Gran parte de estos preceptos cambiaron en los códigos promulgados en el México posrevolucionario, el primero en 1929 y el segundo en 1931. Lo relativo a la pena de muerte ya no aplicó, pues dicha pena se suprimió en 1929. Por otra parte, y este punto resulta importante, ambos ordenamientos dejaron de contemplar diferencias entre maridos y esposas en lo tocante al adulterio. Además, tampoco marcaron diferencias en el homicidio cometido por adulterio, se refirieron a simplemente al cónyuge que mataba al otro cónyuge al sorprenderlo “en el momento de cometer adulterio o en un acto próximo a su consumación”, es decir, podría tratarse del marido o de la esposa. Aunque sí marcaron una diferencia en el caso del padre que mataba a la hija y a su corruptor bajo la misma circunstancia, en este caso, los redactores siguieron refiriéndose exclusivamente al padre y a la hija (lo cual refleja la idea de que éste era el encargado

de tutelar el honor de la familia y el afectado por la deshonra de las mujeres con él emparentadas).

Por ende, se puede decir que el cambio en la situación de las mujeres, que suscitó ajustes en la concepción de género, también trajo consigo cambios en el derecho. En el caso del penal, reformas importantes dentro de los códigos de 1929 y 1931.

Antes de concluir con este tema, es importante reflexionar sobre el posible impacto del cambio en la situación de las mujeres y la concepción de género en los tribunales. Para ello resulta sumamente interesante analizar los juicios de mujeres que asesinaron a sus esposos y amantes, celebrados en la década de 1920. Dichas mujeres fueron procesadas en juicios por jurado antes de que el tribunal se suprimiera y antes de que el derecho penal reflejara cambios, pues no había entrado en vigor el Código de 1929.

Sus juicios resultan significativos por dos puntos. En primer lugar, porque en los foros, el cambio en la situación de las mujeres y el cambio en la concepción de las mujeres estuvo muy presente: estuvo presente en los alegatos de los acusadores y de los abogados defensores, y probablemente lo estuvo en las resoluciones de los miembros del jurado.

No solamente se juzgaba a las mujeres por el delito cometido, también se ponía en tela de juicio su vida moral previa. Los abogados defensores buscaban que se tomara en cuenta exclusivamente el delito, o bien, recurrían a nuevas concepciones de la mujer para justificar su reacción al engaño o al maltrato; lejos de presentarlas como transgresoras morales las presentaban como mujeres modernas, mujeres de su época. En cambio, los fiscales insistían en la amoralidad de las procesadas y mostraban su crimen como el último paso de una serie de transgresiones, el extremo al que podían llegar las mujeres que rompían con las pautas conductuales y morales. Explotaban el temor a las consecuencias que la incorporación de las mujeres al mundo público y laboral generaría para los esposos, las familias, la moral tradicional, la sociedad en su conjunto. No creían que el derecho debiera adecuarse a los cambios, por el contrario, pensaban que debía contenerlos y que los juzgadores debían hacer lo mismo, castigando a las delincuentes para que su castigo sirviera

como ejemplo al resto de las mujeres, es decir, no solamente como ejemplo para contener el delito, sino también la transgresión moral.

Los juicios resultan interesantes, en segundo lugar, porque en sus veredictos los jurados debieron asumir un papel en este debate y, al absolver a las mujeres, posiblemente reflejaron el cambio social y cultural, adelantándose con ello a los cambios registrados en el derecho.

Expondré tres ejemplos, extendiéndome más en el primero, que resulta relevante. Se trata del caso de María Teresa Landa, cuyo crimen y proceso puede seguirse a través de las notas publicadas en los principales diarios de la Ciudad de México. Era una celebridad, pues había sido nombrada “Señorita México” y había representado al país en Estados Unidos. Años antes, cuando era estudiante de odontología, había ganado el concurso que celebraba el periódico *Excelsior*; a partir de entonces el diario se convirtió en su promotor. Sin embargo, rechazó ofertas recibidas en Hollywood para convertirse en actriz, pues deseaba regresar a México y casarse con el hombre del cual se había enamorado: un general 17 años mayor que ella. Lo hizo a pesar de la oposición de sus padres, en una boda sencilla y casi privada. Tras el matrimonio el marido la confinó en casa y le prohibía salir o leer los diarios. Un domingo ella abrió el periódico sobre la mesa de su marido y, para su sorpresa, se vio retratada en la primera plana pues la primera esposa del general lo había acusado de bigamia. En ese momento se sintió ofendida, humillada y engañada, tomó la pistola que estaba junto al diario y le disparó a su marido. Trató de suicidarse, pero no quedaban balas.

Su fiscal fue el licenciado Luis G. Corona, quien solicitó una condena de 12 años, correspondiente a un homicidio simple. Hizo hincapié en su inmoralidad. Sostuvo que se reunía en un hotel con el general antes de casarse y que había permitido que éste le tomara fotografías inmorales. Centró su alegato en el peligro que para la moral femenina acarrearían los malos ejemplos, ejemplos que no sólo daban las mujeres transgresoras sino también los jurados que las absolvían. Al terminar su alegato les aseguró a los miembros del jurado que con su veredicto no decidirían “la suerte de una mujer,

sino la moral de todas las mujeres”. De esta frase tomé el título de este inciso.

El defensor de María Teresa Landa fue José María Lozano. Sostuvo que ella había matado en legítima defensa de su honor. Habló precisamente del cambio social y afirmó que la “señorita México” no era una mujer amoral, sino una mujer moderna. También habló de la necesidad de ajustar al derecho con la convicción social. Anunció a los miembros del jurado que si absolvían a la bella dama en problemas estarían respondiendo al clamor de las multitudes, pues ése era el anhelo generalizado tanto en México como en el extranjero.

La procesada fue absuelta y ello marcó la posibilidad de admitir que una mujer pudiera actuar en defensa de su honor, lo cual refleja un cambio en la concepción del honor femenino. Se desvinculó de la honra y se admitió que una mujer actuara en su defensa.

No es el único caso que puede dar cuenta de lo que hasta ahora se ha dicho. En 1927 María Teresa Morfín fue absuelta por el homicidio del hombre que la había violado, para después casarse con ella y finalmente abandonarla. El fiscal cuestionó que realmente hubiera sido violada y, por lo tanto, cuestionó su conducta moral previa al matrimonio. Convertirla en una mujer amoral la haría más susceptible de ser considerada como criminal, desvictimizarla ayudaría a presentarla como victimaria. Por lo mismo, el abogado defensor insistió en la existencia de la violación, en la corta edad y en la inocencia de su representada. “No se puede destrozar el corazón y la vida de la mujer que ama a un hombre”, explicó María Teresa Morfín en el tribunal, y agregó que siempre temió que en cualquier momento se esfumara la dicha de “verse casada y respetable”. Dentro de los factores excluyentes de responsabilidad criminal, se contaba el quebrantar la ley bajo el impulso de un temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave. El defensor de María Teresa Morfín argumentó que ella había actuado por el temor fundado e irresistible de ser abandonada por su esposo. Los miembros del jurado aceptaron el argumento.

Seis años después, en 1929 Bernice Rush fue absuelta por matar a su amante, quien le debía dinero y la había dejado en la miseria y sin poder pagar siquiera el pasaje de regreso a su país natal, Estados

Unidos, donde podría recibir la ayuda de su familia. Además, gastaba su dinero con otra mujer, quien agredía públicamente a la procesada. En su juventud Bernice Rush había ejercido la prostitución, pero habiendo reunido cierta cantidad de dinero abrió una tienda de artículos para dama en la avenida Juárez, cambiando completamente de vida. Fue entonces cuando conoció a Genaro Benavente, quien huyó con los ahorros que la mujer le había confiado. Reclamó la paga ante los tribunales, pues contaba con un cheque sin fondos que su amante había expedido para cubrir la deuda. Una de las audiencias le permitió reencontrarse con su antiguo amante y buscar otra oportunidad para rogarle le regresara el dinero, él trató de huir y ella le disparó causando una herida menor, que no hubiera sido mortal si la víctima no hubiera caído precisamente sobre una fuente con agua infectada y padeciera de una diabetes que complicó la recuperación. El fiscal aprovechó su historia y buscó demostrar que ella lo había matado por el asunto del dinero, el abogado defensor buscó demostrar que lo había hecho por amor y por honor. Argumentó que ella no había querido causar la muerte, pues no habría fallado siendo una excelente tiradora. Y sostuvo que había disparado al ver que él la abandonaba y que la imagen que había construido tras varios años de trabajo en su tienda se esfumaba. Había disparado al ver mancillarse su honor recuperado, es decir, en defensa legítima de su honor. Por ello fue absuelta.²²

Retomando, si bien los fiscales argumentaron que el derecho y la justicia debían preservar el modelo de conducta que por décadas se había asignado a las mujeres, los defensores consideraron que el derecho y la justicia debían adecuarse al cambio social. El jurado absolvió a varias mujeres procesadas por dar muerte a sus parejas, a algunas considerando que habían actuado en defensa de su honor, otras en defensa de su matrimonio o de su felicidad. Se podría sugerir que con sus veredictos acortaron la distancia entre los cambios sociales y culturales que ya se habían producido y que el derecho todavía no reflejaba pero que años después reflejaría.

REFLEXIÓN FINAL

Legisladores, funcionarios, juristas, criminólogos y abogados que vivieron en la Ciudad de México en las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX, señalaron o sugirieron la existencia de desfases entre derecho y sociedad (estructura social, dinámicas sociales, costumbres, códigos normativos o códigos éticos).

Algunas de estas distancias fueron interpretadas como resultado de la rigidez del derecho ante cambios sociales o culturales; otras como producto del carácter vanguardista de las reformas jurídicas, que se habrían adelantado al cambio social.

Por otra parte, los ejemplos incluidos se refieren a distancias de diferente envergadura que, según los testimonios, tendrían alcances igualmente diversos. Por ejemplo, quienes sostuvieron que los legisladores debían incorporar resultados de trabajos científicos que partiendo del estudio del organismo de los criminales permitieran establecer su peligrosidad, pensaban que la desatención impedía el ineficaz tratamiento del problema y dejaba a la comunidad indefensa ante los delincuentes más amenazantes. O bien, quienes sostuvieron que el principio de igualdad ante la ley ignoraba la existencia de la desigualdad social o racial, consideraban que los grupos menos favorecidos quedaban desprotegidos y en franca desventaja. Como último ejemplo, quienes consideraban que debía superarse la brecha entre lo señalado por la ley y lo exigido por el código del honor, creían improcedente castigar a caballeros que actuaban conforme a los imperativos de su comunidad.

Por lo mismo, diversas fueron las soluciones que los autores de los testimonios incluidos en el capítulo propusieron para terminar con las distancias entre derecho y sociedad. Algunos propusieron reformar al derecho para dar cabida al cambio cultural o social (incorporando los avances de la ciencia, atendiendo a los cambios en la concepción de género y al papel que las mujeres desempeñaban en la sociedad, o respetando la idea prevaleciente sobre el honor); otros pensaron que el derecho debía permanecer intacto en espera del cambio social, pues las transformaciones económicas o culturales borrarían la distancia (por ejemplo, pugnaron por preservar el principio de igualdad jurídica en espera de un cambio en los grupos indígenas); otros pensaron que el derecho debía proteger a la sociedad del

cambio (e impedir los daños que a la sociedad traería la emancipación femenina); y otros que el cambio en el derecho podría generar un cambio social (pues el principio de igualdad representaba la intención y el punto de partida para la superación de diferencias sociales, económicas y culturales entre los mexicanos, y la sanción del duelo permitiría reforzar al Estado de derecho y terminar con acciones justicieras particulares).

Cabe señalar que también fue diferente el papel que, se pensó, podrían desempeñar o desempeñaban autoridades y juzgadores ante los desfases señalados. Algunos aconsejaron que las leyes simplemente no se aplicaran: es el caso de quienes proponían, por ejemplo, no perseguir o procesar a los duelistas. Es decir, aplaudían lo que los redactores del Código Penal de 1871 habían temido, a saber, que contemplar las mismas sanciones para quienes mataran o hirieran en duelo que para quienes lo hicieran en otro tipo de enfrentamientos ocasionaría que los duelistas no fueran procesados ni condenados.

Esta idea me permite cerrar el círculo y regresar al párrafo que abrió este trabajo, escrito por León Duguit, pues remite a la primera posibilidad que el autor contempló ante la pasividad de las leyes positivas frente al cambio social: las leyes quedaban sin fuerza y sin vida. Su segundo supuesto, la posibilidad de que, en la misma situación, a dichas leyes se les diera “un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba”, lleva a recordar el alcance que los defensores de las mujeres procesadas en la década de 1920 —por matar a sus esposos o amantes— le dieron a los excluyentes de la defensa del honor, el miedo grave o la defensa de un derecho legítimo. Argumentos que los miembros del jurado aceptaron.

BIBLIOGRAFÍA

- Barreda, Luis de la, *El jurado hechizado. La pasión de María Teresa Landa*, Porrúa, México, 2013.
- Buffington, Robert, *Criminales y ciudadanos en el México moderno*, Siglo XXI Editores, México, 2001.

Cano, Gabriela, Mary Kay Vaughan y Jocelyn Olcott (comps.), *Género, poder y política en el México posrevolucionario*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

Fernández Aceves, María Teresa, Carmen Ramos Escandón y Susie Porter (coords.), *Orden social e identidad de género. México, siglos XIX y XX*, CIESAS / Universidad de Guadalajara, México, 2007.

Hale, Charles, *El liberalismo mexicano en la época de Mora (1821-1853)*, traducción de Sergio Fernández Bravo y Francisco González Aramburu, Siglo XXI Editores, México, 1972.

_____, *La transformación del liberalismo en México a fines del siglo XIX*, traducción de Purificación Jiménez, Vuelta, México, 1991.

Piccatto, Pablo, *The Tyranny of Opinion: Honor in the Construction of the Mexican Public Sphere*, Duke University Press, Durham, 2010.

Speckman Guerra, Elisa, *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, UNAM - Instituto de Investigaciones Históricas / El Colegio de México, México, 2007.

_____, *Del Tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias. Sistema judicial, criminalidad y justicia en la Ciudad de México (siglos XIX y XX)*, Instituto Nacional de Ciencias Penales / UNAM - Instituto de Investigaciones Históricas, México, 2015.

Urías Horcasitas, Beatriz, *Historia de una negación: la idea de igualdad en el pensamiento político mexicano del siglo XIX*, UNAM - Instituto de Investigaciones Sociales, México, 1996.

_____, *Indígena y criminal. Interpretaciones del derecho y la antropología en México 1871-1921*, Universidad Iberoamericana, México, 2000.

1

Archivo Francisco Bulnes, Archivo General de la Nación (AGN), caja 10, expediente 10, folios 12 al 14.

2

Emilio Rabasa, *Evolución histórica de México*, UNAM - Coordinación de Humanidades, México, 1986 [1920].

3

Discurso pronunciado por el señor José Yves Limantour, Secretario de Hacienda, en la ceremonia de clausura del Concurso Científico Nacional, Tipografía de la Oficina Impresora del Timbre (Palacio Nacional), México, 1901.

4

Los tatuajes. Estudio psicológico y médico legal en delincuentes y militares, Tipografía de la Oficina Impresora del Timbre (Palacio Nacional), México, 1899.

5

Estudios de antropología criminal: memoria que por disposición del superior gobierno del estado de Puebla, presentan para concurrir a la Exposición Internacional de Chicago, [impreso por] Benjamín Lara, Puebla, 1892.

6

La criminalidad en México. Medios de combatirla, Imprenta de la Secretaría de Fomento, México, 1897.

7

Cuadros estadísticos concernientes a 1898, Tipografía de la Oficina Impresora del Timbre en Palacio Nacional, México, 1900, p. 304.

8

Justo Sierra, inciso tercero de “La era actual”, en la parte tercera del libro tercero de *Evolución política del pueblo mexicano*, La Casa de España, México, 1940.

9

Miguel Macedo, “El Municipio. Los establecimientos penales. La asistencia pública”, *México, su evolución social*, t. I, vol. II, Ballescá y Compañía, México, 1900-1902, p. 687.

10

“Nuestros legisladores y nuestras leyes”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, octubre de 1930, t. I (3), pp. 117-119.

11

“La pena de muerte”, *El Foro*, año II, vol. 59, 21 de septiembre de 1877, p. 232.

12

Emilio Rabasa, “El historiador y el sociólogo”, *Retratos y estudios*, UNAM (Biblioteca del Estudiante Universitario, 59), México, 1995, pp. 113 y 120.

13

“Régimen tutelar para los infractores mayores de mentalidad ruda”, *Criminalia*, año V, núm. 12: Primera Convención de Procuradores de Justicia del Fuero Común, México, agosto de 1939, p. 741.

14

Véase *Criminalia*, año V, núm. 11: Primera Convención de Procuradores de Justicia del Fuero Común (publicación íntegra de los trabajos), julio de 1939, México, pp. 642-763.

15

Estudios de antropología criminal, op. cit.

16

Miguel Macedo, “Las condenas o penas condicionales”, *Anuario de Legislación y Jurisprudencia*, sección de Estudios de derecho, año VIII, Miguel S. Macedo Editor, México, 1891, pp. 394-410.

17

Jesús Urueta, “Cirugía social”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, segunda época, vol. XV, julio-diciembre, Imprenta del Gobierno Federal, México, 1898, pp. 279-281.

18

Código nacional mexicano del duelo, Imprenta, litografía y encuadernación de Ireneo Paz, México, 1891, p. 9.

19

Defensa pronunciada por... en la causa instruida al teniente coronel Joaquín Morales..., Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1884.

20

“Defensa del Sr. Gral. D. Sóstenes Rocha”, en Sóstenes Rocha, *El general Sóstenes Rocha ante el jurado popular con motivo del duelo verificado entre los señores Verástegui y Romero*, Tipografía del Hospicio de Pobres, México, 1895, p. 59.

21

Derecho civil mexicano, Sección correspondiente a los derechos y obligaciones vinculados con el matrimonio, t. I, La Vasconia, México, 1919, pp. 232-233.

22

Los casos pueden seguirse en la prensa y el de María Teresa Morfín y Bernice Rush también en el citado libro de Federico Sodi.

LA CONDICIÓN LEGAL DEL INDÍGENA EN PERÚ: DEL DERECHO INDIANO A LA LEGISLACIÓN LIBERAL

Carlos Ramos Núñez

En el llamado derecho indiano, que algunos consideran que es una frase que ennoblece al derecho y que otros preferirían llamar colonial, la condición del indio es una condición, en el buen sentido de la palabra, de un miserable, de un huérfano que requiere de protección.¹ Las normas de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 y otras que se enhebraron posteriormente, así lo atestiguan.² Gracias a la influencia lascasiana, las normas jurídicas que regulaban la condición de los indígenas eran dispositivos tuitivos, de enorme alcance humanitario. Quizás el mayor inconveniente del derecho indiano radicaba en su falta de cumplimiento. Su ilegitimidad, en todo caso, no era de origen, sino de resultado. El gran problema del derecho indiano no radicaba en la formulación legislativa, más bien descansaba en su falta de aplicación real, en su escasa efectividad. Había pues, dramáticamente una enorme distancia entre la norma formulada, declarada, y lo que acontecía en la realidad.

Ricardo Palma, el autor de *Tradiciones peruanas*, para referirse a aquellas normas que no se aplicaban, no decía sólo que eran letra muerta o papel mojado, decía que eran *ostias sin consagrar*. Las ostias consagradas eran las menos, eran las reales cédulas que llegaban de España y que se aplicaban realmente, pero buena parte del derecho indiano, consistía en ostias sin consagrar.³

El espíritu de la Independencia, la cultura política de los próceres de este movimiento, se distancia de esa visión. Aunque bebieron de las obras de Rousseau, de Montesquieu y de Voltaire, hay una suerte de dicotomía, porque uno era el discurso ideológico y otro era su comportamiento práctico; podría decirse que esa visión paternalista que tenían frente al indio, si no desapareció, por lo menos languideció.

En los primeros años de la Independencia, es decir, los años veinte del siglo XIX, se imponía una visión inspirada en el Siglo de las Luces, en la filosofía de la Ilustración, en la Revolución francesa, que partía del principio de igualdad. Sin embargo, no se trataba de una igualdad sociológica, de una igualdad de condiciones, sino en un principio que organizaba a la sociedad a partir de la igualdad ante la ley.

La idea de igualdad ante la ley borraba las diferencias de toda índole, a saber, económicas, sociales y culturales. La materialidad o sustantividad de las distinciones se disolvía en el horizonte de una filosofía y una ideología que no ofrecía espacio para la singularidad y la multiplicidad cultural. El universalismo y la noción de igualdad ante la ley disolvían las diferencias. Un estudioso de la historia constitucional, Nicola Matteucci, ha afirmado: “Los *philosophes*, aunque divididos tácticamente entre los partidarios del despotismo ilustrado y los republicanos, tienen una misma mentalidad racionalista y abstracta, un mismo espíritu geométrico y un adversario común: los estamentos privilegiados”.⁴

Esa perspectiva abstracta y matemática allanaba el camino para una teoría formal en torno a la igualdad ante la ley.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 suministró universalidad al principio de igualdad. Constituyó una caja de resonancia, la difundió y vulgarizó. Les insufló fervor revolucionario.⁵ Estos principios, encontraron inmediato campo de cultivo en los países de América Latina. Así en Latinoamérica, la Constitución de Brasil de 1824 reconocía la igualdad ante la ley en el inciso XIII del artículo 179.⁶ La Constitución de Apatzingán de 1814, hace referencia a la misma en su artículo 19.⁷ La Constitución de Cundinamarca, como antecedente constitucional de Colombia, en 1811 ya establecía la igualdad ante la ley.⁸ El Estatuto provisional para Dirección y Administración del Estado de Argentina de 1815, que regía antes de la creación de la primera Constitución argentina de 1819, también la consideraba en el artículo 1, inciso segundo.⁹ Bolivia en su primera Constitución de 1826, la prevé en su artículo 149.¹⁰

El principio rector de la igualdad ante la ley propiciaba un universo legislativo y constitucional escindido de la realidad. Refiriéndose a las constituciones europeas decimonónicas Van Caenegem ha subrayado

la enorme diferencia “entre la apariencia y la realidad”.¹¹ Alimentados, por lo menos, parcialmente, de las ideas del Siglo de las Luces, el principio de igualdad ante la ley recorría el universo constitucional. Bajo esta premisa no había modo de verificar la singularidad de la comunidad indígena.

Bolívar, uno de los artífices de la independencia de Perú, libertador de la Gran Colombia, Venezuela, Colombia y Ecuador, hacia 1824 dictó un conjunto de decretos que buscaban hacer de los indígenas propietarios. En realidad los indígenas no estaban interesados en ser propietarios individuales de la tierra, porque lo que prevalecía era la propiedad colectiva, la propiedad comunal.¹²

Las ideas ilustradas, dominantes en la escena peruana e iberoamericana durante el siglo XIX, por lo menos epidérmicamente, concedían al indígena (más allá de su incompatibilidad con la realidad social de entonces) una igualdad formal ante la ley. Códigos y constituciones fraternizan para recusar la singularidad del aborígen, que se transforma en un individuo abstracto como cualquier otro.

Usando una frase de Pio Caroni, un estudioso suizo de la codificación, este tratamiento constitucional y legislativo representa un típico caso de “violencia de la abstracción”.¹³ Porque ya no se consideraba lo indígena en su real dimensión, en términos paternalistas, sino que se partía de la premisa de que como cualquier otro ciudadano, era igual ante la ley. Y si era igual ante la ley, tenía derecho a la propiedad.

Avanzado el siglo XIX, los indígenas, ante la sorpresa ideológica de muchos liberales, no se hacían propietarios, ni estaban interesados en serlo, la propiedad comunal seguía funcionando.¹⁴

Por otro lado, hasta 1854, el indígena tributaba por su condición de indígena, situación contradictoria con el espíritu liberal porque este tipo de impuesto tenía una clara orientación étnica y racial. Se sacrificaron los ideales republicanos por una necesidad fiscal, por una urgencia de tesoro. Hacia 1854 se eliminó el tributo indígena, pero después regresó, ya no bajo la forma de la entrega de dinero, sino en forma de prestación de servicios, incluso en el siglo XX hizo su aparición.¹⁵

I

En un caso curioso de violenta abstracción, no habrá alusión siquiera mínima a los indígenas en las cartas constitucionales del siglo XIX, eso no ocurrirá sino entrado el siglo XX. En efecto, la Constitución dictada por el régimen del Oncenio fue la primera en reconocer la existencia legal de las comunidades.¹⁶

Así, en la Asamblea Nacional de 1919 se discutió en torno a la protección de la raza indígena. El Poder Ejecutivo designó en los primeros meses de 1920, por gestión del diputado José Antonio Encinas, una comisión especial para que se constituyera en los departamentos de Puno y Cusco y estudiara el problema. La comisión estuvo integrada por Erasmo Roca, Humberto Luna y Alejandro Franco Hinojosa. Todos ellos conocedores de la realidad indígena. La reacción de los hacendados fue tan grande que incluso, hecho curioso, el juez de Azángaro inició un proceso penal contra los miembros de la comisión. Temeroso, Leguía mandó regresar a Lima a los comisionados, quienes carecían de facultades ejecutivas, limitándose a presentar un informe acompañado de un proyecto de ley.¹⁷

Finalmente, en el artículo 58° de la Constitución de 1920 se estableció una firme declaración que estipulaba que el Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. Si la norma glosada (artículo 58°) hubiera prescindido de la expresión final «en armonía con sus necesidades», habría sido un artículo impecable.¹⁸ Las “necesidades” a las que alude el texto citado, lamentablemente, no las determinan los indígenas, sino el legislador.¹⁹

En la práctica, con las leyes de conscripción vial y vagancia se contradecía en la letra y en el espíritu de la Constitución de la *Patria nueva*. Valentín Paniagua consideraba por eso, quizás con una nota de exageración, que la Constitución de Leguía no inauguraba en el Perú los derechos de segunda generación.²⁰

En el mismo artículo 58 de la Constitución de 1920 se prescribía que la nación reconocía la existencia legal de las comunidades indígenas. El reconocer la existencia de las comunidades indígenas y la imprescriptibilidad de sus tierras, reflejaba una tendencia

inequívocamente realista: hasta entonces no existían para el derecho oficial.²¹ En todo caso, la declaración legislativa que proclamaba el reconocimiento legal de la comunidad, que auspiciaba la protección de la raza indígena, abrió una nueva época no sólo en la historia jurídica, sino también en la historia social y económica de Perú. Los preceptos reseñados acusan la influencia de una concepción social del Estado. El liberalismo económico, típico en las cartas decimonónicas, se atenuaba ante una intervención pública más decidida.²²

La clamorosa pero explicable ausencia de dispositivos que regularan o intervinieran en la vida económica en las constituciones del ochocientos contrasta con la aparición de normas que inciden en esa esfera en la Constitución de 1920. El individualismo, que había constituido el eje de cualquier proyecto constitucional, era refrenado en su intemperancia por dispositivos marcados de un mayor espíritu solidario. Incluso, algunos exponentes del régimen pensaban que con la Patria nueva empezaba el socialismo. Así, Germán Leguía y Martínez, en un *lunch* que le ofrecieron sus amigos en el restaurant del Parque Zoológico, el 8 de diciembre de 1921, alcanzó a decir:

Hasta ahora imperaron irrestrictos, los derechos del hombre: el individuo era todo; el Estado casi nada. En el día deben imperar, e imperan ante todo, los derechos de la colectividad: la nación es la esencia; el individuo, lo accesorio; éste es casi nada; aquélla lo es todo. Instituciones y leyes; elementos y fuerzas; fines y medios: todo tiende a socializarse. El deber de los que gobiernan no está en tolerar las demasías de los menos, sino en contemplar y defender los intereses de los más.²³

El propio Leguía prometió a los electores en su campaña a la reelección, en junio de 1924: “Acentuaré aún más, si cabe, la intervención del Estado para proteger el derecho de los débiles. El Estado es, hoy por hoy, el agente más eficaz para realizar la obra hermosa de la solidaridad humana”.²⁴ No cabe duda que, por lo menos, en el plano del discurso, entre esos débiles se hallaban los indígenas.

Puesto que la Constitución de 1920 lo único que hacía era reconocer la existencia legal de las comunidades indígenas, pero no

su personalidad jurídica, los indígenas no podían entablar juicios en los diferentes procesos, interdictos, reivindicación, deslindes, etc., es decir, tenían una condición jurídica disminuida.

Por esta razón, la Constitución de 1933, para evitar problemas, y de alguna manera admitiendo la demanda de los indígenas, no solamente reconoció su existencia legal, sino que formularía un reconocimiento expreso de la *personería jurídica* de las comunidades indígenas.

¿Cuál fue la génesis constitucional? Mientras actuaba como presidente del Congreso Constituyente, Clemente J. Revilla, el día 24 de agosto de 1932, los diputados Fuentes Aragón diputado por Puno, Jesús E. Maravi representante por Ayacucho, Carlos Chirinos Pacheco representante por Arequipa, Saturnino Vara Carrillo representante por Huánuco y Feijoo Reina por Amazonas, presentaban el dictamen de la Comisión de Constitución sobre Comunidades Indígenas. El proyecto declaraba en su primer artículo que el Estado reconocía *la existencia legal de las comunidades de indígenas*. Para gozar de los beneficios de tal declaración, las comunidades deberían inscribirse en el registro correspondiente, que estaría a cargo de los Consejos Departamentales.²⁵ Esta inscripción implicaría el reconocimiento de su personería jurídica. Sin embargo, aún no había *un reconocimiento expreso* en la propuesta de este primer proyecto. Sometido a debate el proyecto, el diputado por Puno, Lucio Fuentes Aragón, sostendría:

El artículo 1º —del proyecto— establece que: el ‘Estado reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas’ pero eso no es bastante, debe declararse expresamente, que esas comunidades, tienen *personalidad jurídica* consagrada en la Constitución, para la garantía y la defensa de sus derechos.²⁶

También en el siglo xx se discutió acerca de la condición jurídica de los indígenas. En el plano del derecho civil, por ejemplo, si los indígenas eran o no capaces para contratar. Por ejemplo, el artículo 6º del Código Civil brasileño de 1916, en su versión definitiva, puntualizaba que, junto a los mayores de 16 y menores de 21, las mujeres casadas y los prodigos, eran incapaces relativos para ciertos actos. Y agregaba: “Los selvícolas están sujetos al régimen tutelar,

establecido en las leyes y reglamentos especiales. Régimen tutelar que cesa, a medida que se fueren adaptando a la civilización del país”.²⁷

Pontes de Miranda, uno de los más grandes comentaristas del Código Civil brasileño, opinaba: “Los selvícolas están sujetos a tutela del Estado, se toma en cuenta la adaptación gradual a la civilización, se considera que tiene capacidad de derecho, pero son relativamente incapaces, esto es, para ciertos actos jurídicos, en los que hayan de ser asistidos”.²⁸

Por otra parte, en Perú, donde había indígenas tanto en el área amazónica como en la andina, no se les ocurrió mejor idea a los autores del Código Civil de 1936 que discutir, en la década del veinte, acerca de si eran capaces relativos los indígenas selváticos o también los indígenas andinos. Así, correspondería al presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, Juan José Calle, en la cuarta sesión del 4 de octubre de 1922, plantear esta interrogante: “¿Los individuos de las tribus salvajes de la región de los bosques deben o no ser considerados capaces de ejercer los derechos civiles?”.²⁹ Recogía el texto directamente el artículo 6º, inciso 4 del Código Civil brasileño de 1916, promulgado apenas seis años antes, que establecía la incapacidad relativa de los selvícolas. El comisionado Juan José Calle, que conocía de cerca la realidad indígena, observó:

[...] tratándose de la capacidad de las personas para ejercer sus derechos civiles era indispensable examinar si los que no saben leer ni escribir, y especialmente los indígenas, que además, no poseen el idioma castellano, pueden ser considerados como capaces de ejercerlos por si mismos.³⁰ En cuanto a la condición de los indígenas, anotaba: “la situación del indio de las serranías del Perú era tan desfavorable, que la facultad de ejercer por sí mismo sus derechos civiles constituía para él, en realidad, más que un bien un daño evidente; pues no pudiendo enterarse, por no saber leer, de los documentos que otro suscribía a su ruego como contratante y en los que aparece conociendo obligaciones o enajenando las tierras de su propiedad, en la generalidad de los casos, resulta víctima de ese para él engañoso derecho”.³¹

La cuestión era determinar si el mismo tratamiento se extendería a otros “indígenas”; por ejemplo a los indios de la sierra o andinos. Pese a la discusión abierta, el Código Civil de 1936 no contendría una

restricción a la capacidad jurídica del indio. La influencia brasileña, amplia en diferentes materias, quedaba trunca en la formulación legislativa final.

II

En otro estadio, el general San Martín, quien había decretado la libertad de vientres en 1821, dispuso que aquellos que nacían el día 28, nacían libres aún si tenían madre esclava, pero si nacían antes del 28 de julio, por ejemplo, a las 11 de la noche del 27 de julio, mantenían la condición de esclavos.³²

Esta condición de los esclavos se mantuvo hasta 1854, año en que Ramón Castilla, el mismo militar que puso fin al tributo indígena, puso fin también a la esclavitud.³³

Entre la declaración de la libertad de vientres de 1821, y la manumisión generalizada de las personas de raza negra en 1854, se crearon mecanismos legales para escapar al cumplimiento de la norma, subterfugios. Uno de éstos tenía que ver con lo que decía la norma constitucional de 1823: “nadie nace esclavo en el Perú”, pero los comerciantes de esclavos ante la demanda de los hacendados de la costa, sostenían que si bien no nacían esclavos en el Perú, éstos se podían importar. Por lo tanto, llegaban esclavos de Brasil, de Colombia e incluso de Estados Unidos.³⁴

Hubo necesidad de una reforma constitucional que establecía que nadie nacía esclavo en el Perú, y el primer esclavo que llegara se hacía automáticamente libre. Sin embargo, dados los constantes enfrentamientos por guerras civiles, Federico Salaverry dictó un decreto autorizando la importación de esclavos, aunque era abiertamente contrario a la Constitución.

La Constitución conservadora de 1839, la Constitución de Huancayo, llamada así porque se dictó en esa ciudad, eliminó la última parte que decía que los esclavos al llegar al territorio peruano se hacían automáticamente libres; con esto se buscaba favorecer la importación de esclavos. Esto no deja de ser una paradoja, porque estamos hablando de una constitución, que lo que tiene que hacer es

garantizar derechos, y además dentro del constitucionalismo liberal, que tiene como ejes la libertad y la igualdad.³⁵

El Código Civil de 1852 llegó a regular la división de las personas en tres grupos: los ingenuos, es decir, los libres que nunca habían nacido esclavos, los libertos y los esclavos. Un código moderno que tenía una regulación de las personas no a partir del principio de igualdad ante la ley, sino a partir de una suerte de diagrama social, podía decirse que había una fotografía de lo social. A través de los códigos se esconde la realidad, en este caso el código no escondía la realidad, más bien la graficaba.³⁶

En 1854 se dispuso la manumisión de los esclavos. La manumisión, entonces, generó un problema de falta de mano de obra. Ante tal situación, los propietarios, los hacendados, dirigieron su atención hacia Asia. De la zona de Macao, en China, que contaba con un sistema de administración mixto, en parte chino y en parte portugués, se traían trabajadores en condiciones semiserviles. Mediante ese contrato que se llamaba “contrata china”, muchos de esos trabajadores chinos llegaban con engaños, perdían apuestas, venían drogados o borrachos. En el libro *En el país de las colinas de arena*, de Fernando de Trazegnies, se cuenta la historia de un personaje que llega en esas condiciones. En realidad su propósito era llegar a California, pues algunos pensaban que podían irse por el Pacífico, caminando desde el mar peruano hasta California. El título del libro se debe a que lo que encontraron era arena y no oro, como pensaban. Los trabajos que debían desempeñar eran terribles, por ejemplo, trabajaban en las islas guaneras y muchos se suicidaban, pero para desalentar el suicidio quemaban los cadáveres, pues dentro de su concepción religiosa ya no podían reencarnarse.³⁷

Esto se convirtió en un problema internacional porque países como Inglaterra, Francia y Estados Unidos incluso, protestaron. Los trabajadores chinos ya no podían trabajar en islas guaneras, solamente en labores agrícolas. Al surgir nuevamente el problema de la mano de obra, la atención se centró en los propios Andes y el mundo amazónico. Tras la desaparición de la esclavitud y el declive de la servidumbre china, la contratación a través del enganche asomaría en todas las fajas geográficas de Perú como el instrumento jurídico que

engarzaba las exigencias de una economía moderna con la realidad social del país.³⁸

Por otro lado la figura del enganche cumpliría esa función en cuanto facilitaba la obtención de mano de obra (mayoritariamente indígena, pero también mestiza) puesta al servicio de un sistema exportador de gran escala. Conocido también como *aviamiento*, *peonaje*, *habilitación* o *contrato de empresa*, el enganche constituía una compleja figura contractual que integraba elementos propios de la locación de servicios y del mutuo, dispuestos bajo la modalidad de un contrato de adhesión, aunque sin configurar un claro perfil institucional si se atendía meramente a las disposiciones del Código Civil. Su lenta incorporación en el ordenamiento jurídico; los cuestionamientos por parte de activistas sociales, parlamentarios progresistas y autores de tesis universitarias; y los intentos por corregir los innumerables abusos a que se prestaba su ejecución, supusieron una importantísima muestra del realismo jurídico en materia de derecho privado.

Si bien los antecedentes del enganche se remontan a las prácticas coloniales de trabajo forzado, formalizadas en el derecho indiano mediante los *conciertos* celebrados con indígenas a través de intermediadores,³⁹ las primeras noticias acerca del enganche, en tanto instrumento jurídico netamente republicano y liberal, orientado a la industria moderna, asomaría a mediados del siglo xx. Modesto Basadre (Tacna, 1816-Lima, 1905), quien hacia 1850 estuvo en Azángaro desempeñándose como subprefecto, refiere en sus apuntes sobre la geografía y el paisaje social de la región altiplánica,⁴⁰ que los propietarios de los yacimientos auríferos ubicados en la cuenca del río Inambari, en la frontera con Bolivia, se veían obligados a recurrir a esta figura cada año.

César Vallejo, el notable poeta peruano, tiene una novela que se llama *Tungsteno*, cuyo nombre originalmente sería Código Civil. En ella, Vallejo retrata la forma en que pobladores indígenas de la selva de Cuzco eran llevados por estos intermediarios ante los empresarios mineros, lo que se agudizaba porque siendo la época de la Primera Guerra Mundial, la demanda de exportación de tungsteno a los

Estados Unidos, para la producción de armamento, era muy grande, al punto que por ello se destruyó la comunidad.⁴¹

La novela *El sueño del celta* de Mario Vargas Llosa relata la valiente lucha de un irlandés que trató de proteger a los indígenas de Perú. A través de sus informes, relató la crueldad del sistema de enganche en el mundo amazónico, en Brasil y Colombia, y en Bolivia y Perú también, lugares cuya producción de caucho tenía gran demanda en Estados Unidos y en Europa.⁴²

Un caso reciente, de 2017, fue un incendio en un centro comercial llamado Nicolini, en el centro de Lima. Dos jóvenes murieron quemados en el sitio, eran trabajadores informales que se dedicaban a colocar etiquetas a focos de origen chino con la marca Phillips por una paga diaria de alrededor de cinco dólares. Los bomberos no pudieron llegar donde ellos porque estaban amarrados; habían sido enganchados, pero esta vez enganchados del siglo XXI.⁴³ Creo, en efecto, que esta reflexión no tiene que ver solamente con el pasado, tiene también un carácter contemporáneo, y creo que el derecho, ya se trate de normas, del derecho civil o del penal, incluso las normas constitucionales, durante mucho tiempo sirvieron como instrumento de dominación, de subordinación de estas poblaciones.

Yo diría que el derecho es como una suerte de campo de batalla donde se producen victorias, a veces de los débiles, pero no necesariamente es así. De ahí la gran importancia que tiene el conocimiento de la historia, el conocimiento de las disposiciones legales, de los textos, pero también de la casuística, creo que la labor de la historia, su mayor importancia es que nos permite conocer mejor el presente y avizorar el futuro.

III

Hubo un debate también en el campo del derecho penal. Hacia 1915, el Congreso por Ley N° 2101, de 28 de enero, nombró una comisión integrada por el internacionalista y diplomático Víctor M. Maúrtua, Wenceslao Valera, A. Sousa, Gerardo Balbuena y el profesor sanmarquino Plácido Jiménez; la tarea de esa comisión consistía en

componer un nuevo Código Penal y otro de Procedimientos Penales. Se designó como ponente de la misma a don Víctor M. Maúrtua.⁴⁴

El proyecto de 1916 emprendió la distinción sistemática entre salvajes y semicivilizados que, finalmente, se acogería en el Código Penal de 1924. En el artículo 67° trataba de los salvajes, a los que ciertamente se identificaba con los indios selváticos o amazónicos: “Tratándose de delitos perpetrados por *salvajes*, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y prisión por la colocación en una *colonia penal agrícola*, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años”.⁴⁵ En el artículo 68 del proyecto de 1916 se estableció, por otro lado, la condición de los “indígenas semicivilizados degradados por la servidumbre y el alcohol”: “Tratándose de delitos perpetrados por indígenas *semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo*, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del artículo 62”.⁴⁶ Todo ello finalmente quedaría establecido en el artículo 44 y 45 del Código Penal de 1924.

Aunque buena parte de literatura norteamericana y alemana que ha escrito sobre el tema, se escandaliza ante la utilización de estas categorías, también es cierto que la jurisprudencia de la época fue bastante benevolente con estos indígenas.

Por ejemplo, un caso interesante, respecto al llamado “delito de violación presunta”, que es el que se cometía en agravio de menores de edad. El Código de 1924 había establecido que la minoría de edad se cumplía, para efectos de la violación presunta, por debajo de los 14 años.⁴⁷ En el mundo indígena en realidad el inicio de las relaciones sexuales podía ser más prematuro y obedecía, por lo general, a consideraciones de carácter somático, como la aparición del vello púbico, de los senos, o de carácter fisiológico, como la aparición de la regla menstrual en las mujeres. Influyó también que, naturalmente en términos occidentales u oficiales, no había un registro civil en estas poblaciones indígenas.

En la redacción original del Código de 1924, no se fijaban 14 años, sino 16, por lo que muchos indígenas terminaban presos.⁴⁸ Hacia

1973, en el gobierno de Velasco, se produjo una modificación del Código Penal que disminuía de 16 a 14 años la edad mínima para la violación presunta. El resultado fue la salida masiva de las prisiones peruanas de indígenas que estaban detenidos por sostener relaciones con mujeres que tenían esa edad.

En la actualidad, el Código Penal, que data de 1991, ha seguido criterios mixtos: existe en el derecho penal el error de prohibición y el error de tipo. El jurista argentino Eugenio Zaffaroni desarrolló la categoría del error culturalmente condicionado, categoría que fue recogida por el legislador peruano. Podríamos decir que teníamos un sistema mixto, como casi todo el derecho peruano y, me imagino, buena parte del derecho latinoamericano. Así, en el Código Penal de 1991 en el artículo 15° se sustituyó, más a tono con concepciones más modernas y con el lenguaje políticamente correcto, las expresiones “semicivilizada” y “salvaje” por la figura del *error de comprensión culturalmente condicionado*. En realidad, esa categoría no está concebida necesariamente sólo para los indígenas o población originaria. Su ámbito de aplicación es mucho más amplio. Basta que hubiera una divergencia de naturaleza cultural. Podría ser un extranjero de viaje o residente en el Perú. Se exige simplemente que no aprecie por razones culturales la naturaleza delictuosa de sus actos. Conviven la teoría del error de tipo, error digamos de prohibición y el error culturalmente condicionado. Esto no solamente abarcó a los indígenas, podía abarcar a otros grupos sociales, pero en esa época estaba pensado básicamente en los indígenas.

También en el campo de la criminología, a comienzos del siglo xx la recepción del positivismo de Garófalo y de Lombroso inocula nuevos interrogantes. ¿Es el indígena en virtud a sus características físicas o antropológicas un criminal nato? ¿En qué forma las circunstancias sociales han definido o condicionado la criminalidad indígena?

El influjo del positivismo criminal ya sea antropológico, sociológico o mixto, se haría patente en numerosas estudios indigenistas que abordaban aspectos de derecho penal.⁴⁹ La alta tasa de la criminalidad rural, el crecido número de naturales condenados o procesados en las cárceles, así como la discusión sobre la responsabilidad de los

aborígenes —por lo general analfabetos y sometidos a servidumbre— serían factores que alentarían la curiosidad hacia esa temática.⁵⁰

En los estudios de criminología, el doctor Óscar Miró Quesada, un intelectual que pertenecía a las élites sociales, redactor jefe del diario *El Comercio*, sustentaría hacia 1916 su tesis nominada *El caso del asesino Montes*.⁵¹ Se relata en la tesis, con detalle periodístico, que el 12 de marzo de 1916, habían sido encontrados los cuerpos de los esposos Ibarra muertos en su domicilio de la calle La Condesa; el señor Germán Ibarra yacía en el vestíbulo con el rostro destrozado con un objeto contundente, y la señora Eloisa Pérez, su esposa, en el cuarto de baño, cubierta de cortes a causa de las puñaladas. Narraba además, que a la mañana siguiente la policía del Callao apresó a Alejandrino Montes, joven indígena oriundo del departamento de Junín que junto a su hermanita, trabajaban como empleados domésticos en la casa de la familia Ibarra-Pérez. Alejandrino seguramente asustado por los crímenes que había cometido, huyó. Atrapado, Montes se declaró autor del doble homicidio. Los medios de Lima ofrecieron una cobertura enorme al caso.⁵²

Óscar Miró Quesada, joven estudioso de clase alta y premunido de buenas condiciones de estudio, analiza este caso desde el positivismo antropológico de Lombroso. En realidad, Miró Quesada parece no estar interesado en averiguar los verdaderos móviles que impulsaron a Alejandrino Montes a cometer los crímenes. Estaba interesado en el homicida antes que en el delito. Emprende un análisis antropológico, fisiológico y psíquico de Alejandrino, y a partir de esa investigación concluye: "... Montes tiene todas las características psicológicas de los criminales natos, y no vacilamos en clasificarlo en esa categoría de delincuentes".⁵³ Para Miró Quesada, Montes reunía en sí, todas las características que en la doctrina adjudicaba a este tipo de delincuentes: "... insensibilidad moral, vanidad, irascibilidad, venganza, codicia, hipocresía, imprevisión y mentalidad rudimentaria; son precisamente las características psicológicas de los criminales natos".⁵⁴

Miró Quesada llevaba a cabo una operación muy común en el campo de la transferencia cultural y, bastante extendida en el campo del derecho, una recepción jurídica. Circulaba, en este caso, de modo

consciente una teoría: la del positivismo antropología conforme a las tesis de Lombroso y se le aplicaba a circunstancias locales. Esta operación, sin embargo, no era aséptica o químicamente pura. No se trata exclusivamente de un asunto técnico y neutral. El artífice de esa importación jurídica estaba dotado de cultura, pero también de prejuicios sociales y raciales, tanto como la comunidad ilustrada a la que dirigía su discurso. Un concepto crucial como el de peligrosidad se asociaría desde entonces, probablemente hasta nuestros días, casi de modo natural con la población indígena y también, si bien este no fue el propósito de Óscar Miró Quesada, con el segmento afroperuano.

