

## La función crítica a la legolatría: historia jurídica en el México de los derechos

*«Lo que pretendo destacar aquí es que, contrariamente a mucha de nuestras modernas ideas, su triunfo sobre la mentalidad de los modernos es función de su complejidad y no de su simplicidad, y que su reciente resurgimiento en buena medida es debido precisamente al hecho de tratarse del único credo que todavía no siente vergüenza de su propia complejidad». –Chesterton–.*

SUMARIO: I. Integrar para resolver. II. Los planes de estudio. III. El artículo primigenio.

### I. INTEGRAR PARA RESOLVER

El nombre del juego es complejidad. No complicación, por supuesto, sino capacidad para apreciar la integralidad del fenómeno social-jurídico o, por mejor decir, posibilidad de acercarse y comprender las diversas experiencias del Derecho<sup>1</sup>. No es fácil jugarlo en el México de hoy<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Acaso este afán de aprehender la complejidad contribuya a explicar la Historia del Derecho como «historia de experiencias jurídicas» o, si se prefiere, como historia de «una dimensión de la vida cotidiana». GROSSI, Paolo, *Europa y el Derecho*, trad. Luigi GIULIANI (Crítica, Barcelona, 2007), pp. 16-17.

<sup>2</sup> «El pensamiento que compartimenta, separa, aísla, permite a los especialistas y expertos ser muy efectivos en sus compartimentos y cooperar eficazmente en sectores de conocimiento no complejos, especialmente en los que conciernen al funcionamiento de las máquinas artificiales; pero la lógica que obedecen extiende sobre la sociedad y las relaciones humanas las coacciones y

El reciente nombramiento del Dr. Paolo Grossi como Presidente de la Corte Constitucional Italiana tendría que hacernos reflexionar acerca de la importancia que poseen los acercamientos iushistóricos a la realidad social –en el caso de Grossi, por supuesto, extraordinarios– en lo que a la delimitación y dotación de contenidos para nociones mutantes y complejas (todas las relacionadas con el «ordenamiento constitucional») se refiere<sup>3</sup>. Reformas sustantivas que ha sufrido en el pasado reciente la Constitución mexicana parecen confirmar el aserto, por lo menos en lo que al «pluralismo jurídico», a la ordenación vivencial y experimentada de las fuentes jurídicas, a la puesta en entredicho de la «mitología jurídica de la modernidad» –que subsistirá en tanto subsista el mito de la voluntad general<sup>4</sup>–, a la crítica de la legislación antijurídica (esto es, injusta)<sup>5</sup> y al combate al integrismo legolátrico se refiere. A esto último, sobre todo. No es poco lo que tendríamos que transmitir al respecto en el aula.

Por actitudes legolátricas hemos de entender las peticiones de principio que, adornadas con ciertas falacias idealistas, pretenden que toda operación jurídica puede y debe reducirse a la aplicación robótica de una norma jerárquicamente superior que, de suyo, posee todo lo que se requiere para cumplir con los fines del Derecho, muy especialmente con una Justicia fácilmente disuelta en la vaga idea de «legalidad». La legolatría, conforme explicó Rabasa, asumió en México caracteres muy específicos que se tradujeron incluso en artículos constitucionales y en extravagantes interpretaciones de los mismos que conceptualizaron como «derecho del hombre» o «garantía individual» una imposible «exacta aplicación de la ley»<sup>6</sup>.

Se hace necesaria entonces una recuperación dual: la de la humanidad y la de la sociabilidad del Derecho<sup>7</sup>. La del contexto, por decirlo mejor<sup>8</sup>. Un ejemplo muy patente del legalismo que todo lo espera del texto normativo se halla en la

---

los mecanismos inhumanos de la máquina artificial, y su visión determinista, mecanicista, cuantitativa y formalista ignora, oculta o disuelve todo lo objetivo, afectivo, libre, creador». Tal vez por eso «la economía, que es la ciencia social matemáticamente más avanzada, es la ciencia social y humanamente más retrasada, pues se ha abstraído de las condiciones sociales, históricas, políticas, psicológicas, ecológicas inseparables de las actividades económicas». MORIN, Edgar y KERN, Anne-Brigitte, *Tierra-Patria*, trad. Manuel SERRAT, 2.ª ed. (Kairós, Barcelona, 2005), pp. 190-191. ¿Y qué decir del Derecho, atentos al paradigma codificadorio?

<sup>3</sup> La trayectoria académica de Grossi previa a su ingreso a la Corte y a la publicación, en 2008, de *Europa y el Derecho*, puede analizarse en las tres lecciones que el maestro florentino dictó en el Palacio Strozzi. Cfr. GROSSI, Paolo, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, (Il Mulino / Instituto Italiano di Scienze Umane, Bologna, 2008).