También es cierto que se desarrolló una criminología de lo indígena a partir de lo social. En una posición totalmente opuesta se encuentra la tesis del pedagogo puneño, José Antonio Encinas, futuro rector sanmarquino, *Las causas de la criminalidad indígena*, que fuera defendida en la Universidad de San Marcos en 1917, la que abriría oficialmente el derrotero en la materia.⁵⁵

Las reflexiones de Encinas acerca de la secular postergación educativa del indígena y sobre los devastadores efectos psicológicos y neurológicos del alcoholismo constituirían igualmente las columnas de su tesis sobre la criminalidad de los aborígenes. Encinas exalta la importancia de los componentes anímicos, la pobreza y la odiosa explotación de que los indígenas eran víctimas, hecho que lo distancia de quienes, bajo la influencia de las tesis del criminal nato, buscaban una explicación al problema centrada en los factores raciales. La tesis que sustenta Encinas, el 12 de octubre de 1917, estaba dedicada, elocuentemente “a mis hermanos”. Esa simpatía con la raza indígena no le impedía, sin embargo, haber emprendido su estudio “con toda la imparcialidad necesaria” ni haberse alejado de “los apasionamientos y de las fórmulas estrechas de concepto”.⁵⁶

La tesis de Encinas se organizaba en dos partes. La primera abordaba las causas de orden social de la criminalidad indígena. La segunda parte, que el autor propone como una “contribución a la ciencia criminológica nacional”, contenía un elenco de observaciones estadísticas. Encinas, influenciado por el positivismo social, procuraba, mediante el empleo de pruebas fácticas, arribar al diseño

de las reformas necesarias. A lo largo de la monografía, el estudioso marca un inequívoco deslinde con el molde lombrosiano y aboga por un enfoque centrado en los datos sociales y culturales.

A partir de 1979, con una nueva Constitución —hoy la vigente es de 1993— se presenta una visión diferente sobre el tema indígena. Hay por ejemplo, una mayor reivindicación por parte del constituyente, que tiene que ver con la protección del medio ambiente, con la consulta previa cuando hay proyectos de inversión minera o petrolera. En todo caso los tribunales de justicia tampoco han desatendido esto, hay ciertamente un debate; una parte interesante es el uso de la justicia en el interior de la comunidad.

Precisamente sobre este tema, discutimos en el Tribunal Constitucional un caso ocurrido en una comunidad indígena llamada Montevideo, en la zona de Amazonas. El caso es muy interesante porque un grupo de indígenas, acusados de abigeato, delito muy grave para ellos, fueron expulsados de la comunidad, sus hijos obligados a dejar sus estudios y sus tierras confiscadas. En dicho caso el Tribunal Constitucional entre otros aspectos consideró:

[...] la decisión de expulsión del territorio comunal resulta legítima siempre que constituya la solución asumida por la comunidad frente a un conflicto comunal, el cual sea resultado del ejercicio pleno de su derecho a la autonomía y que sea, a su vez, respetuosa de los mínimos indelegables de los derechos fundamentales que podrían verse afectados, pues su ejercicio no puede significar la negación total de otro derecho o bien jurídico constitucional [...] En tal sentido, a criterio de este Tribunal la expulsión de don Carmen Zelada Requelme y don Jorge Zelada Zamora, quienes supuestamente participaron en actos de abigeato, resulta ilegítima, pues no ha sido respetuosa del contenido indelegable o mínimo esencial del debido proceso, específicamente en el derecho de defensa.⁵⁷

Hay casos de abusos por parte de grupos llamados rondas campesinas, que, por ejemplo, matan a los brujos, al considerar que alteran las condiciones del medio ambiente o al atribuírseles la culpa de las sequías. Esto constituye verdaderos desafíos, para el legislador y para el propio juzgador, sobre qué clase de lógica se tiene que utilizar, qué criterio de responsabilidad es el que debe emplearse, cuáles son los frenos que deben establecerse.

Unas rondas urbanas, es decir, de pobladores indígenas en las grandes ciudades, en una ciudad del norte de Perú, Cajamarca, hacían las veces no solamente de control legal, sino también una suerte de control de la moralidad. Por ejemplo, el adulterio que en el Código Penal peruano ya no es más un delito, pero para estas rondas campesinas lo sigue siendo. Las mujeres son, por ejemplo, azotadas porque han cometido adulterio, los hombres no. De un local nocturno sacaron a las mujeres que trabajaban ahí y las apalearon, las azotaron, lo mismo a los parroquianos que frecuentaban este local. Por esto, hay necesidad de reconocer la identidad cultural, pero también la necesidad de buscar algunos mecanismos de integración.

A mi juicio, otro elemento importante en el análisis de la condición desde el punto de vista numérico, es la consideración de las personas de raza negra, de origen afroperuano, que aunque no son muchas en el país, sí representan otro grupo minoritario que requiere tutela.

EPÍLOGO

Un personaje de un cuento de Ciro Alegría, Calixto Garmendia solía sentarse por las tardes a conversar con los amigos. “Lo que necesitamos es justicia”, decía: “El día que el Perú tenga justicia será grande”.⁵⁸ Razón no le faltaba. En otro texto recordábamos a Garmendia: “¡La justicia no es limosna! ¡Pido justicia! Poco después, don Calixto Garmendia falleció”.⁵⁹ La ausencia de un sentido de justicia en el mundo rural peruano es uno de los ejes de la producción literaria de Alegría.⁶⁰

En *El mundo es ancho y ajeno*, el viejo Chauqui, indignado, pensaba que por causa de la “la ley” y “el derecho” había visto desaparecer comunidades, que estos eran los instrumentos de los gamonales para arrebatar las tierras de la comunidad y hacer trabajar a los indios y volverlos pobres, que Rumi resistía a “la ley” mientras otras comunidades vecinas ya habían desaparecido, que la ley y el Derecho eran algo que los comuneros no entendían, que los indios por ser indios tenían que pagar una suma mensual y “¿qué culpa tiene uno de ser indio?, ¿acaso no es hombre?”, quizás por ello el indio

Pillco decía no sin razón y con ironía “¡carajo, habrá que teñirse de blanco!”.⁶¹

En otro pasaje, Rosendo pensaba “¿No veía los gigantescos poderes contra lo que trataba de enfrentarse sin más arma que la tergiversable ley?”, y es que siendo así, y si “así era la ley [...] despreciaba la ley, ¿cuál era la que favorecía al indio?”.⁶² Genaro Ledesma un personaje de *La tumba del relámpago* de Scorza diría: “En el Perú un indio nunca ha ganado un juicio”.⁶³ Quizás exageraba, pero graficaba la situación.

1

Thomas Duve, “La condición jurídica del indio y su consideración como *persona miserabilis* en el Derecho indiano”, en Mario Losano (comp.), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Giuffrè editore, Milán, 2004, pp. 3-33.

2

Antonio de León Pinelo y Juan de Solórzano, *Recopilación de las leyes de las indias*, libro sexto, título primero: “De los indios” y título sexto: “De los protectores de indios”, [s/l], 1680.

3

Ricardo Palma, *Tradiciones peruanas completas*, Aguilar, Madrid, 1961, pp. 637-639.

4

Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998, p. 223.

5

Carlos Sánchez Viamonte, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, UNAM - Facultad de Derecho, México, 1956, p. 18.

6

Constituição Política do Império do Brasil, Imprenta Nacional, Rio de Janeiro, 1886.

7

La Constitución de Apatzingán, Empresas Editoriales, México, 1960.

8

Constitución de Cundinamarca, 30 de marzo 1811, consultada en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

9

Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América sancionada y mandada publicar por el Soberano Congreso General Constituyente en 22 de abril de 1819, Imprenta de la Independencia, Buenos Aires, 1819.

10

Manuel Ordóñez López, *Constitución política de la República de Bolivia: leyes y disposiciones más usuales; contiene además: las constituciones políticas sancionadas desde 1826 hasta 1878 y las leyes de reformas de la legislación civil y criminal*, Imprenta Boliviana, La Paz, 1917.

11

R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 189.

12

Para ello tenía que ocurrir un proceso de parcelación de la tierra que en la práctica no se dio.

13

Pio Caroni, “*Per la storia del pensiero giuridico moderno*”, *Saggi sulla storia della codificazione*, vol. 51, Giuffrè Editore, Milán, 1998, p. 28.

14

Fernando Trazegnies, *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.

15

Silvio Zavala, *El servicio personal de los indios en el Perú. Extractos del siglo XVI*, t. I, El Colegio de México, México, 1978. Los tributos no solamente eran la entrega de dinero, como lo estudia Zavala en este formidable trabajo, también incluían servicios personales, un tipo de tributación que prevaleció en la época colonial.

16

Artículo 58 de la *Constitución para la República del Perú de 1920*, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1929.

17

Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p. 108.

18

Artículo 58 de la *Constitución para la República del Perú de 1920*, *op. cit.*

19

Repárese en la evolución terminológica indio-indígena-campesino de la República y en esa suerte de culpabilidad cultural que encierra.

20

Valentín Paniagua Corazao, “Disertación pronunciada con motivo de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho”, *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2002-2003*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 21-38.

21

Carlos Ramos Núñez, *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*, *op. cit.*, p. 115.

22

Ibid., p. 68.

23

Germán Leguía y Martínez, *Discurso en el lunch que le ofrecieron sus amigos en el restaurant del Parque Zoológico, el jueves 8 de diciembre de 1921*, Imprenta Malatesta-Rivas Berrio, Lima, (s/f), p. 14.

24

Colección de discursos pronunciados por el presidente de la República, Señor Don Augusto B. Leguía, sobre la realización de su programa de gobierno, en orden a la política vial y ferroviaria, a las industrias agrícolas y mineras, a las obras públicas y a la asistencia social, Cahuide, Lima, 1927, p. 50.

25

Diario de los debates del Congreso Constituyente de 1931, Sesión 39ª, AGC, Lima, viernes 26 de agosto de 1932, p. 3130.

26

Ibid., p. 3191.

27

Artículo 6, inciso 4, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1916*.

28

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado. Parte General*, t. I. *Pessoas físicas e jurídicas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 318.

29

Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano, 4ª sesión, miércoles 4 de octubre de 1922, Imprenta de C. A. Castrillón, Lima, 1926, p.16.

30

Ibid., pp. 41-42.

31

Ibid., pp. 42-43.

32

Carlos Ramos Núñez, *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, t. V. *Los signos del cambio*, vol. II.: *Las instituciones*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 19.

33

Idem.

34

Idem.

35

Ibid., p. 20.

36

Código Civil peruano. Edición Oficial, Imprenta del Gobierno por Eusebio Aranda, Lima, 1852, pp. 22-24.

37

Fernando de Trazegnies Granda, *En el país de las colinas de arena*, t. 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

38

En torno a la problemática del enganche véanse: Moisés Poblete Troncoso, *Condiciones de vida y de trabajo de la población indígena del Perú*, ORT, Ginebra, 1938, pp. 80-90; Wilfredo Kapsoli y Wilson Reátegui, *El campesino peruano: 1919-1930*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Seminario de Historia Rural Andina, Lima, 1972; Peter F. Klarén, *Formación de las haciendas azucareras y orígenes del APRA*, 2ª ed., Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1976, pp. 73-106; Manuel Burga, *De la encomienda a la hacienda capitalista. El valle del Jequetepeque del siglo xv al xx*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1976, pp. 241-245; Pablo Macera, “El guano y la agricultura peruana de exportación”, *Trabajos de historia*, t. 4, Instituto Nacional de Cultura, Lima, 1977, pp. 373-378; Peter Blanchard, “The Recruitment of Workers in the Peruvian Sierra at the Turn of the Century: The Enganche System”, *Inter-American Economic Affairs*, sobretiro, vol. 33, núm. 3, 1981, pp. 63-83; Alberto Flores Galindo, *Los mineros de la Cerro de Pasco, 1900-1930*, 2ª ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1983. Uno de los escasos intentos por caracterizar institucionalmente la figura es el arriba citado *En el país de las colinas de arena*, de Trazegnies Granda.

39

Fernando de Trazegnies Granda, *op. cit.*, t. 2, pp. 192-201. Trazegnies se refiere a dicho origen a efecto de explicar la contrata china y el enganche republicano. El concierto formó parte tanto de la legislación como de la costumbre indiana en el rubro de los servicios personales. Contrariando a lo dispuesto en la legislación, frecuentemente el intermediador era el propio curaca. Véase Silvio Zavala, *El servicio personal de los indios en el Perú*, El Colegio de México, México, 1980-1998; Carmelo Visas, *El estatuto del obrero indígena en la colonización española*, Madrid, 1929; A. Ibot, *Los trabajadores del río Magdalena durante el siglo xv*, Barcelona, 1933.

40

Modesto Basadre, “Los lavaderos de oro”, *Riquezas peruanas. Colección de artículos descriptivos escritos para La Tribuna*, Imprenta de La Tribuna, Lima, 1884. pp. 113-147.

41

Cesar Vallejo, *Tungsteno*, Linkgua-Digital, Barcelona, 2017.

42

Mario Vargas Llosa, *El sueño del celta*, Alfaguara, Madrid, 2010.

43

Véanse las notas de 2017 en los diarios limeños *El Comercio*, 23 de junio; *La República*, 22 de junio; *Andina. Agencia Peruana de Noticias*, 24 de junio.

44

Dictamen de la Comisión Principal de Legislación en el Proyecto de Código Penal, Lima, 1º de octubre de 1916.

45

Ibid., artículo 67°.

46

La reforma del Código Penal. Proyecto de 1916 presentado a la Cámara de Diputados, Imprenta y Librería de San Pedro, Lima, 1918, pp. 28-29.

47

Juan José Calle, *Código Penal* (Ley N° 4868), Librería e Imprenta E. Moreno, Lima, 1924, p. 60.

48

Idem.

49

Javier Prado Ugarteche, *El método positivo en el derecho penal*, Universidad Ricardo Palma, Lima, 2003, pp. 120.

50

Carlos Ramos Núñez, *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, t. v. *Los signos del cambio*, vol. 1. *Los repertorios y periodismo*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.

51

Óscar Miró Quesada, "El caso del asesino Montes", *Revista Universitaria*, Lima, semestre II, vol. II, 1916.

52

Idem.

53

Ibid., p. 273.

54

Idem.

55

Véanse, entre otros, los artículos periodísticos de Encinas: "Educación del indio", *Amauta*, año IV, núm. 32, Lima, agosto-setiembre de 1930, pp. 75-79; "Valores espirituales de la raza", *La Crónica*, quinto suplemento en homenaje al Cuzco, Lima, domingo 25 de febrero de 1934, pp. 13-15; "El indio artista, conquistador y organizador", *La Crónica*, Lima, 23 de marzo de 1934, pp. 20-21, 23.

56

José Antonio Encinas, *Causas de la criminalidad indígena en el Perú. Ensayo de psicología experimental*, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos, E. R. Villarán, Lima, 1919, p. 5.

57

Expediente N° 02765-2014-PA/TC, FJ 83-84.

58

Félix Huamán Cabrera y Carmela Abad Mendieta, *Historia de la literatura peruana*, t. II, Editorial San Marcos, Lima, 2003, p. 101.

59

Carlos Ramos Núñez, *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana*, Universidad de Lima, Lima, 2008, p. 89. Sobre Calixto Garmendia véase también Ciro Alegría, *Novelas y cuentos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 543-550.

60

Ibid., p. 84.

61

Ciro Alegría, *El mundo es ancho y ajeno*, Varona, Lima, 1979, pp. 15-16.

62

Idem.

63

Manuel Scorza, *La tumba del relámpago*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1998, p. 42. Antes que Scorza, dos magistrados indigenistas, que llegaron a la presidencia de la Corte Suprema, ya habían expresado un criterio similar en sus memorias, el puneño José Frisancho Macedo y el cusqueño José Antonio Garmendia. Véase, José Frisancho Macedo, *Páginas de orden judicial*, Imprenta Carrera, 1949, Lima, pp. 12-13.

TENSIONES ENTRE GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y SOBERANÍA EN EL MÉXICO PRERREVOLUCIONARIO. AJUSTES INSTITUCIONALES Y POLÍTICAS DE AMORTIGUACIÓN

Paolo Riguzzi

El periodo que va de los años sesenta del siglo XIX a la Primera Guerra Mundial, con una prolongación efímera en los años veinte, hasta la Gran Depresión de 1929, corresponde al despliegue de lo que suele definirse como la primera globalización económica moderna. Sus motores principales fueron la innovación tecnológica aplicada al transporte y la gran movilidad de capitales, bienes, personas e información, cuyos flujos generaron niveles inéditos de interconexión e integración económica.

Esa etapa de globalización económica, de forma parecida a la actual, generó tensiones con las distintas dimensiones de la soberanía económica y con los atributos del Estado nacional, desde el punto de vista de lo que el influyente economista Dani Rodrik, de manera sintética y eficaz, ha planteado como la “paradoja de la globalización”: la tensión entre la naturaleza doméstica de la política y la naturaleza global de los mercados.¹ Dicha tensión remite a la dificultad de compaginar un fenómeno que es inherentemente transnacional y deslocalizado, como la integración de los mercados, con un fenómeno como el Estado y los atributos de la soberanía que, en cambio, son esencialmente nacionales y territoriales.

La evidencia disponible apunta a que también en la época anterior eso reverberó en problemas económicos, institucionales y sociales. El argumento de este ensayo es que el México prerrevolucionario, así como otros países de talla mediana, no fue objeto pasivo de los dictados de la globalización, sino que buscó y encontró la manera de minimizar algunos de los aspectos más perjudiciales de ella, a través

de un conjunto de ajustes jurídicos y de políticas dirigidas a amortiguar su impacto en ciertas áreas.

UNA ETAPA HISTÓRICA DE GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

La etapa que va de 1860-1870 a 1914 se define como la primera globalización económica moderna por estar basada en la integración de las economías y la conformación de mercados de naturaleza global en varios ámbitos.² Obviamente globalización es un término relativamente reciente y de significado múltiple, que se empieza a utilizar en los años ochenta del siglo xx, pero las observaciones de un testigo tan calificado como John Maynard Keynes, en 1919, dan cuenta lo que ya en ese entonces se entendía acerca del fenómeno. Keynes en su famoso libro *Las consecuencias económicas de la paz* caracterizó a la vida social y económica de las décadas anteriores a la Primera Guerra Mundial en términos de su “internacionalización casi total en la práctica”.³

¿A qué se refería Keynes? La movilidad de los capitales no tenía restricciones, a semejanza de la época actual, pero también la movilidad de bienes, de personas y de información tenía pocas limitaciones y sí vastos alcances. Los flujos comerciales, financieros y migratorios enlazaron regiones, países y continentes, con una dinámica descentralizada que es importante distinguir de la política del imperialismo colonial europeo en África y, en menor medida, en Asia. Eso llevó a la constitución de un mercado de capitales global en el marco del régimen monetario del patrón oro, que aseguraba la prevalencia de tipos de cambio fijos entre las divisas y propició grandes movimientos de capitales. Su formas predominantes fueron la inversión extranjera directa, es decir, a través de empresas multinacionales, y los préstamos a los Estados (y a unidades subnacionales como entidades y municipios), mediante emisiones de deuda soberana que se vendían en el mercado de bonos global. A través de estos mecanismos, los mercados emergentes de aquella época podían allegarse recursos en los centros financieros de todo el mundo.⁴

Las conexiones económicas se ensancharon y los flujos que las atravesaban se intensificaron y se aceleraron por la expansión del comercio internacional, por el abaratamiento de los costos de información y del transporte (gracias al ferrocarril y la navegación de vapor), y también por las grandes corrientes migratorias. El surgimiento de las grandes exposiciones internacionales, como escaparate de los avances técnicos y comerciales de países y empresas, fue al mismo tiempo reflejo y acelerador de tales procesos.

La expansión del comercio fue estimulada no tanto por la reducción de los aranceles, que, salvo en los casos de Gran Bretaña y Holanda, no fue lineal, ni por la decisión política de los gobiernos, sino por el impacto del cambio tecnológico ligado al transporte, que tuvo el efecto constante de disminuir durante varias décadas los fletes internacionales, lo que permitió que en el comercio entrara un abanico mucho más amplio de productos y de mercancías. Por primera vez el trigo, la carne y el hierro pudieron ser parte del comercio mundial en gran escala, porque antes los costos de transporte lo impedían. También hubo un mayor número de participantes en el intercambio, como evidencia el caso de dos países tan importantes como China y Japón, que abrieron sus puertos al comercio sólo a partir de los años cincuenta del siglo XIX, en buena medida por la presión forzosa de las naciones occidentales.⁵

Al mismo tiempo, en el continente americano se verificó un proceso, financiado por la inversión extranjera, de expansión de la frontera agrícola, puesto que muchos países tenían grandes porciones de territorio no aprovechadas, y en esto los flujos migratorios representaron un ingrediente fundamental. Hubo millones de personas, principalmente de las áreas rurales del continente europeo, pero también de Asia, que abandonaron sus países en busca de mejores condiciones de vida, de acceso a la tierra, de salarios reales más altos y se dirigieron al continente americano: Estados Unidos, Argentina, Canadá, Brasil, Chile. Desde este punto de vista, México no fue un receptor significativo de inmigración extranjera, pero en todos los otros ámbitos sí fue un participante de esa economía globalizada.

Junto con la del mercado financiero, del comercio internacional, de las migraciones, la integración informativa dio un aporte fundamental

a la globalización de la economía. También ésta provino del cambio tecnológico, ligado a la telegrafía submarina, que proveyó la capacidad de tender los cables telegráficos a través de los océanos, gracias al revestimiento de una especie de hule, que lo hacía impermeable, enlazando así las redes telegráficas de todos los países. Eso ha sido definido como el internet de la época victoriana: no era en tiempo real ni se basaba en conexiones domésticas como el internet, pero la aceleración de la comunicación fue enorme: en pocas horas una noticia podía difundirse prácticamente en todos los países que contaran con telégrafo. Eso conllevó la disminución de los costos y los tiempos de la transmisión, de manera que el volumen de información que empezó a circular también se globalizó. No por casualidad, en este momento se ubica el surgimiento de Reuters, la primera agencia global de noticias.⁶

Esto es el lado glamuroso y espectacular de la globalización económica, que realmente asombra si lo colocamos en la escala temporal de hace siglo y medio. Pero, ¿cuáles eran las presiones y los constreñimientos que estas dinámicas planteaban para los estados y las economías menos ricas y más débiles? Eso implicaría reconstruir qué tipo de inserción tenían los países de la periferia en la economía mundial, en qué condiciones y con qué efectos, pero, en términos generales, es posible distinguir cuatro tipos de presiones.

La primera consistió en la volatilidad de los ciclos económicos, que se intensificó; las crisis financieras adquirieron un carácter “contagioso”, por su propagación más fácil e inmediata, debido a que las economías estaban mucho más interconectadas. Había un riesgo de inestabilidad inherente a los periodos de intensa integración económica externa, los cuales son susceptibles de reversiones abruptas por la suspensión del flujo de capitales, las fluctuaciones violentas de los precios de las materias primas, o el excesivo recurso al endeudamiento. Eso quitó a varios países los medios de llevar a cabo o concluir grandes proyectos de inversión, de obras e infraestructura, orillándolos a reveses y situaciones de precariedad.⁷

Además de esa dimensión específicamente económica del riesgo de la globalización, existieron otros aspectos de naturaleza político-económica. Uno de los más significativos se refiere al proceso de

desnacionalización de activos y propiedades, es decir, que una parte significativa de la riqueza de un país, por lo menos transitoriamente, pasaba a manos de inversionistas y empresas extranjeras, y eso era particularmente visible en las economías de los mercados emergentes, que eran intensivas en recursos naturales. La inversión extranjera, a diferencia de las décadas recientes, se dirigía en aquel entonces a la explotación de tales recursos, lo cual significaba que empresas e inversionistas externos no adquirirían cuotas accionarias o activos financieros intangibles, sino propiedades físicas: mineras, ganaderas, plantaciones, los mismos ferrocarriles, es decir, activos económicos que tenían una dimensión territorial esparcida, importante y amplia. De aquí que, en varios países, eso propiciara el surgimiento de formas de resentimiento o una percepción de amenaza, como si el control extranjero de tales propiedades fragmentara o agujerara el espacio económico nacional. Un corolario adicional era la distancia con respecto a los centros donde se tomaban las decisiones sobre los recursos y su gestión, es decir, juntas directivas localizadas en Londres, en París, o en Nueva York decidían sobre la asignación de recursos en Argentina, en Brasil, o en México. Eso creaba un fenómeno de separación, por el cual a la par que el mundo se globalizaba, también se generaba un alejamiento entre los centros de decisión y los lugares donde las actividades económicas se llevaban a cabo.

Otro elemento de tensión se ubicaba alrededor del constreñimiento presupuestal, es decir, la disciplina en las finanzas públicas que los mercados financieros requerían de los deudores. Para conseguir fondos en buenas condiciones, los Estados tenían que exhibir finanzas equilibradas, mostrar que no eran proclives al manejo discrecional de la oferta monetaria, y respetar los compromisos asumidos; desde este punto de vista, la adopción del patrón oro como sistema monetario era el sello de garantía más eficaz. En función de ello, los países podían acceder en mejores o peores condiciones al mercado de capitales, cuando lo necesitaran. La calificación del riesgo crediticio de los países aún no estaba formalizada y sistematizada, si bien en este periodo se crearon las agencias calificadoras, tales como Moody's, Standard, Poor y Fitch: su

horizonte inicial era esencialmente el de la deuda de las empresas privadas. Desde los años sesenta del siglo XIX existió el Consejo de Tenedores de Bonos (Council of Foreign Bondholders), la organización británica con proyección global que reunía a los acreedores de prácticamente todas las naciones emisoras de deuda; sus informes anuales eran un instrumento para registrar el comportamiento de los gobiernos, pero su capacidad negociadora no era determinante, en vista de que otros grandes intermediarios internacionales, franceses, alemanes, belgas y, de manera incipiente, estadounidenses, no necesariamente coincidían con las apreciaciones de los tenedores británicos.⁸

No hay que sobrestimar, por ende, el constreñimiento presupuestal en la dinámica de la globalización histórica: por un lado, en esa época clásica del liberalismo, la mayoría de las élites nacionales había interiorizado y compartía las ideas del presupuesto balanceado y de que la inflación era dañina; de aquí el atractivo de los patrones monetarios metálicos que restaban autonomía a la política monetaria. Por el otro, porque en muchos países, como los latinoamericanos, esa fue una época de construcción y expansión del Estado, lo cual evidentemente necesitaba mayor gasto público. El financiamiento externo, de hecho, se canalizó a apoyar de manera importante la dimensión infraestructural de los estados latinoamericanos.

EL TRÁNSITO DE MÉXICO A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

¿Cómo se insertó México en este escenario de presiones, constreñimientos, oportunidad y riesgos? La posición de México en la globalización del siglo XIX se definió durante el periodo conocido como porfiriato, el largo régimen reeleccionista de Porfirio Díaz (1876-1911). La coalición que llegó al poder con Díaz instrumentó un programa de apertura gradual, liberalización comercial moderada, normalización de las relaciones diplomáticas interrumpidas desde 1867 con varios países europeos, e integración física mediante los ferrocarriles con el mercado estadounidense. Por primera vez, en los años ochenta del siglo XIX, el orden internacional liberal apareció

como un escenario potencialmente favorable para acomodar la dotación de recursos de México en la economía internacional y estimular el crecimiento.

Se trataba de una estrategia viable, en vista del ejemplo de otros países latinoamericanos —Argentina, Brasil, Chile, Uruguay— que la habían adoptado con resultados satisfactorios. En ese momento eran economías dinámicas, en cuyo crecimiento la apertura comercial y financiera había sido importantes. Pero el proceso mexicano de apertura tuvo una característica peculiar en el contexto de Latinoamérica, en el sentido de que no fue una inserción multilateral en el mercado globalizado, sino un proceso regionalizado de integración física con la economía estadounidense. A su vez, eso representó para México el trampolín y la plataforma para su colocación en los flujos de la economía global.

La integración regional se dio a través de la construcción de grandes líneas troncales norte-sur, que conectaron el centro de México con la frontera norte y de ahí con la red ferroviaria estadounidense, produciendo la reorientación del intercambio mexicano, que hasta ese entonces había gravitado hacia Europa y se había mantenido dentro de proporciones reducidas. Desde los años ochenta del siglo XIX (y hasta hoy), en cambio, Estados Unidos se constituyó en el mercado dominante para el comercio de México, tanto por lo que se refiere a las exportaciones como a las importaciones, porque el costo del transporte de las mercancías, así como de los catálogos y los agentes viajeros, se abarató de manera drástica y en cuatro-cinco días los productos podían llegar a los grandes centros comerciales de Estados Unidos, Nueva York, Chicago, Filadelfia, y viceversa.⁹

Los demás ejes de la liberalización consistieron en las siguientes medidas:

- a) Racionalizar los reglamentos aduanales y eliminar una parte de las trabas que afectaban al tráfico marítimo y al fronterizo. El primero aún se regía por las ordenanzas coloniales, que no se adecuaban a los ritmos y a la lógica de la navegación de vapor; el segundo, para acomodar el creciente flujo del intercambio con Estados Unidos, posibilitado por la red ferroviaria.

- b) Instrumentar una desgravación arancelaria que redujo la altura elevada de los derechos de importación y racionalizó los niveles de protección, disminuyendo de manera consistente el nivel promedio del arancel y protegiendo de manera selectiva aquellas industrias domésticas que estaban emergiendo, como la textil, cervecera, tabacalera, cementera y metalúrgica.
- c) Facilitar la entrada y las operaciones de capitales de empresas extranjeras al país, relajando, aunque no eliminando del todo, las restricciones institucionales preexistentes.
- d) Negociar con los tenedores de bonos la reanudación del servicio de la deuda exterior, interrumpido desde el decreto de moratoria promulgado por Juárez en 1861, como premisa para acceder a nuevos canales de financiamiento a través de la emisión de empréstitos.

Un panorama del desempeño mexicano en la economía globalizada

El comercio exterior mexicano creció a una tasa promedio anual de 7% entre 1890 y 1911, un desempeño a todas luces notable. Sin embargo, partía de niveles sumamente bajos y al final del periodo, cuando el monto de las exportaciones per cápita era de alrededor de 12 dólares, eso representaba la mitad del promedio latinoamericano, la cuarta parte de las exportaciones de Chile y la sexta parte de las de Argentina. Pero el comercio mexicano contaba con la ventaja de una mayor diversificación con respecto a los demás países del continente, que sirvió para amortiguar el impacto de las variaciones de precios y de la inestabilidad sobre la economía mexicana. En particular, su base exportadora se diversificó con materias primas minerales (plata, plomo, oro, cobre); agrícolas, como el henequén y el caucho; y sucesivamente energéticos como el petróleo.¹⁰ En la escala global, la participación de México no llegaba a 1% del comercio mundial, pero la cuota de mercado de sus exportaciones hacia Estados Unidos se ensanchó de manera importante y para 1910 estaba cerca de 5% del comercio de aquel país, una porción relativamente significativa.

Por lo que se refiere a la inversión extranjera, México en ese periodo representó uno de los receptores primarios de inversión en América Latina, después de Argentina y en proporciones parecidas a

las de Brasil. El flujo de capitales extranjeros representó el eslabón más cuantioso entre la economía mexicana y la internacional. Un dato que puede ser significativo al respecto es el aumento del número de empresas extranjeras que operaban en México. En 1878 había menos de 20 empresas, para 1910 era alrededor de medio millar, con un incremento proporcional del monto de inversión de 12-13 millones a un rango de entre 700 y 800 millones de dólares de la época. En conjunto, su presencia era dominante en el sector ferroviario, el extractivo (minas y petróleo) y la electricidad.¹¹

¿Qué eran estas empresas? Aunque todas fueran multinacionales, eso no significaba que todas fueran grandes empresas. Había verdaderas empresas multinacionales, que expandían su esfera de actividades a México; grupos de inversión internacional, con fuerte diversificación y movilidad entre países; y un sector muy grande de empresas pequeñas y medianas, particularmente las que operaban en el sector minero, que concentraba el mayor número de firmas.

La característica de México como receptor de inversiones fue la de atraer capitales tanto de Europa como de Estados Unidos. Su experiencia fue semejante a la de Canadá, que por su posición política y geográfica también pudo recurrir a los dos mercados, cosa que en cambio no se verificó en Sudamérica, donde los vínculos primarios eran con mercados y empresas europeas. Esta posibilidad de financiarse en las dos orillas del Atlántico, con el vecino y con el mercado europeo, permitió un mayor espacio de maniobra a la estrategia mexicana de crecimiento y le proveyó también de una cierta defensa ante las interrupciones abruptas del flujo de capitales, porque usualmente las crisis, que no eran simétricas, tendían a afectar a un lado más que a otro y cuando afectaban a Estados Unidos estaba disponible el recurso europeo, o al revés.

Tras su reincorporación tardía al mercado financiero global, México fue un deudor moderado; de hecho, el monto de la deuda externa antes de la revolución fue considerablemente inferior al de Argentina y Brasil. Hubo pocas operaciones de gran tamaño, y un esfuerzo por introducir los títulos mexicanos en el mayor número posible de bolsas extranjeras. La tendencia a la depreciación de la plata, que afectó al peso mexicano hasta la reforma monetaria de 1905, dictó prudencia a

la conducta en materia de endeudamiento externo, y estimuló una estrategia original. Desde finales del siglo XIX se gestionó la venta en el exterior de bonos de la deuda interior, es decir, deuda denominada no en divisas internacionales —libras esterlinas, francos, marcos o dólares— sino en pesos. Se trataba de una maniobra financiera que pocos países de tamaño similar pudieron realizar, y al mismo tiempo una manifestación de autonomía. El hecho de que la deuda estuviera denominada en moneda nacional ayudaba a compensar el riesgo cambiario, en tanto que si había depreciación de la divisa eso no repercutía en el peso de la deuda.

México fue un participante pequeño en la economía global, en razón del tamaño de su mercado y de sus intercambios, y, por lo tanto, un tomador de precios que tenía que adecuarse a las condiciones comerciales y financieras prevalecientes en el contexto internacional, sobre las cuales no tenía mayor incidencia. Sin embargo, su inserción no se rigió sólo por los automatismos de los mercados, la ventaja comparativa o la lógica del capitalismo internacional, sino que hubo varios niveles entrelazados de negociaciones del gobierno con inversionistas, banqueros y organizaciones, así como arreglos y medidas que moldearon y ajustaron la posición mexicana en la economía internacional. Lo que sigue presenta los aspectos más significativos al respecto.

BARRERAS Y FILTROS CONTRACTUALES A LA GLOBALIZACIÓN

Al lado del proceso de liberalización, que fue común a todo esquema de apertura comercial, se fraguó una faceta poco conocida, pero relevante, de regulación jurídica de las relaciones económicas. El punto donde ello se puso mejor en relieve fue la adopción por parte de México de una concepción del derecho internacional ligada a la doctrina Calvo, inspirada por el jurista argentino Carlos Calvo. No era un interés doctrinario o una formalidad jurídica con escasas implicaciones económicas, sino que tuvo una aplicación generalizada mediante el mecanismo de la llamada cláusula Calvo, que permitió dar concreción a los postulados de la doctrina.¹² Era una condición

contractual que se había aplicado con anterioridad pero que el gobierno mexicano, a partir de los años setenta, impuso de forma sistemática en todos los contratos de concesión con empresas extranjeras, en particular venciendo la resistencia de las estadounidenses.

El punto central consistía en que, independientemente de dónde se hubieran organizado las empresas, en Gran Bretaña, Estados Unidos, Suiza o Francia, jurídicamente se le consideraba nacionales. Eso implicaba que renunciaban a recurrir a la protección diplomática y que cualquier controversia con el gobierno se debía ventilar en los tribunales competentes del foro mexicano. Adicionalmente, a las empresas se les prohibía aceptar gobiernos extranjeros como socios o acreedores. Los términos de la cláusula Calvo se incorporaron así en centenares de contratos, con todos los ferrocarriles, las empresas de electricidad y servicios públicos, y una parte de las compañías mineras, conformando un marco jurídico que funcionaba como un candado dirigido a separar economía y política, y que el Estado mexicano contraía para asegurarse contra las reclamaciones de intereses extranjeros.

Otro elemento de importancia, que raras veces se toma en cuenta, es la presencia de un mecanismo jurídico que durante todo el periodo incidió en la relación entre gobierno y empresas extranjeras alrededor de la propiedad raíz. Nos referimos a la doctrina por la cual los bienes inmuebles situados en territorio del país se regían por leyes mexicanas y las controversias relacionadas con ellos sólo podían decidirse en los tribunales nacionales. Lo estipulaban así el Código Civil y el de Procedimientos del Distrito Federal, y la Ley de Extranjería de 1886 lo reforzó estableciendo que los artículos de los dos códigos eran de aplicación nacional.¹³ Ello implicaba que sólo se podía dar exequatur a las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, cuando recaían sobre acciones personales y no sobre bienes físicos. Muchas empresas extranjeras estaban apalancadas, es decir, se financiaban con la emisión de deuda en su país de origen, garantizada con la hipoteca de las propiedades mexicanas; pero en caso de que las empresas incumplieran sus obligaciones, las penalidades no podían ejecutarse en México. Las sentencias de los

tribunales extranjeros donde se habían registrado los contratos hipotecarios no tenían efecto práctico desde el punto de vista jurídico mexicano. Se observa cómo existía una cuña jurídica muy profunda, ya que no se aceptó que el derecho económico extranjero se tradujera o tuviera aplicación inmediata en México.

LA REACCIÓN POLÍTICA: EL INTENTO POR DOSIFICAR Y AMORTIGUAR EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN

En este escenario, en la primera década del siglo xx se manifestó de forma combinada un conjunto de cambios que representaron la culminación de la globalización, desde el punto de vista de su amplitud y la profundidad de los movimientos de factores en escala mundial.

Lo que había sido la centralidad de la economía británica para la globalización se fue reduciendo de manera significativa, frente al ascenso económico de Estados Unidos, que superó a Gran Bretaña y a los demás países europeos en términos del volumen de producción industrial y del monto del comercio exterior. Este liderazgo comercial e industrial se acompañó de un enorme movimiento al interior de la economía estadounidense, por las fusiones y la integración vertical, con la creación de grandes consorcios, conocidos como trusts, que dominaban varios sectores, el acero, el tabaco, los alimentos, el petróleo, despertando fuertes controversias jurídicas y políticas en aquella nación. Por otra parte, pese a que gran parte de la inversión estadounidense se dedicaba al mercado interno, eso implicó un flujo creciente de exportación de capitales, en particular hacia América Latina (y Canadá); al mismo tiempo que las inversiones británicas disminuían su ritmo y asumían cada vez más la forma de inversiones de cartera, orientadas al rendimiento financiero más que a la creación de nuevas empresas o a la gestión directa de actividades económicas.

Para México, ello significó una expansión cuantitativa y cualitativa de la presencia estadounidense, porque las operaciones de las empresas norteamericanas no sólo se incrementaron sino que extendieron su radio de acción; sea geográfico: convirtiéndose por primera vez en un fenómeno de alcance nacional y no regional, esto

es, dejando de ser algo peculiar del norte de México; sea sectorial: tendiendo a la concentración en manos de grupos financieros y consorcios en el ámbito ferroviario y minero, además de extenderse a otros sectores, como el petróleo, las plantaciones tropicales y la electricidad. Estas tendencias conllevaron la profundización de la integración de México a la economía norteamericana, en particular mediante el sector minero-metalúrgico, con las grandes fundiciones de metales, el sector ferroviario y el petróleo. De alguna manera, el gobierno de Díaz tuvo que hacer frente a un escenario imprevisto, la transformación de lo que antes era un entramado de empresas pequeñas y medianas en una oleada de empresas de tamaño extraordinario para la economía mexicana, lo que se volvía mucho más difícil de regular y acomodar.

En ese marco se desplegó una reacción ante la globalización con sello estadounidense, que se manifestó a través de una política selectiva en cuanto a la inversión extranjera y se asoció con una visión ampliada del papel regulador del Estado y del poder público. De esa matriz se desprendieron varias vertientes regulatorias defensivas, volcadas a amortiguar ciertos impactos de la economía internacional. Aquí analizaremos tres, especialmente reveladoras de la intención de balancear ciertas tendencias activadas por la globalización financiera: la reforma constitucional de 1901, que prohibió a los estados de la federación emitir y financiarse mediante deuda externa; la adquisición del control gubernamental sobre la red ferroviaria; y las legislaciones y los proyectos dirigidos a normar el sector de los recursos naturales, minas, aguas y tierras, por lo que atañe al espacio de las empresas extranjeras.

La reforma constitucional de 1901 y la deuda de los estados

En 1901, el secretario de Hacienda, José Y. Limantour, presentó una iniciativa de ley, que el Congreso aprobó, para añadir a la Constitución de 1857 un artículo que prohibiera a los estados emitir deuda en moneda extranjera, pagable en el exterior y contratada con banqueros extranjeros. La justificación de la acción federal era el

peligro de que los estados comprometieran “su crédito en operaciones que puedan originar a la Federación dificultades o conflictos que afecten los intereses pecuniarios de ésta, o que sean susceptibles de menoscabar el prestigio y la dignidad de la República”.¹⁴ ¿Qué significado y qué implicaciones tuvo esta medida de corte restrictivo, relativamente radical? ¿Se trataba de una manifestación de centralismo político-financiero, que caracterizó al régimen porfiriano, una competencia por los recursos externos entre federación y estados, o estaba en juego algo más? La evidencia permite enmarcarla como parte del intento por amortiguar y dosificar los efectos de la globalización financiera sobre la economía mexicana, manteniendo cierto control sobre el volumen de deuda externa.¹⁵

En realidad, la reforma constitucional era la respuesta al creciente interés de banqueros estadounidenses por emitir empréstitos de las entidades federativas mexicanas, que se había concretado en los casos de Coahuila y Jalisco en los dos años anteriores, pero que otros varios gobiernos estatales estaban dispuestos a autorizar. La tesis del centralismo político-financiero no ofrece una explicación adecuada, porque si bien se prohibió a las entidades recurrir a la deuda extranjera, no se limitó su posibilidad de financiarse a través de deudas “híbridas”. Estas permitían el acceso a fondos externos, siempre y cuando las operaciones se contrataran en pesos y con bancos mexicanos, en primera instancia; éstos, a su vez, estaban en libertad de vender los bonos a intermediarios extranjeros. De hecho, varias entidades adoptaron este medio, sin objeción o incluso con el aliento del gobierno federal. Tampoco es creíble el argumento de la rivalidad entre federación y estados por los recursos externos, que podía tener validez cuando el crédito nacional estaba en incubación, y cualquier perturbación financiera podía sacudirlo. A comienzos del siglo xx, el crédito mexicano se había consolidado notablemente, y el tamaño reducido de las potenciales operaciones de los estados no constituía un riesgo apremiante.

Desde un ángulo más asertivo, es pertinente ligar la reforma mexicana con una modificación en la legislación de otro país, que es usualmente reconocida como parte de una estrategia de nacionalismo defensivo ante la globalización financiera. Nos referimos a Japón, un

Estado centralista, donde en 1906 se decretó que los municipios interesados en conseguir financiamiento externo debían recabar primero la autorización del Ejecutivo; y que un banco del Estado tenía que ser obligatoriamente el intermediario entre los gobiernos locales y los capitales extranjeros.¹⁶ Al mismo tiempo, propuestas parecidas e inspiradas en la reforma mexicana se presentaron en el Congreso brasileño, aunque no consiguieron consenso suficiente para aprobarse. Es significativo que la Constitución de 1917 confirmara la prohibición de contratar empréstitos externos por parte de los estados, en los mismos términos de 1901, en un punto que fue aprobado sin discusión. Así, el texto del artículo 111 se convirtió en el artículo 117 de la nueva carta constitucional.

Ferrocarriles y vías de comunicación

La segunda vertiente defensiva fue la protección de las vías férreas como activo de interés estratégico, en virtud de que el ferrocarril era el mecanismo central del desplazamiento de personas y mercancías en México y en el resto del mundo; y sobre el cual el gobierno quiso tener el control.

El tema surgió a partir de una intervención gubernamental, en 1902-1903, para evitar que uno de los dos ferrocarriles británicos que conectaban la ciudad de México con el puerto de Veracruz, principal punto del comercio exterior, cayera bajo control del grupo financiero estadounidense Speyer Co., como resultado de la competencia entre los intereses de las dos líneas troncales del Ferrocarril Central y el Nacional. Era una intervención limitada en función de mantener un balance en la red, a través de un segmento relativamente pequeño; pero en el lapso de un quinquenio eso derivó en la formación del conglomerado de Ferrocarriles Nacionales de México, una empresa de gran tamaño, la más grande en América Latina, que integraba a las principales empresas y dominaba el sistema ferroviario nacional.¹⁷ Se trató de una evolución no planeada, que no fue parte de un diseño originario sino de una política que se desarrolló de manera contingente, en respuesta a elementos que aparecieron sobre la marcha, como el alza del precio de la plata, la crisis de 1907 y otros.

Pero los criterios que justificaron el despliegue de esa política, que llevó a la conformación del conglomerado bajo control público, se fincaban en evitar que un consorcio estadounidense llegara a controlar las principales piezas de la red ferroviaria mexicana; en palabras de los arquitectos de esa política, eso hubiera significado la pérdida de la independencia económica. Se aceptó que el camino más eficaz para prevenirlo era la expansión del control del Estado sobre los ferrocarriles.

De esta forma, entre 1903 y 1908, mediante una compleja maniobra en los mercados financieros, con las reglas de los mercados y recurriendo al disimulo, el engaño, las alianzas y vetos, el gobierno mexicano se aseguró la mayoría accionaria en la mayor parte de los ferrocarriles en México. ¿Cómo logró eso? Lo hizo a cambio de garantizar sus deudas y el pago del rendimiento de sus bonos, que habían sido la principal fuente de financiamiento de las empresas, y cuyos tenedores disponían del control. Las compañías ferroviarias intercambiaron sus títulos con los de Ferrocarriles Nacionales, con la perspectiva de recibir un flujo de rendimientos ciertos. Eso implicaba por parte del gobierno asumir una deuda potencial amplia, pero que estaba sustentada en la creciente dinámica productiva de los ferrocarriles desde el punto de vista del movimiento de carga: para 1905 el sistema ferroviario movilizaba alrededor de 12 millones de toneladas de mercancías, un volumen muy importante, a través de sus 17 000 kilómetros, y se desplazaban por él alrededor de 40 millones de personas al año, es decir, casi tres veces la población.

Ferrocarriles Nacionales inauguró un esquema novedoso de empresa mixta, en el que el Estado figuraba como accionista mayoritario pero respetaba la autonomía gerencial de la empresa. En calidad de inversionista de mayoría se reservaba las grandes decisiones de tipo estratégico, pero dejando la gestión y administración en manos de un cuerpo autónomo de funcionarios, en buena medida heredados de las empresas fusionadas. La llamada “mexicanización” de los ferrocarriles fue una de las primeras experiencias modernas de control público sobre el sistema ferroviario, y se inscribió en el debate internacional acerca de la intervención del Estado en el transporte y el cuestionamiento del manejo privado de

los servicios públicos. De hecho, en el plano internacional el experimento mexicano precedió o corrió paralelo a la mayor parte de los procesos de unificación de los sistemas ferroviarios bajo la dirección pública.¹⁸

Como sabemos, la historia tomó un derrotero muy diferente, puesto que los ferrocarriles fueron una de las principales víctimas de la Revolución mexicana, con consecuencias más allá de los daños materiales, de la pérdida del balance entre empresa, servicio público y control político, y la desnaturalización del proyecto originario. Pero para entender cabalmente qué significó la creación de los Ferrocarriles Nacionales, para la relación Estado-globalización, es oportuno mirar hacia su rumbo inicial.

El control de la empresa se utilizó para proporcionar protección a factores e intereses domésticos, en lo que se relaciona con los energéticos, los puertos y la fuerza de trabajo. Se otorgaron fletes preferenciales para el carbón y el petróleo mexicanos, impulsando su circulación en el espacio económico nacional. Se estipularon condiciones igualmente preferenciales para el tráfico que llegara directamente a puertos mexicanos, Veracruz y Tampico, en lugar del que viajara a través de Estados Unidos y entrara por la frontera terrestre; y se hizo un esfuerzo por integrar el mayor número de trabajadores mexicanos, también en funciones de mando medio y superior, lo que se conoce como la mexicanización laboral en Ferrocarriles Nacionales, que entre 1908 y 1912 redujo el tamaño del personal extranjero de unos miles a un centenar.

La legislación de recursos naturales

El intento de modificar sustancialmente el marco jurídico de la minería, la Ley de aguas y las medidas relativas a los terrenos nacionales, fueron tres ámbitos de regulación de la inversión extranjera que se dieron de manera entrelazada entre 1908 y 1910, bajo el impulso de la Secretaría de Fomento, encabezada por el político yucateco Olegario Molina.

En 1908, mediante un proyecto de ley elaborado por dos comisiones y promovido por Molina, se plantearon cambios de relieve

que concernían al origen de la propiedad minera, las restricciones impuestas a los extranjeros (tanto a nivel de personas físicas como de empresas), el potenciamiento de la jurisdicción federal, las funciones de policía minera, con poderes de supervisión de la actividad, y la responsabilidad civil de las empresas. En particular, las compañías extranjeras no podrían adquirir minas y derechos mineros si no estaban protocolizadas en el Registro Público de la Propiedad, afincando su personalidad jurídica mexicana; y los individuos extranjeros no tendrían derecho de adquirir propiedades en los estados fronterizos.¹⁹

La propuesta emanaba de la crítica a la universalidad del derecho empresarial, cuestionando que las empresas fueran sujetos abstractos facultados a cruzar libremente las fronteras y ser propietarias de cualquier tipo de activo en otros países. La idea central, opuesta a la tradición estadounidense, que a partir de los años ochenta del siglo XIX concibió a las empresas como titulares de derechos naturales, era que las empresas eran constructos artificiales, personas jurídicas constituidas por un ordenamiento jurídico específico.

Esa iniciativa de ley tenía aspectos de radicalidad en el contexto internacional y, como era previsible, originó fuertes controversias y agitó el debate político, en el gabinete, el Congreso y la prensa, despertando la oposición encendida de los círculos mineros, que se movilizaron intensamente en su contra.²⁰ El resultado fue la modificación del proyecto, en varios puntos cruciales, durante la discusión en el Congreso. Al final, en la Ley Minera aprobada en 1909 desaparecieron las restricciones relativas a compañías e individuos extranjeros, salvo las de la zona fronteriza, donde se confirmó el requisito de la autorización del Ejecutivo para adquirir minas en la franja de 80 km a partir de la línea divisoria. Al mismo tiempo, se preservaron algunas características novedosas, como la definición explícita del dominio directo de la nación sobre el subsuelo y la superioridad del criterio de utilidad pública en la titulación de las minas, junto con la función de policía minera, atribuida a fomento. Más allá del proyecto frustrado, lo interesante es que en realidad en 1908 ya se estaban planteando y debatiendo elementos que luego se manifestaron con fuerza y se plasmaron en la Constitución de 1917.

En la Ley de Aguas de 1910 y en la disposición sobre terrenos nacionales se introdujeron elementos análogos.²¹ En materia de aguas, la ley previno que las compañías organizadas en el extranjero no pudieran ser titulares de concesiones para la explotación de recursos hídricos, que se destinaban en su mayoría a la gran irrigación o la explotación hidroeléctrica; el dictamen de las Comisiones de la Cámara de Diputados argumentó que “la Nación, si bien admite que se aprovechen de ellas individuos particulares extranjeros, no debe consentir cosa igual respecto de corporaciones o sociedades extranjeras, que se rigen por leyes de otros países”.²² En cuanto a los terrenos de propiedad nacional, en 1909 se suspendió la enajenación y luego un reglamento decretó que el arrendamiento a compañías extranjeras era ilegal.

NOTAS CONCLUSIVAS

A finales del periodo porfiriano, la intensificación de la globalización bajo el signo de la integración con Estados Unidos generó una reacción defensiva que trataba de amortiguar, compensar y balancear, con varias regulaciones e intervenciones, dicha integración. En términos generales, eso significaba que el México prerrevolucionario no era una economía sojuzgada por los imperativos de las finanzas internacionales o la lógica del capitalismo internacional o algún otro poder económico externo, sino que la acción del Estado se robusteció y encontró varios instrumentos de regulación, intervención, diversificación, que le permitieron escudar sectores importantes de la economía mexicana y adelantar tendencias que luego la Constitución de 1917 retomó y llevó más allá.

¿Cómo compaginar esto con lo que sabemos de los procesos revolucionarios en México? El crecimiento económico no fue suficiente para sacar a la mayoría de la población de la pobreza y fue afectado por serias distorsiones, en particular en el sector agrícola, que permaneció rezagado y con elementos de atraso muy importante. Pero lo que caracterizaba a México en el marco latinoamericano no era que fuera una economía sustancialmente más desigual, o que la globalización arremetiera sin frenos, sino que la particularidad

mexicana tiene que buscarse en el atraso del régimen que mantuvo la forma pacticia y personalista que le dio origen, y fue incapaz de propiciar el desarrollo político. El punto crucial no reside en una cuestión de autocracia, en la que un presidente octogenario con 30 años en el poder pretendía seguir ejerciendo el papel de caudillo indispensable, porque sólo era el reflejo de una cuestión más profunda, a saber, el déficit de desarrollo político. Hubo crecimiento económico, diversificación sectorial y expansión de la clase media, pero la articulación de la sociedad y la economía mexicanas no tuvieron canales de expresión y puentes institucionales que incidieran en la política a través del surgimiento de partidos modernos, como estaba aconteciendo en Argentina. Más que la circunstancia económica, este déficit contribuye a explicar por qué el sucesivo experimento democrático maderista tuvo una existencia efímera, y por qué el desarrollo político y la formación de un sistema nacional de partidos fueron tan tropezados y tardíos durante el siglo xx.

REFERENCIAS

- Bernstein, Marvin, *The Mexican Mining Industry, 1890-1950*, The State University of New York, Nueva York, 1964.
- Bordo, Michael, Alan Taylor y Jeffrey Williamson (eds.), *Globalization in Historical Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 2003.
- Comín, Francisco, “La segunda industrialización en el marco de la primera globalización (1870-1913)”, en F. Comín et al. (eds.), *Historia económica mundial. Siglos x-xx*, Crítica, Barcelona, 2010, pp. 239-286.
- Eichengreen, Barry, *La globalización del capital. Historia del sistema monetario internacional*, Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- El Economista Mexicano*, México, 1901, 1909-1910.
- Findlay, Ronald y Kevin H. O'Rourke, *Power and Plenty: Trade, War, and the World Economy in the Second Millennium*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
- Flandreau, Marc y Juan H. Flores, “Bondholders versus Bond-Sellers? Investment Banks and Conditionality Lending in the London Market for Foreign Government Debt, 1815-1913”, *European Review of Economic History*, vol. 16, núm., 4, 2012, pp. 356-383.
- Frieden, Jeffrey, *Capitalismo global. El trasfondo económico de la historia del siglo xx*, Crítica, Barcelona, 2007.

- Grunstein, Arturo, “¿Nacionalista porfiriano o científico extranjerista? Limantour y la consolidación ferroviaria en la crisis del Antiguo Régimen y el estallido de la Revolución”, en Gustavo Leyva et al. (coords.), *Independencia y Revolución: pasado, presente y futuro*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- Kuntz Ficker, Sandra, *El comercio exterior de México en la era del capitalismo liberal, 1870-1929*, El Colegio de México, México, 2007.
- Kuntz Ficker, Sandra y Paolo Riguzzi, “Ferrocarriles nacionales de México. La gran empresa de cabeza, 1908-1937”, en Mario Cerutti (comp.), *Empresas y grupos empresariales en la América Latina, España y Portugal*, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2006, pp. 115-147.
- Marichal, Carlos, *Nueva historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 1873-2008*, Debate, Barcelona, 2010.
- Riguzzi, Paolo, “Legislación y organización jurídica de la economía mexicana, 1867-1910”, en Mario Téllez y José López Fuentes (comps.), *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José Ma. Lozano*, México, Suprema Corte de Justicia, México, 2004.
- _____, “México y la economía internacional, 1860-1930”, en Sandra Kuntz (coord.), *Historia económica general de México*, El Colegio de México, México, 2010.
- _____, “Legislación y propiedad minera en México, 1884-1937: concesión, derechos de propiedad y cambio institucional”, en José Alfredo Uribe Salas y Eduardo Flores Clair (coords.), *Comercio y minería en la historia de América Latina*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo / INAH, 2015, pp. 177-204
- _____, “La deuda exterior de estados y municipios en México, 1889-1913”, ponencia, Cuartas Jornadas de Historia Económica, Asociación Mexicana de Historia Económica, Xalapa, 21-24 de febrero de 2017.
- Riguzzi, Paolo y Patricia de los Ríos, *Destino no manifiesto. Historia de las relaciones México-Estados Unidos*, t. II. 1867-2010, UNAM, México, 2011.
- Rodrik, Dani, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, Londres y Nueva York, 2011.
- Shea, Donald R., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955.
- Standage, Tom, *The Victorian Internet: The Remarkable Story of the Telegraph and the Nineteenth Century's On-Line Pioneers*, Walker and Company, Londres, 1998.
- Suzuki, Toshio, *Japanese Government Loan Issues on the London Capital Market 1870-1913*, Blomsbury Publishing, Londres, 1994.
- Sylla, Richard, “An Historical Primer on the Business of Credit Rating”, en R. Levich, G. Majnoni y C. Reinhart (eds.), *Ratings. Rating Agencies and the Global Financial System*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 2002.
- Vallarta, Ignacio, *La propiedad inmueble por extranjeros*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1986.

1

Dani Rodrik, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, Oxford University Press, Londres y Nueva York, 2011, p. xvi.

2

La literatura al respecto es amplia, para un acercamiento véanse los ensayos reunidos en Michael Bordo, Alan Taylor y Jeffrey Williamson (eds.), *Globalization in Historical Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 2003; Francisco Comín, “La segunda industrialización en el marco de la primera globalización (1870-1913)”, en Francisco Comín et al. (eds.), *Historia económica mundial. Siglos x-xx*, Crítica, Barcelona, 2010, pp. 239-286, y Jeffrey Frieden, *Capitalismo global. El trasfondo económico de la historia del siglo xx*, Crítica, Barcelona, 2007.

3

Jeffrey Frieden, *op. cit.*, p. 50.

4

Barry Eichengreen, *La globalización del capital. Historia del sistema monetario internacional*, Antoni Bosch, Barcelona, 2000, pp. 21-45.

5

Ronald Findlay y Kevin H. O'Rourke, *Power and Plenty: Trade, War, and the World Economy in the Second Millennium*, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 378-391.

6

Tom Standage, *The Victorian Internet: The Remarkable Story of the Telegraph and the Nineteenth Century's On-Line Pioneers*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1998.

7

Carlos Marichal, *Nueva historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 1873-2008*, Debate, Barcelona, 2010, pp. 37-77.

8

Véanse Richard Sylla, “An Historical Primer on the Business of Credit Rating”, en R. Levich, G. Majnoni y C. Reinhart (eds.), *Ratings. Rating Agencies and the Global Financial System*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 2002; Marc Flandreau y Juan H. Flores, “Bondholders versus Bond-Sellers? Investment Banks and Conditionality Lending in the London Market for Foreign Government Debt, 1815-1913”, *European Review of Economic History*, vol. 16, núm. 4, 2012, pp. 356-383.

9

Riguzzi Paolo y Patricia de los Ríos, *Destino no manifiesto. Historia de las relaciones México-Estados Unidos, t. II, 1867-2010*, UNAM, México, 2011, pp. 76-103.

10

Sandra Kuntz Ficker, *El comercio exterior de México en la era del capitalismo liberal, 1870-1929*, El Colegio de México, México 2007, pp. 323-358.

11

Paolo Riguzzi, "México y la economía internacional, 1860-1930", en Sandra Kuntz (coord.), *Historia económica general de México*, El Colegio de México, México, 2010.

12

Donald R. Shea, *The Calvo Clause: a Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955.

13

Ignacio Vallarta, *La propiedad inmueble por extranjeros*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1986.

14

El Economista Mexicano, 13 de abril de 1901.

15

Paolo Riguzzi, "La deuda exterior de estados y municipios en México, 1889-1913", ponencia presentada en las Cuartas Jornadas de Historia Económica de la Asociación Mexicana de Historia Económica, Xalapa, 21 al 24 de febrero de 2017.

16

Toshio Suzuki, *Japanese Government Loan Issues on the London Capital Market 1870-1913*, Bloomsbury Press, Londres, 1994.

17

Arturo Grunstein, "¿Nacionalista porfiriano o científico extranjero? Limantour y la consolidación ferroviaria en la crisis del Antiguo Régimen y el estallido de la Revolución", en Gustavo Leyva et al. (coords.), *Independencia y Revolución: pasado, presente y futuro*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 212-226.

18

Sandra Kuntz y Paolo Riguzzi, "Ferrocarriles Nacionales de México. La gran empresa de cabeza, 1908-1937", en Mario Cerutti (comp.), *Empresas y grupos empresariales en la América Latina, España y Portugal*, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2006, pp. 115-119.

19

Paolo Riguzzi, "Legislación y propiedad minera en México, 1884-1937: concesión, derechos de propiedad y cambio institucional", en José Alfredo Uribe Salas y Eduardo Flores Clair (coords.), *Comercio y minería en la historia de América Latina*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo / INAH, México, 2015, pp. 195-200.

20

Marvin Bernstein, *The Mexican Mining Industry, 1890-1950*, The State University of New York, Nueva York, 1964, pp. 78-83.

21

Paolo Riguzzi, "Legislación y organización jurídica de la economía mexicana, 1867-1910", en Mario Téllez y José López Fuentes (comps.), *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José Ma. Lozano*, Suprema Corte de Justicia, México, 2004, pp. 167-168.

22

El Economista Mexicano, 26 de noviembre de 1910, p. 182.

LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y LA TRANSICIÓN DEL INDIVIDUALISMO AL COLECTIVISMO JURÍDICO

Andrés Lira

En este texto analizaremos el tránsito del individualismo liberal al colectivismo jurídico tomando como referente el juicio de amparo, es decir, el proceso mediante el cual, en nuestro país, un juez protege las garantías constitucionales violadas por leyes, sentencias o disposiciones administrativas. Aunque tomaremos en cuenta los antecedentes del amparo, nos centraremos en su desarrollo durante el periodo de 1900 a 1935.

Como es bien sabido, el juicio de amparo se estableció en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, para asegurar la plena vigencia de los derechos individuales reconocidos por la carta constitucional y el control de los poderes públicos dentro de la organización federal. Vale la pena recordar el texto de estos artículos, tan bien logrados por los constituyentes:

Art.101: Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales, por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados, y por las leyes o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad federal.

Art. 102: Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán a petición de la parte agraviada por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Con esto, la institución respondía a los principios fundamentales del liberalismo político: por un lado, la consagración de los derechos del hombre, definidos como garantías individuales en la Constitución Política; por el otro, la división de poderes, asegurando los mecanismos adecuados para su control y equilibrio. Ambos artículos

se recogieron en el artículo 103 y en las primeras dos fracciones del 107 de la Constitución revolucionaria de 1917, aunque en estos se incluyeron algunas disposiciones que desarrollaban con mayor detalle los supuestos y procedimientos del juicio constitucional, a fin de evitar los abusos que habían hecho “imposible” la labor de la Corte (en palabras de Emilio Rabasa) y delimitar con precisión cuáles eran las controversias o problemas que debían ser resueltos mediante el amparo.

La recuperación y afirmación del amparo en la Constitución de 1917, ley fundamental que era el resultado de un movimiento social que respondía a conflictos provocados por el individualismo extremo del régimen liberal de 1857, presentaba varios problemas. Algunos de ellos ya se habían manifestado durante la vigencia del texto decimonónico, como veremos enseguida. Otros se harían evidentes conforme se fue aplicando la nueva constitución, pues ésta alteraba radicalmente el régimen de propiedad de la tierra y reconocía los derechos de los trabajadores según los dictados del moderno derecho industrial, desconocido en los tiempos en que se promulgó la Constitución de 1857. El reconocimiento de las garantías sociales al lado de las garantías individuales, objeto original y expreso del amparo, desató un proceso de cambio en la cultura jurídica que se reflejó en la legislación ordinaria, en la labor de la Suprema Corte de Justicia como intérprete de la Constitución, y en sucesivas reformas constitucionales, en un proceso al que los críticos de la época llamaron “socialización del derecho”, que se acentuó entre 1924 y 1934.

Hay que advertir que, en el contexto del racionalismo individualista que reinaba en 1857, el amparo no podía ser sino un recurso para el individuo. El objeto del amparo era proteger aquellos derechos individuales que garantizaba la Constitución, o intervenir cuando se invadían las esferas de autoridad de los estados o de la federación. El recurso no se activaba sino en respuesta a la queja de un individuo perjudicado. La premisa del primer artículo de la Constitución de 1857 es que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales, y que por ello sólo los individuos debían gozar de garantías constitucionales. ¿Qué pasaba con las personas morales?

Ya en 1837, José María Luis Mora, al hablar de corporaciones y comunidades, había hecho hincapié en la diferencia entre éstas y las asociaciones “modernas” de individuos, dotados de derechos. A diferencia de lo que sucedía con las “corporaciones de duración perpetua e indefinida”, como la Iglesia o los pueblos, cuando los individuos se integraban en compañías y asociaciones industriales o comerciales, estos concurrían con recursos propios, plenamente identificables, que podían retirar una vez que se extinguía la asociación. Por ello las antiguas corporaciones no debían gozar de derechos constitucionales, y estos sólo debían reconocerse a las personas morales constituidas bajo los principios del liberalismo.

La reprobación individualista de los privilegios corporativos se acentuó en el Constituyente de 1856-1857: a los pocos días de haberse presentado el proyecto de Constitución, el gobierno de Comonfort aprobó el decreto de desamortización de la propiedad raíz de las corporaciones civiles y eclesiásticas, la famosa Ley Lerdo, la cual establecía que “ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, determinación u objeto, tendrá capacidad para adquirir en propiedad o administrar por si bienes raíces con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio de su institución”. Así, por ejemplo, un colegio, como corporación, tenía derecho al edificio que ocupaba, siempre y cuando lo destinara a cumplir con sus tareas propias: es decir, que ahí se impartieran cursos. Sin embargo, si la institución educativa tenía algún otro terreno, que produjera recursos para sostenerla, éste no servía directamente a su misión principal, por lo que debía ser “desamortizado”, es decir, vendido o rematado a propietarios particulares.

La Ley Lerdo alteró profundamente el régimen de propiedad, pues muchas unidades sociales estaban organizadas comunalmente. Obligadas a vender sus bienes, numerosas comunidades sufrieron sobresaltos, incertidumbre, conflictos y despojos. No obstante, con el tiempo se puso de manifiesto que un cierto grado de organización y permanencia de la propiedad colectiva era necesario para el buen funcionamiento de la sociedad. La especulación, los abusos y la concentración de propiedad en manos de individuos y compañías

muy poderosas —cobijadas por la Ley de Desamortización y las posteriores leyes sobre deslinde y ocupación de “terrenos baldíos”— terminaron provocando, al ras del suelo, un fuerte rechazo del individualismo extremo. El hecho de que el amparo sólo pudiera proteger a individuos dio origen a numerosas injusticias. Las corporaciones existentes —pueblos de indios, ayuntamientos, e instituciones como colegios, asilos y hospitales— tuvieron que vérselas con autoridades corrompidas o acosadas por especuladores y enfrentarse constantemente a jueces federales que, acatando la ley, difícilmente concedían el amparo a los actores colectivos que habían sido privados de su propiedad.

Este problema se fue agudizando y se hizo cada vez más visible a finales del siglo XIX. En 1894, a propuesta de Eduardo Novoa, ministro de la Suprema Corte de Justicia, el abogado Fernando Vera, muy buen litigante, pronunció ante la Academia de Jurisprudencia una conferencia en la que advirtió que los ayuntamientos podían resultar agraviados en sus derechos, y que como “individualidades jurídicas” podían y debían acudir al amparo en los términos del artículo 102 de la Constitución. Años después, los argumentos de esta conferencia fueron rebatidos por el jurista Jacinto Pallares. El gran maestro dio tres conferencias importantísimas tituladas “Las personas morales y el amparo”, en las que, asumiendo la posición individualista ortodoxa, señaló que era absurdo que se concediera el amparo a entidades de derecho público como los ayuntamientos. Sólo podían ser titulares del amparo las asociaciones privadas, cuyos integrantes tenían derechos identificables, que no se perdían al asociarse. Pallares concluyó una de sus conferencias, la más notable, con argumentos evolucionistas: “a medida que la personalidad humana se levanta, se consolida y afirma en su individualidad jurídica, la personalidad absorbente de las asociaciones se debilita, se desvanece, se descompone en sus elementos, se reparte en nuevas individualidades que surgen de su descomposición, en la individualidad de los seres humanos”. Lo cierto, sin embargo, es que este individualismo extremo significaba un obstáculo para la acción colectiva, como las obras de beneficencia.

Las asociaciones filantrópicas, ya bastante afectadas por la Ley de Desamortización de 1856 y luego la Ley de Nacionalización de Bienes

Eclesiásticos, presenciaban con impotencia las crecientes dificultades para que se dedicaran importantes patrimonios a obras de asistencia social. Instituciones como el Colegio de las Vizcaínas o el Hospital de Jesús (que en su momento defendió Pallares) tenían que demostrar que no eran instituciones eclesiásticas, sino corporaciones laicas, a pesar de sus advocaciones. Ante esta problemática, algunas legislaturas, como la del estado de Coahuila, comenzaron a aprobar leyes que permitían a las instituciones de asistencia social recibir en donación o en herencia propiedades territoriales, con la obligación de venderlas a propietarios individuales en un término no mayor de tres meses. Esto les permitía erigirse temporalmente en propietarios titulares, aunque estaban obligadas a poner sus nuevos bienes en el mercado en un plazo corto. El artífice de esta idea fue el propio Pallares, quien proponía un régimen abierto para que las instituciones de asistencia social pudieran recibir distintos tipos de donaciones, incluyendo tierras, dándoles un plazo para ponerlas en el mercado. Esto fue nutriendo la idea de liberar jurídicamente a las fundaciones y a las instituciones de beneficencia y asistencia social. Así, a principios del siglo xx se promulgó una ley de asistencia pública que permitía a las fundaciones recibir propiedades territoriales, concediéndoles un plazo de tres años para venderlas y evitar con ello su remate inmediato. Durante los tres años del plazo, la asociación podía poner estas propiedades en el mercado, arrendarlas a individuos, o bien, utilizarlas para el funcionamiento regular de la institución. Esto hizo posible, por ejemplo, que varias instituciones de beneficencia creadas durante el porfiriato pudieran construir escuelas y hospitales sobre terrenos donados. Con estos antecedentes, en 1905 fue reformado el artículo 27 de la Constitución, que a partir de entonces permitió que las instituciones de asistencia social pudieran tener bienes raíces durante un periodo, y que gozaran de un plazo todavía mayor para incorporarlos o negociarlos debidamente. Esto causó mucho malestar entre algunos, pero lo cierto es que el gobierno porfiriano estaba aceptando la legitimidad de la propiedad colectiva, siempre y cuando la Iglesia no tuviera injerencia en las corporaciones propietarias.

A similares conclusiones llegó Silvestre Moreno Cora, un jurista muy interesante que entró a la Corte en 1898. Porfirio Díaz sabía de él,

pues como secretario de gobierno en Veracruz, su estado natal, Moreno Cora había hecho varias propuestas para evitar los inconvenientes del individualismo extremo que inspiraba la legislación sobre la propiedad territorial. Además de proponer una ley para permitir que las instituciones de beneficencia tuvieran acceso más amplio a la propiedad, Moreno Cora había ideado un mecanismo para resolver los problemas que aquejaban a las comunidades de indígenas a causa de la ley de desamortización: las tierras comunales debían primero distribuirse entre sus miembros, en extensiones más o menos amplias de acuerdo con las necesidades propias de cada quien; una vez repartidas y adjudicadas en propiedad a los comuneros o porcioneros, estos podrían asociarse para explotarlas, como mandaba la costumbre, dentro de las circunstancias de un paisaje que requería una organización comunal. Esta búsqueda de una mayor flexibilidad para lidiar con los problemas de las comunidades se advierte también en el *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales* (1902), en el que Moreno Cora llamó a moderar el individualismo del juicio constitucional y demostró la necesidad práctica de reconocer la existencia procesal de los actores colectivos, tanto en la jurisprudencia como en la legislación.

Es curioso que en donde más subsistían el rezago y la inopia era en la academia, es decir, en la Escuela de Jurisprudencia. En 1903 se abrió un concurso de oposición para ocupar la cátedra de Derecho constitucional, en el que participaron cinco o seis juristas que debían responder a la siguiente pregunta: “Los derechos de la sección primera del Título I de la Constitución que ésta proclama como derechos del hombre, ¿corresponden únicamente al individuo físicamente considerado o corresponden también a los seres morales formados por asociación de individuos?” La cuestión, así planteada, implicaba una toma de posición individualista. No debe sorprender que las respuestas que presentaron los concursantes siguieran el mismo tenor. De las cinco que se presentaron, sólo tres han llegado hasta nuestras manos. La de Roberto Esteva Ruiz, sin duda la mejor elaborada y fincada en más recursos doctrinales, advirtió que las personas morales eran entes formados en el proceso de

diferenciación social, que recurrían a la colaboración para el mejor ejercicio del derecho de propiedad y disfrute de los bienes. Por lo tanto, eran una forma de poseer y de ejercer derechos patrimoniales, reconocidos en la Constitución, aunque bajo el entendido de que los verdaderos titulares de tales derechos serían siempre los participantes individuales de estas asociaciones. El argumento de Esteva Ruiz, más cercano a las nuevas concepciones del derecho civil y a consideraciones sociológicas, parecía superar la concepción liberal extrema, pero al final confirmaba la ortodoxia reinante sobre el carácter individualista de los derechos constitucionales.

En el concurso se presentó también un joven profesor y exitoso abogado, dos años menor que Esteva Ruiz, llamado Rodolfo Reyes. Su texto es especialmente interesante, pues si bien no rebasó los supuestos doctrinales expresados años antes por Pallares e hizo hincapié en su fidelidad a los principios de la Reforma, arguyó que un derecho sin medios procesales para su defensa no era un verdadero derecho. Había que determinar, por lo tanto, si el juicio de amparo alcanzaba a las personas morales, para poder responder positivamente a la pregunta planteada en el examen. Su conclusión fue que sólo eran sujetos del amparo las personas morales del derecho civil moderno, como las asociaciones y las sociedades comerciales, pues en éstas no desaparecían los derechos de quienes las constituían: el juicio de amparo era, por lo tanto, un recurso netamente individualista, como podía constatarse por la lectura del artículo 102, que afirmaba que “las sentencias serán siempre tal que sólo se ocupen de individuos particulares”, y por el hecho de que la Carta de 57 era el resultado de una lucha en contra de las corporaciones, posición ratificada por Reyes, a pesar de las recientes adiciones y reformas constitucionales, que, según advertimos, el autor no tomó en cuenta para la elaboración de su respuesta. Las otras tesis presentadas también ratificaron esta posición: el individualismo extremo permanecía intacto en la academia jurídica mexicana, pese a los esfuerzos que se estaban haciendo desde la jurisprudencia y la legislación para moderarlo.

Al llegar el momento revolucionario, las tendencias antiindividualistas se hicieron más visibles y exigieron una respuesta

de los nuevos poderes. Las posturas de los revolucionarios fueron claras: la Ley del 6 de enero de 1915, decretada por Venustiano Carranza en Veracruz, en pleno movimiento armado, reconoció expresamente los derechos de los pueblos y comunidades despojados y burlados en numerosos litigios. Declaraba nulas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, que se habían llevado a cabo en contravención a la Ley del 25 de junio de 1856, así como las ventas de bienes raíces dispuestas por las autoridades a partir de 1876, es decir, a partir del primer gobierno de Porfirio Díaz. La ley de 1915 también reestructuraba la organización de las autoridades encargadas de conocer los reclamos de tierras, y de restituir y dotar a los pueblos de los terrenos que les correspondían, así como los procedimientos correspondientes. Todo esto implicaba un fortalecimiento de los poderes ejecutivos nacional y estatales, que eran los que presidían las comisiones agrarias correspondientes, así como la participación, en estos procesos, de comités ejecutivos formados por representantes de los pueblos.

Era un cambio radical en lo que toca a la personalidad jurídica de los beneficiados —antes meros sujetos pasivos, según las concepciones individualistas propias del derecho privado— y a los medios de ejecución y defensa para los propietarios afectados: decisiones políticas y procedimientos administrativos, al margen de las impugnaciones por la vía judicial. La Ley del 6 de enero excluyó al Poder Judicial del conocimiento de las controversias que tuvieran por objeto la propiedad territorial, dejándolas, en primera instancia, en manos de una comisión agraria local, que era presidida por el gobernador del estado o entidad federativa, y después en las del presidente de la República, que podía desconocer o ratificar lo dicho por la comisión.

Un par de años más tarde, esta ley fue elevada a rango constitucional, al ser integrada en el artículo 27 de la nueva Constitución revolucionaria. En una de sus fracciones se reconocían, como sujetos titulares de derecho, los condueñazgos, rancherías, pueblos y congregaciones. Asimismo, la Constitución de 1917 decretó también una serie de derechos básicos de los trabajadores, sin

abandonar el principio de libertad del trabajo como garantía constitucional en el artículo 5. Tal era la cantidad de cuestiones que planteaba el derecho laboral que se estableció un capítulo especial — el artículo 123— en el que, entre otras innovaciones, se reconocían formalmente los derechos de asociación de la clase obrera. Además, se establecieron las Juntas de Conciliación y Arbitraje para la resolución de los conflictos entre el capital y el trabajo. Las juntas, en su versión original, no eran autoridades; se pretendía que fueran árbitros y que sus laudos fueran aceptados por ambas partes, de modo tal que el Poder Judicial sólo dispusiera su ejecución. Previsiblemente, hubo muchas dudas y controversias sobre los poderes concretos que tenían las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

En 1924 la Suprema Corte resolvió que las Juntas de Conciliación eran verdaderas autoridades y que, por lo tanto, sus laudos tenían el carácter de auténticas sentencias, con lo que se consolidó una nueva vía de conocimiento y planteamiento de los problemas laborales. Poco a poco, la Corte comenzó a dar preferencia a los entes colectivos. En materia agraria, por ejemplo, durante los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Constitución hubo muchas dotaciones y restituciones que fueron anuladas por la vía del juicio de amparo, lo cual puso en crisis el manejo político de los asuntos agrarios. A partir de 1927, sin embargo, la justicia federal comenzó a desoír los reclamos de los propietarios. Esta tendencia culminó en una reforma del artículo 27 en 1934, en la que se estableció que “los propietarios individuales afectados por una decisión de las comisiones, una decisión dotatoria o restitutoria no tienen derecho a recurso alguno ni a juicio de amparo”. Por lo que toca a los derechos de los trabajadores, también se impugnó el derecho de los patrones afectados a acudir al amparo, y en un momento dado se llegó al extremo de desconocer los derechos individuales de trabajadores que pretendían ventilar sus reclamos al margen de las organizaciones sindicales. Podemos hablar, en este momento, de un proceso de socialización o colectivización en el derecho.

Hay muchos ejemplos interesantes de esto, no sólo en la legislación y en la jurisprudencia, sino también en los trabajos de los estudiantes

de la época. Las tesis que se escribieron para obtener el título de abogado después de la lucha armada, tanto en la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad Nacional, como en las distintas escuelas de jurisprudencia estatales y en la Escuela Libre de Derecho, son muy interesantes en este sentido. Muestran que tanto los jóvenes alumnos como sus maestros formados en la tradición anterior estaban ya muy conscientes de los problemas creados por el individualismo exacerbado del siglo XIX.

En 1920 regresó a México Emilio Rabasa, el gran jurista que había estado exiliado en Nueva York desde 1914 (aunque allí siempre estuvo atendiendo asuntos, asesorando —con gran discreción— a sus socios, que tenían un despacho en la calle de Uruguay en la Ciudad de México). Rabasa era un hombre discreto, al que no le interesó tratar las cuestiones de las garantías sociales establecidas por la Constitución de 1917. Decía, por ejemplo, que el artículo 27 era un manual de propiedad inserto en una Constitución política, esto es, que no era propiamente un precepto jurídico, sino más bien una pieza doctrinal insertada en la ley fundamental. Lo mismo sostenía para el derecho laboral. No obstante, cuando estaba en Nueva York, Rabasa había criticado ciertas decisiones de la Corte norteamericana, a la que tanto admiraba. Como afirmó en su magnífico libro, *El juicio constitucional*, la Suprema Corte de Estados Unidos, como máxima intérprete de la Constitución, había echado abajo, por vía de la revisión judicial (el *judicial review*), muchas leyes de los estados de la federación norteamericana —150 hasta 1910, según las estadísticas de Rabasa—, con las que se pretendía resolver serios problemas industriales. Rabasa ponderó las implicaciones de que, con base en los criterios individualistas de una Constitución de finales del siglo XVIII, los jueces anularan estas normas, dejando al Estado impotente frente a los serios problemas sociales, colectivos, que habían surgido con la industrialización. El derecho, alegaba Rabasa, debía actualizarse por medio de la ciencia social.

A pesar de estas reflexiones, Rabasa, al regresar a México e impartir cursos, no se ocupó del más novedoso derecho industrial, que en los años veinte se empezó a enseñar en la Escuela de Jurisprudencia (destacándose un joven profesor llamado Vicente Lombardo

Toledano). Sin embargo, aunque Rabasa no abordó las garantías sociales en su clase de Derecho constitucional en la Escuela Libre de Derecho, algunos alumnos suyos, como Alberto González Salceda, sí se ocuparon en sus tesis del llamado *police power*, es decir, de la intervención inevitable del Estado en la solución de los conflictos suscitados por la transformación vertiginosa de la economía y las crecientes desigualdades sociales. Salceda proponía que la Suprema Corte, los jueces y las autoridades tomaran decisiones de política social más beligerantes, y usaran el “poder de policía” —que también se puede traducir como “potestad pública”— para taladrar la cortina de una presa que estaba por reventar como resultado de transformaciones de gran calado, y que no podía seguir sosteniéndose con el apoyo de criterios individualistas. Es notable que la tesis de Salceda contenga una carta-prólogo del propio Rabasa, en la que reconoció la agudeza de su alumno a la hora de analizar esta nueva potestad.

Dos años después, un ilustre alumno de la Escuela Libre de Derecho, Felipe Tena Ramírez, presentó una tesis muy interesante titulada “La función del derecho: del individualismo al socialismo”, basada sobre todo en el constitucionalismo francés y en la doctrina de Léon Duguit, un profesor que no reconocía la división entre derecho público y privado, y que consideraba lo jurídico como un fenómeno en el que se debía poner de manifiesto la solidaridad social. El trabajo de otro joven profesor de la Libre, Teófilo Olea y Leyva, quien posteriormente fue ministro de la Corte, también se centró en la función social del derecho. En su libro *La socialización en el derecho*, publicado en 1933, aplaudió la Constitución de la República española de 1931, la cual, además de reconocer derechos colectivos, incorporó el derecho de amparo entre sus principios, en buena medida gracias a la asesoría del abogado mexicano Rodolfo Reyes, que se había refugiado en España desde 1914.

Todos estos abogados veían grandes ventajas en el amparo. Reyes decía, por ejemplo, que el amparo era una tradición con una raigambre española clarísima que había fructificado en México, y consideraba había que preservar sus virtudes. Aunque estaba convencido de las virtudes del nuevo derecho social —con lo que

hacía una crítica a la postura individualista que había asumido en su juventud—, le preocupaba lo que sucedía en México por la forma en que se estaba limitando el derecho de amparo de una parte de la sociedad, las clases propietarias, para favorecer a los ejidatarios, a las comunidades agrarias y a los obreros. Estas exclusiones de clase le parecían muy peligrosas. Sobre todo durante el gobierno del general Cárdenas, hubo una clara tendencia a restringir el derecho de amparo de aquellos que no estaban identificados con las tendencias revolucionarias y a promover una “interpretación revolucionaria de las leyes”, lo cual llevó a la supresión del principio de inamovilidad judicial, consagrado por la Constitución de 1917 como la principal garantía de la independencia de los jueces.

Desde su campaña presidencial, en efecto, Lázaro Cárdenas había insistido en la necesidad de llevar a los tribunales federales —comenzando por la Suprema Corte— a personas claramente identificadas con los principios revolucionarios. Así, lo primero que hizo al llegar a la presidencia fue ampliar el número de magistrados a 21, y nombrar como ministros a hombres recomendados por corporaciones laborales y sindicatos de abogados. Esto provocó un gran descontento entre muchos litigantes, dado que estos sindicatos de abogados habían surgido como contrapartida a la Barra de Abogados, heredera del Colegio de Abogados, de origen colonial, y que ideológicamente era un órgano muy conservador. La política de la justicia implementada por el general Cárdenas buscó entonces la desindividualización del derecho de amparo. Si antes había sido un recurso individualista, ahora debía darse preferencia a las entidades colectivas, tanto en la titularidad de los derechos reclamados como garantías constitucionales, como en la integración de los órganos jurisdiccionales.

En este contexto fueron publicadas algunas ejecutorias muy interesantes. Hay un caso paradigmático en 1934. Se trata de un juicio de amparo que empieza en 1931 y llega a revisión a la Suprema Corte tres años después, en el que se discutía la personalidad jurídica de los sindicatos. La ejecutoria, publicada en el tomo 41 del *Semanario Judicial*, que ponía fin al juicio promovido por Joaquín Lara y agraviados, decía:

Las instituciones, las asociaciones como los sindicatos, para la defensa de los derechos de los trabajadores, no constituyen sociedades regidas por los cánones del derecho civil ni por la legislación mercantil [...] son corporaciones de orden político protegidas por el derecho industrial, en las que cada uno de sus miembros disfruta de todos los beneficios obtenidos por ellas y soporta los perjuicios inherentes a las actividades de las propias agrupaciones, sin que por lo mismo éstas tengan una personalidad legal distinta de cada uno de los miembros que las componen, ya que conforme al texto constitucional invocado, en el artículo 123, dichos miembros se unen precisamente para la protección y defensa de sus derechos y no hay precepto legal alguno que les confiera personalidad moral.

Lo que puede verse aquí es la fusión de los individuos en las corporaciones sindicales: se alega que fuera de la corporación sindical no tenían derechos y que ésta había absorbido a las personas individuales que las componían. Es difícil pensar en un mejor ejemplo de la sustitución del individualismo por el colectivismo jurídico.

Otro caso muy interesante de la misma época es una decisión de la Corte negando la suspensión de un acto reclamado, en un caso vinculado al artículo tercero constitucional, que había sido reformado para establecer que la educación sería “socialista”. La ejecutoria dicta:

[...] si por orden del gobernador del estado —en este caso es el estado de Nuevo León—, se exige a los estudiantes que pretendan inscribirse como alumnos en las facultades establecidas en el mismo estado, la credencial que los acredite como miembros de la Federación de Estudiantes Socialistas de la propia entidad federativa, en la ejecución de estos actos están interesados el Estado y la sociedad, ya que conforme al artículo 3º constitucional, la educación que imparta el Estado será socialista y dicha disposición tiende a hacer efectivo lo establecido en aquel precepto constitucional y es bien sabido que sociedad y el Estado están interesados en que se cumplan los preceptos constitucionales porque ellos norman la estructura y establecen las bases de las instituciones y por lo tanto debe negarse la suspensión contra los actos de que se trata.

El amparo había sido pedido por un estudiante de 18 años, el joven Santiago Roel, quien más tarde se convertiría en un ilustre jurista y sería también secretario de Relaciones Exteriores, de 1976 a 1978. Roel pretendía inscribirse en la Universidad de Nuevo León para estudiar derecho, y para ello se le exigía la pertenencia a una

asociación socialista. Sobre el derecho del individuo a la educación, la Corte sostuvo la legalidad que el Estado había impuesto a los estudiantes de la Universidad de Nuevo León —en este caso, la obligación de pertenecer a una corporación con determinadas tendencias ideológicas—. Para este momento, más que una socialización del amparo, lo que estaba teniendo lugar era su “estatización”: se estaba conformando todo un régimen estructurado bajo una lógica corporativa. No es de extrañar, en este sentido, que el Partido de la Revolución Mexicana fuera creado precisamente en este momento y que su militancia fuera integrada forzosamente en alguno de los grandes sectores que lo conformaban: el popular, el militar, el campesino y el obrero.

BIBLIOGRAFÍA

- Lira, Andrés, “Los derechos del hombre, las personas morales y el juicio de amparo en los albores del siglo xx”, en Jaime del Arenal Fenochio y Elisa Speckman Guerra (coords.), *El mundo del derecho. Aproximaciones a la cultura jurídica novohispana y mexicana (siglos XIX y XX)*, UNAM / Porrúa / Escuela Libre de Derecho, México, 2009, pp. 121-171
- _____, “Del realismo sociológico a la realidad profesional. La Escuela Nacional de Jurisprudencia en el periodo de 1902-1929”, en Álvaro Matute Aguirre (coord.), *La UNAM en la historia de México*, t. III. *Autonomía*, UNAM, México, 2011, pp. 203-242.
- _____, “Del individualismo a la socialización del amparo, 1900-1935”, en Andrés Lira y Elisa Speckman (coords.), *El mundo del derecho*, vol. II. *Instituciones, justicia y cultura jurídica*, UNAM / Escuela Libre de Derecho, México, 2017, pp. 367-393.

OLIVER WENDELL HOLMES, LOUIS D. BRANDEIS Y LA TRANSFORMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE DURANTE LA ERA PROGRESISTA *

G. Edward White

LA "ERA PROGRESISTA"

Los historiadores estadounidenses han considerado, convencionalmente, que la "Era Progresista," el periodo de mayor influencia del movimiento del mismo nombre, va de 1900 hasta el fin de la Primera Guerra Mundial. No obstante, en lo que hace a los temas jurídicos y constitucionales, esta era comprende en realidad las primeras cuatro décadas del siglo **XX**. Cuando se consideran las actitudes sobre la ley y la administración de justicia, se advierte que estas décadas conforman un periodo en el que la modernidad, o mejor dicho, las actitudes modernistas con respecto a la ley, la administración de justicia y la acción del gobierno, emergieron gradualmente como una alternativa a las costumbres, prácticas y actitudes "premodernas", convirtiéndose eventualmente en elementos bien arraigados de la cultura estadounidense.

¿A qué me refiero con "modernidad"? Defino *modernidad* como la presencia de ciertos rasgos políticos, sociales y económicos en la vida estadounidense: la renovación de la democracia representativa, manifiesta en la extensión del voto a las mujeres y a los antiguos esclavos, así como en la elección directa de los senadores, la iniciativa ciudadana, el referéndum y la revocación de mandato; el colapso de las jerarquías tradicionales de clase y estatus, acompañado del surgimiento de actitudes secularizadas y criterios "meritocráticos" en la educación superior y las profesiones; una mayor movilidad geográfica y social; la consolidación del capitalismo industrial avanzado y el crecimiento de la urbanización; y el predominio de la ciencia como el método más acreditado de indagación intelectual, capaz de desplazar, en gran medida, a la religión. En 1900 ninguno

de estos elementos se había consolidado por completo; mas para 1940 su afianzamiento era irreversible.

¿A qué me refiero con “modernismo”? A un conjunto de actitudes que indican un cambio fundamental en la comprensión de las fuerzas capaces de provocar un cambio en los asuntos humanos y el curso de las sociedades. El paso de la supuesta primacía de agentes causales como Dios, la naturaleza, el curso cíclico de la historia, el rango y el estatus social, y los principios fundacionales de gobierno, que tradicionalmente se asumían como determinantes del presente y el futuro de las sociedades humanas, a la idea de que los seres humanos detentan poder y ejercen su voluntad sobre sus propias vidas. Gracias a esta nueva cultura, las explicaciones religiosas fueron reemplazadas por explicaciones seculares, producto de la observación científica y el análisis humano; las “fuerzas de la naturaleza”, que alguna vez fueron vistas como omnipotentes, empezaron a ser vistas como susceptibles de control por parte de los seres humanos; el curso de la historia se reinterpretó como una trayectoria cambio cualitativo ascendente, en la que el futuro representaba una “mejoría” con respecto al pasado, y ya no una serie de ciclos repetitivos de nacimiento, madurez y deterioro, como los del cuerpo humano; el rango y estatus social se concibieron como fluidos y maleables, y no fijos; y los actos de gobierno se pensaron como un producto de acciones humanas deliberadas, y ya no como el resultado inevitable de la inclinación natural del hombre a la demagogia, la tiranía y la inmoralidad.