<sup>4</sup> «Se trata de un ‘mito’ porque aún queda por demostrar que la ley respete fielmente la voluntad de un pueblo y no únicamente la de quienes ostentan el poder político». GROSSI, Paolo, *La primera lección de Derecho*, trad. Clara ÁLVAREZ ALONSO, (Marcial Pons, Madrid, 2006), p. 19, nota 4.

<sup>5</sup> Todo Orden jurídico, explicaba Tomás y Valiente, es un ordenamiento pretendidamente justo. De ahí que lo injusto (independientemente de lo extrema que pueda ser la experiencia de la injusticia, para hablar un poco con Radbruch) haya sido visto históricamente como antisistémico, expulsable, excluible, anulable y, hodiernamente, como inconstitucional.

<sup>6</sup> El mejor ensayo jurídico que se haya escrito en México es, quizá, *El artículo 14* de Emilio Rabasa. Ya rebasa la centuria...

<sup>7</sup> GROSSI, *La primera...*, p. 21.

<sup>8</sup> «Un mínimo conocimiento de los que es el conocimiento nos enseña que lo más importante es la contextualización». MORIN, *Tierra...*, p. 189.

falta de estudios atinentes a la vigencia y desarrollo de los derechos sociales en un país que presume de poseer la primera Constitución social del mundo. A punto de cumplirse el primer centenario de la Carta de Querétaro (1917), la ausencia de estudios en torno al tema del desenvolvimiento de las hasta entonces pretendidamente inéditas «garantías sociales» no demuestra sino el hecho de que nuestras conciencias quedaron sosegadas con su inclusión en el texto fundamental, por más que la experiencia práctica dejara mucho, por no decir todo, que desear. Un sosiego que cuanto menos se explica si se repara en que la letra de la ley fundamental se halla con frecuencia a años luz de las necesarias y positivas dimensiones humana y social del precepto. Volveremos sobre el tema en breve.

La Historia, esa maestra que según Braudel es la única autorizada para entrometerse en todos los entresijos de la condición humana, se redujo por décadas, en las Facultades de Derecho, al carácter de mero «antecedente» del «progreso» (es decir, del legicentrismo y la codificación). Se impone «comenzar a mirar el Derecho sin anteojos deformadores porque, una vez eliminados los malentendidos se podrá, asimismo, esperar el cese del exilio al que se condenó al Derecho en los programas educativos de nuestra juventud. De hecho, al no haberse comprendido su capacidad formativa, se ha visto excluido de las Escuelas Superiores más vitales donde tiene una presencia testimonial, sometido como está al rango de un simple conocimiento técnico en algunas escuelas profesionales»<sup>9</sup>. Por pereza y tendencia a la simplificación nos hemos abstraído de las innegables condiciones que el Derecho –y su Historia– ofrecen en el orden del pensamiento complejo.

Lo curioso es que fue la letra de la ley, y de la ley constitucional, la que terminó por dar la razón a la Historia jurídica, por lo menos en lo que a la complejidad, la sociabilidad, el pluralismo y la crítica a la piramidación de normas se refiere. Y de ahí la extraordinaria importancia que la Historia adquiere, no como mera introducción a la dogmática, sino como síntesis de los estudios jurídicos en lo profesional. Pretendo a continuación contar esta historia, cuyo año axial no es 1917 sino 2011.

Pablo Mijangos, historiador de la Iushistoriografía jurídica mexicana, se refirió hace pocos años<sup>10</sup> al problema de raíz que, como ha venido denunciando Jaime del Arenal, impide que los estudios iushistóricos mexicanos se preocupen, así sea tangencialmente, por el modelo prudencial, sapiencial o «sofocrático» –el término es de Pietro Costa<sup>11</sup>– de generación del Derecho. El fetichismo

<sup>9</sup> GROSSI, *loc. cit.*

<sup>10</sup> Me refiero a los Cuadernos de trabajo que, con el título común de *La historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, publicó el Centro de Investigación y Docencia Económicas al alborear la presente década. Con el sugerente título de *El nuevo pasado jurídico mexicano* la editorial madrileña Dykinson reunió los Cuadernos y los publicó en 2011.

<sup>11</sup> COSTA, Pietro, «Giudici, giuristi (e legislatori): un castello dei destini incrociati?», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, t. 1, (Universidad de Florencia / Giuffrè editore, Milán, 2011), en especial p. 4: «En los países de lengua germánica, a partir del historicismo de Savigny y de Puchta... a la absolutización de la ley, propia del modelo codificado, se corresponde una no menos completa absolutización de la ciencia jurídica: podemos hablar... de un modelo *sofocrático*». La traducción me pertenece.

que todo lo aguarda del texto legal hace que el estudio del resto de las fuentes jurídicas resulte, en sede abogadil, irrelevante, cuando no trivial. En el fondo lo que se niega es la existencia efectiva de una Ciencia jurídica local.