Considero que las actitudes culturales que fueron desplazadas durante las primeras cuatro décadas del siglo **XX** eran premodernas. Dentro del imaginario tradicional, la ley era considerada como una fuerza causal poderosa, que ocupaba un lugar importante junto a la religión, el estatus, los patrones cíclicos de la historia y la naturaleza. Se concebía como una colección imperecedera de principios fundamentales que estaban siempre disponibles para resolver las controversias jurídicas que fueran presentándose. Los jueces eran considerados, en este sentido, como simples funcionarios que “encontraban”, “declaraban” y aplicaban estos principios a los casos concretos. Por ello la jurisprudencia estadounidense premoderna distinguía entre la autoridad de las fuentes legales y la de sus

intérpretes: los jueces tenían la misión de discernir y aplicar los principios legales, pero sus decisiones podían ser “incorrectas” y, por lo tanto, desestimadas una vez que el error en la interpretación o en la aplicación del principio legal fuera revelado por una decisión posterior.

La jurisprudencia estadounidense premoderna, entonces, se fundaba sobre ciertos supuestos. La Constitución era una fuente imperativa de derecho y sus disposiciones plasmaban principios fundamentales de gobierno. La Constitución podía “adaptarse” a nuevos casos y controversias, pero su significado no cambiaba necesariamente: los jueces sólo reafirmaban los valores fundamentales plasmados en las cláusulas constitucionales al recurrir a ellas para tomar decisiones judiciales. Los jueces no eran legisladores; simplemente “encontraban” y aplicaban principios preexistentes. Eran “guardianes” de los derechos de cada ciudadano ante las transgresiones de los legisladores o los miembros del Ejecutivo, puesto que la Constitución les encomendaba dicha tarea y además los autorizaba para interpretar sus disposiciones. La tarea interpretativa de los jueces, como la definió un ministro de la Suprema Corte en un discurso de 1893, consistía en asegurarse de que las “acciones populares” no “transgredieran el derecho y la justicia tal y como están plasmados en las constituciones escritas y en la ley natural”.

Junto al avance de la modernidad durante las primeras décadas del siglo **XX**, el crecimiento demográfico, la industrialización y la urbanización crearon nuevos problemas sociales, desde accidentes en las industrias, minas, ferrocarriles y tranvías, hasta problemas de salud pública producto del hacinamiento, la falta de condiciones sanitarias y la contaminación del agua y los alimentos. En respuesta, las legislaturas estatales y los gobiernos federal y locales buscaron regular la actividad económica y redistribuir los beneficios obtenidos por las empresas. Estas medidas fueron impugnadas ante los tribunales bajo el argumento de que invadían las “libertades” de los patrones y trabajadores reconocidas por la cláusula del debido proceso de la Constitución (“ningún Estado privará a nadie de su vida, de su libertad o de su propiedad sin que se haya seguido el debido proceso legal”). Dado que ciertas decisiones judiciales interpretaron esta

cláusula como la encarnación de principios fundamentales de economía política —como la “libertad” de empleadores y empleados de establecer los términos de su relación laboral sin la interferencia indebida del Estado— el papel de los jueces como guardianes de la ley entró en conflicto directo con las nuevas actitudes sobre el papel del gobierno, que eran resultado de los cambios políticos y económicos asociados con la modernidad.

Este conflicto tuvo lugar precisamente en el momento en que el movimiento progresista se volvió más influyente en la política estadounidense, promoviendo esfuerzos legislativos y administrativos para que el gobierno respondiera a problemas sociales mediante acciones regulatorias o redistributivas. Puesto que muchas de las leyes y las regulaciones administrativas que fueron impugnadas ante el Poder Judicial a principios del siglo **XX** fueron impulsadas por funcionarios que se identificaban como “progresistas”, el conflicto ha sido descrito como un enfrentamiento entre los progresistas y los tribunales. Puede entenderse mejor, sin embargo, como una estrategia de presión por parte de los funcionarios en contra del papel tradicional de los jueces como guardianes de principios legales inamovibles, una estrategia cuya inspiración última era la creencia en el poder de la acción humana para resolver los problemas que habían surgido con la modernidad.

DESAFÍOS CONSTITUCIONALES
A LA LEGISLACIÓN “PROGRESISTA”

Durante las primeras cuatro décadas del siglo **XX**, la Corte Suprema de Estados Unidos se ocupó regularmente de dos clases de controversias constitucionales. En primer lugar, la Corte analizó muchos casos en los que las legislaturas estatales, y en ocasiones el Congreso federal, habían recurrido al “poder de policía” (*police power*) para proteger la salud, seguridad y moralidad de la población. En segundo, la Corte abordó asuntos derivados de los esfuerzos de estos mismos actores para regular ciertas formas de expresión que supuestamente tendían a subvertir la autoridad del estado. De esas controversias surgió, con el tiempo, una nueva forma de interpretación constitucional, desde la

cual los jueces analizarían las decisiones de otras ramas de gobierno en consonancia con las nacientes actitudes modernistas hacia la ley y la administración de justicia. Los jueces (*justices*) Oliver Wendell Holmes y Louis Brandeis fueron miembros de la Corte durante estas décadas: el primero de 1902 a principios de 1932, y el segundo desde 1916 hasta su jubilación en 1939. Tanto Holmes como Brandeis estuvieron involucrados en el surgimiento de esta postura, que no se volvió ortodoxa sino hasta después de que ambos salieron de la Corte.

*Litigios relacionados con leyes estatales
fundadas en el poder de policía*

Desde la década de 1880, la Suprema Corte de Estados Unidos comenzó a interpretar la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda como una limitación sustantiva al poder de las legislaturas para restringir la “propiedad” o las “libertades” en aras de la promoción de la salud, la seguridad o la moralidad. Las decisiones de la Corte no llegaron al extremo de concluir que cualquier ejercicio del poder de policía era inconstitucional. Más bien, buscaron establecer distinciones entre el ejercicio permisible y el uso inaceptable de dicho poder. La postura de la Corte en tales casos, como lo resumió el juez William Howard Taft en una decisión de los años veinte, consistía en “delinear la frontera” entre el ejercicio legítimo del poder de policía, y la invasión ilegítima de los derechos privados. En una serie de casos sobre el poder de policía y el debido proceso, las mayorías de la Corte invalidaron este poder en algunas ocasiones y lo sostuvieron en otras.

El caso *Lochner v. New York* fue un ejemplo notable y para nada inusual de esta tendencia. En esta decisión la mayoría de la Corte invalidó una ley estatal que buscaba limitar, por motivos de salud pública, el número de horas que los panaderos podían trabajar cada día. Los jueces de la mayoría argumentaron que la ley interfería de forma inconstitucional con la “libertad” de los trabajadores y sus patrones para establecer los términos del empleo, una doctrina mejor conocida como la “libertad de contrato”. Sin embargo, la Corte no

siempre llegó a la misma conclusión en otros casos sobre el poder de policía y el debido proceso. Hubo casos en los que la Corte ratificó estatutos similares por tratarse de medidas de salud, como el juicio en el que se validó una ley de Oregon que limitaba el horario laboral de las trabajadoras de lavanderías y otros establecimientos.

En estos casos sobre el poder de policía y el debido proceso, la mayoría de la Corte asumió que su tarea consistía en revisar estrictamente las decisiones de otras ramas del gobierno, bajo la premisa de que el Poder Judicial debía ser el guardián de las libertades individuales reconocidas por la Constitución. Esta postura se basaba en premisas premodernistas. Primera: que la cláusula del debido proceso de la Constitución protegía principios fundamentales de gobierno, especialmente el de que los individuos gozaban de algunas libertades básicas que no podían ser restringidas por las autoridades salvo cuando existiera una justificación convincente, como la promoción de la salud o la seguridad públicas. La segunda: que el poder judicial tenía la facultad de declarar tales principios y aplicarlos a los casos concretos, en su papel de intérprete de la Constitución. La tercera premisa establecía que al interpretar disposiciones constitucionales abiertas, como la “libertad” prescrita en la cláusula del debido proceso, la insistencia en ciertos principios de economía política (como el de no intervención estatal en la “libertad de contrato” de los empleados y empleadores) no significaba que los jueces estuvieran imponiendo sus teorías económicas sobre la Constitución: los jueces sólo extraían los principios fundamentales plasmados en sus disposiciones. A lo largo de las dos primeras décadas del siglo **XX**, numerosos comentaristas criticaron las decisiones de la Corte en estos casos utilizando argumentos de políticas sociales, pero pocos consideraron que la postura de guardián que adoptaba la Corte en tales casos —en los que “delimitaba” fronteras y equiparaba la “libertad” con la “libertad de contrato”— fuera ilegítima.

Holmes y los casos sobre el poder
de policía y el debido proceso

Hubo un juez de la Suprema Corte que sí cuestionó esta postura de la Corte desde la decisión del caso *Lochner* en 1905. En aquel momento, Oliver Wendell Holmes estaba en su tercer año en el tribunal, pues había sido nombrado por Theodore Roosevelt en 1902 para cubrir el “asiento de Nueva Inglaterra”, que había sido ocupado hasta 1901 por el juez Horace Gray, nativo, como Holmes, de Massachusetts. Entre la renuncia de Gray y el nombramiento de Holmes, el presidente William McKinley había ofrecido el cargo a otro jurista de Massachusetts, el abogado bostoniano Alfred Hemenway. Éste había aceptado la oferta, pero McKinley fue asesinado antes de que se anunciara esta nominación y el vicepresidente Theodore Roosevelt no se sintió obligado a mantener la decisión de su predecesor. En esta época la geografía era una consideración importante para los nombramientos de la Suprema Corte, pues los jueces eran asignados a los distintos “circuitos” de tribunales federales de menor jerarquía, a fin de escuchar impugnaciones a sentencias de las cortes federales de distrito durante la primavera y el otoño. Como todos tenían que desempeñar estas tareas de “circuito”, se creía conveniente que los jueces de la Corte asignados a ciertas regiones provinieran de ellas. En consecuencia, el sucesor de Gray debía provenir de un circuito judicial que incluía los estados de Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island y Connecticut, entre los cuales Massachusetts contaba con el mayor número de abogados.

Holmes había llamado la atención de Roosevelt en 1895, cuando dio un discurso por el Día de los Caídos —la fecha en que los estadounidenses conmemoraban a los soldados muertos durante la Guerra Civil— intitulado “La fe del soldado”, en el que describió la “fe con la que un soldado sacrifica su vida” por una “creencia ciega” como “verdadera y adorable”. Holmes era un veterano de la Guerra Civil, y Roosevelt, que tres años después asumiría la jefatura de un regimiento de voluntarios durante la guerra contra España, tenía una visión heroica del servicio militar. El senador más joven de Massachusetts, Henry Cabot Lodge, era un viejo amigo de Holmes y un íntimo de Roosevelt, y persuadió a este último para que nombrara a Holmes, quien entonces era presidente de la Suprema Corte Judicial de Massachusetts, en la que había servido desde 1882. Holmes era

nominalmente republicano, aunque no militaba en la política y no estaba enamorado del movimiento progresista, con el que Roosevelt, como presidente, había llegado a identificarse. El único asunto que era crucial para Roosevelt, en el momento en que nominó a Holmes, era si Estados Unidos tenía la obligación constitucional de otorgar a los residentes de sus territorios de ultramar (que incluían a Filipinas y Puerto Rico) todos los derechos constitucionales de los que gozaban los residentes domésticos. Roosevelt consideraba que el Estado no tenía esta obligación y Holmes coincidía con él, pues estaba convencido de que las naciones, como entidades soberanas, tenían el derecho a establecer políticas para proteger su seguridad.

No pasó demasiado tiempo, sin embargo, antes de que el desempeño del juez recién nombrado decepcionara a su promotor. Uno de los principales objetivos de la administración de Roosevelt era el desmantelamiento de monopolios y oligopolios, que normalmente se formaban a través de fusiones corporativas y de la constitución de *holdings*, es decir, sociedades administradoras del patrimonio de otras compañías. El Congreso había aprobado la Ley Antimonopolio Sherman en 1891, que declaraba abiertamente ilegal “cualquier contrato, combinación... o conspiración que restringiera el comercio entre los distintos estados”. La administración de Roosevelt trató de aplicar esta ley en contra de la Northern Securities Company, una sociedad tenedora que poseía acciones de compañías ferrocarriles rivales. Esa compañía era claramente una “combinación” y a todas luces afectaba el comercio interestatal. Sin embargo, ¿cuándo podía decirse que una sociedad estaba “restringiendo” el comercio? El problema era que, de aplicarse literalmente la ley, cualquier “combinación” de empresas involucradas en el comercio interestatal podría ser desmantelada por el gobierno. Holmes consideró que éste sería un resultado pernicioso y buscó limitar la definición de la “restricción de comercio” bajo la Ley Sherman a situaciones que fueran ilegales según el derecho consuetudinario. Holmes pensaba que, de no seguirse este camino, “dos pequeños abarroteros” que se asociaran para colocar algunos de sus productos fuera de su estado podrían ser perseguidos con base en esta ley.

Con una mayoría de 5 contra 4, la Corte confirmó la acusación en contra de la Northern Securities Company, y Holmes escribió un voto disidente. Furioso, Roosevelt llegó a decir que se podía “sacar a un juez con más agallas de un plátano” y en su correspondencia describió a Holmes como “una amarga decepción”. Este incidente puso de manifiesto dos características del desempeño de Holmes dentro de la Corte. En primer lugar, este juez era en gran medida indiferente a las consecuencias políticas de sus decisiones: el enjuiciamiento de Northern Securities, con su alusión implícita al “desmantelamiento” de las compañías fiduciarias que poseyeran acciones de empresas competidoras, era considerablemente popular. En segundo, la postura de Holmes derivaba de sus convicciones jurisprudenciales, y no de su opinión sobre las políticas plasmadas en la legislación cuestionada constitucionalmente. No era partidario del progresismo (a pesar de haber sido nombrado por Roosevelt), pero su postura ante las reformas progresistas que le tocó revisar no estuvo determinada por la simpatía o antipatía que le inspiraban tales medidas. Curiosamente, Holmes fue aclamado como un héroe por los progresistas cuando se retiró de la Corte.

El voto disidente de Holmes en *Lochner* puede ilustrar este punto. Aunque el estatuto invalidado en ese caso se había presentado como una medida de salud, la mayoría de los jueces de la Corte rechazó esa caracterización, describiéndola como un intento de inmiscuirse en los términos de los contratos laborales, de fijar horas y salarios. Cinco magistrados votaron por la opinión de la mayoría y tres disintieron. Los que objetaron “delinearon la frontera” entre el recurso legítimo e ilegítimo al poder de policía, inclinándose por el primero, por considerar que los panaderos, expuestos al polvo de harina por largas horas, constituían una clase de trabajadores potencialmente vulnerable, que podía terminar siendo carga pública si su salud se deterioraba. Estos magistrados, al igual de quienes votaron con la mayoría, actuaban en el papel de “guardianes”. Holmes, sin embargo, disintió desde una postura diferente.

Holmes advirtió que la “libertad de contrato” no se mencionaba en la Constitución y sostuvo que era inapropiado que los jueces trataran de adecuar las disposiciones constitucionales a una u otra ideología

de economía política, fuera ésta paternalista o *laissez faire*. Holmes afirmó que la aprobación o desaprobación judicial de una teoría económica no tenía nada que ver con el derecho de la mayoría a plasmar sus opiniones en la legislación. El punto de partida para un juez encargado de revisar las leyes o políticas promovidas por las otras ramas de gobierno debía ser la deferencia, puesto que los otros poderes, al estar compuestos por funcionarios electos, representaban a las mayorías, y en principio se suponía que las leyes estaban hechas para el beneficio de éstas. Tal como sostuvo en su disenso en *Lochner*, Holmes consideraba que “la palabra libertad, plasmada en la Decimocuarta Enmienda, se pervierte cuando se utiliza para evitar el resultado natural de una opinión dominante, a menos que pueda afirmarse que el estatuto propuesto viola principios fundamentales, según han sido interpretados por las tradiciones de nuestro pueblo y nuestra legislación”. Para Holmes, la ley impugnada en *Lochner* no se hallaba en esa categoría, pues “[un] hombre razonable podría considerarla como una medida apropiada en términos de salud”.

Ningún otro juez se adhirió a la postura deferencial de Holmes respecto al poder de policía y ningún comentarista la respaldaría por al menos cinco años. Era inconsistente con el papel de guardián que se asignaba a la Corte. En lugar de aferrarse a esta concepción del papel de los jueces, el enfoque de Holmes presuponía que las legislaturas daban forma jurídica a los “resultados naturales de las opiniones dominantes”, y que, por lo tanto, las leyes debían ser sostenidas a menos de que infringieran “principios fundamentales... según las tradiciones de nuestro pueblo”. Esta reserva parecía preservar algunas dimensiones de la concepción tradicional, pues asumía que la Constitución contenía ciertos “principios fundamentales” que limitaban los alcances de la legislación y que los jueces podían discernir y aplicar al analizar impugnaciones constitucionales. No obstante, lo que Holmes estaba sugiriendo era que sólo podía invalidarse una disposición cuando sus objetivos chocaban directamente con un principio constitucional (por ejemplo, en el caso de una ley estatal que afectara directamente las obligaciones previstas en los contratos celebrados entre residentes del estado, la cual violaría sin lugar a dudas la cláusula de contratos de la

Constitución). Holmes parecía sugerir que la “libertad” de la que hablaba la cláusula del debido proceso no era una prohibición lo suficientemente específica como para crear conflictos indiscutibles con la legislación, sobre todo cuando los jueces interpretaban el término “libertad” de modo que significara fundamentalmente la “libertad de contrato”, una doctrina judicial que reflejaba en realidad una teoría económica específica.

Durante la primera y segunda décadas del siglo **XX**, y hasta principios de los años 1930, las controversias en torno al poder de policía y el debido proceso continuaron presentándose en la agenda de la Corte, y los magistrados, en decisiones por mayoría, siguieron “delimitando fronteras” e invalidando algunas leyes fundadas en el poder de policía mientras ratificaban otras. Holmes casi siempre respaldaba las decisiones de las mayorías legislativas, destacando, típicamente, que la doctrina de la “libertad de contrato” no se mencionaba en la Constitución. La principal excepción a esta postura deferente se dio en el caso de *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, en el que invalidó una ley de Pennsylvania que prohibía la minería subterránea de carbón, incluso cuando los poseedores de los derechos de explotación respectivos los habían conservado al vender el terreno. Holmes observó que la regulación del uso de suelo podía llegar “demasiado lejos” y convertirse en una verdadera expropiación. Al redactar la opinión de la Corte, Holmes afirmó que éste era uno de esos casos en que, si no se invalidaba esta ley, “desaparecerían las cláusulas de contrato y del debido proceso”.

Con su postura deferente en los casos sobre el poder de policía y el debido proceso, Holmes estaba comunicando ostensiblemente dos mensajes a quienes seguían las decisiones de la Suprema Corte. Uno era que él no comulgaba con la postura de “guardián” de sus colegas. El otro consistía en que normalmente votaba para mantener la legislación que regulaba actividades económicas y buscaba redistribuir beneficios económicos, limitando, por ejemplo, las horas de trabajo, o estableciendo salarios mínimos en ciertas industrias. La mayor parte de las leyes que Holmes ratificó en sus votos eran consideradas “progresistas”: recordemos que los simpatizantes de esta corriente política se entusiasmaban con la posibilidad de que el

gobierno actuara positivamente para resolver problemas sociales. Así, se ha interpretado a veces que Holmes compartía los intereses de los reformistas sociales de principios del siglo **XX** y que, por lo tanto, era un juez “progresista”.

Esta interpretación hace una lectura equivocada de Holmes, pues casi nunca apoyó, como teórico político o económico, la legislación que ratificó como juez. No creía que fuera deseable regular la actividad económica o redistribuir los beneficios económicos, aunque consideraba que tales “reformas” eran inevitables si las mayorías populares deseaban implementarlas. De todas las reformas sociales y económicas que los progresistas promovieron durante las primeras dos décadas del siglo **XX** —desde las leyes que fijaban horas de trabajo y salarios hasta la prohibición nacional de vender alcohol entre estados— la única que entusiasmaba a Holmes era la eugenesia, un movimiento para reducir el tamaño de las familias mediante el control de la natalidad, de modo que la “reproducción” fuera más selectiva y mejorara la inteligencia y salud de la población.

El principal mensaje que Holmes transmitió a través sus decisiones sobre el poder de policía y el debido proceso era que él se inclinaba por sustituir la postura de juez guardián por una más deferente ante las acciones de otras ramas del gobierno. No obstante, fueron muy pocos los comentaristas que discutieron este aspecto de su jurisprudencia durante los años en que formó parte de la Corte, puesto que la labor de guardián continuaba siendo la postura ortodoxa de casi todos los jueces que sirvieron junto a Holmes. La excepción fue Louis Brandeis. Sin embargo, aunque normalmente se piensa que Brandeis y Holmes se aliaban para decidir casos constitucionales, la manera en que Brandeis concebía la labor del juzgador era notablemente distinta a la de Holmes.

Brandeis y los casos sobre el poder
de policía y el debido proceso

Brandeis fue nombrado miembro de la Corte por Woodrow Wilson en 1916, después de haberle servido como asesor informal durante su primer periodo como presidente, que comenzó en 1912. Durante la mayor parte de su carrera, Brandeis ejerció la profesión en Boston y a

menudo se involucró en asuntos públicos. Después de fundar un exitoso y lucrativo despacho, prefirió concentrarse en temas de reforma municipal, representando frecuentemente a consumidores u otros actores perjudicados por la concentración del poder económico. Brandeis fue parcialmente responsable de algunas medidas legislativas de la primera administración de Wilson, como la creación de la Comisión Federal de Comercio y la Oficina de la Reserva Federal. Durante la primera década del siglo **XX** escribió dos libros: *Los negocios, una profesión* y *El dinero de otras personas y cómo lo utilizaron los bancos*, que lo identificaron como un partidario de la regulación de las grandes empresas. Su nominación para la Corte fue criticada por algunos intereses del *establishment*, incluyendo a miembros del Colegio de Abogados, quienes lo presentaron como una personalidad demasiado conflictiva para la Corte. El antisemitismo también tuvo un papel en la oposición a Brandeis: fue el primer juez de ascendencia judía nominado a la Corte. Su proceso de confirmación duró casi dos meses, algo muy inusual en una época en que las nominaciones se confirmaban frecuentemente con un voto a mano alzada en el Senado.

La actitud de Brandeis hacia los temas sociales y políticos durante su estancia en la Corte fue, en ciertos aspectos, opuesta a la de Holmes. Mientras que éste se distanciaba de la política, negándose a leer los periódicos y dedicando sus vacaciones a leer libros sobre temas no jurídicos y escribir cartas a sus amigos, Brandeis le prestaba gran atención a las discusiones políticas e invariablemente tenía una opinión firme sobre los temas del momento. Algunos años después de haberse integrado a la Corte, Brandeis entabló una relación con Felix Frankfurter, profesor en la Escuela de Derecho de Harvard desde 1913, quien también se escribía con Holmes. Brandeis depositaba fondos en una cuenta para que Frankfurter utilizara ese dinero en favor de ciertas causas progresistas. La apertura de dicha cuenta obedeció inicialmente al deseo de Brandeis de ayudar a Frankfurter con los fuertes gastos relacionados con la frágil salud emocional de su esposa (quien visitaba médicos todo el tiempo y en ocasiones tenía que ser hospitalizada). Esta cuenta, sin embargo,

también permitió a Brandeis apoyar causas que no podía defender públicamente como juez.

En los casos sobre el poder de policía y el debido proceso, la posición de Holmes correspondía a su concepción sobre el papel que debía asumir la Corte al revisar las decisiones de otros poderes. La postura de Brandeis reflejaba su opinión acerca de la ley en cuestión, que normalmente era favorable. Sin embargo, Brandeis recurrió a una serie de argumentos legales a favor de la legislación fincada en el poder de policía, uno de las cuales coincidía con la visión de Holmes: según Brandeis, cuando la Corte dotaba a las disposiciones constitucionales abiertas con un contenido sustantivo, como sucedía con la doctrina de “libertad de contrato”, lo que estaba haciendo era usurpar ilegítimamente el poder que tenían las mayorías legislativas para promover políticas. Cabe destacar que la deferencia judicial no era el único fundamento de su apoyo a la legislación progresista: Brandeis recurrió con frecuencia a datos sociológicos y económicos para demostrar que una propuesta legislativa era una respuesta comedida y razonable a un problema social.

Brandeis podía ser notablemente decidido en su manera de abordar impugnaciones a leyes regulatorias. Durante las primeras dos décadas del siglo **XX**, la Corte recurrió con frecuencia a lo que terminó por llamarse la doctrina de la “cláusula inactiva de comercio interestatal”, que impedía que los estados aprobaran disposiciones favorables a empresas locales en contra de intereses rivales radicados en otros estados, cuando tales disposiciones afectaban negativamente el comercio interestatal. Los casos sobre esta cláusula se plantearon ante la Corte con preguntas similares a las que se utilizaban en los asuntos sobre el poder de policía y el debido proceso: la Corte tenía que distinguir entre las leyes que tenían efectos sobre el comercio interestatal pero eran defendibles en términos del poder de policía, y las leyes (inconstitucionales) cuyo objetivo real era favorecer a las empresas locales en contra de sus competidoras asentadas en otros estados.

En uno de estos casos, la legislatura de Oregon aprobó una ley que requería que las cajas utilizadas para transportar las moras que crecían en el estado tuvieran un cierto tamaño y forma. Aunque esta ley había

sido adoptada como una medida de salud, fue impugnada por algunos fabricantes de cajas del estado de California —cuyas cajas, hechas de madera de secoya, no podían adecuarse a las especificaciones de Oregon—. Los demandantes alegaron que estas regulaciones equivalían a un arancel proteccionista y que, por lo tanto, violaban la cláusula de comercio. Brandeis le pidió a su asistente que hiciera una investigación sobre las cajas de Oregon, y éste descubrió que sus requisitos de forma y tamaño no contribuían a la seguridad o a la facilidad de traslado. Su único objetivo parecía ser evitar que las cajas manufacturadas con secoyas se utilizaran en el estado. Cuando el asistente reportó esta información a Brandeis (quien invariablemente se interesaba en los aspectos factuales de cada caso), éste decidió ignorar la información y votó por ratificar la ley. Brandeis hizo esto porque creía que la reforma económica debía llevarse a cabo a nivel local y estatal, y no a nivel federal, tanto por la escala de las economías como por su visión de los estados como “laboratorios” para llevar a cabo experimentos de ingeniería social. Este episodio revela que las decisiones de Brandeis rara vez eran desinteresadas.

Casos de libertad de expresión

Partiendo de premisas tan diferentes, Holmes y Brandeis terminaron por adoptar una posición similar en numerosos litigios constitucionales decididos entre 1916 y 1931. Los casos más visibles, en los que su postura los identifica más claramente con la visión modernista de la administración de justicia, fueron los que hemos mencionado, sobre el poder de policía y el debido proceso, así como los casos derivados de distintos intentos legislativos de criminalizar ciertas formas de expresión, los cuales fueron impugnados con base en la cláusula de libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda. Estos asuntos son interesantes porque aquí Holmes y Brandeis se mueven de una postura de presunta deferencia a la legislación a otra muy distinta, que si bien no era la de revisores guardianes, tampoco exigía mostrar deferencia en todos los casos.

Mientras coincidieron en la Corte, Holmes y Brandeis normalmente votaron juntos en casos sobre el poder de policía y el debido proceso, apoyando a la mayoría que ratificaba una ley, o disintiendo cuando la invalidaban. Hubo algunas excepciones a esta tendencia (como cuando Brandeis rechazó la opinión de Holmes en *Mahon*, sosteniendo que un estatuto de Pennsylvania era una medida apropiada para promover la salud pública y seguridad), pero no eran frecuentes. En esta clase de casos, ambos jueces decidían lo mismo pero diferían en cuanto al fundamento de sus posturas compartidas. En los casos sobre libertad de expresión, sin embargo, la base jurisprudencial de las posturas de Holmes y Brandeis era similar. Ambos consideraban que las restricciones mayoritarias a la libre expresión, a diferencia las que se imponían a la actividad económica, sí constituían violaciones a un principio fundamental: el derecho de los ciudadanos a expresarse libremente, incluso cuando sostenían ideas impopulares. En sus decisiones sobre la libre expresión, Holmes y Brandeis articularon distintas razones a favor de la importancia fundamental de protegerla. En la medida que estas razones comenzaron a tener eco en los años 1930 y 1940, la visión de la Corte como guardiana comenzó a ser reemplazada por otra concepción diferente.

Tanto Holmes como Brandeis estaban en la Corte en 1919, cuando se inauguró la era moderna de la jurisprudencia sobre la libertad de expresión. Esta comenzó cuando el Congreso aprobó dos estatutos, la Ley de Espionaje de 1917 y la Ley de Sedición de 1918, que sancionaban la participación en actividades que tendieran a socavar el esfuerzo militar de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, o que desprestigiaran al gobierno de este país. Con base en estas leyes, el gobierno acusó a individuos que habían repartido folletos oponiéndose a la guerra y a la conscripción, así como a otras personas que publicaron discursos críticos de la participación de Estados Unidos en la guerra y a quienes distribuyeron volantes exhortando a los trabajadores de una fábrica de municiones a no respaldar el apoyo gubernamental a las fuerzas contrarrevolucionarias en Rusia, luego de que los bolcheviques habían tomado el control.

Todos los acusados fueron condenados y todos apelaron a la Suprema Corte. El componente de libertad de expresión de estos casos era nuevo, puesto que no se había aprobado ninguna legislación federal que restringiera la expresión política desde la promulgación de la Ley de Extranjería y Sedición de 1801. Esto significaba que la Corte no había considerado el impacto potencial de la Primera Enmienda (la cual sostiene que “El Congreso no podrá hacer ninguna ley que limite la libertad de expresión”) en una ley federal contra el activismo presuntamente subversivo. El gobierno federal argumentó que el tipo de expresiones que eran sancionadas por las leyes de Espionaje y Sedición podía ser castigado constitucionalmente, pues tendían a “producir males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir”.

La jurisprudencia sobre libertad de expresión era incipiente en las primeras décadas del siglo **XX**. No estaba claro si la prohibición de la Primera Enmienda aplicaba sólo en casos de censura previa por parte del gobierno, o también cuando, *ex post facto*, se castigaba un discurso. Tampoco era claro si existían restricciones constitucionales a la facultad de los estados para limitar la expresión, puesto que la Primera Enmienda se refería solamente al Congreso federal. Finalmente, no quedaba claro en qué consistía una “tendencia nociva” dentro de una forma de expresión: ¿había límites temporales o sustantivos a la relación entre una expresión y los males que el gobierno debía evitar?

Holmes y la lógica del “mercado de las ideas”
en los casos sobre libertad de expresión

Holmes redactó las opiniones de la Corte en tres de los primeros cuatro casos sobre libertad de expresión, y Brandeis se adhirió a ellas. En el primero de estos casos, Holmes, aparentemente, resolvió dos de las interrogantes de la jurisprudencia de la Corte sobre la Primera Enmienda. Holmes declaró que, si bien el objetivo inicial de la enmienda podía haber sido evitar únicamente la censura previa, la Corte consideraba ahora que también debía aplicarse a la sanción de expresiones enunciadas. Además, estableció que la actuación del gobierno contra dichas expresiones sólo era legítima cuando el

discurso castigado podía producir un “peligro claro y presente”. Aunque el uso de los términos “claro” y “presente” sugería que las implicaciones subversivas del discurso debían ser evidentes, y su conexión temporal con posibles males inminente, los dos casos que se juzgaron a continuación diluyeron esta presunción. En uno, el editor de un periódico fue condenado simplemente por oponerse a la conscripción y, en el otro, un candidato político socialista fue condenado por elogiar a quienes habían alentado a otros a resistir a la conscripción, añadiendo “que debía ser prudente y tal vez no decir todo lo que pensaba”. En el primer caso, Holmes sostuvo que era suficiente que el jurado considerara que las palabras articuladas tenían una “tendencia natural y un efecto razonablemente probable” de obstruir el reclutamiento. Si se toman estas dos decisiones en conjunto, parece que el lenguaje de Holmes sobre el “peligro claro y presente” era simplemente otra forma de decir que bastaba la evidencia de una cierta “tendencia nociva” para determinar que un discurso podía ser objeto de acción judicial.

Sin embargo, en el cuarto caso que llegó a la Corte, *Abrams v. United States*, Holmes disintió, alegando que la aplicación de la Ley de Espionaje para castigar a quienes distribuían volantes que exhortaban a los trabajadores de la fábrica de municiones a declararse en huelga (para no apoyar a los opositores rusos de los bolcheviques) violaba la Constitución. En el texto de su disenso, Holmes parece haber cambiado su forma de abordar casos sobre libertad de expresión. Reiteró la fórmula del “peligro claro y presente” para evaluar unas expresiones presuntamente subversivas, pero explicando que el gobierno sólo podía perseguir aquellas palabras que, “en el acto”, importaban un “peligro claro e inminente”. “Presente” se había convertido en “inminente” y “en el acto” parecía requerir una conexión temporal más cercana entre el discurso y los males que podía producir.

Asimismo, Holmes postuló una razón fundamental por la cual había que proteger la libertad de expresión: “el bien superior [que la Primera Enmienda] desea alcanzar se logra mediante el libre comercio de las ideas —la mejor prueba de la verdad de una idea es su capacidad de ser aceptada en un mercado competitivo”—. Ésta era,

para Holmes, “la teoría de nuestra Constitución”. El concepto del “mercado de las ideas” suponía que éstas debían introducirse libremente a una “competencia de mercado”, la cual, con el tiempo, determinaría su atractivo y solidez inherentes. La visión de Holmes sobre el mercado de las ideas parece presuponer que éste se componía de seres racionales y sensatos, que rechazarían ideas tontas o peligrosas. Era preferible permitir a las personas que determinaran el destino de las ideas a que el gobierno las embargara por adelantado.

Brandeis y la lógica de “autogobierno” en los casos sobre libertad de expresión

Brandeis se unió al disenso de Holmes en *Abrams*. Esto dio inicio a un patrón que se extendió hasta el retiro de Holmes de la Corte en enero de 1932, conforme al cual Holmes y Brandeis presentaron disensos conjuntos en casos sobre libre expresión, reiterando que estos debían regirse por el estándar riguroso del “peligro claro y presente” enunciado por Holmes y no por el de la “tendencia nociva” al que recurrían los otros jueces de la Corte. En el transcurso de estos años, la Corte concluyó unánimemente que la cláusula sobre libre expresión de la Primera Enmienda obligaba también a los estados en virtud de la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda: la “libertad” establecida en dicha cláusula comprendía la libertad de expresión. Esto podía provocar que llegaran a la Corte muchos casos más, puesto que los estados —y no el gobierno federal— habían sido los más activos en la supresión de discursos “sediciosos” durante los años inmediatamente posteriores a la Primera Guerra Mundial.

No obstante, al unirse a Holmes en su disenso sobre libertad de expresión, Brandeis ofreció una lógica distinta para justificar su postura. Tras decidir en 1925 que la Primera Enmienda también obligaba a los estados, la Corte comenzó a analizar impugnaciones a leyes estatales que criminalizaban la defensa de ciertas ideologías políticas colectivistas, como el socialismo, el sindicalismo, el comunismo y el anarquismo. California había aprobado una ley de ese tipo, la cual prohibía la pertenencia a cualquier organización que

defendiera el uso de la fuerza y la violencia como medios para lograr un cambio político. Anita Whitney, que había asistido a una convención en la que se buscaba organizar una filial californiana del Partido Comunista del Trabajo, fue acusada con base en esta ley, a pesar de que no defendía el uso de la fuerza y de que incluso había promovido una resolución por la que dicho partido promovería el cambio a través del proceso político, y no por medios más radicales. La mayoría en la Corte ratificó su condena, con el argumento de que la membresía en una organización “sindicalista” era equivalente a participar en una conspiración criminal para poner en peligro la paz pública.

Brandeis consideraba que el estatuto impugnado en *Whitney* era particularmente problemático, puesto que castigaba no sólo la defensa del sindicalismo criminal, sino también la “asociación con quienes proponían predicarlo”. Para Brandeis, Anita Whitney estaba siendo sancionada simplemente porque había tratado de participar en política. Después sostuvo que la participación política era un principio fundamental de la democracia estadounidense, que los artífices de la Constitución la habían reconocido como tal y que las cláusulas sobre la libre expresión y asociación de la Primera Enmienda estaban diseñadas para fomentar una participación política plena. En sus palabras:

Los artífices de nuestra independencia creían que el fin último del Estado era hacer a los hombres libres para desarrollar sus facultades... Creían que la libertad para pensar como se quisiera y decir lo que se pensaba era un medio indispensable para descubrir y difundir la libertad política; ... que la mayor amenaza para la libertad era un pueblo inerte; que la discusión pública era un deber público y que éste debía ser un principio fundamental del gobierno estadounidense.

Además de la lógica del “mercado de las ideas” de Holmes para proteger la libre expresión, Brandeis introdujo lo que convencionalmente se conoce como la lógica del “autogobierno”, de acuerdo con la cual la primera enmienda sirve para que los ciudadanos tengan la mayor libertad posible para informarse sobre asuntos públicos y participar en la política.

En su voto sobre *Whitney*, Brandeis añadió el siguiente comentario:

La legislación prohibitiva ha sido considerada inválida, reiteradamente... cuando la negativa de libertad en cuestión afecta la de involucrarse en un negocio. La autoridad de las cortes para anular una ley transgresora no es menor cuando los intereses que están en juego no son derechos de propiedad, sino derechos personales fundamentales de libertad de expresión y asociación.

Brandeis hacía referencia a casos sobre el poder de policía y el debido proceso, en los que la mayoría de la Corte había invocado la doctrina de la “libertad de contrato” para evitar que los estados afectaran los derechos de propiedad o las “libertades” económicas de las empresas. Lo que estaba sugiriendo, entonces, es que si la postura de guardián era apropiada en esos casos, también debía serlo cuando las “libertades” en juego eran las de expresión y asociación, que describía como derechos “fundamentales”. No obstante, quien observe con atención los votos de Brandeis en los casos sobre libertad “de contrato” y de expresión podría concluir que, de hecho, él consideraba que la autoridad de los tribunales para invalidar leyes que violaran la libertad de expresión era aún mayor que la que tenía para anular leyes relacionadas con el poder de policía.

*DE LA CORTE “GUARDIÁN” A LA “REVISIÓN BIFURCADA”
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE*

*Revisión deferente en los casos sobre
el poder de policía y el debido proceso*

Sin ser explícitos, tanto Holmes como Brandeis sugerían que la combinación de impugnaciones a la legislación sobre el poder de policía y a la que restringía la libre expresión obligaba a reconsiderar la postura ortodoxa sobre el papel de la Corte. El primer asunto que debía repensarse era si el Poder Judicial estaba autorizado para extraer principios fundamentales de economía política o de gobierno a partir de disposiciones constitucionales abiertas, como la cláusula del debido proceso. La jurisprudencia estadounidense premoderna daba por hecho que los derechos de propiedad y otras “libertades” eran inherentes a la ciudadanía, y que el gobierno no podía infringirlas. Una de las principales funciones del poder judicial era proteger estas “libertades” de las usurpaciones del Estado. Los jueces

podían equiparar la “libertad” de la cláusula del debido proceso con la “libertad de contrato” porque era evidente que los individuos poseían derechos de propiedad y contrato frente al Estado. La ecuación judicial de las “libertades” del debido proceso con la “libertad de contrato” no era más que la revelación interpretativa de un principio evidente de gobierno.

El disenso de Holmes en *Lochner* había sugerido que el principio de que el Estado no podía infringir los derechos de propiedad y contrato no era tan evidente. Ofreció algunos ejemplos, como la vacunación obligatoria, en los que el Estado podía infringir “libertades” por razones de salud o seguridad públicas. Y sugirió, además, que cuando los jueces buscaban evitar que las legislaturas interfirieran con las “libertades” que habían extraído de disposiciones constitucionales, lo que hacían era contradecir las políticas deseadas por las mayorías. Implícitamente, Holmes estaba señalando que había una tensión entre los jueces guardianes y la teoría democrática, pues cuando la Corte invalidaba estatutos mediante el tipo de interpretación constitucional que había adoptado la mayoría en *Lochner*, estaba sustituyendo el juicio de funcionarios electos, que acataban opiniones mayoritarias, con sus propias opiniones acerca de las políticas.

El disenso de Holmes en *Lochner* no llegó a concluir que el papel de guardián de la Corte fuera siempre ilegítimo por oponerse a la opinión de las mayorías electas. Cuando un estatuto violaba principios que eran considerados fundamentales por las “tradiciones” del pueblo, los jueces debían tener la facultad de invalidarlo. El problema consistía en identificar tales principios. Aquí la mejor guía era el lenguaje explícito de las disposiciones constitucionales. El principal problema con la “libertad” de la cláusula del debido proceso era su insuficiente especificidad. En contraste, la disposición de la Primera Enmienda que establecía que el Congreso “no podrá hacer ninguna ley que limite la libertad de expresión”, parecía más explícita. Los jueces debían determinar qué significaba “limitar” y qué significaba “expresión”, pero una vez hechas tales determinaciones, no quedaba la menor duda sobre la obligación que tenían los tribunales de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que limitaran la libre

expresión. La tarea de guardián, entonces, no era inapropiada en todos los casos, aunque Holmes sugería que su ejercicio debía limitarse.

*Distanciarse de la presunción de deferencia
en impugnaciones constitucionales*

El siguiente paso en la reconsideración del papel de la Corte fue fijar los criterios para los casos en que era necesario distanciarse de la deferencia judicial frente a la legislación que parecía restringir derechos constitucionales. La deferencia judicial universal, sostenía Holmes, no era consistente con la idea de que la Constitución recogía ciertos principios fundamentales que limitaban el rango de acción de las legislaturas. Sin embargo, ¿cómo se podían identificar los casos en que tales principios estaban presentes? Esta fue la pregunta central que tuvo que plantearse la Suprema Corte después de la salida de Holmes y Brandeis. Si la tarea de guardián sólo había sido sustituida parcialmente por una postura de deferencia, ¿qué debía preservarse de cada una?

Adecuar la Constitución
a la democracia mayoritaria

Mientras la Corte buscaba articular criterios para distanciarse de la presunción de deferencia sin volver a la actitud de guardián en los casos donde los principios fundamentales no estaban plasmados de forma explícita en el texto constitucional, las lógicas propuestas por Holmes y Brandeis para proteger la libertad de expresión resultaron útiles. Si el problema principal de la tarea de guardián era que los jueces no electos sustituían las opiniones de las mayorías por las suyas, identificar aquellas disposiciones constitucionales que *fortalecían* a la democracia y al gobierno de la mayoría podía mitigar el problema. Al aplicar tales disposiciones para circunscribir la acción de las legislaturas, los jueces no se oponían a la teoría democrática, sino que la fortalecían.

Podría afirmarse que tanto la lógica del “mercado de las ideas” de Holmes como la de “autogobierno” de Brandeis fortalecen el

gobierno mayoritario en una democracia. Puede establecerse una analogía entre las legislaturas y los “mercados” en materia de libertad de expresión: las políticas adoptadas por las legislaturas responden a las ideas que “sobrevivieron” en el foro legislativo y que las mayorías respaldaron. Ampliar los espacios para la expresión en el mercado expone a más ciudadanos a estas manifestaciones, y así expande las oportunidades de las mayorías para decidir qué ideas quieren promover. Más aún, multiplica las ideas y la información disponible para los ciudadanos, quienes participan así en formas de autogobierno. Las interpretaciones expansivas de la cláusula constitucional sobre la libertad de expresión podían ser consistentes con la teoría democrática y el gobierno de las mayorías. Al defender tales interpretaciones, incluso cuando restringían los esfuerzos de las propias mayorías por limitar la libre expresión, los jueces podían verse como promotores y no como obstáculos a la teoría democrática.

La Constitución, los derechos de las minorías y la democracia

Había otra razón por la que podía considerarse que los casos sobre libertad de expresión llevaban a una revisión constitucional más minuciosa que los relacionados con las cláusulas del debido proceso. Dado que la Corte había concluido, en una decisión de 1925, que la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda “incorporaba” las disposiciones sobre libre expresión y asociación de la primera, las restricciones a la libertad de expresión por medio de leyes estatales constituían instancias en las que la legislación discrepaba de manera directa con el lenguaje de un precepto constitucional. En estos casos no había necesidad de recurrir a las glosas judiciales del lenguaje constitucional, como había ocurrido con las decisiones de la Corte sobre la “libertad de contrato”. Por lo tanto, podía afirmarse que, en los casos sobre libertad de expresión, los jueces no estaban llenando el lenguaje de las disposiciones constitucionales con sus propias ideas sobre políticas deseables. En estos casos, los jueces simplemente leían y aplicaban el lenguaje de la Constitución.

El surgimiento de la revisión bifurcada

Durante las décadas de 1940 y 1950, después de que Holmes y Brandeis se jubilaron, la Corte intentó conciliar su papel como revisora de las leyes con el supuesto de que Estados Unidos era una sociedad fundada sobre la teoría democrática y el gobierno de la mayoría. Esta creencia se reforzaría gracias a la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría, dos momentos en que Estados Unidos y sus aliados quisieron ser vistos como defensores de la libertad y la democracia frente a los regímenes totalitarios de derecha e izquierda. En una serie de casos sobre la constitucionalidad de algunas restricciones estatales y municipales a las actividades de los Testigos de Jehová, la Corte dejó claro que no adoptaría una presunción de deferencia frente a regulaciones fundamentadas en el poder de policía cuando éstas afectaran las libertades de expresión, asociación y culto. Con el tiempo, esta postura se extendió a casos en los que las mayorías legislativas discriminaban a individuos o a grupos minoritarios con base en su raza, etnicidad u origen nacional.

Para la década de 1950 era evidente que la postura de “guardián” había sido desplazada por otra que puede describirse como “revisión bifurcada”: la Corte mantuvo su postura de deferencia en algunos casos, típicamente los que involucraban regulaciones estatales o federales de la actividad económica o la redistribución de beneficios económicos, pero la abandonó en muchos otros, especialmente aquellos relacionados con la cláusula de protección igualitaria y la Primera Enmienda. La revisión bifurcada planteaba distintos niveles de escrutinio e identificaba algunos derechos constitucionales como “fundamentales”, y llevó al resurgimiento —en casos sobre decisiones íntimas y sexuales de individuos y parejas— de las interpretaciones judiciales del concepto de “libertad” en la cláusula del debido proceso. Sigue siendo la postura que adopta la Suprema Corte al momento de revisar constitucionalmente las acciones de otras ramas del gobierno.

CONCLUSIÓN

Es necesario ofrecer una explicación de esta transformación de la jurisprudencia constitucional estadounidense durante la primera mitad del siglo **XX**, y resumir el papel de Holmes y Brandeis en ella. Las primeras críticas de Holmes y otros a la postura de la Corte en los casos sobre el poder de policía pueden verse como el principio del abandono de los supuestos premodernistas sobre la ley y la administración de justicia. Tradicionalmente la ley había sido percibida como una de las fuerzas causales que determinaban el destino humano —en tanto colección de principios fundamentales atemporales de gobierno—, y por ello la interpretación judicial de las fuentes legales fue vista por la epistemología premodernista como un ejercicio de declaración y aplicación de principios cuyo contenido ya era conocido y aceptado. Sin embargo, una vez que la interpretación judicial de las fuentes legales fue vista como una actividad deliberada de funcionarios humanos que ejercen un poder concreto, se empezó a ver como un problema el que los jueces sustituyeran las ideas de los legisladores electos democráticamente con sus propias opiniones. La deferencia judicial hacia la mayor parte de las políticas mayoritarias fue pensada por Holmes y Brandeis como una posible respuesta a este problema.

La crítica de Holmes y Brandeis a las doctrinas diseñadas judicialmente, como la “libertad de contrato”, puede verse como un producto de nociones modernistas del derecho. Una idea moderna adoptada por Brandeis y aceptada con resignación por Holmes, era que los problemas sociales y económicos requerían más acción positiva por parte del gobierno en forma de leyes y políticas regulatorias y redistributivas. Esta actitud no sólo identificaba las nuevas características culturales de la modernidad, sino que también fortalecía el supuesto modernista de que los seres humanos tenían el poder de controlar su destino a través de la acción social deliberada. Los jueces que obstruían esta acción con base en premisas equivocadas sobre lo que debía ser su función interpretativa, estaban resistiendo a la modernidad.

Estos hombres también se dieron cuenta de que, al diseñar políticas legislativas o interpretar fuentes legales, los legisladores y jueces llevaban a cabo, esencialmente, las mismas funciones. Los jueces no

“encontraban” y “declaraban” la ley de manera mecánica y neutral: sus interpretaciones eran deliberadas, de la misma forma en que lo era el diseño legislativo de estatutos. Sin embargo, la interpretación judicial deliberada, como una forma de legislación, suscitaba serias dudas en una democracia mayoritaria. Una vez que se concluyó que los jueces estaban “legislando” al equiparar la “libertad” de la cláusula del debido proceso con la “libertad de contrato” (pues adaptaban una disposición constitucional a teorías particulares de economía política), este descubrimiento resultó problemático, pues la acción de los jueces podía ser ilegítima. La deferencia judicial a las decisiones de las instituciones mayoritarias parecía ser entonces una restricción apropiada, dada la tendencia de los jueces a “legislar” cuando interpretaban disposiciones constitucionales abiertas.

Sin embargo, era posible alejarse de esta postura de deferencia en algunas ocasiones, como sucedió con los casos sobre libertad de expresión durante la estancia de Holmes y Brandeis en la Corte. En estos casos se enfrentaba una disposición constitucional explícita contra leyes que supuestamente la infringían, y ya hemos visto que la presencia de principios que no estaban demasiado abiertos a la interpretación reducían el margen legislativo de los jueces. Además, la libre expresión no sólo era un derecho “indispensable” en una sociedad gobernada por la teoría democrática (como la Corte expresó en una opinión dos años antes de la jubilación de Brandeis): era también un símbolo de la capacidad que tenían los seres humanos de autogobernarse, de alterar sus experiencias y, potencialmente, de controlar sus destinos. Como afirmaría el presidente Franklin D. Roosevelt, la de expresión era una de las “cuatro libertades” esenciales para la ciudadanía en una democracia moderna.

En retrospectiva, entonces, Holmes y Brandeis contribuyeron en gran medida a la transformación de la jurisprudencia constitucional estadounidense del siglo **XX**. En esa transformación, la tarea de guardián de los jueces de la Suprema Corte, derivada de supuestos premodernos sobre la ley y la administración de justicia, fue reemplazada por una postura de revisión bifurcada. Esta forma de actuar, tanto en su deferencia hacia la legislación que regulaba la actividad económica o redistribuía los beneficios económicos, como

en el minucioso escrutinio de las leyes que restringían las libertades de expresión, prensa, asociación y culto, era más consistente con los supuestos jurisprudenciales modernistas. Como promotores de una actitud deferente hacia la legislación en los casos sobre el poder de policía y el debido proceso, y de una postura bastante más resuelta cuando estaban en juego los derechos plasmados en la primera enmienda que la que había sido empleada por las mayorías de la Corte a lo largo de los años 1920 y la mayor parte de los 1930, Holmes y Brandeis contribuyeron a propiciar esta transformación.

Aunque he sugerido que la explicación principal del cambio que atravesó la Corte fue la compatibilidad de la revisión bifurcada con la modernidad y las teorías modernistas del derecho, no pretendo sugerir que Holmes y Brandeis fueran modernistas conscientes. Ha habido una tendencia entre los comentaristas de finales del siglo **XX** y principios del **XXI** —partidarios de las teorías jurisprudenciales modernistas— de ver a Holmes y Brandeis como vanguardias del modernismo, a la manera de profetas o visionarios judiciales. Esta visión interpreta su carrera de manera distorsionada. Holmes nació en 1841 y Brandeis en 1857; ambos terminaron sus estudios de derecho en 1876 y ambos tuvieron largas carreras profesionales, principalmente durante el siglo **XIX**, antes de pertenecer a la Corte. Holmes mantuvo cierta conciencia de clase durante toda su vida y mostró siempre una actitud algo despectiva hacia la legislación diseñada para resolver problemas sociales y económicos. La visión de Brandeis sobre el tamaño y el alcance ideal de las empresas fue consistente con su nostalgia de un Estados Unidos más simple, más pequeño y menos urbano.

Holmes y Brandeis fueron modernistas de una forma peculiar y limitada. Rechazaron, de maneras distintas, los principios centrales de la jurisprudencia estadounidense premoderna —que la ley era una entidad atemporal, independiente de las ideas de los jueces que la interpretaban, y que esta interpretación era un ejercicio desconectado, en gran medida, de la voluntad humana: un mero descubrimiento, declaración y aplicación de principios legales ya existentes—. Desde 1881, cuando publicó su obra maestra, *The Common Law*, Holmes afirmó que la ley y la administración de justicia eran más que eso: el

derecho era, en parte, producto de las “necesidades percibidas de los tiempos” y de las “teorías morales y políticas prevalecientes”, y la administración de justicia era también un resultado parcial de “intuiciones de políticas públicas” e “incluso [de los] prejuicios que los jueces comparten con sus prójimos”. Brandeis no cambió su rol profesional cuando dejó de ser abogado y se convirtió en juez: nunca dejó de interesarse en el vínculo de las decisiones judiciales con las políticas públicas, e invariablemente sus opiniones ponderaron las implicaciones políticas de los casos que le tocaba juzgar. Ambos hombres simplemente rechazaron, de manera distinta, el supuesto premodernista de que la ley podía existir de forma independiente a los seres humanos que promulgaban e interpretaban sus reglas y principios. Al hacer eso, politizaron el papel de guardián de los jueces en los casos constitucionales, dando así el primer paso para subvertirlo. Es en este sentido limitado que Holmes y Brandeis fueron figuras transformadoras en la historia de la jurisprudencia estadounidense.

BIBLIOGRAFÍA

- White, G. Edward, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.
- _____, *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.
- _____, *Law in American History: From Reconstruction through the 1920's*, Oxford University Press, Nueva York, 2016.

*

Traducido por Agnes Mondragón Celis.

DERECHOS HUMANOS: ORÍGENES, POSIBILIDADES Y LÍMITES*

Samuel Moyn

Si usted le pregunta a alguien en la calle “¿de dónde vienen los derechos humanos?”, probablemente esta persona no pensará que le está haciendo una pregunta sobre la historia de estos derechos, sino sobre su fundamento. “Los debe haber concedido Dios”, que fue lo que *mi* país dijo en 1776, o “proviene de la naturaleza”, que fue también lo que se afirmó en 1776, y lo que los franceses sostuvieron en 1789. Es posible que hayan estado en lo correcto, pero quiero enmarcar nuestras vivencias en el tiempo histórico, para ver cuándo fue, exactamente, que comenzó a decidirse que tenemos “derechos humanos” sin que tuviera que justificarse esta afirmación.

La primera respuesta que suele dar la gente es que los derechos humanos hunden sus raíces en el pasado remoto, en el mundo antiguo, en la Edad Media o, cuando mucho, en la época de las revoluciones liberales, primero en el Atlántico norte y después en los viejos territorios del Imperio español (como México). Yo sostengo que ésta es una forma muy engañosa de presentar los orígenes de los derechos humanos.

*

Es cierto que los derechos humanos han sido fundamentales para la política revolucionaria, incluso en fechas tan tardías como 1917 en México, pero desde entonces el significado de los derechos humanos ha cambiado sustancialmente en términos políticos. Quiero elaborar este argumento con mayor cuidado. Cuando utilizamos nuevos métodos de investigación, recurriendo, por ejemplo, a Google, resulta casi increíble cuán recientemente comenzamos a hablar de derechos humanos con tanta frecuencia. Google ha digitalizado millones de libros escritos y publicados a lo largo de la historia, y nos permite saber cuándo aparecen ciertas palabras, nombres y frases en distintos idiomas: estas gráficas muestran *qué porcentaje* de los libros contienen

la frase “derechos humanos” dentro de los libros publicados en un cierto año. Esto posibilita una noción bastante clara de cuándo fue exactamente que una palabra, un nombre o una frase se volvieron populares.

Sorprendentemente, en mi idioma, el inglés, la frase “derechos humanos” no se utilizaba casi nunca antes de los años 1940, y su uso aumentó de manera espectacular a partir de los años 1970. Creo que es *ahí* donde debemos indagar para saber cuándo y por qué se volvieron prominentes los derechos humanos.

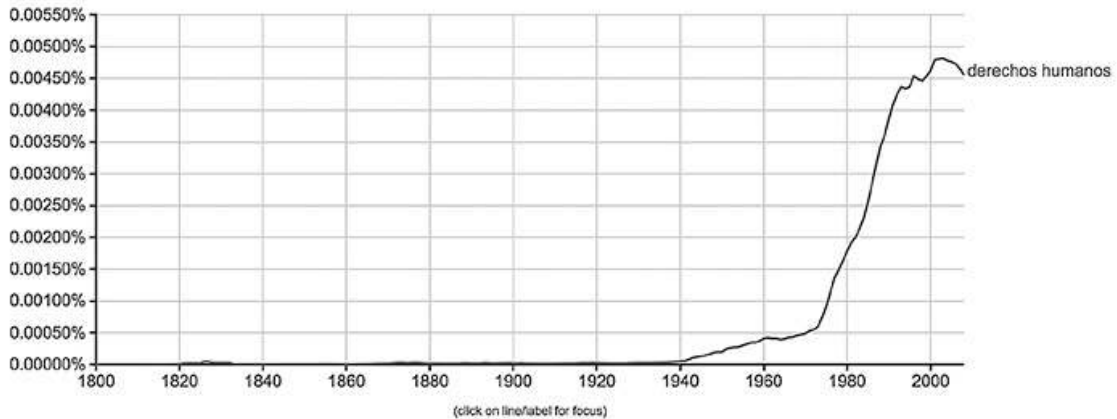
Google Books Ngram Viewer



Alguien podría alegar que existen muchos idiomas y que, en español, la expresión “derechos humanos” comenzó a utilizarse mucho antes que la frase “human rights” en inglés. Sin embargo, también en lengua española puede apreciarse en el mismo momento un aumento extraordinario en el uso de esta expresión. La pregunta es, entonces, ¿cómo interpretamos esto?

Google Books Ngram Viewer

Graph these comma-separated phrases: case-insensitive
between and from the corpus with smoothing of



Antes de analizar el momento, en los años 1970, en el que decidimos articular nuestras esperanzas y valores básicos alrededor de la idea de los derechos humanos, quisiera descartar algunas concepciones comunes sobre este tema.

Comencemos con la noción de que, independientemente de cómo se les llamara, los valores básicos que subyacen a la idea de los derechos humanos son antiguos: la Biblia ordena a los israelitas que busquen la justicia. Platón dedicó algunos de sus diálogos al tema de la justicia, notablemente en *La República*. Sin embargo, hay un problema grave con esta interpretación sobre el origen de los derechos humanos. No cabe duda que, a lo largo de milenios, se han promovido numerosas cosmovisiones acerca de la justicia, pero el hecho fascinante y decisivo es lo *diferentes* que son unas de otras. Lo que realmente necesitamos entender es cómo, en el enfrentamiento entre distintos universalismos, optamos por uno al que llamamos “derechos humanos”.

Muchos afirmarán que los derechos humanos están presentes en fuentes judías, cristianas, griegas o romanas. Sólo como un ejemplo, citaré a un gran clasicista, Bruno Snell, que a mediados del siglo xx, justo cuando se promulgaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, publicó un libro celeberrimo, titulado *El descubrimiento del*

espíritu (1946). En este libro Snell sostiene lo siguiente: “Eurípides, en su *Medea*, es el primero en representar a un ser humano que inspira compasión, simplemente por ser atormentado. Por ser bárbara, no tiene derechos, pero como humana, sí los tiene”. El argumento, entonces, es que Eurípides escribió una obra de teatro sobre una mujer extranjera que sufre y que despierta nuestra empatía, por lo que ella debe haber tenido derechos humanos, aunque Eurípides no haya utilizado esta frase.

He descrito esta perspectiva —esta clase de argumento— como “el descubrimiento de la humanidad”. La idea es ésta: la mayor parte del tiempo, las personas toman sus decisiones en el marco de sus referentes morales particulares; reconocen las exigencias de la familia, de sus propias ambiciones o de la nación, pero no están conscientes de la existencia de la “humanidad”. No obstante, la verdad es que, desde la época de los griegos y de los judíos hasta el día de hoy, han abundado cosmovisiones morales y religiosas que apelan a nuestra humanidad compartida. El problema es que prescriben cosas completamente distintas. Si usted me dice que alguien como Eurípides, el dramaturgo, o Jesucristo, el profeta judío, lograron vernos a todos como humanos, debo preguntar inmediatamente: ¿pero qué *querían decir* con ello? Cosas completamente distintas. Además, ninguno les adscribió lo que *nosotros* llamaríamos derechos humanos del individuo —los que corresponden a todos, por virtud de su humanidad—.

Es cierto que algunos de los valores que hoy consagramos como “derechos humanos” *son* antiguos, y que han sido promovidos por los distintos universalismos históricos. Consideremos el derecho primordial, el derecho a la vida: es sin duda antiguo. Todas las culturas morales sostienen que el asesinato está mal, salvo en algunos casos. Esto sólo muestra que los universalismos coinciden en ciertos aspectos —comparten *algunos* valores, pero sus divergencias son bastante más interesantes e importantes—. Además, si algo ha distinguido a los universalismos es que *se enfrentan el uno contra el otro* por estas diferencias, en ocasiones de forma violenta y hasta la muerte.

Algunas personas consideran que el cristianismo y el Islam que, en términos de derechos humanos son tan universalistas el uno como el otro, se han enfrentado en una lucha a muerte durante milenio y

medio. La Guerra Fría confrontó a dos universalismos diferentes que no estaban de acuerdo sobre lo que significaba nuestra humanidad común. Uno ganó y el otro perdió.

Si todo esto es correcto, tenemos que ser aún más precisos al definir el momento en el que la idea de que cada individuo tiene derechos no negociables se volvió tan relevante para tantas personas. Por lo tanto, abordaré una segunda hipótesis, que resulta más difícil de refutar: los derechos humanos son el *universalismo* específico de la época moderna, en tanto están asociados a la tradición revolucionaria.



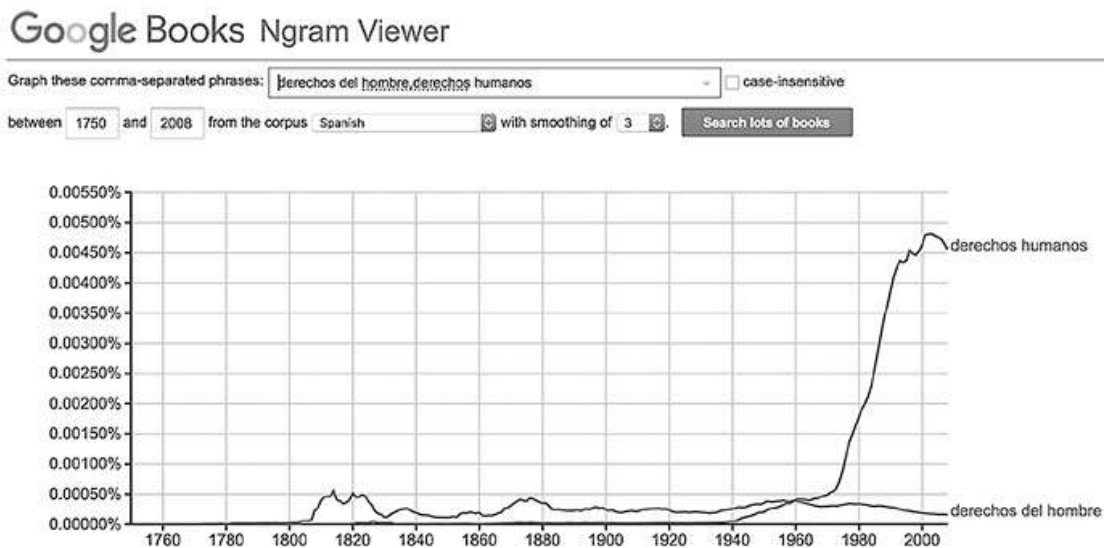
Esto es innegable. Si consideramos otra expresión, “los derechos del hombre”, encontramos que fue utilizada antes y con mucha mayor frecuencia, puesto que está asociada con las revoluciones modernas. Gracias a un hombre llamado Thomas Paine, los angloparlantes comenzaron a usar la frase “derechos del hombre” justo cuando empezó la Revolución francesa y precisamente gracias a su libro *Los derechos del hombre*. Los franceses comenzaron un poco antes, pues ya utilizaban la expresión “les droits de l’homme” desde la década de 1750. En español no se utilizó sino hasta el siglo XIX. Así, el idealismo revolucionario promovió un universalismo basado en derechos, el cual, si bien no es tan antiguo como el de los judíos, los griegos o Jesús, es relativamente viejo en comparación con el nuestro.

Esta primera versión de los derechos humanos —a la que podríamos llamar “derechos humanos 1.0”— difiere en numerosos aspectos de la que la mayoría de la gente ha adoptado hoy en día, los “derechos humanos 2.0”. ¿Quién invocó originalmente los derechos humanos? Los revolucionarios que buscaban reconstituir sus sociedades —con violencia si era necesario— y desplazar a la vieja autoridad política, como los imperios que gobernaban este continente o las viejas monarquías. Tras la Revolución francesa no hubo un movimiento en defensa de los derechos humanos parecido al que tenemos actualmente, a menos que se considere al nacionalismo revolucionario como un movimiento de derechos humanos. El objetivo de la revolución política era afirmar la soberanía de los ciudadanos de una nueva nación, no establecer una ley internacional que fijara límites a la soberanía nacional. Aunque estaba fundamentada en las mismas ideas abstractas, esta concepción de los derechos resultaba muy diferente a la que conocemos en la actualidad.

En el siglo XIX, tanto en México como en otros lugares, los derechos del hombre eran una consigna popular, vinculada a los movimientos de emancipación antiimperiales, liberales y nacionalistas. Podría decirse que el máximo representante de este primer “movimiento de derechos del hombre” fue un italiano llamado Giuseppe Mazzini, quien, entre otras cosas, era un terrorista (Mazzini tuvo algunos competidores en América Latina). Esto es lo que significaban los derechos humanos entonces: la liberación para establecer la soberanía nacional. En esa época, la defensa de los derechos humanos se refería a la acción política colectiva para *nuestro* beneficio, y no para el de una humanidad sufriente en algún lugar lejano. Y era violenta cuando era necesario. A final de cuentas, sus objetivos eran la soberanía popular y la consolidación del Estado-nación.

Por supuesto, hubo constituciones que, inmediatamente, buscaron restringir, internamente, estos nuevos espacios de ciudadanía soberana. Lo que no hicieron —en armonía con esta primera forma de concebir los derechos humanos— fue buscar la imposición de restricciones externas, que sometieran a estas nuevas naciones soberanas a límites diseñados para preservar los “derechos humanos”, desde afuera o desde arriba. Esto vendría después.

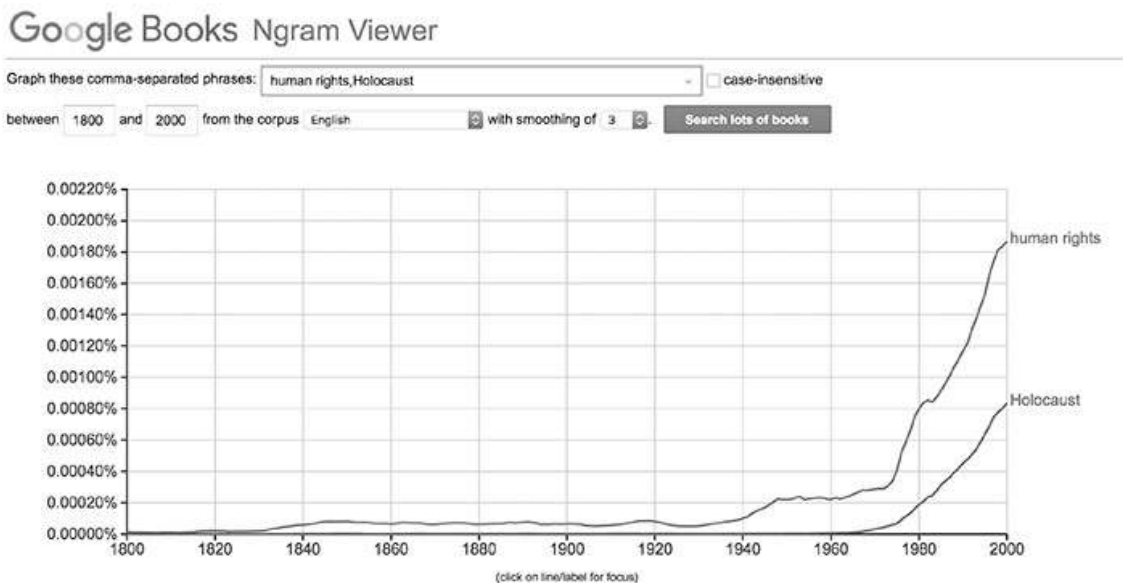
Antes de dejar este asunto, quiero subrayar que incluso haciendo una comparación con la prominencia de los derechos del hombre en el discurso de los movimientos y nacionalismos revolucionarios, hoy estamos obsesionados con los derechos humanos a un grado que no tiene precedentes, como puede apreciarse en la siguiente gráfica. Si tomamos como referente la asiduidad con que nuestros antecesores del siglo XIX invocaban los derechos del hombre, los hispanoparlantes del último siglo hablan de derechos humanos con mucha más frecuencia, especialmente desde la década de 1970.



El principal acontecimiento dentro de esta primera tradición de defensa de los derechos humanos fue uno en el que México desempeñó un papel central: la vinculación de los derechos sociales con los derechos ciudadanos a principios del siglo XX. México fue pionero de la inclusión de derechos económicos y sociales como derechos constitucionales, lo cual sucedería más tarde en el resto del mundo. Sin embargo, la constitucionalización de los derechos sociales se inscribía en una tradición vieja en tanto que buscaba constituir una nueva ciudadanía mexicana en un momento revolucionario. Esto resulta muy distinto a la forma en que concebimos los derechos humanos hoy.

La mayoría de quienes se interesan en el origen de los derechos humanos ponen énfasis en los años 1940, pues en 1948 se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En mi opinión ésta es también una respuesta equivocada y engañosa, no sólo porque fueron muy pocos quienes empezaron a hablar entonces de derechos humanos, sino también porque si afirmamos que la década de 1940 estuvo particularmente marcada por los derechos humanos, no estamos entendiendo este periodo.

¿Qué procesos particulares distinguen a los años cuarenta? La respuesta corta es el surgimiento del Estado de bienestar. De manera similar al precedente mexicano, en distintos lugares se crearon estados de bienestar: un nuevo Estado de bienestar británico para los ciudadanos británicos; la Cuarta República francesa como un Estado social y de bienestar, etc. En los años cuarenta casi nadie se interesaba por el Holocausto recién perpetrado, excepto por unos cuantos, la mayoría de ellos judíos. Eran muy pocos los que querían crear mecanismos supranacionales para asegurar derechos, en general, o para responder de manera específica al Holocausto. Esto tendría también que esperar, como lo muestra esta interesante gráfica:



Se empezó a hablar de derechos humanos no como respuesta inmediata al genocidio del pueblo judío, sino treinta años después,

cuando comenzamos a recordarlo. Siendo honestos, tenemos que admitir que *no* fue el Holocausto el que desencadenó la creación de —o la obsesión con— los derechos humanos, sino la memoria del Holocausto, que fue posterior.

Estamos llegando entonces al momento medular. ¿Qué estaba sucediendo cuando las referencias a los derechos humanos *sí* aumentaron de manera notable —en todos los idiomas en los que podemos analizar estas variables— y engendraron *nuestro* tipo de conciencia moral?

En caso de que estas reflexiones no fueran convincentes, permítaseme hacer un último comentario sobre los años cuarenta. No niego que estas ideas ya estuviesen en el aire en aquel entonces. Simplemente estoy sugiriendo que se asemejaban mucho más a los derechos revolucionarios franceses o mexicanos que a los derechos humanos tal y como los concebimos hoy.

Revisé tres textos de los años cuarenta para identificar lo que significaban los derechos humanos en aquella época. Uno de ellos establece que “todos los hombres fueron creados iguales, dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, que incluyen la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”. Se trata de una cita de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776. El autor de este texto añadió a continuación, en sus propias palabras, que “esto significa que todos los pueblos sobre la tierra” —*pueblos*— “nacen iguales. Todos los pueblos tienen derecho a vivir, a ser felices y libres”. Un segundo texto sostiene: “Todo pueblo tiene derecho a ser amo de su destino, toda nación a su propia soberanía”. Consideremos ahora un tercer texto que empieza con las palabras “Nosotros, el pueblo”. Ésta es, de nuevo, una cita de Estados Unidos —no de la Declaración de Independencia, sino de la Constitución de 1787—. Sin embargo, se inserta en otra Constitución considerablemente distinta a la norteamericana, pues afirma que la justicia social —el bienestar económico colectivo— es el objetivo del nuevo Estado-nación. Los derechos civiles y políticos importan, pero sólo de manera secundaria.

¿A qué textos nos hemos referido? El primero fue escrito por Ho Chi Minh y es la Declaración de Independencia de Vietnam, anunciando una revolución que duraría varias décadas. El segundo es la

Declaración de Independencia de Israel, proclamando su existencia. El tercero es el preámbulo de la Constitución de la India. ¿Qué es lo que comparten? La idea, compartida por los constituyentes mexicanos de 1917, de que la nación debe fundarse sobre el bienestar social. No se articulan en torno a los “derechos humanos” y su principal vínculo con las tendencias globales es que buscaban reproducir Estados de bienestar.

¿Qué ocurrió después de esto? La década de 1970 fue muy importante porque transformó a los derechos humanos prácticamente en una religión, por distintas razones vinculadas entre sí. En primer lugar, hay que tomar en cuenta la influencia de la descolonización. Este proceso fue la última expresión del legado de Estados Unidos en 1776 y México en 1917, puesto que llevó el sueño de un Estado nacional de bienestar a los últimos confines del mundo. Los derechos humanos nacieron después como respuesta.

No es sencillo explicar por qué sucedió así. Una interpretación es que la gente finalmente se dio cuenta de que los Estados-nación pueden abusar de sus propios ciudadanos. Una vez que el Estado-nación se convirtió en un fenómeno global, se hizo necesaria una nueva clase de protecciones para los individuos en el caso de que fallaran los controles nacionales. Esto podía hacerse mediante una ley internacional o mediante una comunidad global de expertos en derecho constitucional, que nunca había existido realmente, de modo que un juez cosmopolita pudiera salvar a los individuos maltratados por las mayorías.

Hay una forma bastante más perturbadora de pensar este fenómeno: cuando los pueblos equivocados asumían su propia soberanía nacional —es decir, cuando los pueblos de razas distintas a la blanca adquirían o arrebataban el poder nacional—, muchos pensaron que era necesario instituir una autoridad judicial supranacional o global. La Revolución americana expulsó a decenas de miles de personas y la Revolución francesa fue todavía más violenta, pero a nadie se le ocurrió fundar un movimiento de derechos humanos o apelar a una conciencia judicial global en respuesta a dichos acontecimientos. Esto sólo sucedió más tarde. Considero que esta diferencia obedece al impulso de reinstituir alguna clase de control sobre las naciones que

alguna vez habían estado bajo el poder de imperios y que, siguiendo el ejemplo mexicano, habían conquistado su libertad e intentado crear estados de bienestar. Obsérvese, por ejemplo, lo que afirmó un pensador liberal estadounidense en 1977 —el año en que, en todos nuestros idiomas, aumentaron de manera dramática las referencias a los “derechos humanos”—: “Los Estados pueden reunir todos los elementos para la autodeterminación nacional y aún así ser máculas sobre la faz del planeta. Los derechos humanos son la manera de garantizar un principio más profundo, que es la autodeterminación individual”.

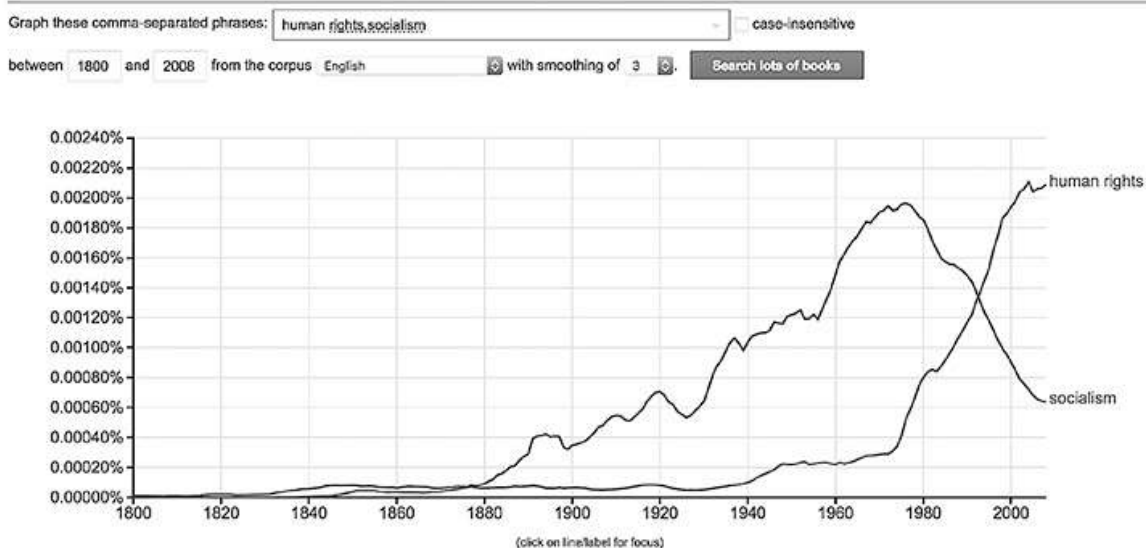
En la trama de la descolonización, los derechos humanos se volvieron populares: no eran sólo un lenguaje de ciudadanos, se convirtieron en un lenguaje para identificarse con quienes sufrían en lugares lejanos, especialmente con quienes sufrían la crueldad estatal en algún lugar remoto. Sin embargo, en ese momento sucedió algo más, vinculado a la descolonización, que también contribuyó mucho a la popularidad de los derechos humanos desde los años setenta: el colapso del Estado de bienestar en general, y del socialismo en particular, como una utopía atractiva para las grandes mayorías en todo el mundo.

En mi opinión, en un primer momento, hablar de derechos humanos representó una elección estratégica en una época en la que el socialismo ya no parecía viable. En el Bloque soviético, el hogar del socialismo de Estado, algunos buscaron establecer un socialismo no totalitario, llamado “socialismo con un rostro humano”. El mejor ejemplo lo encarnó la Primavera de Praga en Checoslovaquia en 1968, pero fue destruido por los soviéticos. Otros le siguieron: Chile, algunos años después, intentó establecer un socialismo con rostro humano, pero también fue destruido, esta vez por los estadounidenses. Así, quienes creían en este tipo de socialismo, e intentaron construirlo, se dieron cuenta de que no era una alternativa viable en ese momento. Los soviéticos lo destruirían si se intentaba erigir bajo el comunismo, y los estadounidenses lo destruirían si surgía bajo el capitalismo. ¿Qué podía hacerse entonces?

La respuesta de los activistas de derechos humanos fue protestar en contra del poder. Y de pronto apareció un gran número de personas

que, por razones estratégicas, comenzaron a atacar el totalitarismo y el autoritarismo en nombre de los derechos humanos. Su objetivo era a menudo garantizar la supervivencia, abrir un espacio para una lucha posterior y deslegitimar a regímenes malvados, a fin de que, en el futuro, el socialismo —o, al menos, el Estado de bienestar— pudiera institucionalizarse bajo condiciones más propicias. Sin embargo, aquellos disidentes, tanto los del Bloque soviético como los exiliados de las dictaduras de Uruguay o Chile después de 1973, o de Argentina después de 1976, comenzaron a tejer alianzas —primero con las iglesias, las viejas enemigas del socialismo, y después también con activistas estadounidenses de derechos humanos, ninguno de los cuales era socialista—. Estados Unidos, el antiguo enemigo imperialista, tenía un presidente, Jimmy Carter, que en 1977 promulgó una política exterior fincada supuestamente en los derechos humanos, el mismo año en que Amnistía Internacional, la primera gran ONG de derechos humanos, ganó el Premio Nobel. Ésta fue la primera vez en que un Estado afirmó que debía relacionarse con todos los demás a través de la preocupación compartida por los derechos humanos. Esto no había sucedido nunca.

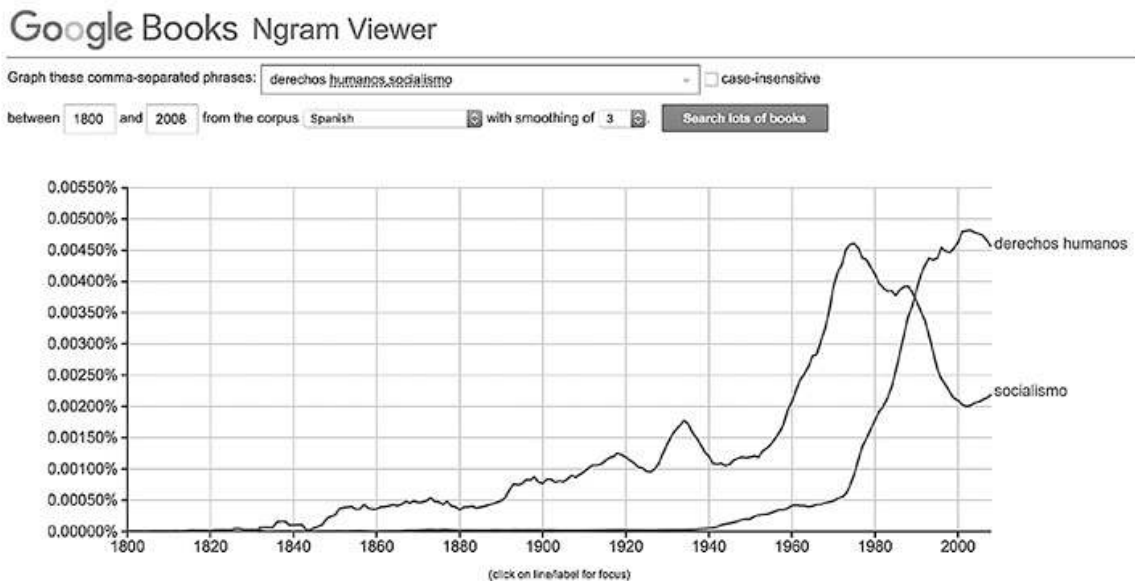
Google Books Ngram Viewer



Así, distintos factores coincidieron en un punto crítico de inflexión. ¿Cuál fue su trayectoria de largo plazo? En pocas palabras, el

socialismo murió. Esto se puede percibir gráficamente, incluso en inglés. Aunque los estadounidenses nunca experimentaron el socialismo, al menos hablaban de él. Desde principios del siglo xx, los angloparlantes habían hablado sobre socialismo más que sobre los derechos humanos. A partir de 1977, sin embargo, comenzaron a cambiar de parecer: hablaron cada vez menos sobre aquél y más sobre éstos. Luego, en 1989, el fin de la Guerra Fría culminó esta inversión: los derechos humanos se volvieron nuestros valores medulares.

Sorprendentemente, lo mismo sucedió en español, en donde *sí hubo* socialismo. Debo concluir que, incluso entre los idealistas hispanoparlantes, los derechos humanos reemplazaron a los viejos sueños socialistas.



Los sueños revolucionarios se abandonaron o empezaron a imaginarse libres de violencia, y los derechos humanos se convirtieron en un nuevo lenguaje, potencialmente de progreso y de lucha en contra de la adversidad. Sin embargo, debemos reconocer que esto implicó progreso sólo en algunos aspectos, pero no en todos. Se hizo más fácil exigir derechos tanto dentro de las naciones como en el sistema internacional, pero la justicia material distributiva pasó a un segundo plano. Cualquier interés en la justicia distributiva debía reformularse en términos de derechos. A pesar del precedente mexicano de 1917, y de la popularidad de los derechos económicos y

sociales que se incluyeron en las constituciones redactadas a partir de entonces, no ha sido sino hasta nuestra propia época en que se ha desarrollado una jurisprudencia y una forma de activismo que invoca expresamente esos derechos. De esta manera, los derechos económicos y sociales también se han vinculado con este proceso. Se les desconectó del principio de igualdad material que los estados de bienestar habían procurado en algún momento, y se les convirtió en estándares mínimos para una vida digna, estándares que los jueces deben garantizar cuando las mayorías se olvidan de hacerlo.

Finalmente, uno podría preguntarse cuáles son las posibilidades y los límites al final de esta historia sobre los orígenes de los derechos humanos. Lo que hemos visto es cuán recientemente se volvieron nuestros máximos ideales y cómo se impusieron sobre las ruinas de un concepto más antiguo, y considerablemente distinto, de lo que son los derechos humanos, sin referirnos siquiera a otros conceptos de justicia. Claramente, esta imposición tuvo costos.

El primero de ellos, tal vez el más serio, fue que el surgimiento de los derechos humanos desbancó a la política de bienestar ciudadano, que había alcanzado su punto más alto en los años cuarenta, cincuenta y sesenta, haciendo a la humanidad sufriente más relevante de lo que había sido antes. Esto, a primera vista, parecía bueno: permitía identificarse con toda la humanidad y con la devastación que sufrían las víctimas. Al mismo tiempo, sin embargo, en numerosos lugares, muchos dejaron de identificarse con sus conciudadanos. En la mayoría de los países el Estado se ha vuelto más compasivo, e incluso los índices en materia de pobreza han mejorado considerablemente. No obstante, la desigualdad material también se ha disparado alrededor del mundo. El enorme aumento de referencias a los derechos humanos —considerados también como un medio para relacionarnos con nuestros conciudadanos— ha coincidido con el mayor triunfo de la desigualdad en la historia global, especialmente en los países en desarrollo, pero también en muchos viejos Estados de bienestar. El cosmopolitismo que se conmueve con quienes sufren más allá de nuestras fronteras ha sido débil, en tanto que no ha abordado la distribución y se ha conformado con defender los aspectos más elementales de la vida y la integridad del cuerpo, e incluso en este

sentido tampoco ha sido muy poderoso. Cuando se ha involucrado en la distribución, ha sido en nombre de la supervivencia básica y no de la igualdad.

Sería falso afirmar que los derechos humanos fueron alguna vez el lenguaje principal de la ciudadanía o que su posible contribución, como lenguaje, a las luchas ciudadanas, se ha diluido por completo. Aún podemos debatir cómo queremos vivir juntos dentro de nuestras comunidades nacionales invocando derechos. Esto es potencialmente valioso. Pero debemos juzgar esta política por sus resultados. En la medida en que invocamos derechos, surge la tentación de convertir cualquier causa en la defensa de un derecho.

Paralelamente, si afirmamos que nuestros valores corresponden a derechos, crecerá la tentación de buscar a jueces que defiendan nuestra causa. Esto es nuevo. Es una nueva forma de hacer política y considero que es bastante limitada, puesto que los jueces son relativamente débiles en comparación con los movimientos revolucionarios. Aunque rara vez dañan a las personas, con poca frecuencia les ayudan. Incluso cuando se han abordado casos relacionados con los derechos económicos y sociales, los tribunales constitucionales —incluyendo los jueces latinoamericanos— no han hecho gran cosa para ayudar a los más pobres. Tienden a proteger a quienes están en una posición más ventajosa, especialmente cuando defienden derechos adquiridos (como, por ejemplo, las pensiones) en contra del retroceso o el despojo.

No quiero negar que la discusión de los derechos dentro de espacios ciudadanos tiene un gran valor. Pero si nos importa la redistribución, es necesario que rescatemos algunos de los viejos discursos sobre la ciudadanía, en particular el socialismo. La razón principal es que hoy día resulta bastante difícil imaginar una defensa de derechos sociales que trascienda la preocupación por establecer un umbral de suficiencia, para atacar frontalmente a la desigualdad material. Aunque es posible en teoría, la experiencia demuestra que esta clase de estrategias no son las que pueden garantizar una mayor igualdad en la práctica. Ésta es otra razón, más profunda, por la que la política de los derechos debe complementarse —si es que se cree en la igualdad entre ciudadanos— con otra clase de lenguaje y con otro

tipo de política, especialmente porque el gran éxito de los derechos humanos ha coincidido, temporalmente, con la explosión de la desigualdad en todo el mundo.

Si nos fijamos en el sistema internacional, podemos afirmar que el principal efecto de los derechos humanos ha sido el permitirnos hacer algo nuevo fuera de nuestras naciones: preocuparnos por los otros y sostener que todos tenemos derechos. Nadie debe trivializar este avance. Es algo nuevo en la historia del mundo. Sin embargo, lo que más hemos hecho con este nuevo lenguaje de los derechos humanos es estigmatizar de forma selectiva a algunos actores malvados, por razones específicas, y no por otras. Esto no es suficiente, pues resulta tremendamente difícil cambiar el comportamiento de estos actores. En la época de los derechos humanos, podemos condenar lo que sucede fuera de nuestras fronteras por ser terrible, pero al final no hacemos nada para resolverlo: si se cree en la moralidad, esto es inaceptable. Dentro del sistema internacional, entonces, la revolución de los derechos humanos ha traído señalamientos pero no soluciones —excepto, desde luego, soluciones falsas como la intervención humanitaria, que hasta ahora sólo ha empeorado las cosas, en lugar de mejorarlas—.

A partir de esta reflexión, se puede concluir que las posibilidades y los límites de los derechos humanos son un tema crucial para pensar nuestra época. Los derechos humanos surgieron de una historia bastante reciente, y no significan el final de la historia, sino apenas la mitad del camino andado. Sabemos que podemos utilizar estos derechos para tratar de modificar los términos de nuestra ciudadanía, aunque con poco éxito y con algunos costos —especialmente si nos interesa una redistribución equitativa—. También sabemos que podemos hacer uso del lenguaje de los derechos humanos para estigmatizar a ciertos actores dentro del sistema internacional, pero sin hacer del mundo un lugar mejor. Nos corresponde, entonces, encontrar nuevas posibilidades para enfrentar estas limitaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Moyn, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge, 2010.

_____, *Human Rights and the Uses of History*, Verso, Brooklyn, 2014.

_____, *Christian Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2015.

_____, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, Cambridge, 2018.

*

Traducido por Agnes Mondragón Celis.

CORRUPCIÓN Y TRANSPARENCIA EN LA ERA NEOLIBERAL

Claudio Lomnitz

La primera vez que pensé detenidamente sobre el tema de la corrupción fue cuando hacía trabajo de campo en Tepoztlán, Morelos, entre 1977 y 1978, para realizar mi tesis de licenciatura.¹ Durante el trabajo de campo que realicé, me pareció que las acusaciones de corrupción eran endémicas a la política municipal, por la simple razón de que no había forma de realizar las actividades del ayuntamiento sin romper la ley. No había presupuesto suficiente, por lo que todo presidente municipal o comisario ejidal quedaba expuesto a toda clase de sospechas. Finalmente, ¿de dónde salían los dineros del gasto municipal?

Desde luego, el hecho de que todo munícipe fuera sospechoso de estar sacando fondos ilícitos para realizar aún las operaciones obligadas no significaba decir que no hubiera robo real, ni que no hubieran funcionarios que se hubieran enriquecido, y otros que no, pero sí quería decir que no existía “transparencia” posible, porque el trabajo del municipio se tenía necesariamente que realizar con fondos de proveniencia algo espúrea.

Más allá del caso que estudié, esta misma falta de “transparencia” en el trabajo del gobierno se manifestaba en ese entonces en la articulación que existía entre los trabajos de empleados de gobierno y el sector informal, ya que una proporción importante del trabajo del gobierno la realizaban trabajadores informales, por lo cual no había transparencia posible.

Pongo algunos ejemplos que yo conocí directamente, para que se entienda la idea: en la recolección de basura del Distrito Federal, los empleados del Departamento del Distrito Federal (*ddf*) de esos años usualmente reclutaban ayudantes para recoger la basura. Y a cambio del privilegio de ser ayudante de basurero, y de recoger la mayor parte de la basura que se recolectaba en la Ciudad de México, estos ayudantes podían pepenar entre la basura y llevarse, vender, o

revender lo que encontraran, o criar quizás animales en su casa, alimentados con aquello que obtenían, etcétera.

De modo que la basura de la Ciudad de México no era recogida por los basureros asalariados del *ddf*. Más bien, esos asalariados controlaban el acceso al recurso “basura” y eran, al mismo tiempo, los responsables de que la basura efectivamente sí se recogiera. Así, si un “pepenador” contratado informalmente no cumplía, el empleado formal “recolector de basura” del *ddf* lo cambiaba por otro. No había en este sistema transparencia, y sí corrupción —finalmente, se trataba de que un funcionario público, “el basurero”, delegaba su trabajo en otros mediante contratos verbales—. No había transparencia, sí corrupción, cierto, pero es también necesario señalar que en ese sistema sí existía la responsabilidad institucional: el empleado del *ddf* se cercioraba de que la basura se recogiera, al tiempo de que administraba discrecionalmente las modalidades de acceso a la basura.

Algo parecido ocurría en los enlaces entre gobierno y economía informal en otros sectores del gobierno. En la policía judicial, por ejemplo, los policías reclutaban informalmente ayudantes, conocidos como “madrinas”, que participaban en sus operativos y razias, frecuentemente incluso con uniformes (así como también los podían portar los ayudantes de basureros). Las “madrinas” incluso le pagaban cuotas al policía judicial que tenía realmente el puesto, y recibían a cambio del privilegio de hacer su trabajo, algunas de las ganancias que reportaban esas actividades: alguna porción de las “mordidas” que se recibían a cambio de modular o ejercer la acción de la policía judicial.