Ya en *Quaderni fiorentini* pretendí en 2013 seguir los pasos de Mijangos ofreciendo al lector un estado de la cuestión en cuanto a la producción académica en la materia. Quise realizarlo tratando de ser un poco más comprensivo que Pablo en relación con la metodología culturalista que parte de una implacable crítica a los artificios del voluntarismo legislativo. Si lo logré o no, lo dejo a la superior consideración de los eventuales lectores<sup>12</sup>. Ahora busco honrar la gentil invitación del *Anuario* no para poner al día aquel estado del arte, sino para reflexionar acerca de los graves retos que enfrenta la Iushistoria en lo que fue la Nueva España, precisamente hoy que el azaroso devenir legislativo parece haberle asignado novedosas tareas de primer orden.

Es imposible, con todo, no referirnos a algunas obras que en los últimos años han contribuido a desmontar el paradigma legolátrico. Descontando el área de la Historia constitucional, en la que muchos historiadores generales, no propia ni exclusivamente del Derecho, se han movido con soltura a golpe de Centenarios y Bicentenarios (Cádiz, Apatzingán, Querétaro), podríamos destacar como los productos editoriales más importantes de los últimos tiempos, además de lo que generalmente publican El Colegio de Michoacán, merced al liderazgo de Rafael Diego Fernández, así como el Instituto Mora, Centro Público de Investigación muy cercano al grupo español HICOES y que ha recibido la influencia directa de los profesores peninsulares Marta Lorente y Carlos Garriga, la edición facsimilar del *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos (1864)* de Francisco León Carbajal, que se debe a su descubridora e introductora Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva<sup>13</sup>, *Del tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias* de la pluma de Elisa Speckman, siempre atenta a la Historia judicial y procesal<sup>14</sup>, *El juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, volumen coordinado por Francisco Tortolero y Carlos Pérez Vázquez para documentar la postulación del patrimonio documental de la Suprema Corte de Justicia mexicana a la *Memoria del mundo* de la UNESCO<sup>15</sup>, *La reforma penal mexicana, proyecto de 1949*, edición facsimilar con estudios introductorios de Jesús Zamora

<sup>12</sup> ESTRADA MICHEL, Rafael, «La Historia del Derecho en México. Un estado de la cuestión en la formación de los operadores jurídicos», en SORDI, Bernardo (a cura di), *Storia e Diritto. Esperienze a confronto*, (Universidad de Florencia / Giuffrè editore, Milán, 2013), pp. 215-252.

<sup>13</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2014.

<sup>14</sup> SPECKMAN GUERRA, Elisa, *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)*, (INACIPE / IIH UNAM, México, 2014). Una línea semejante, de apasionante Historia de la justicia, sigue DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis, *El jurado hechizado. La pasión de María Teresa Landa*, (Porrúa, México, 2013).

<sup>15</sup> TORTOLERO CERVANTES, Francisco y PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, *El Juicio de Amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015).

Pierce y Sergio García Ramírez<sup>16</sup>, *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, que debemos a la erudición de este último gran maestro, García Ramírez, quien fuera juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>17</sup>, el volumen de *Historia jurídica* en homenaje al profesor Francisco de Icaza al que habremos de referirnos más adelante y la publicación íntegra del epistolario del prohombre liberal José María Luis Mora, con un volumen de estudios sobre su vida y obra<sup>18</sup>.

Imposible dejar de mencionar, asimismo, el importante trabajo social-cultural-jurisdiccional de José Ramón Cossío en torno al Poder Judicial en los últimos años del Porfiriato<sup>19</sup>, el volumen sobre el Supremo Tribunal de Ario, Michoacán (el primero en funcionar en el esquema del México independiente)<sup>20</sup> que en 2015 publicó el Poder Judicial de la Federación para conmemorar su bicentenario, y que incluye estudios fundamentales de Carlos Herrejón y José Barragán, *La Corte Suprema de Justicia de 1824*, de David Pantoja<sup>21</sup>, los volúmenes en los que poco a poco José Luis Soberanes ha ido sistematizando la Historia constitucional del país<sup>22</sup> y, por supuesto, sendas *Historias mínimas* en la colección de El Colegio de México, que continúa con la tradición iushistórica de Silvio Zavala<sup>23</sup> y Andrés Lira: la de Fernando Serrano Migallón sobre las

<sup>16</sup> Fundación Miguel Alemán e Instituto Nacional de Ciencias Penales (México, 2014). El volumen contiene un proyecto muy bien explicado de reforma –por lo demás frustrada– al Código Penal de 1931.

<sup>17</sup> Tirant lo Blanch / INACIPE / IJ UNAM, (México, 2014).