Había ahí también falta de transparencia, había también corrupción, pero existía también una cadena de responsabilidad, ya que el judicial tenía en algún momento que responder por la actividad de sus “madrinas”, y era controlado por su superior inmediato. De nuevo, el ejemplo muestra cómo la articulación entre el empleo de un servidor público con empleados informales generaba lo que podríamos llamar una economía de gobierno que se caracterizaba por una dependencia obligatoria en la “corrupción”, y por falta de transparencia, porque el trabajo no lo realizaba el empleado público sino una serie de

subempleados que no tenían contrato alguno con el gobierno sino con uno de sus empleados. Al mismo tiempo, era un sistema en que sí existía cierta forma de responsabilidad, porque el empleado público era al final responsable de que en su sector se recogiera la basura, o que se regulara el crimen, y era vulnerable si no respondía en alguna medida a esta expectativa, entre otras razones porque al final estaba contratando ayudantes de manera ilegal.

Aunque hasta donde sé no ha habido aún un estudio histórico profundo de este tema, está claro que esta fórmula de articulación entre empleado público y trabajador informal se utilizaba de manera extendida: los empleados de Pemex, la Comisión Federal de Electricidad y otras empresas descentralizadas frecuentemente subcontrataban trabajos, al grado que en muchas ocasiones los poseedores de plazas laborales se convertían en genuinos rentistas, que no hacían nada del trabajo para el que habían sido contratados, pero que en cambio sí garantizaban más o menos que se realizara.

Los policías de tránsito y los agentes de salubridad regulaban el comercio informal a través de algunos vendedores señalados, que se aliaban con ellos, y los ayudaban a decidir quiénes sí y quiénes no podrían vender en una calle o mercado. Los ingenieros encargados de obra pública subcontrataban maestros de obra de la economía informal, que fueran capaces de sacar la chamba.

Hasta donde sé, los maestros de escuela no subcontrataban su trabajo —como sí sucede actualmente en la India, por ejemplo— pero el control hereditario de las plazas magisteriales sí que permitía la venta de éstas, y muy posiblemente haya permitido también que las plazas se alquilaran. No conozco ese caso en detalle, pero la lógica permite suponer que hayan habido casos así.

Importa darse cuenta de que estos ejemplos no retratan una aberración, sino que el funcionamiento de un sistema. Era un sistema en que, como en el Tepoztlán de mi tesis, el gobierno no tenía los recursos necesarios para realizar la función pública por sí solo, sino que debía extraer recursos adicionales para funcionar de aquello que su investidura lo encomendaba a regular —la llamada corrupción—. Así el gobierno obtenía una parte de los recursos necesarios para

funcionar mediante los impuestos, cierto, pero otra parte la extraía informalmente, de los rubros o jurisdicciones en que operaba.

La basura es un recurso con valor económico que no estaba siendo cuantificado como ingreso del Estado, pero ese recurso ayudaba a que el Estado pudiera gobernar, y que pudiera recoger la basura. Como dice el dicho mexicano: “No me des, pero ponme donde hay”. El gobierno no necesitaba recoger suficientes impuestos como para recoger la basura, si tenía acceso directo a ella, y la podía vender. Se trataba, al fin, de un recurso que podía complementarse con las contribuciones de quienes necesitaban a fuerzas tirar basura, o que necesitaban tirar más basura de lo permitido, a modo de mordidas, etcétera.

El crimen y la criminalidad también terminaban siendo un recurso para el gobierno: regularlo significaba contenerlo dentro de ciertos límites considerados tolerables, lo que significaba recibir dinero tanto por parte de las personas que querían justicia, como de los criminales que buscaran operar dentro de rangos más o menos tolerables. Se trata de una lógica que se extendía además al funcionamiento de las cárceles, donde el orden interno se creaba a partir de alianzas entre guardias y un conjunto selecto de presos.

Desde luego, no puedo asegurar que todo este sistema haya funcionado brillantemente bien: resulta evidente que, como sistema, este modo de operar deja un buen margen para que florezcan las prácticas abusivas y extractivas, tanto hacia el público como hacia los subempleados informales de los funcionarios públicos. Pienso, además, que en algunos casos era un sistema ineficiente (aunque esto habría que demostrarlo caso por caso).

Es probable, por ejemplo, que el pepenador informal de basura haya atendido mejor a cierta clase de basura —que le reportaba ganancias personales— que a otra, que representara simplemente trabajo arduo para él, sin reportarle a cambio retribución alguna. Quizás hayan atendido por esto mejor a las colonias con basura cara que a colonias con basura de mala calidad, por ejemplo. Es también probable que el policía que cobraba por cada vendedor que operaba en su calle haya querido rellenar la calle de vendedores lo más que le

aguantaran sus superiores, y que la tensión entre mantener la calle despejada y tener vendedores haya sido una constante.

En otras palabras, lo que había no era un sistema de regulación ni justo ni perfectamente eficiente, pero sí era —importa mucho reconocer esto— un sistema de regulación, en que además existía el concepto de responsabilidad. El policía tenía algunas responsabilidades, como la tenía también el recolector oficial de basura, el empleado de la **cfe**, Pemex o la **sep**, o el ingeniero de obras de la Secretaría de Obras Públicas.

Había en una sociedad así, un reconocimiento amplio de que la corrupción era endémica, y se sabía que permeaba el sistema de arriba abajo, pero había también lo que podríamos llamar una cierta moralidad de la corrupción, que manaba del reconocimiento de que la corrupción venía de la mano de una responsabilidad regulatoria, que podía ser exigida, incluso brutalmente, en un momento dado. La articulación vertical y autoritaria del gobierno permitía que fuese verosímil la amenaza de que pudieran haber consecuencias a la falla exagerada de la responsabilidad, y existían múltiples mecanismos para canalizar esas amenazas.

¿Qué sucedió con la relación entre transparencia y responsabilidad tras la entrada del neoliberalismo? Quisiera enumerar algunas áreas problemáticas:

En primer lugar, todo el sistema de funcionamiento anterior es visto como “sucio”. Como antropólogo, me interesa esta idea de “lo limpio” y “lo sucio”. El neoliberalismo imagina un Estado de derecho, que a su vez imagina un gobierno tripulado por empleados, pagados desde el erario público, que realizan las funciones para las que han sido contratados. El sistema anterior, en cambio, estaba fincado en la premisa de que el erario público no bastaba para pagar por la realización de cada una de las funciones del Estado, por lo cual los empleados públicos eran no sólo trabajadores con una función (policía, barrendero, electricista, ingeniero), sino que eran también empresarios, encargados de que la función para la que habían sido contratados se realizara a partir de un sistema informal de subcontrataciones, y de un sistema informal (“corrupto”) de recaudación.

Desde el punto de vista de quienes querían implementar un cambio de régimen acelerado —que fue un deseo urgente durante la transición neoliberal de los años ochenta y noventa— estos dos aspectos, la subcontratación por parte de empleados públicos y la existencia de múltiples sistemas informales de recaudación eran vistos como “sucios”, porque subvertían el monopolio que los empleados gubernamentales debían tener en el ejercicio de gobierno.

Eran también “sucios” porque, si se trataba de subcontratar a privados, se debía contratar empresas del sector formal, que pagaran impuestos y fueran controlables centralmente, y las contrataciones debían de hacerse por personal administrativo de alto nivel, y no en el nivel de la calle, donde se da el día a día de gobernar. Así, por poner un ejemplo, si el servicio postal mexicano no tenía dinero para contratar carteros, para un reformador neoliberal era preferible subcontratar un servicio particular del sector formal, estilo Estafeta o *dhl*, a fomentar que los vecinos le pagaran subsidios directamente a su cartero, para garantizar el servicio.

Sin embargo, esta imagen del estilo anterior como un sistema operativo sucio o contaminado fue antes una ideología, que una estrategia de administración pública alternativa, basada en análisis económicos detallados de los recursos de los que disponía el gobierno. Fue así, pienso, que el ideal de la transparencia se fue transformando en una fórmula que era realizable sólo a condición de que se hiciera de lado un elemento central del sistema anterior: la responsabilidad.

El viejo régimen era corrupto y opaco (que supongo que es la cualidad opuesta a la transparencia), pero finalmente había ahí mecanismos para regular la responsabilidad. No eran mecanismos enormemente eficientes quizás, ni eran desde luego justos, pero existían y funcionaban.

El neoliberalismo quiso atacar la corrupción sistémica a través de una serie de mecanismos administrativos, implementados en primer lugar para garantizar la transparencia. Así, hoy los empleados públicos de México tienen que someterse a un sin fin de controles burocráticos, para mostrar que operan según una serie de lineamientos ideados nadie-sabe-por-quién (algún administrador de

alguna otra secretaría o subsecretaría, encargada de garantizar la transparencia en un quehacer que frecuentemente entienden poco, o nada).

El problema está en que operar así no garantiza que se ejecuten las responsabilidades que el gobierno pretende asumir, y que el público le exige. Así, para volver al ejemplo de la recolección de basura, es posible que para que se recogiera toda la basura del **df** en los años setenta, se hubiera tenido que contar con tres veces más empleados de los que existían. A esos empleados habría que haberles pagado del erario público, ofreciéndoles además todas las prestaciones establecidas por la ley. ¿Tenía el **ddf** presupuesto para triplicar el número de recolectores de basura?

Esa tendría que haber sido la primera pregunta que se hiciera el reformador neoliberal, antes de quejarse de la suciedad del sistema y antes, también, de exigir transparencia. Sin embargo, hasta donde sé, no era ésta una pregunta que siquiera se pudiera hacer. El resultado es que hoy se exige transparencia, pero a cambio hay que hacerse de la vista gorda respecto de los resultados: los empleados pueden funcionar de acuerdo a la ley, pero no pueden ser responsables de aquello que se supone que tienen que hacer. El gobierno neoliberal ha sido, con demasiada frecuencia, un gobierno transparente pero irresponsable.

Por eso, si hay una crítica fuerte que se le pueda hacer con justicia a muchas reformas neoliberales es que le dieron precedencia a la coherencia ideológica, por encima de las consideraciones necesarias para gobernar responsablemente.

Pongo un ejemplo especialmente doloroso: el de la guerra contra las drogas. La economía de la droga era, desde luego, una fuente de dinero informal para varias instancias de gobierno antes de que se declarara la guerra. De ahí salían dineros para ayuntamientos y policías, salían recursos para diputados y generales. Todo eso está documentado.

Sin embargo, para declarar una guerra contra esta rama de la economía, que fuese además una guerra “transparente”, de acuerdo a la ley, habría que haberse preguntado en primer lugar si el Estado mexicano tenía los recursos para ganarla. Si la economía de la droga

era tan grande como se decía, significaba que muchas personas dependían económicamente de ella, es decir, que habrían muchos infractores de la ley que perseguir, algunos por infracciones muy graves, como asesinatos, y otros con cuentas menores, como cultivar enervantes, o transportarlos. En 2006, cuando se declaró la guerra contra el narco, ¿tenía el Estado mexicano el presupuesto necesario, no sólo para pagar las policías y los militares necesarios para reprimir, sino para pagarle además a los jueces y abogados que se necesitarían para procesarlos de manera transparente? ¿Tenía el gobierno presupuesto suficiente para que las cárceles, que se engrosarían inmediatamente, funcionaran de acuerdo a la ley? ¿Tenía el presupuesto necesario para que esas cárceles no se transformaran en verdaderos “Call Centers” de secuestros telefónicos?

Me parece que esta pregunta no se hizo, y si se hubiera comenzado haciendo justamente esa pregunta, la estrategia de la guerra hubiera sido trocada por otras: una reforma fiscal, por ejemplo, que permitiera una ampliación de las porciones del gobierno que quedaban manejadas en su totalidad por empleados públicos, y no a medias entre empleados públicos y subempleados del sector informal.

Vista así, la guerra contra el narco fue, en primer lugar, irresponsable, como lo fueron también muchas reformas administrativas neoliberales, que le dieron prioridad siempre a un ideal de transparencia, sin preguntarse primero si el gobierno tenía los medios para implementarla al tiempo que retuviera un sentido práctico y real de responsabilidad.

Quisiera concluir este comentario con una consideración breve en torno del problema de la responsabilidad.

El viejo régimen, el que yo conocí de joven, era un sistema corrupto y opaco de pies a cabeza, pero que tenía, a la vez, mecanismos de regulación, y una jerarquía de responsabilidades mínimamente operativa.

Las reformas neoliberales, en cambio, han endiosado a la transparencia, y el gobierno está dedicado a ser transparente. En demasiados casos, esa prioridad termina haciendo de lado a otra, que es la regulación efectiva y, sobre todo, el desempeño de las responsabilidades.

No sé —desconozco— cuáles son los sectores del gobierno que se han visto más afectados por esta situación. No tengo muy claro cuáles son las dependencias que han tenido que olvidar totalmente su responsabilidad, y cuáles han conseguido, aún con los mecanismos de transparencia, desempeñar sus responsabilidades aceptablemente. Habría que estudiar este tema. Sin embargo, queda claro que, al darle prioridad absoluta a la transparencia, sin mirar si existen o no los recursos para implementarla, las reformas neoliberales abrieron la puerta de par en par a la negligencia.

Hay, además, un segundo problema relacionado con el endiosamiento de la transparencia en circunstancias históricas como las que enfrentaron los reformadores a partir de los años 1980, y es que como el sistema anterior era opaco y corrupto, la implementación del ideal de transparencia metía bajo sospecha a todos los funcionarios públicos.

Este problema ha tenido ramificaciones importantes para la formación del empleado público como persona y como personalidad, porque la vocación de servicio público ha quedado en sí misma bajo sospecha. La obsesión con la transparencia hace de cada funcionario público un sospechoso. Éste es un tema importante, porque mina la imagen pública de todo funcionario. El policía que tiene que ser controlado a cada paso desde arriba está recibiendo el mensaje clarísimo, que le dice a diario que ha escogido una ocupación corrupta, y que si siente que tiene ganas de ser policía, será porque tiene vocación de corrupto.

De la misma manera, el profesor universitario que es sometido constantemente a controles de transparencia, y que tiene que demostrar a cada paso que en verdad dio el curso que dijo haber dado, que dio la charla que se suponía que tenía que dar, o que estudió donde dijo haber estudiado, está recibiendo cotidianamente el mensaje de que el Estado no confía en él, y que la sociedad confía en él todavía menos. No es un mensaje muy alentador para la juventud que, quizás, aspiraría a ser profesor.

Es quizás por eso, también, que se ha vuelto tan barato atacar el prestigio de la gente, especialmente ahora que existe una tecnología idónea para el caso, que es el anonimato de las redes sociales. Así,

veo con azoro que la prensa mexicana considere “transparente” publicar cualquier insulto que escriba algún miembro del público en la sección de comentarios. Tampoco hay ahí una idea de responsabilidad alguna, sino sólo de “transparencia”, porque el periódico también, al igual que el gobierno, se quiere transparente aunque sea abdicando a su responsabilidad social, que es regular la calidad del discurso público, garantizando un piso mínimo de cortesía y de realidad.

El endiosamiento de la transparencia y de la anticorrupción — realizados ambos sin haber estudiado previamente si el gobierno tenía las condiciones materiales para transitar en esa dirección tan de golpe y porrazo— han llevado a la degradación de la función pública toda, y también a la legitimación de cuanta cosa opaca pueda haber del lado de la sociedad. Como particular, puedes hacer lo que quieras, y mantener tu dignidad. Finalmente, eres “empresario” —una figura que se ha deificado al tiempo que se ha degradado al servidor público— y, como empresario, estás viendo por tu propio bien. No estás viviendo del público, aunque en realidad vivas, precisamente, del público. Así se ha ido enlodando no sólo a toda la clase política, sino también el espíritu de servicio público en general.

Quisiera terminar con un último comentario, quizás algo ominoso pero que, dados los tiempos, creo que puede importar hacer. Hemos alegado que se ha hecho de lado a la responsabilidad en muchos casos, debido a la prioridad ideológica que se le ha dado a la transparencia, sin haber estudiado antes si existían los medios para realizar ese tránsito. Esto desde luego que no implica que la transparencia no sea de hecho un alto valor, sino más bien que se necesita una estrategia transicional hacia la transparencia. Si no se puede discutir una reforma fiscal más a fondo —por las razones que sea— entonces se sabrá de antemano que no se puede realizar una guerra contra las drogas que sea transparente, o bien que no se puede realizar una reforma al sistema de recolección de basura sin triplicar el presupuesto, etcétera.

Por otra parte, seguir por la senda por la que vamos abre un riesgo clarísimo, que es el peligro del autoritarismo. Un hombre fuerte, que asuma la responsabilidad, y que todos lo obedezcan gustosos,

porque, como Mussolini, hará que los trenes corran de acuerdo al programa.

Tenemos un país con una economía informal enorme. Eso significa que la transparencia y la lucha contra la corrupción tienen, por fuerza, que limitar su esfera de acción. Se puede aspirar —y se debe aspirar— a tener servicios eficientes, limpios y transparentes, pero resulta indispensable que la política de implementación de esos ideales sea selectiva, y que siga una estrategia realista y progresiva, y no, como se ha dado, una implementación ideológica.

El resultado de una estrategia como la que se ha seguido deviene en la degradación no sólo de los empleados públicos, sino incluso de la dignidad de sus puestos. Termina también en un aullido colectivo que demanda una sola cosa: responsabilidad. Si no se toman medidas inteligentes, ese aullido se podrá canalizar fácilmente en la legitimación de un nuevo autoritarismo.

BIBLIOGRAFÍA

- Comaroff, Jean y John Comaroff, “Figuring Crime: Quantifacts, Mythostats, and the Production of the Un/Real”, *The Truth about Crime: Sovereignty, Knowledge, Social Order*, University of Chicago Press, Chicago, 2016.
- Escalante Gonzalbo, Fernando, *Historia mínima del neoliberalismo*, El Colegio de México, México, 2017.
- Ferguson, James, “De-moralizing Economies: African Socialism, Scientific Capitalism, and the Moral Politics of Structural Adjustment”, *Global Shadows: Africa in the Neoliberal World Order*, Duke University Press, Durham, 2006.
- Gupta, Akhil, *Red Tape: Bureaucracy, Structural Violence, and Poverty in India*, Duke University Press, Durham, 2012.
- Lomnitz, Claudio, “Transparencia *versus* responsabilidad”, *Nexos*, México, 1 de diciembre, 2017.

CRISIS AMBIENTAL, DERECHO Y CIENCIA EN EL SIGLO XXI

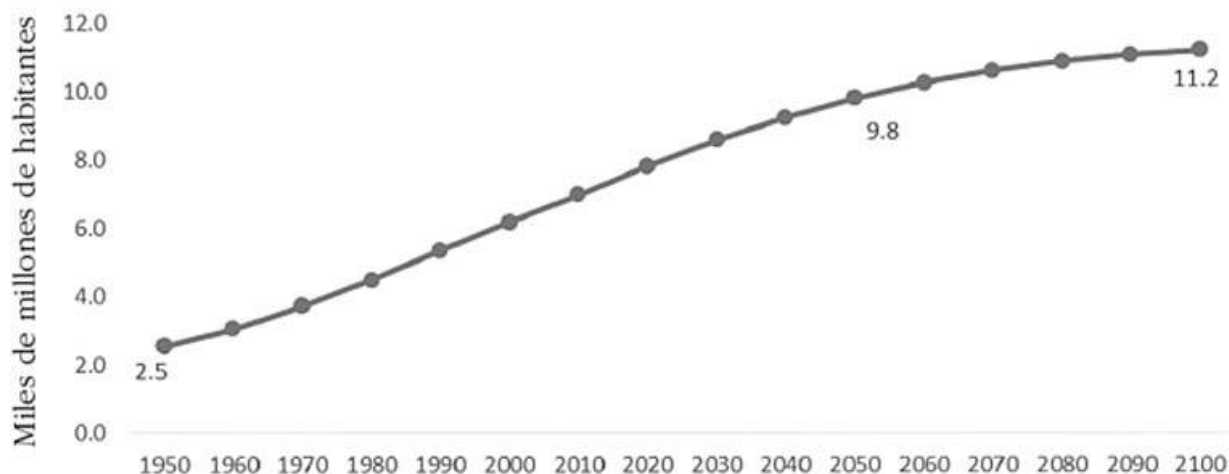
Julia Carabias y Georgina García Méndez

LA CRISIS AMBIENTAL

Las sociedades humanas, como nunca en la historia, han impactado el funcionamiento natural del planeta; de algunas consecuencias ya tenemos evidencia científica, de otras, aún no somos si quiera conscientes. Lo que no está en duda es que el progreso de la humanidad está ocurriendo a costos muy elevados para la naturaleza, extraemos más recursos de lo que se repone naturalmente y desechamos volúmenes de residuos contaminantes muy por encima de los que la naturaleza puede absorber, incluso con la ayuda de la tecnología. Hemos transgredido muchos de los límites biofísicos que mantuvieron estable al medio ambiente y a la civilización en los últimos diez mil años y como dice Edward Wilson “nos ponemos en peligro a nosotros y al resto de la vida”.¹

Varias son las causas de esta situación, entre las que resaltamos: el crecimiento poblacional y su dispersión en los territorios; los desenfrenados patrones de consumo que forman parte de la cultura global de las últimas décadas; las inadecuadas tecnologías que no respetan los principios ecológicos del funcionamiento de la naturaleza, ni incorporan la sustentabilidad ambiental de la producción; una economía creciente que prioriza la maximización de la ganancia y el incremento del producto interno bruto sin considerar el deterioro o agotamiento del capital natural. Las dimensiones económicas, sociales y ambientales del desarrollo siguen sin articularse. Simplemente, nuestro modelo de desarrollo sigue siendo insustentable.

Gráfica 1. Tendencias de crecimiento de la población mundial (1950-2100)

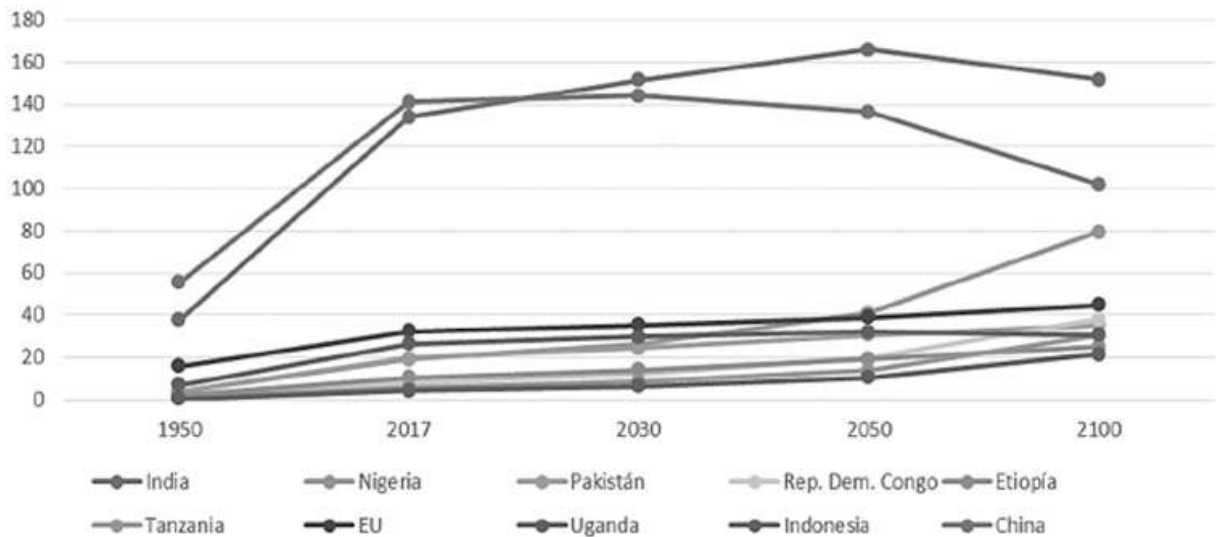


Fuente: Realizado con datos de Naciones Unidas, 2017.

La población mundial ha tenido un crecimiento exponencial. En 1950 era de 2 500 millones y en 2017 llegamos a ser 7 500 millones (se triplicó en 67 años) y aunque la tasa de crecimiento ha disminuido se espera que en 2050 la población alcance 9 800 millones,² es decir, en sólo 32 años se incrementará una cantidad de individuos adicionales equivalente a los que existían en 1950 (gráfica 1). Algunas proyecciones realizadas por la ONU en 2017 indican que China (con 1 400 millones de habitantes) e India (1 300 millones de habitantes) siguen siendo los dos países más poblados, con 19% y 18% de la población mundial total. Para 2024, se espera que la población de India supere a la de China. Además, la mitad del crecimiento de la población mundial se concentrará en sólo nueve países: India, Nigeria, la República Democrática del Congo, Pakistán, Etiopía, la República Unida de Tanzania, los Estados Unidos de América, Uganda e Indonesia. Se prevé que la población de Nigeria, actualmente la séptima más grande del mundo, supere a la de Estados Unidos y se convierta en el tercer país más grande del mundo poco antes de 2050 (gráfica 2). Con el mismo modelo de desarrollo no será posible abastecer de alimentos, agua, aire limpio, energía y materias primas a toda esa población, con lo cual se agravará la pobreza, las desigualdades y los conflictos sociales.

Gráfica 2. La mitad de la población mundial se concentrará en 10 países de 2017 a 2050. La India superará a China y Nigeria será el

tercer país más poblado



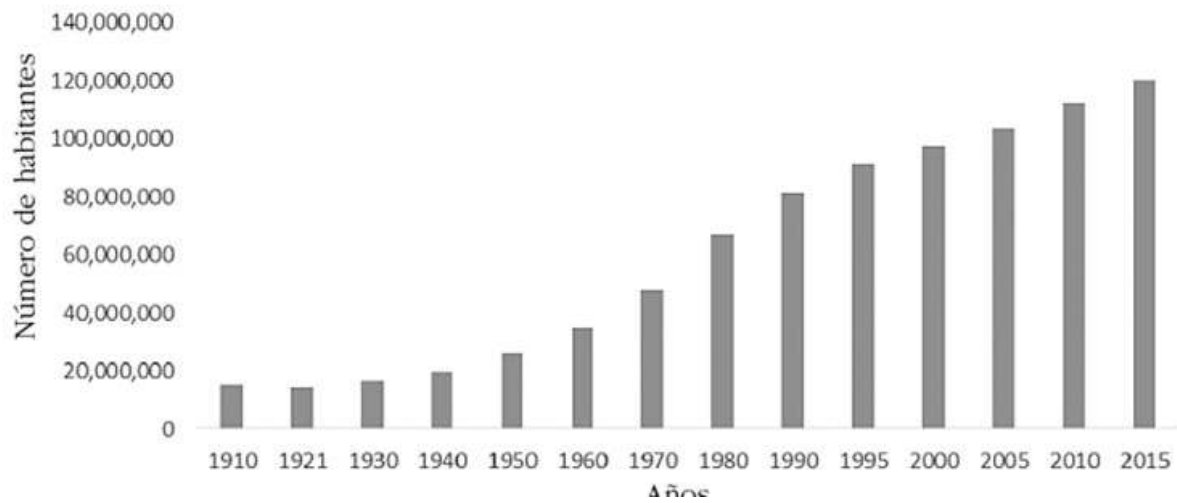
	1950	2017	2030	2050	2100
India	37.6325	133.918	151.2985	165.8978	151.6597
Nigeria	3.786	19.0866	26.4068	41.0638	79.3942
Pakistán	3.7542	19.7016	24.4248	30.694	35.1943
Rep. Dem. Congo	1.2184	8.134	12.0443	19.7404	37.8975
Etiopía	1.8128	10.4956	13.962	19.087	24.953
Tanzania	0.765	5.731	8.3702	13.8082	30.3832
EU	15.8804	32.4459	35.4712	38.9592	44.7483
Uganda	0.5158	4.2863	6.3842	10.5698	21.3758
Indonesia	6.9543	26.3991	29.5595	32.1551	30.6026
China	55.4419	140.9517	144.1182	136.4457	102.0665

Fuente: Realizado con datos de Naciones Unidas, 2017.

Según el INEGI, en México la población en 1950 era de 25.8 millones, la cual creció para 2015 a casi 120 millones,³ es decir se incrementó 4.5 veces en sólo 65 años (gráfica 3). Según el Censo de 2010, en ese año, 62.5% de la población (70.1 millones de habitantes) vivía en

zonas urbanas; 14.3% (16.1 millones) en zonas semiurbanas y 23.2% (26 millones) habitaba en zonas rurales. Pero el problema no radica sólo en la cantidad de personas, sino también en cómo ocupan el territorio. Por ejemplo, en 2010, de los 112.3 millones de mexicanos, 77% (86 millones) se distribuyó en sólo 3 651 localidades de 2 500 a más de un millón de habitantes, mientras los 26 millones de personas de las zonas rurales, se localizaron en 188 526 localidades de 1 a 2 499 habitantes. Esta dispersión, además de generar pobreza y profundizar las desigualdades sociales por la dificultad de dotar de los servicios básicos para el bienestar social, provoca un enorme impacto en los ecosistemas naturales, en el suelo y en los cuerpos de agua; incluso muchas de estas poblaciones se ubican en zonas de alto riesgo, lo cual las hace muy vulnerables.

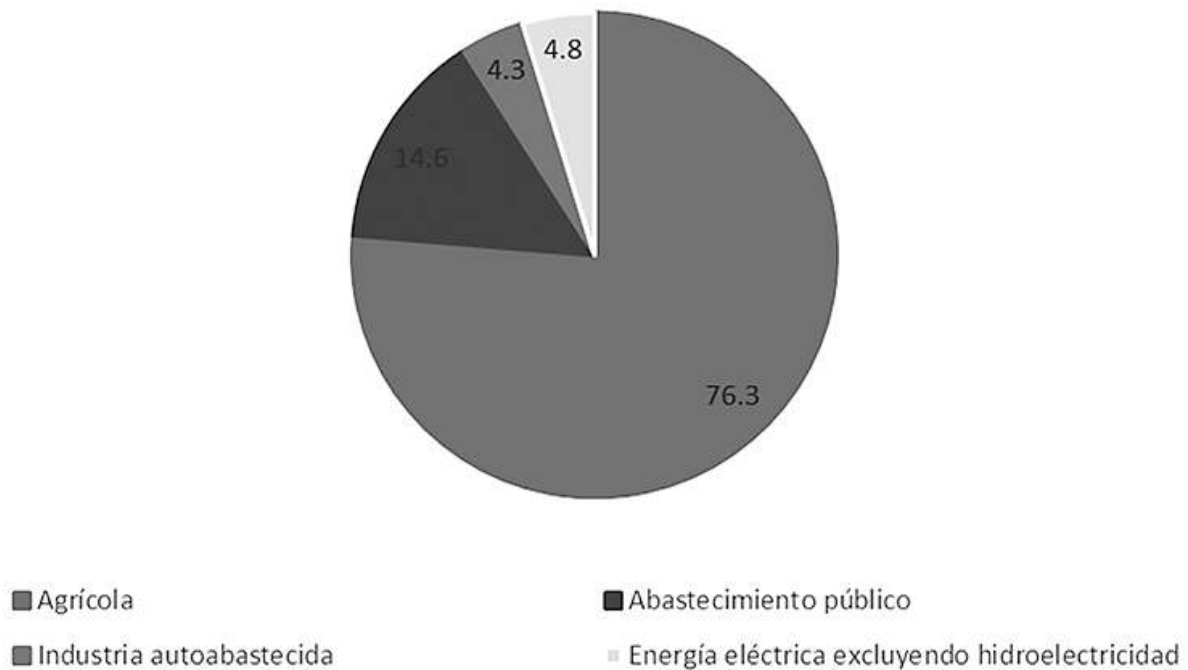
Gráfica 3. Incremento poblacional en México de 1910 a 2015



Datos tomados de: <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/>.

Fecha de consulta 5 de marzo de 2018.

Gráfica 4. Volúmenes de agua concesionados por uso, 2015 (hm³)



Fuente: Semarnat-Conagua, 2016.

Si a esta compleja ecuación añadimos el problema del consumo y de las formas de producción, nos podemos percatar de la crítica situación en la que se encuentra la sustentabilidad del planeta y de la propia humanidad. Los patrones actuales de consumo y producción seguirán ejerciendo presión sobre los recursos naturales para la obtención de bienes y servicios con el consecuente agotamiento de los mismos. Por ejemplo, entre 1859 y 1970 la población mundial se duplicó, mientras que la demanda de energía se multiplicó por 12.⁴ En cuanto al recurso hídrico, en México la sobreexplotación de las cuencas y acuíferos es cada vez más grave. Por ejemplo, 76.3% del agua disponible se destina a la agricultura de riego y, por las inadecuadas tecnologías aplicadas, se desperdicia entre 40% y 60% (gráfica 4). Por ello, 105 de los 625 acuíferos —aquellos de los que depende fundamentalmente el centro y norte del país—, están sobreexplotados.⁵ No sólo somos más habitantes en el planeta, sino que la demanda de recursos por cada persona es cada vez mayor. Es necesario modificar el estilo de vida de la población y disminuir el nivel de consumo de energía y recursos naturales, además de implementar tecnologías sustentables en la producción de bienes y servicios.

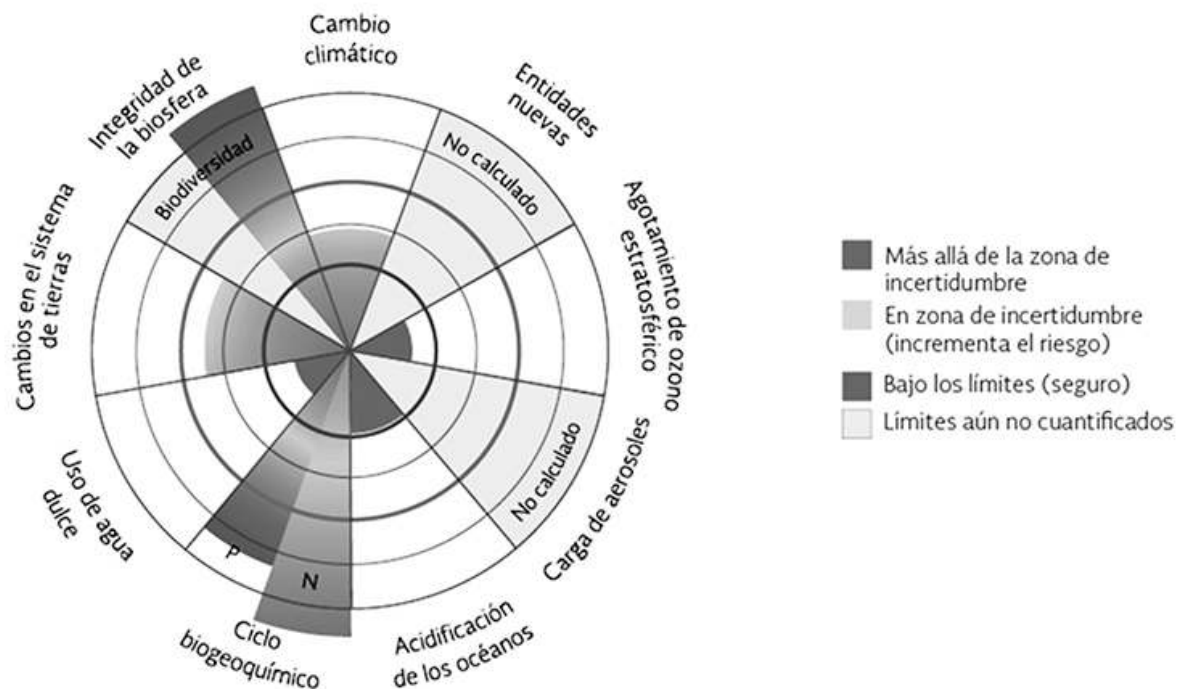
Esta demanda creciente de recursos naturales con tecnologías inadecuadas y un modelo económico que fomenta el consumo excesivo de recursos, ha provocado una inestabilidad en el funcionamiento de la naturaleza; se han interferido los procesos geofísicos, geoquímicos, biológicos y atmosféricos que no comprendemos cabalmente. Hemos transgredido muchos de los límites biofísicos y la ciencia está aportando la evidencia. El Centro de Resiliencia de Estocolmo, definió nueve límites planetarios que debemos tener en el horizonte para lograr un desarrollo adecuado y evitar poner en riesgo una vida segura para la humanidad y para las especies. Como se puede apreciar en la gráfica 5, se han sobrepasado los umbrales de equilibrio en el caso de la pérdida de la diversidad genética y los ciclos de nitrógeno y fósforo; el cambio de uso de suelo, el cambio climático, entre otros, están en proceso de llegar a una situación de riesgo.⁶

Afortunadamente, la dimensión ambiental ya no es ignorada en las agendas globales, regionales y nacionales, pero su forma de integrarse

en el desarrollo de los países es aún muy limitada y sesgada. El tema del cambio climático es el que ha capitalizado la mayor atención. Sin embargo, la pérdida de biodiversidad, la cual es irreversible y de la mayor urgencia para ser detenida, sigue sin alcanzar la visibilidad necesaria para empezar a revertir las tendencias actuales.

A continuación, se desarrollan con más detalle dos de los más importantes fenómenos de cambio global: el del cambio climático y el de la pérdida de la biodiversidad.

Gráfica 5. Los límites planetarios, su estado actual y los rangos de incertidumbre



Fuente: Modificado de Steffen, W., K. Richardson, J. Rockström, *et al.* "Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet", *Science* 347(6223), 2015.

Tomado de: http://apps1.semarnat.gob.mx/dgeia/informe15/tema/recuadros/recuadro1_2.html

*Cambio climático*⁷

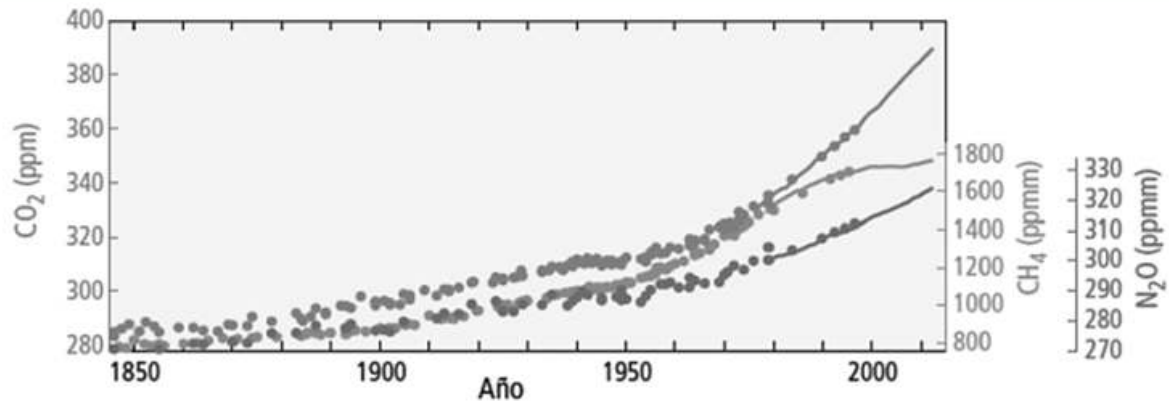
El clima ha cambiado a lo largo de la historia de la Tierra. Este cambio natural ha sucedido en una escala de tiempo que va generalmente de

los miles hasta los millones de años. En contraste, existe evidencia científica que señala que los cambios acelerados, observados en algunas características del sistema climático global, principalmente durante las últimas cinco décadas, como lo es el incremento en la temperatura promedio de la superficie terrestre y el cambio en la distribución de las lluvias, determinan lo que conocemos hoy como cambio climático y se atribuyen a los efectos de las actividades humanas.

La atmósfera está compuesta de gases, principalmente nitrógeno (78%), oxígeno (16%), argón (0.93%) y vapor de agua (0.25%); el resto de los gases son el bióxido de carbono (CO_2), neón, helio, criptón, hidrógeno, xenón, entre otros, que se encuentran en concentraciones muy bajas. Estos gases son conocidos como gases de efecto invernadero (GEI) y desempeñan un papel muy importante, ya que gracias a que absorben la radiación infrarroja emitida por la superficie terrestre, nuestro planeta mantiene una temperatura promedio de 15°C , adecuada para el desarrollo de la vida. En ausencia de estos gases que capturan la energía en forma de calor, el planeta Tierra estaría congelado con una temperatura promedio inferior a -18°C .

Sin embargo, el incremento reciente en la temperatura promedio de la superficie terrestre se debe principalmente al aumento en la concentración de los GEI, particularmente del bióxido de carbono (CO_2), del metano (CH_4) y el óxido nitroso (N_2O) (gráfica 6). Solamente en relación con el CO_2 se calcula que se acumulan alrededor de 3 500 millones de toneladas anuales en la atmósfera. Además, la tercera parte del CO_2 emitido por las actividades humanas permanecerá en la atmósfera durante milenios, manteniendo su efecto de calentamiento atmosférico. El incremento de la concentración de estos gases en la atmósfera hace que “atrapen” más calor con el consecuente incremento en la temperatura promedio de la superficie de la Tierra.

Gráfica 6. Promedio global de concentraciones de gases de efecto invernadero



Fuente: IPCC, 2014, Informe de síntesis. Resumen para responsables de políticas.

Las principales causas del incremento de los GEI son la producción de energía, las actividades agropecuarias, los procesos industriales, el cambio de uso de suelo (deforestación) y la mala disposición de desechos sólidos (gráfica 7). La mayor parte de la energía requerida para el desarrollo de las actividades de los 7 300 millones de personas, proviene del consumo de combustibles fósiles, principalmente del carbón y del petróleo.

Gráfica 7. Actividades humanas que generan emisión de gases de efecto invernadero

Actividades humanas que generan la emisión de Gases de Efecto



Fuente: Molina *et al*, 2017.

Los sectores que más demandan energía a nivel global son el transporte, el consumo doméstico y comercial y la industria, y, por lo tanto, son los que más GEI emiten. El transporte no sólo es el más demandante y el que más emite GEI, sino, además, es el que más está creciendo. En 2014 se vendieron 71 millones de autos en el mundo. Por otra parte, la deforestación, además de ser un importante factor generador de CO₂, es la principal causa de pérdida de diversidad biológica.

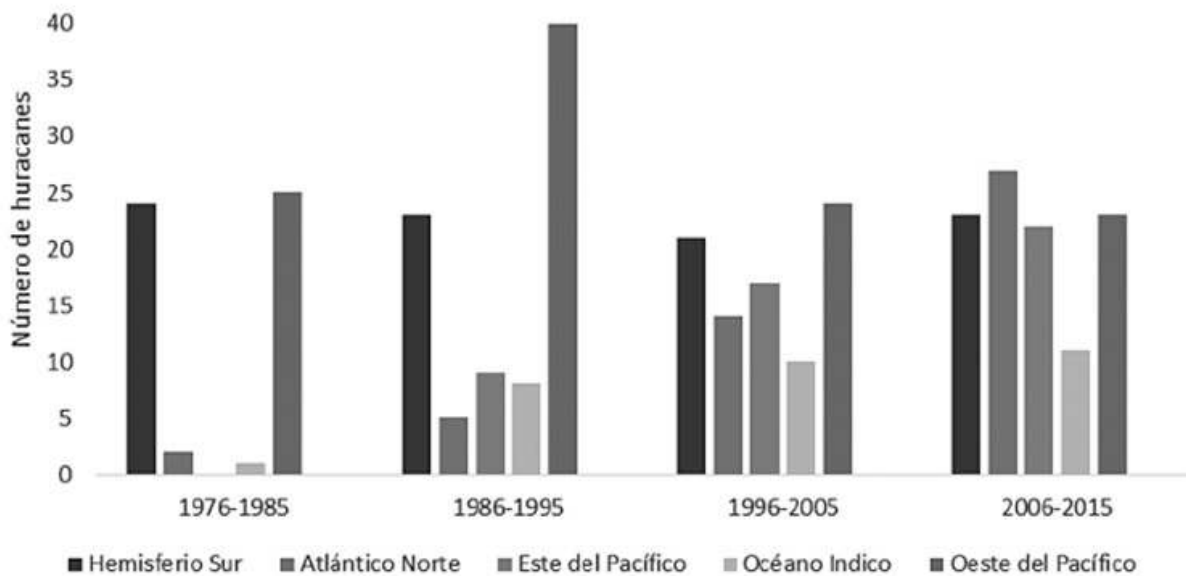
Otra consecuencia del cambio climático es el incremento del nivel del mar. La proyección más probable del incremento del nivel del mar para el año 2100 es de aproximadamente 65 a 75 cm en promedio, aunque es posible que en algunos sitios sea superior a 1.5 m. Los casquetes polares se han ido fundiendo a una velocidad sensiblemente mayor que la predicha por los modelos. Se presentarán daños en la mayor parte de los puertos del mundo por la elevación del nivel del mar, se complicarán los sistemas de drenaje en esas ciudades, además de la inundación de importantes extensiones habitadas que apenas se elevan o incluso se hallan por debajo de la cota del nivel del mar,

como es el caso de Ámsterdam, Holanda, que está en promedio 4 m por debajo del nivel del mar. En México también existen evidencias de la elevación del nivel del mar entre 1950 y 2000. En el Golfo de México se han registrado incrementos anuales que van desde 1.9 mm en Veracruz, hasta 9.16 mm en Ciudad Madero, Tamaulipas. En el Pacífico, ciudades como Guaymas, Sonora y Manzanillo, Colima, mostraron incrementos anuales de 4.23 y 3.28 mm, respectivamente.⁸

El cambio climático provoca, además, la elevación de la temperatura del mar, lo que ha provocado la intensificación de los huracanes y tifones en todo el mundo. Al elevarse la temperatura del mar se generan vientos más cálidos y violentos y cargados con más agua que se evapora en mayor cantidad. De 1976 a 2015 se duplicó el número de huracanes categoría 4 y 5 en todo el mundo. En algunas regiones como el Atlántico Norte se incrementaron 13 veces, en el este del Pacífico se triplicaron y en el Índico aumentaron 11 veces (gráfica 8).

En México los huracanes afectan directamente al territorio debido a su ubicación geográfica entre el océano Atlántico y el Pacífico. Los efectos devastadores que hemos observado en nuestro país tienen que ver con una mala planeación del territorio; son regiones que han sufrido severos procesos de deforestación y se ha permitido el establecimiento de poblaciones humanas en espacios naturales de alto riesgo como los cauces de los ríos. En estas condiciones, al llover torrencialmente el agua no puede filtrarse en el suelo por la falta de vegetación y el agua busca su curso a través de cauces que están azolvados por la erosión y sus márgenes invadidos con asentamientos humanos, arrasando con lo que encuentra a su paso en forma de avalanchas que entierran poblados altamente vulnerables. El agua necesita salir al mar, y si los espacios naturales han desaparecido o están bloqueados, lo hará por donde encuentre camino. Adicionalmente hay que mencionar que en México otro factor determinante de la vulnerabilidad social es la pobreza. Se estima que existen alrededor de 20 millones de habitantes que habitan en zonas susceptibles de sufrir eventos extremos como inundaciones y huracanes.

Gráfica 8. Huracanes categoría 4 y 5 presentes en todos los mares de 1976 a 2015



Los cambios en la temperatura y en los patrones de precipitación también afectan a las poblaciones de plantas y animales. Las plantas y los animales responden a cambios climáticos en escalas temporales mayores a las de la estacionalidad anual. Las especies de mayor movilidad como las aves o los grandes mamíferos pueden tener respuestas más rápidas a esos cambios en el clima que los reptiles, los anfibios o las plantas.

El cambio climático tiene también afectaciones indirectas sobre la salud; por ejemplo, el consumo de agua y alimentos de baja calidad que ocurren después de inundaciones y tormentas ocasiona un aumento en la frecuencia de epidemias y enfermedades diarreicas.

De acuerdo con los modelos climáticos que simulan condiciones futuras (escenarios) ante el cambio de las concentraciones de gases de efecto invernadero (GEI), proyectadas bajo diferentes condiciones económicas y sociales a nivel planetario, se espera que, si las tendencias continúan como van, en México, para el año 2100 se presente un incremento de más de 4°C en la zona fronteriza con Estados Unidos, y de alrededor de 2.5 y 3.5°C en el resto del país. En cuanto a la precipitación se estima que disminuirá en promedio hasta 10% en la mayoría del territorio nacional, aunque habrá regiones en que esa disminución podría ser mayor. La mayor parte del país se volverá más seca y las sequías más frecuentes, con el consecuente

aumento de demanda de agua particularmente en el norte del país y en zonas urbanas y la disminución de la productividad del maíz para la década de 2050.

En contraste, en algunas regiones la precipitación podría ser más intensa y frecuente, incrementando el riesgo de inundaciones para alrededor de dos millones de personas que residen en localidades menores a 5 000 habitantes y que están ubicadas principalmente en la parte baja de las cuencas; esta población se encuentra en situación de vulnerabilidad de moderada a alta y están amenazadas de riesgo de deslizamiento de laderas por lluvia.⁹

En suma, hay que resaltar que los efectos del cambio climático afectarán, en mayor o menor medida, a todos los habitantes del planeta, independientemente de su grado de participación en la generación de GEI; que los impactos sobre las poblaciones humanas serán mucho más severos y frecuentes de lo que se preveía hace una década, y que la magnitud de estos daños está vinculada a las condiciones de pobreza de las sociedades.

Pérdida de biodiversidad

Por *biodiversidad* entendemos todas las expresiones de vida que existen en la Tierra: la variedad de vegetales, animales, hongos, algas y microorganismos que se han establecido en todos los ambientes del planeta. La biodiversidad puede ser medida en términos de la variabilidad genética (diversidad dentro de las especies), la variabilidad entre las poblaciones de especies y las interacciones entre ellas (diversidad entre comunidades biológicas), y la variabilidad de ecosistemas (diversidad de especies que los habitan y que interactúan con las variables fisicoquímicas del hábitat).¹⁰

La biodiversidad en el mundo se distribuye de maneras muy distintas debido a que los organismos de todas las especies viven en condiciones ambientales particulares. Dependiendo de su historia y de su capacidad de dispersión, las especies pueden ocupar grandes extensiones de territorio o estar restringidas a pequeñas regiones. Actualmente conocemos entre 1.8 y 2.0 millones de especies animales, vegetales, de hongos y de microorganismos,¹¹ de un total estimado por Camilo Mora en casi 11 millones de especies¹² de las cuales

aproximadamente 2.2 millones son especies marinas. Según este autor, aún desconocemos 86% de especies terrestres y 91% de especies marinas. Los artrópodos (arácnidos, crustáceos, miriápodos e insectos) son el grupo más diverso. En general se considera que el tamaño de los organismos está relacionado con el número de especies esperadas; así los vertebrados, en general, tienen menos especies que los insectos.

México es uno de los países con mayor número de especies animales y vegetales y es considerado entre los 17 países denominados “megadiversos”, que son los que albergan entre 60% y 70% de la diversidad conocida del planeta. La diversidad biológica del país se explica por su posición latitudinal, ya que se ubica en la unión de dos regiones biogeográficas, la Neártica y la Neotropical; esto significa que en el país se encuentran especies de distinta afinidad ecológica y geográfica como el lince, el perrito de la pradera y el mapache de Norteamérica, así como la guacamaya roja, el tucán y el ocelote de Sudamérica.

Además, su historia geológica y su accidentada topografía, los distintos tipos de suelo y de clima, favorecen el establecimiento de esta gran biodiversidad, aunado a la influencia de los mares que lo rodean (el océano Pacífico, el Golfo de México, el Mar Caribe y el Mar de Cortés), que con sus diferentes temperaturas y profundidades permiten el desarrollo de numerosos ecosistemas y especies marinas. Se han descrito, por ejemplo, 2 224 especies de peces marinos, cantidad superada solamente por la región del Pacífico asiático, conformada por Indonesia, Filipinas, Australia y parte de Papua-Nueva Guinea, cuya superficie marina es mucho mayor. En lo que se refiere a insectos, se han descrito en México 66 275 especies, pero se estima que son cerca de 100 000, las que pueden existir.

En cuanto a las plantas vasculares México se encuentra entre los cinco países con mayor diversidad de especies junto con Brasil, China, Indonesia y Colombia. Se han descrito hasta ahora poco más de 25 000 especies de un total que se estima entre 27 000 y 30 000, de las cuales una alta proporción es endémica del país. Todos los ecosistemas del mundo están representados en México, excepto los extremadamente fríos. La biodiversidad constituye la base material —el

capital natural— del desarrollo de los países. Los ecosistemas nos proporcionan muchos recursos, como los alimentos, el agua, la energía, el aire, las materias primas y los nutrientes, entre muchos otros productos y funciones de los que dependemos los humanos y a los que llamamos servicios ecosistémicos. Sin embargo, no valoramos estos servicios y junto con los ecosistemas los estamos alterando y agotando. La biodiversidad se encuentra fuertemente amenazada por los procesos inadecuados de desarrollo. Los ecosistemas naturales de México han sido utilizados por el ser humano durante miles de años, pero el impacto más severo ha tenido lugar en los últimos 50 a 100 años.

La principal causa de pérdida de diversidad biológica es la deforestación para el desarrollo de actividades agropecuarias. Cada año se pierden en el mundo más de 13 millones de hectáreas de bosques y selvas, de los cuales la mayor parte se encuentra en zonas tropicales.¹³

En México las mediciones de la deforestación no han seguido una sola metodología y por ello las cifras de las tasas de cambio de uso de suelo varían mucho entre una fuente y otra. Tan sólo en los últimos 20 años se han generado cifras que van desde las 155 000 hasta las 776 000 hectáreas deforestadas al año. De acuerdo con el Programa Nacional Forestal 2014-2018, la tasa de deforestación promedio anual en el periodo 1990 a 2000 fue de 0.52% (354 000 ha); en el periodo 2000 a 2005 la deforestación neta anual fue de 235 000 ha por año (tasa anual de 0.35%), en tanto que para el periodo 2005 a 2010 la pérdida fue de 155 000 ha por año (tasa anual de 0.24%), de las cuales 9 000 correspondieron a bosques templados y 146 000 a selvas. Según estas cifras México es uno de los países que ha logrado desacelerar la pérdida de su superficie forestal.

En contraste, para el periodo 1976-2007 reportan que se deforestaron 16 575 924 ha, lo que en promedio es una pérdida de vegetación en alrededor de 534 707 ha al año.¹⁴

Si analizamos la deforestación por ecosistema, las selvas húmedas, en donde se encuentra la mayor biodiversidad del país, presentan la tasa de deforestación más alta, correspondiente a una pérdida anual de 2.6% en el periodo 1976-1993, y de 1.3% anual en el periodo 1993-

2002. Se considera que la vegetación original de selvas húmedas alcanzaba los 17 823 256 ha, y de acuerdo a la Serie V de INEGI (2013), en 2011 sólo quedaban 2 939 353 ha de vegetación conservada de este tipo de vegetación; es decir, sólo queda 16.5% de la vegetación original y el restante 83.5% se perdió.

Los bosques templados de coníferas y latifoliadas, en los cuales los pinos (*Pinus spp.*), oyameles (*Abies spp.*), pinabetos (*Picea spp.*, *Pseudotsuga spp.*) y encinos (*Quercus spp.*) son las especies dominantes en su composición y estructura, predominan en las zonas de clima templado de las principales sierras del país. Debido a la fertilidad de sus suelos y a su clima templado han sido objeto de procesos de transformación con fines agrícolas y energéticos (leña) y por asentamientos humanos a lo largo de milenios.

Las últimas estimaciones señalan que en México se ha perdido alrededor de 53% de los ecosistemas naturales (INEGI, 2011). Las principales transformaciones se han llevado a cabo en las selvas húmedas y secas, los pastizales, los bosques nublados y los manglares y en menor grado en matorrales y bosques templados. Los ecosistemas más accesibles, productivos, con mejores suelos y en lugares planos han sido los más transformados. Los principales remanentes se encuentran en lugares poco accesibles o poco productivos.

La biodiversidad en los ambientes marino y dulceacuícola también se encuentra amenazada. Por ejemplo, en la parte norte del Golfo de México existe una “zona muerta”, que es básicamente un área con hipoxia (falta de oxígeno) y que está desprovista prácticamente de vida. La hipoxia es un fenómeno que ocurre cuando la concentración de oxígeno disuelto en la columna de agua disminuye hasta un nivel en el que se reduce la calidad del hábitat, dando lugar a la muerte de los organismos que ahí habitan. El norte del Golfo de México, adyacente al río Mississippi, es el lugar con la mayor zona hipóxica de los Estados Unidos y la segunda mayor del mundo. Esta “zona muerta” del Golfo de México es provocada por el exceso de nutrientes, principalmente debido a las actividades agrícolas, así como por los desechos que generan las personas y otros agentes químicos que son descargados en el mar, lo que afecta cada vez más a los recursos costeros y hábitats en el Golfo. Los nutrientes, producto del uso de

fertilizantes, son arrastrados río abajo por el río Mississippi y estimulan el crecimiento masivo de algas y plancton que después se descomponen. La descomposición de estos organismos aumenta los niveles de nitrógeno y fósforo. En 2017 la zona muerta tenía una extensión de 22 720 kilómetros cuadrados (EPA, 2018).

El manejo de las pesquerías en México se enfoca a optimizar la ganancia sin considerar criterios ambientales. Los subsidios se destinan al incremento de la producción mediante métodos de captura no sustentables, como el uso de redes de arrastre que conllevan a la captura incidental de organismos de especies no comerciales en una gran proporción.¹⁵ La sobrepesca y el cambio en la composición de las comunidades marinas hacen más vulnerables a los ecosistemas y reduce su capacidad de respuesta ante eventos de estrés climáticos como huracanes o ciclones, además de disminuir los servicios ambientales que proveen, como la protección de costas, servicios estéticos, hábitat de especies pesqueras, entre otros.¹⁶ Se estima que 83.2% de las unidades pesqueras marinas en México ya no son susceptibles de ningún incremento de producción y que muchas de ellas requieren acciones de manejo y protección para detener su deterioro e impulsar un manejo pesquero con criterios ecológicos.

Al transformar los ecosistemas naturales mediante las distintas actividades mencionadas se destruye el hábitat de miles de especies. Muchas veces la transformación no es completa, pero existe un deterioro de la composición, estructura o función de los ecosistemas que impacta a las especies y las pone en riesgo. Una de las herramientas comúnmente usadas para valorar el estado actual de las especies es su representatividad en las listas internacionales de especies con prioridad en conservación, entre las que destacan las listas elaboradas por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y la de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).

La Lista Roja de Especies Amenazadas de UICN es un inventario mundial que permite alertar sobre el estado de la biodiversidad mundial y es un indicador crítico de la salud de la biodiversidad. La lista muestra que de las 63 837 especies evaluadas, 19 817 están

amenazadas por la extinción, incluyendo 41% de los anfibios, 33% de los corales formadores de arrecifes, 25% de los mamíferos, 13% de las aves y 30% de las coníferas.

La pérdida de especies es un proceso irreversible; una especie, producto de un proceso evolutivo ocurrido durante miles de años, si se extingue, no puede recuperarse. Por otro lado, en algunos sitios es posible recuperar la cobertura vegetal a través de la revegetación de un área con algunas especies de plantas, a las cuales posteriormente se integrarán algunas especies de animales. Pero este proceso de restauración, aunque podrá recuperar algunos componentes del ecosistema, no logrará reponer su funcionalidad original, la cual evolucionó a lo largo de miles de años.

A esta crítica situación de deforestación, sobreexplotación y contaminación de los ecosistemas hay que sumar los impactos del cambio climático. Se tiene registro de los efectos directos del cambio climático sobre organismos, poblaciones y ecosistemas. A nivel individual se podría afectar su desarrollo, fisiología y comportamiento durante las fases de crecimiento, reproducción y migración. También es probable que la modificación en los patrones de precipitación y el aumento de la temperatura afecten la distribución, tamaño, estructura y abundancia de las poblaciones de algunas especies. Además, los efectos del cambio climático sobre el ciclo hidrológico podrían afectar las interacciones entre las especies, los ciclos de nutrientes, y el funcionamiento, estructura y distribución de los ecosistemas, con la consecuente alteración en los flujos y calidad de los servicios ecosistémicos.

MARCO JURÍDICO, POLÍTICAS E INSTRUMENTOS AMBIENTALES PARA ENFRENTAR LA CRISIS AMBIENTAL

Los cambios globales ambientales constituyen parte de la agenda global y, particularmente, desde las Naciones Unidas se han impulsado numerosos acuerdos multilaterales, que han servido para orientar el quehacer de las agendas nacionales para enfrentar esta crisis ambiental y evitar los escenarios mencionados si no se hace nada.

Entre los principales convenios están los derivados de la Cumbre de la Tierra llevada a cabo en Rio de Janeiro en 1992: la Convención

Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) y la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (CNULD), de los cuales se desprenden protocolos y planes de acción vinculantes a las partes firmantes de los acuerdos, los cuales tienen seguimiento en las reuniones de las Conferencias de las Partes (COP). Por ejemplo, la CMNUCC tiene el Protocolo de Kioto y los Acuerdos de París como instrumentos vinculantes; la CDB cuenta con el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización, además del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y las Metas de Aichi que abordan la protección de los ecosistemas *in situ*.

Además, existen otros convenios vinculados a la conservación y uso de la biodiversidad como son la Convención Ramsar sobre Humedales; la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres; la Convención de Patrimonio Mundial; la del Derecho del Mar; y el Código de Conducta Responsable en la Pesca. Asimismo, la Corte ha incluido 30 tratados vinculados al tema ambiental, a los límites planetarios y los derechos humanos.

Uno de los esfuerzos recientes más relevantes lo constituye la aprobación en 2015 de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).¹⁷ Los ODS son una verdadera agenda para promover el desarrollo sustentable y enfrentar los retos de la humanidad en el siglo XXI.

México ha sido signatario de todos estos acuerdos y ha ido, progresivamente, construyendo un marco legal e institucional y el diseño de políticas e instrumentos ambientales para alcanzarlas. Sin embargo, la velocidad de la implementación de las acciones es muy lenta y la batalla no se está ganando.

Principales rasgos del sistema jurídico ambiental mexicano

El sistema jurídico mexicano está basado en la Constitución Política, en los tratados y convenios que firma México a través del Senado y que

se convierten en ley, y en un conjunto de leyes reglamentarias que se van desprendiendo de los artículos constitucionales. Además, se complementa con los reglamentos y normas oficiales mexicanas que expide el Ejecutivo.

En el artículo 4° de la Constitución se establece el derecho de todas las personas a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar y en el artículo 25 el mandato para que el Estado conduzca un proceso nacional de desarrollo sustentable. Las principales leyes reglamentarias ambientales son: la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, que constituye una ley marco en materia ambiental; la Ley General de Vida Silvestre (en proceso de sustitución por la Ley General de Biodiversidad); la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable; la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos; la Ley General de Cambio Climático; la Ley de Desarrollo Rural Sustentable; la Ley de Responsabilidad Ambiental; la Ley de Aguas Nacionales; y la Ley de Pesca y Acuicultura Sustentables.

Además, la procuración de justicia se apoya en el Código Federal de Procedimientos Civiles, que regula las acciones colectivas para la protección del medio ambiente, y la Ley de Amparo, que reconoce un interés legítimo, individual o colectivo, que permite a personas y comunidades interesadas en la conservación del medio ambiente y el ejercicio efectivo del derecho humano a un medio ambiente sano, solicitar la protección del Poder Judicial.¹⁸

A pesar de que México cuenta con un marco legal robusto, está faltando un proceso de integración y armonización jurídico, ya que en la medida que ha evolucionado ha tendido hacia la dispersión y, en ocasiones, la falta de una revisión de conjunto genera contradicciones y omisiones.

Por otro lado, resalta el enorme rezago en la aplicación de la ley y el incumplimiento de las sentencias de la Corte, con lo cual se mantienen las tendencias de deterioro ambiental y agotamiento de los recursos naturales.

*Principales rasgos de las políticas
e instrumentos ambientales y sus instituciones*

A partir de la década de los noventa México fue fortaleciendo sus instituciones y políticas. En 1992 se crearon la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio), el Instituto Nacional de Ecología y la Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente. En 1994 se integraron los sectores productivos vinculados al uso de recursos naturales (sector forestal, de agua y pesca) con los de medio ambiente en la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca (Semarnap), y se elaboraron el Programa Nacional de Medio Ambiente, el Programa Nacional de Áreas Naturales Protegidas, el Programa Nacional de Conservación y Aprovechamiento de la Vida Silvestre, el Programa Nacional de Pesca Responsable y la Carta Nacional de Pesca Responsable, el Programa de Desarrollo Forestal, el Programa de Auditorías Ambientales y los Programas de Calidad del Aire para las principales ciudades contaminadas.

La política de conservación del patrimonio natural nacional se fortaleció sustantivamente con la creación, en el año 2000, de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas y su reglamento, y en el 2001 la política forestal recibió un fuerte impulso con la fundación de la Comisión Nacional Forestal. En contraste, un revés a estos progresivos avances fue la desincorporación del sector pesquero de la institución ambiental, quedando la actual Semarnat, y fue así como se creó la Comisión Nacional de Pesca dentro de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), con lo cual se debilitaron los criterios de sustentabilidad ambiental en la administración de las pesquerías.

Dos instrumentos de enorme importancia, cuyos alcances rebasan el ámbito de lo ambiental, son la Estrategia Nacional de Cambio Climático y su Programa Especial de Cambio Climático, y la Estrategia Nacional de Biodiversidad y su Plan de Acción 2016-2030. Estas estrategias constituyen un verdadero programa integral para la incorporación de los temas de cambio climático y biodiversidad, respectivamente, en las agendas de todos los sectores de gobierno que estén vinculados con estos temas. Constituye también una agenda transversal y articuladora para el desarrollo sustentable del país. Lamentablemente, su implementación, seguimiento y evaluación son incipientes y no se tienen aún los resultados esperados y necesarios.

Cabe hacer notar que para el cumplimiento de la Agenda 2030 y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible será necesario desarrollar una nueva generación de instituciones que sean capaces de diseñar políticas integrales y coordinar las acciones conjuntas entre los diferentes sectores para actuar conjuntamente en la reversión de los rezagos sociales, ambientales y económicos. Las instituciones actuales están anquilosadas y fragmentadas, lo cual no está a la altura de las necesidades de plantear soluciones multidisciplinarias para la complejidad de los retos venideros: garantizar la seguridad alimentaria, evitar la pérdida de biodiversidad, basar el desarrollo en el capital natural de manera sustentable, mitigar y adaptarse al cambio climático, garantizar el acceso universal al agua limpia y obtenida sustentablemente, la construcción de una economía baja en consumo de carbono, la disminución de la pobreza y las desigualdades y el respeto a los derechos humanos, entre otros retos.

*El papel de la ciencia
en las políticas públicas ambientales*

Los avances en las políticas ambientales y en el marco jurídico que las norma, aunque con altibajos y a un ritmo insuficiente dada la magnitud de la crisis ambiental, han sido muy significativos en el último cuarto de siglo. En buena medida estos avances reflejan el incremento de la conciencia ciudadana sobre el tema y una mayor organización de la sociedad. Pero, sin duda alguna, el avance científico ha sido un factor que ha influido de manera muy sustantiva y contundente en estos procesos.

Por un lado, desde los años sesenta se ha ido acumulando investigación científica sobre el funcionamiento y estado de los ecosistemas. En 1960 se formó la Comisión para el Estudio de las Dioscóreas, cuya principal tarea fue realizar estudios ecológicos del barbasco (*Dioscorea composita*), una planta cuyo principio químico se utilizó en la elaboración de anticonceptivos. El principal objetivo de la comisión fue el estudio de la ecología de la vegetación del trópico húmedo mexicano, para ofrecer sugerencias en torno al manejo del barbasco. La Comisión para el Estudio de las Dioscóreas fue seminal para la formación de ecólogos botánicos en las zonas tropicales de

México y estableció metodologías de estudio en esas zonas que tuvieron una gran influencia en el desarrollo de la ecología tropical de México.¹⁹

En 1970 existía la opinión popular de que las selvas tropicales, debido a su crecimiento exuberante, su gran número de especies y su amplia distribución, nunca se agotarían. Gómez-Pompa y sus colaboradores señalaron en 1972, que la selva tropical no sería capaz de regenerarse bajo las prácticas de uso de la tierra de aquel entonces y que, aunque no contaban con evidencia científica abundante en ese momento, era necesario hacer dicha afirmación antes de que se incrementara la deforestación de las selvas tropicales de nuestro país.

Por otro lado, en la década de 1970 se fue generando conocimiento y se consolidaron grupos académicos en el área de la ecología, encabezados por Alfredo Barrera, José Sarukhán, Arturo Gómez-Pompa y Gonzalo Halffter, quienes formaron diversos grupos de profesionales en esta materia; el área de la agronomía con una visión ecológica la desarrolló Efraín Hernández-X.²⁰

En esta época comenzó la operación de las primeras estaciones de investigación biológica en México, como Los Tuxtlas, Ver., y Chamela, Jal., de la UNAM. Para el establecimiento de las reservas de la biosfera una serie de centros de investigación, liderados por el Instituto de Ecología, A.C., en colaboración con los correspondientes gobiernos estatales, y con el apoyo económico de proyectos de Conacyt, se establecieron las reservas de Mapimí y La Michilía (Durango), El Cielo (Tamaulipas), Manantlán (Jalisco), Sian Ka'an (Quintana Roo) y Montes Azules (Chiapas). En este proceso se integró la participación de las poblaciones locales desarrollando proyectos que las beneficiaran directamente. Ejemplos de estos primeros estudios son el manejo del agua y la ganadería en Mapimí, y el uso forestal sustentable en Manantlán.²¹ Estas investigaciones proliferaron en las siguientes décadas en torno a muchas áreas naturales protegidas. Por ejemplo, la Estación para la conservación Chajul, en la Reserva de la Biosfera Montes Azules, Chiapas, ha sido la base operativa para la conservación de esta reserva, para la investigación, educación ambiental y

fortalecimiento de capacidades de las comunidades locales para construir el desarrollo regional sustentable.²²

El rescate del sistema de conocimiento indígena fue una tarea que se intensificó desde la década de los setenta y constituyó un componente que dio pautas para el entendimiento de la apropiación humana de la naturaleza y recomendaciones de un uso racional de los recursos naturales. Por ejemplo, Toledo *et al.*, estudiaron los mecanismos de resiliencia esenciales que practican los mayas: el concepto sagrado de equilibrio y la estrategia de uso múltiple de los recursos naturales locales.²³ Boege ha señalado la importancia de los pueblos indígenas y su relación con los ecosistemas y servicios ecosistémicos que brindan sus territorios, además de plantear la necesidad de establecer estrategias nacionales para fortalecer a las comunidades de los pueblos indígenas.²⁴

En materia de contaminación, las primeras investigaciones, como las del doctor Humberto Bravo, fueron la base para la primera ley ambiental del país, la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental de 1971, que en 1982 fue sustituida por la Ley Federal de Protección al Ambiente.

En los años ochenta surgieron los primeros intentos de vinculación entre la investigación en ecología y las comunidades indígenas. Por ejemplo, desde la Facultad de Ciencias de la UNAM, el Programa de Aprovechamiento Integral de los Recursos Naturales en Comunidades Indígenas (PAIR) fue abriendo una línea de investigación y docencia sobre los recursos naturales que formó a muchos jóvenes capaces de vincularse a las comunidades campesinas.²⁵ Asimismo, proliferaron las investigaciones sobre la calidad del aire de las grandes ciudades y sobre el impacto de los residuos y sustancias peligrosas y sobre el recurso hídrico, entendido más allá de la ingeniería.²⁶

El conocimiento de esta época sustentó muchos de los instrumentos novedosos y de punta que se incluyeron en la Ley General del Equilibrio Ecológico (LGEEPA) como son el ordenamiento ecológico del territorio, el impacto ambiental y el sistema nacional de áreas naturales protegidas, entre otros.

Para los años noventa se había acumulado mucha información que explicaba los procesos funcionales de los ecosistemas y las alternativas

de uso sustentable de los recursos, y se había desarrollado, a nivel nacional y global, tecnología para disminuir la contaminación y remediarla.

Fue entonces que se creó, en 1992, la institución nacional más importante sobre el conocimiento de la biodiversidad, la Comisión Nacional de Conocimiento y Uso sobre la Biodiversidad (Conabio), cuyo prestigio nacional e internacional le ha permitido ser el mejor ejemplo en México de vínculo entre la academia con la toma de decisiones. Y en 1994 la Semarnap incluyó criterios de sustentabilidad ambiental en las actividades forestales, pesqueras y en el manejo del agua. También este conocimiento acumulado fue una base muy importante para la reforma de la LGEEPA en 1996, para la promulgación de la Ley General de Vida Silvestre en el año 2000, de la Ley Federal de Desarrollo Forestal Sustentable publicada en 2003 (última reforma en 2016) y de la Ley de Pesca y Acuicultura Sustentables publicada en 2007 (última reforma en 2015), así como de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos publicada en 2003 (última reforma en 2006).

Soberón, señala que México es uno de los países latinoamericanos que han creado una infraestructura física y humana para describir, conservar y aprovechar la diversidad biológica, y que en casi todos los estados de la República se han creado instituciones de educación superior y de investigación, con dependencias dedicadas al medio ambiente en cada una de ellas, y que se suman a las de la UNAM, el IPN y la UAM.²⁷ En diferentes momentos estas instituciones fueron alertando sobre el deterioro de los ecosistemas naturales, su funcionamiento y la necesidad de su conservación y de un uso racional de los recursos naturales. De acuerdo con la ANUIES, en 2013 existían 56 programas de licenciatura relevantes: Biología 30 (53.6%), Ciencias ambientales 9 (16.1%), Manejo de recursos naturales 6 (10.7%), Ecología 3 (5.4%), Biología marina 3 (5.4%), Biología experimental 2 (3.6%), Biología acuícola 1 (1.8%), y Biología pesquera 1 (1.8%). En cuanto a maestrías se pueden mencionar 63 programas, que incluyen: Ciencias biológicas, 19 (30.2%), Manejo y conservación de recursos naturales 15 (23.8%), Ciencias del mar y acuicultura 9 (14.3%), Ciencias ambientales 9 (14.3%), Ciencias en desarrollo sostenible 5 (7.9%), Botánica 3 (4.8%),

Biodiversidad y conservación 3 (4.8%). Finalmente, se han creado 59 doctorados: Ciencias biológicas 19 (32.2%), Ciencias ambientales 1 (18.6%), Ciencias del mar 9 (15.3%), Ciencias agropecuarias 8 (13.6%), Ciencias en manejo y conservación de recursos naturales 7 (11.9%), Ciencias en desarrollo sostenible 4 (6.8%), y Ciencias en biodiversidad y conservación 1 (1.7 por ciento).²⁸

Sin duda, México ha consolidado progresivamente un importante y prestigiado capital humano en materia ambiental. Sin embargo, nuestro sistema tiene muchas fallas y una gran parte de este conocimiento no se utiliza en el proceso de toma de decisiones, desperdiciando muchas oportunidades de impulsar procesos hacia el desarrollo sustentable bien respaldados en la mejor ciencia disponible.

No estamos logrando que la ciencia influya suficientemente en la toma de decisiones, por múltiples razones. Por un lado, en muchas ocasiones, a pesar de existir evidencia científica, cuando se afectan intereses económicos se ignora, desecha o, incluso, refuta dicha evidencia científica; y esto es posible porque la sociedad lo permite y la comunidad científica no se expresa. Por otro lado, aun cuando tomadores de decisión tengan la voluntad de escuchar a los científicos y basar sus decisiones en la evidencia científica, los canales de vinculación para la transferencia de conocimiento no existen o están atrofiados. El sistema no está organizado para que estos actores dialoguen y se escuchen de manera sistemática.

También es un obstáculo la falta de comunicación de los resultados de las investigaciones hacia la sociedad y los políticos. La traducción del conocimiento científico en propuestas concretas de políticas públicas no es una práctica entre los investigadores, en parte porque no se estimula mediante el sistema de los incentivos económicos académicos y en parte porque no es de interés de los científicos; más aún, no en pocas ocasiones se desprecia esta tarea. Su meta es la publicación en revistas científicas. La difusión de este conocimiento por los expertos, debería ser una responsabilidad de las instituciones académicas.

Por otro lado, es necesario reconocer que la forma en que se genera el conocimiento científico sigue siendo de manera fragmentada. Los problemas de la crisis ambiental y los que están vinculados a estos —

seguridad alimentaria, salud pública, entre muchos otros—, sólo podrán entenderse y atenderse mediante un enfoque integral de los procesos desde distintas disciplinas. Esta forma interdisciplinaria del quehacer científico no es una práctica. Esto no significa que no debe realizarse investigación especializada, sino que ésta debe integrarse de manera interdisciplinaria con las demás especializaciones que, en conjunto, puedan explicar las distintas facetas de un proceso. Sólo de esta forma será posible ofrecer soluciones integrales a los problemas globales y nacionales que se derivan de la crisis ambiental.

Si el sistema científico que genera el conocimiento no entiende y explica de manera integral los sistemas complejos socioambientales y ofrece soluciones integrales, las instituciones, políticas y leyes no van a reflejar esta integralidad. Es un proceso en el que se deberá marchar conjuntamente, pero es indispensable acelerar el paso.

Además, hay que reconocer también que, en muchas circunstancias, no existe suficiente evidencia científica contundente, aunque por lo general siempre existe más conocimiento del que se utiliza. Por ejemplo, en los juicios, cuando la incertidumbre es alta y la prueba del daño no es contundente, es importante recurrir al principio precautorio cuando la información existente señala los posibles riesgos, incluso irreversibles.

En síntesis, la ciencia reconoce que los recursos planetarios son finitos y que si hacemos un uso sustentable de los mismos se puede resolver la crisis ambiental sin comprometer el desarrollo, ni de las generaciones actuales ni de las venideras. Hemos avanzado mucho en la construcción de un sistema científico que ha influido en la creación de instituciones, políticas y leyes. Sin embargo, México aún carece de una cultura para tomar decisiones a partir de la mejor evidencia científica; no existen los canales adecuados de vinculación entre los científicos y los tomadores de decisiones. Sin duda, el proceso es complejo, pero cuando ocurre, los resultados son sólidos y de largo plazo.

BIBLIOGRAFÍA

- Anta Fonseca, S., J. Carabias *et al.*, “Consecuencias de las políticas públicas en el uso de los ecosistemas y la biodiversidad”, *Capital natural de México*, vol. III. *Políticas públicas y perspectivas de sustentabilidad*, Conabio, México, 2008, pp. 87-153.
- Boege, S. Eckart, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*, INAH, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2008.
- Carabias, J., E. Provencio y C. Toledo, *Pobreza y medio ambiente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- Carabias, J., J. de la Maza y E. Provencio, “Evolución de enfoques y tendencias en torno a la conservación y el uso de la biodiversidad”, *Capital natural de México*, vol. III. *Políticas públicas y perspectivas de sustentabilidad*, Conabio, México, 2008, pp. 29-42.
- Carabias, J., J. de la Maza y R. Cadena (coords.), *Conservación y desarrollo sustentable en la Selva Lacandona. 25 años de actividades y experiencias*, Natura y Ecosistemas Mexicanos, México, 2015.
- Carabias, J. y A. Rabasa, “Cien años de políticas y normatividad ambiental”, en G. Esquivel, F. Ibarra Palafox y P. Salazar (coords.), *Cien ensayos para el Centenario*, t. 3. *Estudios económicos y sociales*, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas / Instituto Belisario Domínguez, México, 2017.
- Comisión Intersecretarial de Cambio Climático (CICC), *Estrategia Nacional de Cambio Climático*, Semarnat, México, 2007.
- _____, *Programa Especial de Cambio Climático 2014-2018 (PECC)*, Semarnat, México, 2007.
- Conabio, *Estrategia Nacional sobre Biodiversidad de México y Plan de Acción 2016-2030*, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, México, 2016. Disponible en: <www.biodiversidad.gob.mx/pais/pdf/ENBIOMEX_baja.pdf>.
- Gómez-Pompa, A. “Comisión para el estudio ecológico de dioscóreas”, en J. Carabias *et al.* (coords.), *Patrimonio natural de México. Cien casos de éxito*, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, México, 2010.
- Gómez-Pompa, A., C. Vázquez Yanez y S. Guevara, “The Tropical Rain Forest: A Nonrenewable Resource”, *Science*, vol. 177, núm. 4051, 1972, pp. 762-765.
- Halffter, G., “Reservas de la biosfera: problemas y oportunidades en México”, *Acta Zoológica Mexicana*, vol. 27, núm. 1, México, 2011, pp. 177-189.
- INEGI, *Censo de Población y Vivienda 2010*, México, disponible en: <<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/ccpv/2010/default.html>>.
- _____, *Conjunto de datos vectoriales de la carta de uso del suelo y vegetación, serie V (continuo nacional), escala 1:250 000*, Aguascalientes, 2013.
- _____, *Encuesta intercensal*, México, 2015, Disponible en: <<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/>>.
- Mazari, M., B. E. Jiménez Cisneros y Y. López Vidal, *El agua y su impacto en la salud pública*, El Colegio de México / UNAM / Fundación Gonzalo Río Arronte, México,

2005.

- Moberg, F., C. Folke, "Ecological Goods and Services of Coral Reef Ecosystems", *Ecological Economics*, vol. 29, pp, 1999, pp. 215-233.
- Molina, M., J. Sarukhán y J. Carabias, *El cambio climático. Causas efectos y soluciones*, Fondo de Cultura Económica / SEP / Conacyt, México, 2017.
- Mora, C., D.P. Tittensor, S. Adl, A.G. Simpson y B. Worm, "How Many Species are there on Earth and in the Ocean?", *PLOS Biology*, 23 de agosto de 2011.
- Organización de las Naciones Unidas, *Perspectivas de la población mundial: Revisión 2017. Principales hallazgos y avances. Documento de trabajo núm. ESA/P/WP/248*, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población, 2017; disponible en: <<https://www.un.org/development/desa/publications/world-population-prospects-the-2017-revision.html>>.
- _____, *Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago de Chile, 2016.
- Rosete-Vergés, Fernando A., José Luis Pérez-Damián, Mariano Villalobos-Delgado, Elda N. Navarro-Salas, Eduardo Salinas-Chávez y Ricardo Remond-Noa, "El avance de la deforestación en México 1976-2007", *Madera y Bosques*, vol. 20, 2014, disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=61730576003>>.
- Sarukhán, J. *et al.*, "La formación de recursos humanos vinculada al manejo de la biodiversidad: aciertos y limitaciones", *Capital natural de México*, vol. IV: *Capacidades humanas e institucionales*, Conabio, México, 2016, pp. 371-418.
- _____, *Capital natural de México. Síntesis: evaluación del conocimiento y tendencias de cambio, perspectivas de sustentabilidad, capacidades humanas e institucionales*, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, México, 2017.
- Semarnat, *Programa Nacional Forestal 2014-2018. Especial*, Semarnat, México, 2014.
- _____, *Informe de la situación del medio ambiente en México. Compendio de estadísticas ambientales. Indicadores clave, de desempeño ambiental y de crecimiento verde. Edición 2015*, Semarnat, México, 2016.
- Semarnat y Conagua, *Estadísticas del agua en México*, México, 2016.
- Soberón, J., "Epílogo", en L. Simonian, *La defensa de la tierra del jaguar. Una historia de la conservación en México*, Semarnat / Conabio / Imernat, México, 1999, pp. 251-258.
- Stockholm Resilience Center, 2016; disponible en: <<http://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries/planetary-boundaries/about-the-research/the-nine-planetary-boundaries.html>>.
- Toledo, V.M., N. Barrera Bassols, E. García Frapolli y P. Alarcón Chaires, "Manejo y uso de la biodiversidad entre los mayas yucatecos", *Biodiversitas*, vol. 70, Conabio, México, 2007, pp. 10-15.

UNESCO, *Tropical Forest Conservation. Long-Term Processes of Human Evolution, Cultural Adaptations and Consumption Patterns*, UNESCO, Mexico, 2016.

United States Environmental Protection Agency (EPA), disponible en: <<https://www.epa.gov/ms-htf/northern-gulf-mexico-hypoxic-zone>>.

Wilson, E. O., *El futuro de la vida*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2002.

1

Edward Osborne Wilson, *El futuro de la vida*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2002.

2

Perspectivas de la población mundial: Revisión 2017. Principales hallazgos y avances, Documento de trabajo núm. ESA/P/WP/248, ONU (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población), 2017.

3

Encuesta intercensal, INEGI, México, 2015, en: <<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/>>.

4

Mario Molina, José Sarukhán y Julia Carabias, *El cambio climático. Causas efectos y soluciones*, Fondo de Cultura Económica / SEP / Conacyt, México, 2017.

5

Estadísticas del agua en México, Semarnat-Conagua, México, 2016.

6

“The Nine Planetary Boundaries”, Stockholm Resilience Center, Estocolmo, 2016; en <<http://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries/planetary-boundaries/about-the-research/the-nine-planetary-boundaries.html>>.

7

Molina *et al.*, *op. cit.*

8

Informe de la situación del medio ambiente en México. Compendio de Estadísticas Ambientales. Indicadores clave, de desempeño, ambiental y de crecimiento verde. Edición 2015, Semarnat, México. 2016.

9

Programa Especial de Cambio Climático 2014-2018 (PECC), Semarnat, Comisión Intersecretarial de Cambio Climático (CICC), México, 2014.

10

José Sarukhán *et al.*, *Capital natural de México. Síntesis: evaluación del conocimiento y tendencias de cambio, perspectivas de sustentabilidad, capacidades humanas e institucionales*, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, México, 2017.

11

Idem.

12

C. Mora *et al.*, “How Many Species Are there on Earth and in the Ocean?”, *PLOS Biology*, 23 de agosto de 2011.

13

Tropical Forest Conservation. Long-Term Processes of Human Evolution, Cultural Adaptations and Consumption Patterns, UNESCO, Mexico, 2016.

14

Fernando A. Rosete-Vergés *et al.*, “El avance de la deforestación en México 1976-2007”, *Madera y Bosques*, vol. 20, núm. 1, Instituto de Ecología, A.C., México, 2014. En línea: <<http://www.redalyc.org:9081/articulo.oa?id=61730576003>>.

15

S. Anta Fonseca *et al.*, “Consecuencias de las políticas públicas en el uso de los ecosistemas y la biodiversidad”, *Capital natural de México*, vol. III. *Políticas públicas y perspectivas de sustentabilidad*, Conabio, México, 2008, pp. 87-153.

16

F. Moberg y C. Folke, “Ecological Goods and Services of Coral Reef Ecosystems”, *Ecological Economics*, vol. 29, 1999, pp. 215-233.

17

Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe, ONU / CEPAL, Santiago de Chile, 2016.

18

J. Carabias y A. Rabasa, “Cien años de políticas y normatividad ambiental”, en G. Esquivel, F. Ibarra Palafox y P. Salazar (coords.), *Cien ensayos para el Centenario*, t. 3. *Estudios económicos y sociales*, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas / Instituto Belisario Domínguez, México, 2017.

19

A. Gómez-Pompa, “Comisión para el estudio ecológico de dioscóreas”, en J. Carabias *et al.* (coords.), *Patrimonio natural de México. Cien casos de éxito*, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, México, 2010.

20

J. Carabias, J. de la Maza y E. Provencio, “Evolución de enfoques y tendencias en torno a la conservación y el uso de la biodiversidad”, *Capital natural de México*, vol. III. *Políticas públicas y perspectivas de sustentabilidad*, Conabio, México, 2008, pp. 29-42.

21

G. Halffter, “Reservas de la biosfera: problemas y oportunidades en México”, *Acta Zoológica Mexicana*, vol. 27, núm. 1, México, 2011, pp. 177-189.

22

J. Carabias, J. de la Maza y R. Cadena (coords.), *Conservación y desarrollo sustentable en la Selva Lacandona. 25 años de actividades y experiencias*, Natura y Ecosistemas Mexicanos, México, 2015.

23

V. M. Toledo, N. Barrera Bassols, E. García Frapolli y P. Alarcón Chaires, “Manejo y uso de la biodiversidad entre los mayas yucatecos”, *Biodiversitas*, vol. 70, Conabio, México, 2007, pp. 10-15.

24

S. Eckart Boege, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*, INAH / Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2008.

25

J. Carabias, E. Provencio y C. Toledo, *Pobreza y medio ambiente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

26

M. Mazari, B. E. Jiménez Cisneros y Y. López Vidal, *El agua y su impacto en la salud pública*, El Colegio de México / UNAM / Fundación Gonzalo Río Arronte, México, 2005.

27

J. Soberón, “Epílogo”, en L. Simonian, *La defensa de la tierra del jaguar. Una historia de la conservación en México*, Semarnap / Conabio / Imernar, México, 1999, pp. 251-258.

28

J. Sarukhán, G. García Méndez *et al.*, “La formación de recursos humanos vinculada al manejo de la biodiversidad: aciertos y limitaciones”, *Capital natural de México*, vol. IV. *Capacidades humanas e institucionales*, Conabio, México, 2016, pp. 371-418.

LOS PROBLEMAS NACIONALES Y LA SUPREMA CORTE

José Ramón Cossío Díaz¹

ENFOQUES Y TRATAMIENTOS

En este trabajo pretendo dar cuenta de una o, mejor dicho, de dos maneras de relacionar al más importante órgano jurisdiccional de nuestro país con los que, bajo un criterio general, puedan ser tenidos como problemas nacionales. Digo que se trata de dos maneras diversas de relación, puesto que una cosa es considerar, como acabo de señalar, el asunto desde la enunciación Suprema Corte-problemas nacionales y otra distinta hacerlo como Problemas nacionales-Suprema Corte. Entiendo que habrá quien suponga que la diferenciación anterior es puramente artificial o, en el mejor de los casos, resulta en una mera e inútil curiosidad. Mi punto de vista es otro. Creo que mediante la ordenada diferenciación de las dos relaciones sometidas a análisis, pueden ponerse de manifiesto maneras distintas de comprender el trabajo de ese órgano jurisdiccional, sus alcances y sus límites, especialmente respecto del tema central del seminario y del libro colectivo que nos ha convocado, esto es, las intersecciones del derecho con el cambio social. También, las razones por las que diversos científicos sociales y actores públicos, estiman a la Corte y sus sentencias limitadas o hasta irrelevantes, y por qué los juzgadores y juristas estiman, por el contrario, que la labor hecha por ese órgano es completa y relevantísima.

Si el estudio a realizar se titulara “La Suprema Corte y los problemas nacionales”, el énfasis quedaría puesto en la institución. Se trataría de averiguar cómo es que respecto de ella los problemas nacionales fluyen, se procesan y resuelven. Como la institución “Suprema Corte” ya existe o, más precisamente dicho, ya está preconfigurada en sus aspectos orgánicos, competenciales y funcionales, lo que terminará por hacerse es ver la manera cómo con respecto a ella los problemas nacionales se insertarán. Ahora bien, como tales problemas no lo

serán en abstracto, en sí mismos considerados, sino como ellos puedan ser en la jurisdicción, resultará que tendrán en general buena cabida y también, en general, buena resolución. Si el problema nacional no pudiera caber en la jurisdicción, es decir, hacerse jurisdiccional, terminaría por no ser jurídico y, por ende y desde la perspectiva autorreferente del derecho, no sería relevante para él ni, evidentemente, para sus medios jurisdiccionales.

Si el estudio a realizar se titulara “los problemas nacionales y la Suprema Corte”, el resultado sería distinto. Debido a que el énfasis u objeto a destacar serían los problemas, tendría que verse cómo es que éstos, en su propia materialidad, serían recogidos y procesados por la Corte. Esa materialidad, de una parte, y la manera en la que se pensará que los mismos debieran ser resueltos o al menos conocidos, de otra, serían el eje discursivo. Por lo mismo, si el problema no pudiera entrar bien o no solucionarse cabalmente, sería porque el mismo se considerara como no jurídico, porque su juridicidad no hubiere quedado adecuadamente establecida o porque, estando ésta razonablemente construida, su jurisdiccionalidad fuere imposible o, al menos, inadecuada o deficiente.

El problema que se presenta con una buena parte de los estudios que se realizan sobre la vinculación de la Suprema Corte con los problemas nacionales, radica en elegir indiferenciada e inexpresadamente, una posición frente a otra. Así, los juristas hablan de la Corte como de un todo dado y a sus ojos prácticamente omnipotente, mientras que los profesionales de otras ciencias sociales asumen que la misma institución no puede o no debe (normalmente lo primero), enfrentar tal o cual problema o situación. Lo que en cualquier caso resulta, es una visión empobrecida de lo que sí puede y no puede realizar tal instancia judicial: en un caso, prácticamente constituirse en el mayor adalid social; en el otro, en un mecanismo poco útil para enfrentar lo que, desde tal perspectiva, realmente importa.

Como espero poder concluir al finalizar el presente trabajo, la hipótesis que quiero formular radica entonces en lo siguiente: la adopción de un punto de vista para estudiar la correlación entre los dos aspectos enunciados (Corte/Problemas o Problemas/Corte), no

solamente implica la evidente adopción de un modo de ver las cosas, sino que también conlleva dos cosas adicionales. Primera, la predeterminación del tipo de consecuencias o resultados que van a alcanzarse; segunda, la identificación de las funciones que mediante la institución pueden realizarse y de los cambios que a ella deben hacerse.

Mientras los juristas sigan suponiendo que la Suprema Corte (o cualquier otro elemento jurídico, sea éste orgánico o procedimental) funciona bien porque así debe funcionar jurídicamente, las posibilidades de uso del derecho para la solución de problemas sociales se mantendrá en una muy pobre condición. Lo único que se hará es preservar la autorreferencia jurídica, como si la mera marcha del sistema fuera suficiente para resolver los problemas que se presentan. Esto, bajo la idea de que si está en el derecho está bien puesto y que lo único que debe hacerse es introducir cambios marginales para ajustar lo que, por la razón que sea, está desajustado. En estas condiciones, los cultivadores del derecho no están preparados para contender con el cambio social, en tanto sus suposiciones profesionales los hacen asumir, insisto, que la solución es ya jurídica y por lo mismo buena, en tanto está en el derecho.

En sentido contrario acontece lo mismo. Mientras los no juristas sigan suponiendo que los problemas sociales tienen modos propios de comprensión y solución y que su especificidad, gravedad o magnitud, los hace ajenos al derecho, se estará privando a los mismos y, sobre todo a sus posibles soluciones, de la más compleja y completa manera de formalización que actualmente existe. Frente al desplazamiento de las soluciones religiosas o consuetudinarias, el derecho es el mecanismo más potente de ordenación de los fenómenos sociales. Si esto no se entiende y se asume, por lo mismo, que el cambio climático o la explosión demográfica son fenómenos, nuevamente, de tan grave entidad que el derecho no puede o no debe presentarse en ellas, se privará de un medio poderoso de regulación y control social. Si los fenómenos nuevos van apareciendo en la forma de cambios sociales y éstos no pueden ser incorporados por el derecho en general o en la Suprema Corte en particular, se producirán desórdenes y formas poco efectivas de enfrentarlos.

Uno de mis propósitos profesionales de los últimos años, radica en tratar de romper la idea del naturalismo del derecho, tan cómodamente asumida por la profesión. Otro de ellos, es tratar de mostrar a los profesionales de otras ciencias, sociales y no, la importancia de asumir al derecho como un medio poderoso de realización de sus descubrimientos o propuestas. La idea que me guía en este trabajo es la misma. El derecho será fuerte y eficaz en la medida en que quienes lo practicamos lleguemos a comprender que es necesario mantenerlo abierto a una amplia crítica y a la incorporación de los elementos materiales y teóricos que se generen en otros campos del conocimiento y la experiencia humanos. Las realizaciones sociales, en la forma de esos que tan vaga y repetidamente se llaman políticas públicas, únicamente serán posibles cuando logren insertarse, e insertarse bien, en el orden jurídico. Al naturalismo de los juristas, desde luego pernicioso, se agrega el igualmente nefasto presupuesto de los otros científicos, quienes suponen que sus conocimientos son tan fundamentalmente autoevidentes, que por ello habrán de realizarse socialmente y producir así sus beneficios. Ninguna de las dos cosas es correcta. Trataré de mostrarlo asumiendo el ya señalado punto de vista binario en los dos temas particulares que he dejado indicados.²

*LA SUPREMA CORTE
Y LOS PROBLEMAS NACIONALES*

La Suprema Corte es el órgano del Poder Judicial de la Federación integrado por 11 ministros que actuando en pleno o en salas, conocen y resuelven procedimientos jurisdiccionales de diverso tipo.³ Entre los más destacados se encuentran las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, distintas modalidades del juicio de amparo y sus incidencias de ejecución. Por su posición jerárquica concerniente a la posibilidad de revisar buena parte de las actuaciones de la totalidad de las autoridades del país, durante años se le tuvo y se le tiene como la máxima autoridad jurisdiccional del país. Desde hace algunos años y como consecuencia de un discurso que buscó transformar sus competencias, el modo de

ser vista y de asumir sus funciones, se le ha denominado el “Tribunal constitucional del Estado mexicano”.⁴

Tanto por las funciones que desempeña como por la mitología refundacional de la que se le ha investido, la Suprema Corte de México es tenida hoy, discursivamente hablando, y más allá de efectivas realidades,⁵ como un órgano accesible, progresista, comprometido con la agenda de los derechos humanos, generador de buenas soluciones respecto a prácticamente todos los temas y problemas nacionales o, al menos, a los de su competencia. Con tan importantes competencias, objetivamente hablando, y con tan clara concepción del funcionamiento y posición del órgano, subjetivamente construida, ¿de qué manera es que la Suprema Corte ha tenido que vérselas con los dos problemas nacionales antes identificados: impunidad y corrupción?

De una revisión general a lo decidido por la Suprema Corte en las tres últimas épocas del *Semanario Judicial de la Federación*, se podrá constatar que son pocos los criterios existentes.⁶ Adicionalmente, que su función es tanto normativa como retórica. Lo primero es así, pues en algunos casos la expresión se utiliza como vía para cerrar alguna posibilidad o para abrir otra. Decir, por ejemplo, que tal o cual cosa no podría darse, o tal interpretación hacerse, pues ello generaría impunidad, es una manera de ordenar y enfrentar a fenómenos o temas estrictamente jurídicos. Por el contrario, decir que tal o cual decisión es la única posible o correcta, es un modo de justificar lo hecho jurídicamente. Si se analizan las tesis acabadas de identificar, quedará en claro que la *impunidad* o, mejor dicho, el uso del término, se actualiza dentro de los procesos de que conoce la Suprema Corte, dentro de las posibilidades formales propias de la mecánica de cada uno de ellos.

Algo parecido acontece con el término *corrupción*, aun cuando también hay algunas diferencias.⁷ La primera de ellas radica en el número de criterios. Los de corrupción son sensiblemente menores (50%) a los de impunidad. La razón de ello puede explicarse debido a que el primer término primordialmente debe utilizarse en el sentido técnico de delito o falta, mientras que el segundo cumple más bien una función hermenéutica o retórica, lo que le permite usos más

amplios o, al menos, no tan restringidos. La segunda diferencia parte precisamente de lo anterior. El uso de la corrupción está encaminado a la constitución de elementos jurídicos, primordialmente por la vía de identificar obligaciones, responsabilidades y responsables. El término corrupción, en suma, desempeña el papel técnico de denotación de un tipo penal o supuesto de responsabilidad y de sus consecuencias, mientras que el término impunidad, al no tener ese sentido preciso, conlleva el de complementación, retórica y no, de algo que normativamente se desea construir o lograr.

Supongamos que la totalidad de los asuntos en los que se han utilizado las expresiones impunidad y corrupción, son los que han quedado identificados mediante las tesis publicadas en el *Semanario Judicial*. Si no se quiere aceptar esta posibilidad, en tanto efectivamente una cosa son las tesis y otra son los asuntos realmente resueltos, consideremos a las tesis simplemente como muestra de lo que la Suprema Corte suele hacer con las dos expresiones que permiten denotar los dos problemas aludidos. ¿Qué nos arrojan tales identificaciones?

Si nos encontráramos frente al juicio de amparo, las controversias o las acciones, es decir, los modos básicos de conocimiento de asuntos de carácter jurisdiccional por parte de la Suprema Corte, tendríamos que los términos aludidos tendrían que convertirse, por decirlo así, de meras expresiones en componentes de un litigio. Por lo mismo, son parte de la demanda, de la contestación a ésta, de las pruebas, de los alegatos o de las argumentaciones de las sentencias, correspondientemente. El que ello sea así está implicando, desde luego, un asunto relevante. La impunidad o la corrupción son apreciadas por la Corte litigiosamente. Ello significa que todo lo que respecto de ello se diga, será en términos estricta y rigurosamente normativos, desde luego pero, más en concreto, procedimentales. Todo lo que al respecto se diga, quedará comprendido en esa clave. Aquí es donde está situada, precisamente, la autorreferencia.

Como, por decirlo así, ni la impunidad ni la corrupción tienen un modo diverso de ser más que el que procesalmente les corresponda, lo que se resuelva jurisdiccionalmente será, también, lo que corresponda. Nada más podrá estar ahí, pero tampoco nada menos.

Por esa razón, la impunidad y la corrupción quedarán bien resueltas al haber sido acogidas en lo que tenía que darse. Al ser su manera de ser la que fue resuelta, no porque uno y otro término y lo que denotan materialmente tengan otra manera de ser material, sino porque procesalmente no pueden ser sino lo que fueron, en la manera en la que la Corte haya dicho que lo fueron. Es aquí donde se ve de qué manera todo el proceso se cierra.

Comenzando con la estructura orgánico-normativa de nuestro orden jurídico, el legislador puede entender, y entiende, que lo suyo es prever supuestos normativos a fin de que la impunidad y la corrupción sean evitadas o combatidas. Ello implica, no necesariamente reconocido, que el legislador considerará satisfecha su actuación, cuando la descripción de la conducta, sus consecuencias y el modo de establecer éstas, haya quedado fijada en una norma general, abstracta e impersonal. Las consecuencias concretas no serán, desde luego y con base en la división de poderes, asunto que le concierna. El primer paso en la determinación de la identificación, combate y persecución de impunidades y corrupciones, será tarea ejecutiva-administrativa. Ello significa que la aplicación primaria de las normas para establecer y acreditar conductas les corresponderá a ellas, siempre a partir de lo dispuesto por el legislador. Si la comprobación (*lato sensu*) puede hacerse, será mérito de la autoridad; si ello no es posible, puede deberse al mal actuar legislativo o impugnarse ante los órganos de jurisdiccionales. Los jueces deberán determinar, entonces, si la ley y las actuaciones ejecutivo-administrativa, han sido o no correctas.

Lo que aquí acontece es, insistiendo un poco en lo ya dicho, más o menos lo siguiente. Los jueces actuarán, en un primer momento (no necesariamente cronológico), determinando si la norma es o no válida siempre en referencia al propio orden jurídico. Por lo mismo, ellos decidirán si lo que se estableció como impunidad o corrupción, cabe o no en el orden jurídico. Enseguida, señalarán si lo actuado por las autoridades ejecutivo-administrativas satisface o no la misma condición de validez jurídica. Lo que a final de cuentas resulta, es la cerrada o autosuficiente condición de que como todo lo concerniente a la impunidad o a la corrupción necesariamente tenía que pasar por

el litigio, lo que pasó y se determinó por el litigio era lo único que podía determinarse, no ya como posibilidad en abstracto, sino como único resultado posible.

En el litigio, la acción primordial llevada ante la Suprema Corte, la impunidad y la corrupción serán siempre tratadas y resueltas de manera completa y adecuada. ¿Qué otra cosa podría esperarse de un órgano que totaliza completamente los temas que le corresponde resolver? Si las dimensiones de la impunidad o de la corrupción son amplias y socialmente dañinas, a la Corte sólo le corresponde conocerlas en la extensión en la que el correspondiente litigio lo permita. Si más allá de éste hay daño social o afectaciones individuales, ello será tan indiferente o, al menos irrelevante, como todo aquello que, por decirlo así, quede fuera de esos litigios o de cualquiera otros.

LOS PROBLEMAS NACIONALES Y LA SUPREMA CORTE

Pasemos ahora a nuestra segunda posibilidad de análisis. Pensemos, como lo determinamos, en los problemas centrales del desempleo y la pobreza. La tasa promedio de desocupación nacional de hombres y mujeres mayores de 15 años fue de 3.60% en 2017, habiendo descendido con respecto a la que existía en 2015 (4.50%) y 2016 (4.14%).⁸ La tasa de personas en pobreza (no extrema) en 2016, fue de 43.6%, lo que resulta menor a la existente en 2014 (46.2%), en 2012 (45.5%) y en 2010 (46.1%).⁹ Más allá de que las tasas promedio hayan descendido en ambos casos, lo cierto es que para la población encuestada, ambos temas son motivo de preocupación.¹⁰ ¿Qué puede hacer la Suprema Corte para resolver estos problemas nacionales?

Para enfocar nuestra respuesta, recordemos que en este caso el desempleo y la pobreza son los temas a considerar. Para profundizar, tomemos el segundo de ellos. Para el *inegi*,

una persona se encuentra en situación de pobreza cuando tiene al menos una carencia social (en los seis indicadores de rezago educativo, acceso a servicios de salud, acceso a la seguridad social, calidad y espacios de la vivienda, servicios básicos en la vivienda y acceso a la alimentación), y su ingreso es insuficiente

para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades alimentarias y no alimentarias.¹¹

¿Qué puede hacer la Suprema Corte para atemperar, disminuir o sacar a las personas de esa situación? Es decir, para que personas concretas que forman parte de los porcentajes nacionales referidos, adquieran la totalidad de los seis elementos indicados y su ingreso sea suficiente para adquirir los bienes y servicios requeridos para satisfacer tales necesidades. Las respuestas son fáciles, normativa o procesalmente hablando.

Si se trata de las controversias constitucionales y se cumplen los requisitos correspondientes, la Corte puede declarar la invalidez de las normas generales o particulares que invadan los ámbitos competenciales de un orden jurídico u órgano de gobierno señalado en la fracción I del artículo 105 de la Constitución. También podría suceder, aun cuando ya de manera menos evidente, que se determinara que uno de esos entes dejó de legislar o actuar en cierta materia en que se encontrara obligado a hacerlo. En el primero de estos dos casos, el efecto sería invalidar la norma exclusivamente; en el segundo, ordenar la emisión de la no establecida. ¿De qué manera podría resolverse la pobreza atendiendo exclusivamente a las condiciones normativas de posibilidad acabadas de señalar? La respuesta es, para ser directos, difícilmente. No es claro que desde esas funciones de anulación o de ordenación de creación, se pueda lograr que el legislador o la administración otorguen de manera constante a la población las prestaciones materiales que les permitan salir de la pobreza.

Si nos referimos a las acciones de inconstitucionalidad señaladas en la fracción II del propio artículo 105, además de las condiciones ya apuntadas de anulación o de ordenación de emisión de normas generales por razones competenciales, bien podría analizarse una ley o tratado por violar derechos humanos. En este caso concreto, podría suceder que a juicio de la Corte el desarrollo legislativo fuera insuficiente para satisfacer un derecho de tipo prestacional mediante el cual se buscara sacar a una persona de la pobreza. Lo que la Corte podría hacer sería, primero, anular tal ordenamiento y, al emitir las razones por las cuales llegó a tal conclusión, indicar las directrices

materiales que la nueva legislación debería tener a fin de satisfacerlo. Dadas las condiciones operativas de las mismas acciones, resulta difícil suponer, sin embargo, que la Corte va a señalar el modo en que los derechos serán satisfechos en su totalidad y, lo que es más complejo y enseguida desarrollaré, a ordenar los montos presupuestales constantes para satisfacerlos.

La tercera posibilidad de conocimiento es mediante el juicio de amparo. Más allá de la enorme retórica que en los últimos años se ha construido acerca de sus posibilidades normativas, lo cierto es que no ha mostrado tener una gran capacidad de transformación respecto de problemas como los que estamos analizando. Las razones son varias. Una, de diseño normativo, tiene que ver con las condiciones estructurales que sigue manteniendo el juicio de amparo, primordialmente por lo que hace a sus efectos relativos. Lo que se dé para mejorar la situación de pobreza, será respecto de quien la sufre; el resto de las personas seguirá en sus mismas condiciones a menos que acuda a un proceso y obtenga un resultado semejante. Otra, tiene que ver con el modo en el que se siguen comprendiendo los derechos sociales, no como aquellos que tienen que ser protegidos necesariamente por la asignación de recursos materiales, sino como normas programáticas dependientes de la existencia de asignaciones presupuestales, o como ámbitos dependientes del correspondiente desarrollo legislativo. Una más y suponiendo superados los dos problemas anteriores, por los acotamientos vigentes en el modo de ordenar los efectos reparadores del amparo mediante la imposición de actuaciones concretas en favor de los promoventes.

Más allá de las peculiaridades de cada uno de los tres procesos acabados de señalar, lo cierto es que a final de cuentas hay un obstáculo, también material, que impide la plena realización de los derechos sociales, entendidos como vehículos de disminución o erradicación de la pobreza. Me refiero a las posibilidades con que cuenta la Corte de incidir en los correspondientes presupuestos de egresos. Desde las discusiones acerca de si los mismos son o no normas jurídicas y si, en su caso, son o no generales,¹² lo cierto es que en ninguno de los tres procesos se ha buscado o intentado incidir en la manera en la que el presupuesto debe ser financiado, integrado,

asignado o gastado. Posiblemente por el modo de comprender la división de poderes, la diferencia entre derecho y política, la dualidad jurisdicción legislación-administración u otros motivos semejantes, ni los litigantes (públicos, sociales o privados) ni la Corte *motu proprio*, han tratado de incidir en la materia. Así, si a la satisfacción de un derecho social se le asignan recursos suficientes, pues el mismo se desarrollará; si no es así, pues no sucederá.

Es verdad que en el mejor de los casos, la Corte puede ordenar que en situaciones concretas, primordialmente por la vía del amparo, alguna de las administraciones asigne prestaciones a quienes les haya sido reconocido el correspondiente derecho.¹³ Sin embargo, no puede perderse de vista que, por una parte, ello solamente resolverá una sola de las dimensiones de la pobreza en que la persona se encuentra. También, que posiblemente ello se realice por un periodo determinado o en unas condiciones muy concretas. Finalmente, que quienes no acudieron al proceso, no verán mejorada su situación en absoluto.

Así las cosas, volvamos a preguntarnos: ¿de qué manera puede contender la Corte con problemas nacionales, para no desbordar el estudio como el acabado de analizar? Vuelvo a insistir, difícilmente. La razón de ello también la he señalado o, al menos, bosquejado. Como ése u otros problemas no están siendo considerados a partir de una dimensión jurídica o jurisdiccional, sino como la necesidad de darle de comer o educar a alguien, en concreto y sostenidamente, el problema mantiene su independencia y logra poner en evidencia la incapacidad del derecho para solucionarlo. Dicho de otra manera, lo que interesa aquí no es saber cómo es que el mismo entró o no en el orden normativo, sino si éste es capaz o no de resolverlo cabalmente.

TRATAMIENTOS Y EXPLICACIONES

Como he tratado de demostrar, establecer la incidencia de una investigación en la Suprema Corte o en los problemas nacionales, arroja diversos resultados. Ella, la incidencia, desde luego produce un resultado muy distinto sobre lo que se estime es o debiera ser el funcionamiento de ese órgano o la solución a tales problemas. Adicionalmente, hay una cuestión que escapa ya al ámbito explicativo

y tiene que ver con el práctico, por usar la expresión usual. En efecto, si lo que se quiere saber es si la Corte es capaz de ordenar los problemas, nacionales o no, y el enfoque se mantiene en ella misma, se seguirá considerando que los alcanza a solucionar, en buena o total medida; si, por el contrario, se mira al problema de por sí, entonces se entenderá que, comúnmente, la misma no es capaz de resolverlo.

Lo que acabo de decir es importante para el diseño de normas jurídicas, la ingeniería jurídica o jurisdiccional y, evidentemente, el modo de enfrentar problemas. Supóngase que ante asuntos como los que acabamos de mencionar a manera de ejemplos, se inquiriera lo necesario para resolverlos. Pensemos concretamente en la corrupción. Si lo que se quiere es saber cómo es que la misma puede enfrentarse y resolverse desde el punto de vista de la Suprema Corte o de, en general, los órganos jurisdiccionales, lo que esperablemente se tendrá es un conjunto de cambios orgánicos (unitarios a colegiados, o viceversa), tipos de procesos (orales, escritos o mixtos), competencias (federales o locales), formas de los juicios (ordinarios o sumarios), número de instancias (únicas o dobles), condiciones probatorias y resolutorias, destacadamente. Lo que ocurra en términos de fenómenos financieros, delictivos, etc., no será apreciado en el estudio ni en el proceso, simplemente porque ello no forma parte de los mismos.

A modo de analogía piénsese, por ejemplo en lo que, para no ir más lejos, ocurrió con el juicio de amparo desde la entrada en vigor de la Constitución de 1917. La totalidad de las leyes y reformas habidas hasta junio de 2011, en realidad no hicieron más que ajustar, en el margen, a la institución. Hubo muchos cambios, es verdad, pero todos ellos buscaron corregir, extender o desarrollar, no ya lo que podía decirse que estaba en germen, sino lo que era su más reconocible esencia. Se me dirá, y con razón, que estoy comparado cosas distintas, pues lo propio del amparo es ser un proceso y lo propio de un problema es serlo. Aceptar las diferencias no conlleva, sin embargo, la incomparabilidad.

Tanto en el modo de enfrentar la corrupción como en tratar de ver qué ajustes o de plano cambios son necesarios para el juicio de

amparo o la corrupción, es posible salir del ámbito procesal y preguntarse por lo que esté aconteciendo con los fenómenos que se están tratando de ordenar. En un caso, la manera en la que los servidores públicos (y los particulares con ellos vinculados) están aprovechando en su beneficio recursos también públicos; en el segundo caso, la manera en la que las autoridades violan los derechos humanos. Éste es justamente el aspecto relevante a tratar. Si nos quedamos en lo procesal como si el mismo pareciera tener una plena y autorreferente autonomía con respecto a lo que se trata de enfrentar, que desde luego no puede ser el mero devenir del proceso, poco se hará para entender lo que el mismo, más allá del proceso, trata de atender. Lo importante del amparo no es el amparo mismo; lo importante de los procesos jurisdiccionales destinados al combate a la corrupción, no son, tampoco, ellos mismos. En uno y otro caso se pretende resolver algo más allá y ese algo únicamente puede solucionarse mediante los procesos si se comprende, primero, qué es lo que se está tratando de resolver y, segundo, de qué manera el proceso debe ajustarse para conseguirlo.

Si lo anterior parece fácil de comprender, ¿por qué motivo es que se insiste en las composiciones normativas aisladas y de alguna manera circulares? En primer lugar, porque se estima que lo propio del derecho es lo normativo, de manera que lo que a los procesos jurisdiccionales se les haya de hacer, tiene que ser del mismo carácter. Esta determinación inicial no alcanza, sin embargo, a dar cuenta completa del asunto, pues podría decirse que más allá de la forma normativa, cabe la posibilidad de insertar nuevos contenidos. Aparece entonces un segundo motivo. Quienes trabajan con el derecho, comúnmente lo miran encerrado en sí mismo. Esto es, como si el mismo funcionara de suyo de una determinada manera, por lo que el enfrentamiento de problemas y el planteamiento de soluciones, tuviera que pasar, como ya lo dije, por una especie de mero desdoblamiento de sí mismo. Hay aquí una suerte de fetichismo de las instituciones. Una manera de suponer que los cambios se hacen sobre el eje de lo dado. Por lo mismo, cuando mediante esas instituciones se quiere enfrentar un nuevo o más complejo problema, éste o no se alcanza a ver o a resolver.

Desde el punto de vista de la pura visualización del problema, pasa algo semejante. Quienes identifican problemas o buscan resolverlos, provienen por lo común de saberes diversos al derecho. Quien quiere, por ejemplo, erradicar la pobreza, piensa en modos de asignar bienes tangibles, tales como vivienda, alimento, salud, etc. Su comprensión de lo necesario para que alguien supere un umbral, puede ser materialmente correcta. Adicionalmente, puede entender el modo general de incorporación de los remedios en las formas jurídicas predominantes en un determinado tiempo. Por ejemplo, puede lograrse la constitucionalización de un derecho o la determinación legal de las autoridades y bienes a entregar. Sin embargo, poco suele pensarse en la manera en la que tales derechos u obligaciones, según se quieran ver, se insertarán en los procesos jurisdiccionales. Como consecuencia de lo anterior, al haberse pensado en el problema sin vinculación con el proceso, éste resultará defectuoso para enfrentarlo y, en su caso, resolverlo.

En lo que hasta aquí llevamos dicho, podría suponerse que estamos enfrentando problemas comunes. Por ejemplo, que estamos ante la llamada “ceguera de taller”, en donde cada disciplina teórica, la jurisprudencia o cualquier otra, no hacen más que verse a sí mismas para entenderse. Podríamos asumir que se está igualmente ante las conocidas limitaciones del actuar público. Esas que producen resultados parciales como consecuencia de la falta de uso de la ciencia, de la experiencia o, más ampliamente, del buen juicio. Si a ellas u otras semejantes se limitaran las explicaciones, las diferencias de énfasis en la Corte o en los problemas, no tendrían nada de particular, con independencia de que no las compartiéramos.¹⁴

Lo que subyace a todo lo anterior, finalmente es una idea naturalista y autoconfirmatoria del papel del derecho y de la Suprema Corte, de una parte, y de la manera en la que se conforman los problemas y se define el modo de enfrentarlos, de otra. Aun cuando suene reduccionista, algo así como el “derecho es el derecho” y “la solución a los problemas es la solución a los problemas”. Desde esa perspectiva, parecieran ser formas distintas y no vinculables. Hay, sin embargo, un modo de articularlas, formulando preguntas o relaciones desde una perspectiva distinta. ¿De qué manera deben diseñarse, en

lo que aquí concierne, todos los aspectos vinculados con la Suprema Corte, para resolver de un modo eficaz los problemas, más allá de su dimensión estrictamente procesal? La respuesta no puede pasar, evidentemente, por la exclusiva modificación de este órgano y de lo que hace, pero es un buen modo de comenzar a establecer qué otros cambios se requerirían para que ella sea eficaz. Desde el otro punto de vista, pasa algo semejante. ¿De qué manera se tiene que ordenar un problema para que la Suprema Corte pueda solucionarlo o, al menos, participar de él adecuadamente? De lo que en ambos casos se trata, es de establecer formas menos parroquiales para usar dos modos de comprensión y resolución de problemas y lograr darles efectividad. Para ello es necesario tratar de entender la importancia que tiene el asumir, como punto de partida del análisis, a una institución o a un problema, pues sólo así hay posibilidad de superar la ingenuidad que termina por construir soluciones parciales y suponerlas totales y excluyentes.

1

Agradezco el apoyo de Mariana Mureddu, Juan Pablo Alemán y Víctor Sánchez Sepúlveda para la elaboración de este trabajo.

2

Con respecto a la Suprema Corte, consideraré lo que la institución es al momento de escribir este trabajo (noviembre de 2017). No aludiré a sus condiciones históricas, sino a lo que hoy en día existe funcional y prácticamente. Con respecto a los problemas nacionales más acuciantes, tomaré en cuenta la *Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública (envipe) 2017* del *inegi* <<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/envipe/2017/>> [consulta realizada en 1º de noviembre de 2017]. En ella se destacan la impunidad, la corrupción, el desempleo y la pobreza. Para el siguiente apartado, el que mayormente incide en la Suprema Corte, consideraré los dos primeros; para el que viene a continuación, consideraré como problemas mayores los dos finales. Me parece que al proceder de esta manera, no soy yo quien elige la gravedad de los asuntos, sino que estos tienen como referente objetivo la encuesta citada.

3

También algunos de tipo administrativo, pero esto no es lo que determina su carácter orgánico ni normativo en la composición del Estado nacional.

4

Sobre este cambio, sus orígenes e implicaciones profundizo en *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2ª ed., *unam*, México, 2011.

5

Por ejemplo, J. R. Cossío Díaz, R. Mejía Garza. y L. Rojas Zamudio, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, Porrúa, México, 2016.

6

Los más relevantes se citan por rubro y número de registro. DELITOS CONTRA LAS MUJERES. LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE SU INVESTIGACIÓN ESTÁN LLAMADAS A ACTUAR CON DETERMINACIÓN Y EFICACIA A FIN DE EVITAR LA IMPUNIDAD DE QUIENES LOS COMETEN (2009082). FRAUDE GENÉRICO. NO SE ACTUALIZA EL ENGAÑO PARA CONFIGURAR EL ILÍCITO, CONFORME AL ARTÍCULO 230 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CUANDO LOS HECHOS EN QUE SE BASA CONSTITUYEN UN ACTO DE CORRUPCIÓN O LA PRÁCTICA DE TRÁMITES IRREGULARES CONOCIDOS PREVIAMENTE POR EL PASIVO (2004231). SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y CONDENA CONDICIONAL. LOS ARTÍCULOS 70, ÚLTIMO PÁRRAFO Y 90, FRACCIÓN I, INCISO B), DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN LA PARTE QUE LIMITAN EL OTORGAMIENTO DE DICHS BENEFICIOS, SON CONSTITUCIONALES Y, POR ENDE, LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL NO DEBE DEJAR DE APLICARLOS MEDIANTE UN CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD (2001522). DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. SU VIOLACIÓN GENERA EL DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR EFECTIVAMENTE LOS HECHOS RESPECTIVOS (163166). ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (186274). SENTENCIA ABSOLUTORIA. EL QUERELLANTE O DENUNCIANTE, LA VÍCTIMA DEL DELITO, LOS FAMILIARES DE ÉSTA O LOS INTERESADOS LEGALMENTE NO ESTÁN LEGITIMADOS PARA RECLAMARLA EN EL JUICIO DE AMPARO (187085). ORDEN DE APREHENSIÓN. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL QUE NIEGA SU LIBRAMIENTO (188386). ACCIÓN PENAL. EL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, CONSTITUCIONAL, SE ERIGE EN GARANTÍA DEL DERECHO DE IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (190691). ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y MATERIALES DE USO EXCLUSIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O SUJETOS A CONTROL, DELITO DE INTRODUCCIÓN CLANDESTINA EN LA REPÚBLICA. ES DETERMINANTE EL MODO Y EL LUGAR EN QUE SE INTERNEN LOS OBJETOS DEL ILÍCITO (194067). MINISTERIO PÚBLICO, CUANDO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, ADVIERTE UN DIVERSO DELITO, TIENE EL DEBER DE INCOAR OTRA AVERIGUACIÓN EN LA QUE SE INVESTIGUE ESTE (200443).

7

FRAUDE GENÉRICO. NO SE ACTUALIZA EL ENGAÑO PARA CONFIGURAR EL ILÍCITO, CONFORME AL ARTÍCULO 230 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CUANDO LOS HECHOS EN QUE SE BASA CONSTITUYEN UN ACTO DE CORRUPCIÓN O LA PRÁCTICA DE TRÁMITES IRREGULARES CONOCIDOS PREVIAMENTE POR EL PASIVO (2004231). SUSPENSIÓN DEFINITIVA. TRATÁNDOSE DEL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN DE UN POLICÍA DE SU CARGO PREVISTO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PROCEDE CONCEDERLA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 138, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE AMPARO (2001513). POLICÍA FEDERAL. EL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN IX, DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA (2000419). SEGURIDAD PÚBLICA. LA PROHIBICIÓN DE REINSTALAR EN SU CARGO A LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, PREVISTA POR EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, ES APLICABLE EN TODOS LOS CASOS, INDEPENDIENTEMENTE DE LA RAZÓN QUE MOTIVÓ EL CESE (164225). CULTURA CÍVICA DEL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN VIII, DE

LA LEY RELATIVA, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 31 DE MAYO DE 2004, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 1o., 5o. Y 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (170800). ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (186274). ACCIÓN PENAL. EL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, CONSTITUCIONAL, SE ERIGE EN GARANTÍA DEL DERECHO DE IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (190691).

8

Al respecto véase “Tasa de desocupación nacional 2016-2018”, *inegi*, México; disponible en: <<http://www.inegi.org.mx/sistemas/bie/cuadrosestadisticos/GeneraCuadro.aspx?s=est&nc=621&c=25447>> [consultado el 9 de noviembre de 2017].

9

Véase Ana Lagner, “El 43.6% de los mexicanos vive en situación de pobreza: Coneval”, *El Economista*, México, 30 de agosto de 2017; disponible en: <<https://www.eleconomista.com.mx/economia/El-43.6-de-los-mexicanos-vive-en-situacion-de-pobreza-Coneval-20170830-0151.html>> [consultado el 9 de noviembre de 2017].

10

Como ya se indicó, según la *Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública (envipe)*, 2017.

11

Véanse las definiciones de pobreza, pobreza moderada y pobreza extrema del *inegi*; disponible en: <<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/glosario/default.aspx?t=mhog24&e=00&i=>> [consultado el 10 de noviembre de 2017].

12

Al respecto, véase lo resuelto en la controversia constitucional 109/2004, promovida por el presidente de la República en contra de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

13

Al respecto, véase el amparo en revisión 2543/98, resuelto el 18 de mayo de 1999 por el Pleno, en cuanto a la igualdad de los derechohabientes masculinos y femeninos del *issste*; el amparo en revisión 2231/97, resuelto por el Pleno el 25 de octubre de 1999, sobre el otorgamiento de medicamentos básicos para el tratamiento de diversas enfermedades; el amparo en revisión 810/2006, resuelto el 27 de febrero de 2007 por el Tribunal Pleno, tocante al tratamiento de personas con *vih/Sida*; el amparo directo en revisión 378/2014, resuelto por la Segunda Sala el 15 de octubre de 2014 respecto al otorgamiento de medicamentos; el amparo directo en revisión 385/2016, resuelto por la Segunda Sala el 7 de diciembre de 2016 sobre el mismo tema, y la controversia constitucional 38/2016 resuelta por la Primera Sala el 24 de mayo de 2017, por la que se obligó a un gobierno estatal a ampliar un hospital regional.

14

Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿qué sucedería si los errores y las omisiones a que acabamos de aludir, unos y otras, tuvieran, más allá de los correspondientes niveles de consciencia, mucha o alguna intencionalidad? Es decir, que en uno y otro caso se estuviera actuando para que ni la Corte tuviera la capacidad de enfrentar tales o cuales problemas de

manera eficaz, o que tales o cuales problemas no quisieran ser puestos a la resolución de ella. Responder a esta pregunta es un asunto complejo y extenso. En una publicación reciente he tratado de considerar algunas posibilidades; véase *El sistema de justicia. Trayectorias y descolocaciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

ACERCA DE LOS AUTORES

Jaime del Arenal Fenocho es abogado por la Escuela Libre de Derecho, maestro en historia por la UNAM y doctor en derecho por la Universidad de Navarra. Es académico de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación y miembro correspondiente extranjero de la Academia Nacional de Historia del Ecuador. Ha sido profesor de historia del derecho, historia de las instituciones, teoría del Estado y ciencia política en la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Panamericana, El Colegio de Michoacán y El Colegio de México. Entre sus obras cabe destacar *Un modo de ser libres. Independencia y Constitución en México. 1816-1822* (El Colegio de Michoacán, 2002) y su reciente *Historia mínima del derecho en Occidente* (El Colegio de México, 2016). De 2007 a 2013 dirigió el Instituto de México en España, en Madrid, y fue consejero cultural de la Embajada de México en ese país. Entre 2013 y 2017 fue embajador de México ante la República del Ecuador, y actualmente es embajador de México ante la Santa Sede. Es el primer investigador mexicano en conseguir la autorización del Ministerio de Cultura italiano para consultar en la Biblioteca Mediceo-Laurenziana de Florencia el manuscrito original de la *Littera Florentina*, la versión más antigua que se conserva del *Digesto* de Justiniano.

Lauren Benton es doctora en historia y antropología por la Universidad de Johns Hopkins. Ha sido profesora en el Instituto de Tecnología de Nueva Jersey, en la Universidad de Rutgers y en la Universidad de Nueva York; desde 2015 es decana del Colegio de Artes y Ciencias de la Universidad de Vanderbilt y también profesora del Departamento de Historia de la misma universidad. La mayor parte de sus trabajos giran en torno a la historia comparada de los imperios, la historia del derecho internacional y la historia del derecho entre los siglos xv y xix. Sus tres libros más importantes son *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900* (Cambridge University Press, 2002); *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900* (Cambridge University Press, 2010); y *Rage for Order: The British Empire and the*

Origins of International Law, 1800-1850, en coautoría con Lisa Ford (Harvard University Press, 2016).

Julia Carabias Lillo es profesora de carrera de la Facultad de Ciencias de la UNAM y, desde 2018, miembro de El Colegio Nacional. Fue presidenta del Instituto Nacional de Ecología en 1994 y secretaria de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca de 1994 a 2000. Ha formado parte de varias comisiones ambientales de Naciones Unidas y recibido distintos reconocimientos internacionales, como el “Premio Internacional Cosmos 2004”. Su trabajo se ha centrado en la regeneración de selvas tropicales, restauración ambiental, pobreza y medio ambiente, y manejo de recursos naturales, temas en los que ha dirigido tesis y publicado diversos libros y artículos. Su obra más reciente es *El cambio climático. Causas, efectos y soluciones*, en coautoría con Mario Molina y José Sarukhán (Fondo de Cultura Económica, 2017).

José Ramón Cossío Díaz es doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, miembro de El Colegio Nacional y ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su formación profesional se ha dividido entre la docencia, la investigación y el servicio público. Su principal vertiente de investigación es el derecho constitucional, aunque también ha incursionado en otras ramas del derecho. Es columnista regular de los periódicos *El Universal* y *El País*, y ha escrito 25 libros; los más recientes llevan por título: *La justicia prometida. El Poder Judicial de la Federación de 1900 a 1910* (Conaculta / Fondo de Cultura Económica, 2014); *Bosquejos constitucionales II* (Porrúa, 2015); y *El sistema de justicia. Trayectorias y descolocaciones* (Fondo de Cultura Económica, 2018). Le han otorgado importantes premios y reconocimientos, entre los que destacan el Nacional de Investigación 1998, en el área de Ciencias Sociales; el Nacional de Ciencias y Artes 2009, en el Campo de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía; el Nacional de Comunicación José Pagés Llergo 2010, por su labor en los ámbitos de Justicia y Estado de Derecho; y el Nacional Malinalli 2011 para la Promoción de las Artes, los Derechos Humanos y la Diversidad Cultural.

Lisa Ford es doctora en historia por la Universidad de Columbia y profesora asociada en la Escuela de Lenguas y Humanidades de la

Universidad de Nueva Gales del Sur. Ha publicado dos libros: *Settler Sovereignty: Jurisdiction and Indigenous People in America and Australia, 1788-1836* (Harvard University Press, 2011); y *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900* (Cambridge University Press, 2010); y *Rage for Order: The British Empire and the Origins of International Law, 1800-1850*, en coautoría con Lauren Benton (Harvard University Press, 2016).

Bernardo García Martínez (†) fue profesor-investigador en el Centro de Estudios Históricos de El Colegio de México y miembro de número de la Academia Mexicana de la Historia. Sus principales líneas de investigación fueron la geografía histórica, la historia rural y la historia de las instituciones, con especialidad en el periodo colonial y en algunos aspectos del siglo xx. Entre sus publicaciones pueden destacarse las siguientes: *Los pueblos de la sierra: El poder y el espacio entre los indios del norte de Puebla hasta 1700* (El Colegio de México, 1987); *Las regiones de México: Breviario geográfico e histórico* (El Colegio de México, 2008); *Señoríos, pueblos y municipios: Banco preliminar de información relativa a la genealogía de las unidades políticas y territoriales básicas de Mesoamérica, Nueva España y México* (El Colegio de México, 2012); y *Tiempos y lugares: Antología de estudios sobre poblamiento, pueblos, ganadería y geografía en México* (El Colegio de México, 2014).

Georgina García Méndez es bióloga por la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa y ha desarrollado su carrera profesional como técnica académica en el Instituto de Ecología de la UNAM, participando en diversos proyectos relacionados con el estudio de la estructura y funcionamiento de un ecosistema tropical estacional en Chamela, Jalisco, así como en la evaluación del impacto que diferentes técnicas de manejo de recursos tienen en la productividad primaria y el balance nutricional de dicho bosque. También participó en el proyecto conjunto entre el Centro de Ecología, la Universidad de Stanford y el Ames Research Center de la NASA, destinado a medir las emisiones de óxido nitroso en dos sitios de selva y en un pastizal en Chamela, Jalisco. Formó parte del secretariado encargado de la elaboración de la obra *Capital natural de México* (4 vols., Conabio,

2008), que fue el primer estudio de evaluación de los ecosistemas de nuestro país.

Andrés Lira González es doctor en historia por la Universidad Estatal de Nueva York en Stony Brook y profesor-investigador emérito del Centro de Estudios Históricos de El Colegio de México. Fue presidente de El Colegio de Michoacán entre 1985 y 1991, y presidente de El Colegio de México entre 1995 y 2005. Es miembro de número de la Academia Mexicana de la Historia, de la cual fue director entre 2011 y 2017. Entre sus obras destacan *El amparo colonial y el juicio de amparo* (Fondo de Cultura Económica, 1972); *Comunidades indígenas frente a la Ciudad de México* (El Colegio de México, 1983); y *La ciudad federal, México, 1824-1827, 1874-1884: dos estudios de historia institucional* (El Colegio de México, 2012).

Claudio Lomnitz es doctor en antropología por la Universidad de Stanford y profesor del Departamento de Antropología de la Universidad de Columbia. Es colaborador regular del periódico *La Jornada* y de la revista *Nexos*, y autor de varios libros sobre el Estado-nación, la cultura nacional, los intelectuales, la corrupción, la muerte y el exilio en la historia de México: *Evolución de una sociedad rural* (Fondo de Cultura Económica, 1982); *Las salidas del laberinto. Cultura e ideología en el espacio nacional mexicano* (Joaquín Mortiz / Planeta, 1995); *Modernidad indiana* (Planeta, 1999); *Idea de la muerte en México* (Fondo de Cultura Económica, 2006); *El regreso del camarada Ricardo Flores Magón* (Era, 2016); y *La nación desdibujada: México en trece ensayos* (Malpaso, 2016).

Pablo Mijangos y González es Licenciado en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y doctor en historia por la Universidad de Texas en Austin. Es profesor-investigador en la División de Historia del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Sus principales líneas de investigación son la historia de la respuesta eclesiástica a las revoluciones liberales del siglo XIX, la historia del derecho y la historia comparada México-Estados Unidos. Es autor de los libros *El nuevo pasado jurídico mexicano* (Dykinson / Universidad Carlos III de Madrid, 2011); *The Lawyer of the Church: Bishop Clemente de Jesús Munguía and the Clerical Response to the Mexican*

Liberal Reforma (Nebraska University Press, 2015); y *Entre Dios y la República. La separación Iglesia-Estado en México, siglo XIX* (CIDE / Tirant Lo Blanch, 2018).

Samuel Moyn es doctor en historia moderna de Europa por la Universidad de California en Berkeley y abogado por la Universidad de Harvard. Ha sido profesor en las universidades de Columbia y Harvard, y actualmente es profesor de la Escuela de Derecho y del Departamento de Historia de la Universidad de Yale. Sus principales áreas de interés han sido la historia del derecho internacional, los derechos humanos, el derecho de guerra y la historia del pensamiento político europeo durante el siglo xx. Es autor de los siguientes libros: *The Last Utopia: Human Rights in History* (Harvard University Press, 2010); *Christian Human Rights* (Pennsylvania University Press, 2015); y *Not Enough: Human Rights in an Unequal World* (Harvard University Press, 2018).

Erika Pani Bano es doctora en historia por El Colegio de México y profesora-investigadora en la misma institución, cuyo Centro de Estudios Históricos dirige desde 2013. Sus principales áreas de especialidad son la historia política del siglo XIX y la historia de Estados Unidos. Es autora de los siguientes libros: *Para mexicanizar el Segundo Imperio. El imaginario político de los imperialistas* (El Colegio de México / Instituto Mora, 2001); *El Segundo Imperio: pasados de usos múltiples* (CIDE / Fondo de Cultura Económica, 2004); *Una serie de admirables acontecimientos: México y el mundo en la época de la Reforma, 1848-1867* (Ediciones EyC, 2013); y *Para pertenecer a la gran familia mexicana. Procesos de naturalización en el siglo XIX* (El Colegio de México, 2015).

Carlos Ramos Núñez es doctor en derecho y magíster en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Buenos Aires y la Universidad San Martín de Porres, y es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y de la Academia Nacional de Historia del Perú. Fue fundador del Grupo Peruano de Historia del Derecho y del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho, y cofundador de las revistas *Diálogo con la Jurisprudencia*, *Crónicas de historia del derecho* y la *Revista peruana de derecho y*

literatura. Es autor de numerosos libros, entre los que destaca la monumental *Historia del derecho civil peruano*, publicada en 11 volúmenes. En 2014 fue designado magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

Paolo Riguzzi es doctor en historia de las Américas por la Universidad de Génova. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores y actualmente se desempeña como profesor-investigador de El Colegio de México. Sus principales líneas de investigación son la historia de las relaciones económicas México-Estados Unidos, así como el papel de las instituciones en el desempeño económico mexicano. Entre sus publicaciones cabe destacar los libros *¿Reciprocidad imposible? La política del comercio entre México y Estados Unidos, 1857-1938* (El Colegio Mexiquense / Instituto Mora, 2003); y, en coautoría con Patricia de los Ríos, *Destino no Manifiesto: Las relaciones México-Estados Unidos, 1867-2010* (UNAM / Secretaría de Relaciones Exteriores, 2012).

Elisa Speckman Guerra es doctora en historia por El Colegio de México e investigadora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM; pertenece al Sistema Nacional de Investigadores y es miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Academia Mexicana de la Historia. Se ha especializado en la historia sociocultural de los siglos XIX y XX en la Ciudad de México y, específicamente, en la historia del derecho penal, la cultura jurídica y la impartición de justicia. Junto con Andrés Lira coordina el Seminario Permanente de Historia del Derecho y la Justicia. Entre sus obras cabe destacar: *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia. Ciudad de México, 1872-1910* (El Colegio de México / UNAM, 2007); *Del Tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias. Sistema judicial, criminalidad y justicia en la Ciudad de México, siglos XIX y XX* (UNAM / Inacipe, 2015).

G. Edward White es profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Virginia y miembro de la Academia Americana de Artes y Ciencias. Al comienzo de su carrera fue secretario (*clerk*) del juez Earl Warren en la Suprema Corte de Estados Unidos. Ha sido finalista del premio Pulitzer y autor de 17 libros, entre los que cabe destacar: *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*

(Oxford University Press, 1993); *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges* (Oxford University Press, 1988); y *Law in American History* (2 vols., Oxford University Press, 2012 y 2016).

Derecho y cambio social en la historia

Portada: Pablo Reyna.

Imagen de portada: *Effeti del buon governo in città*, de Ambrogio Lorenzetti (entre 1337 y 1339).

Cuidado la edición la Dirección de Publicaciones de El Colegio de México.

libros.colmex.mx

[video-comentarios de libros COLMEX](#)

Octubre 2019



CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS

La sociedad mexicana tiene una relación esquizofrénica con la ley. Creemos, por un lado, que el orden, la modernización económica y la necesaria transformación de la sociedad pasan por reformas constitucionales y legislativas, así como por normas sofisticadas para asegurar elecciones limpias, transparencia en el manejo de los recursos públicos y un medio ambiente saludable. Pero, por otro lado, estamos convencidos de que la ley no sirve para nada. El malestar que produce esta sensación de desfase entre el derecho como instrumento para ordenar, racionalizar y corregir a una sociedad, y la complejidad, diversidad, inestabilidad y capacidad de resistencia de las agrupaciones humanas no es nuevo ni exclusivo de México.

Para ayudarnos a entender mejor tal desfase, los capítulos de este libro analizan las complejidades de las relaciones entre derecho y sociedad, las formas en que se han concebido, y la manera en la que ley y el derecho se han concretado en diferentes espacios y coyunturas históricas. Exploran quiénes han sido sus artífices y ejecutores, quiénes sus sujetos; cómo han servido para reconstruir cuerpos políticos, afianzar conquistas, construir imperios y dibujar los contornos del mercado; cuáles han sido sus alcances y límites en la solución de los problemas que hoy nos aquejan de manera más acuciante: las agresiones en contra de los derechos humanos, la corrupción y el deterioro ecológico.



EL COLEGIO
DE MÉXICO