<sup>18</sup> TÉLLEZ, Mario A. y ESTRADA MICHEL, Rafael (coords.), *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo*, (INACIPE / CONACYT / TEPJF / ITESM / IMC / Nettie Lee Benson Library / ELD, México, 2014).

<sup>19</sup> Cossío, José Ramón, *La justicia prometida. El Poder Judicial de la Federación de 1900 a 1910* (CONACULTA / FCE, México, 2014). El libro, *rara avis in terra*, se hace cargo de las «representaciones sociales del campo litigioso», analizando novelas, obras de teatro, artículos periodísticos, autobiografías y hasta argumentos de Zarzuelas mexicanas dadas a conocer en el último decenio de la dictadura porfiriana. Cfr. pp. 342-362.

<sup>20</sup> HERREJÓN PEREDO, Carlos, BARRAGÁN BARRAGÁN, José y ESTRADA MICHEL, Rafael, *El Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana. A 200 años de su instalación*, (Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015). Con un importante apéndice documental de carácter jurisdiccional.

<sup>21</sup> Pantoja MORÁN, David, *La Corte Suprema de Justicia de 1824. Notas para una perspectiva de continuidades y rupturas en la cultura jurídica*, (Universidad Nacional, México, 2013).

<sup>22</sup> Comenzando por *El pensamiento constitucional en la Independencia (1808-1821)* (Porrúa / Universidad Nacional, México, 2012), siguió el volumen *Y los conservadores tomaron el poder y cambiaron la Constitución (1836-1846)*, y ahora cuenta ya con *Una aproximación al Constitucionalismo liberal mexicano*. Todo ello editado también por la Casa Porrúa.

<sup>23</sup> En un pequeño y precioso texto de 1989 don Silvio se refirió a su «maestro español», Rafael Altamira, como el primero en escribir una «historia de la civilización española entendida de la nueva manera», es decir, de la manera complejizante e integral. En 2007 la Universidad de Oviedo publicó los documentos de Altamira en su primer viaje a las Américas, travesía que en su vertiente mexicana ya había sido objeto de análisis por parte de Jaime del Arenal. Cfr. ZAVALA, Silvio, «Deslinde de vivencias en la Historia Mexicana», en *Conversaciones sobre Historia*, (El Colegio de México, México, 2015), p. 114; ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *Mi viaje a América (Libro de documentos)*, (Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007); ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *La formación del jurista*, Estudio preliminar, edición y notas de Jaime DEL ARENAL FENOCHIO, (Escuela Libre de Derecho, México, 1993).

constituciones en México<sup>24</sup> y la de Jaime del Arenal Fenochio sobre el Derecho en la cultura occidental, a la que nos habremos de referir en profusión dada su radical importancia en lo que pretendemos poner de manifiesto<sup>25</sup>, como ocurre también con *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas* del profesor emérito Rolando Tamayo y Salmoirán, traductor y anotador de Jeremías Bentham<sup>26</sup>.

No es casual que estos libros se estén escribiendo y publicando ahora, justo cuando la reforma constitucional de 2011 comienza a hacer que nos tomemos los Derechos Humanos «en serio» provocando, por tanto, que la legolatría (no me atrevería a decir, aún, que el modelo legicéntrico, por cuanto la legislación conserva su carácter axial) asuma el lugar que le corresponde dentro de la larga historia de los fundamentalismos que la Humanidad ha terminado por desechar tras no pocas desgracias.

Contrasta todo ello, sin embargo, con el ambiente prevalente en las Facultades de Derecho (de las de Historia no puedo hablar sin caer en afirmaciones gratuitas). Reducida a una materia simplemente antecedente, la Iushistoria pierde sus virtudes sintéticas y, más importante aún, complejizantes y críticas. No extraña que en tal estado de cosas haya programas de estudio que se den el aparente lujo de suprimirla o ralentizarla, sin que mayores voces se alcen en su defensa.

Ocurre quizá, si nos ponemos optimistas, que al igual que en la Europa del proceso de Bolonia las reformas mexicanas de 2002<sup>27</sup> y 2011 (y su correlativa de 2008 al proceso penal en un sentido acusatorio y adversarial) múltiples materias antes inexistentes o legicéntricas (Derechos fundamentales, juicio de Amparo, Derecho Comparado, Teoría Constitucional, Antropología Jurídica, Sistemas jurídicos contemporáneos, Derecho Procesal Penal y un largo etcétera que acaso debería incluir a la totalidad de los programas académicos) han modificado su centro de gravitación para ocuparse del análisis de los principios y valores que informan a las diversas normas y prácticas, hoy directamente aplicables. Valga, pero me temo que los usos legolátricos siguen modelando la cotidianidad mexicana, y que las soluciones estructurales se siguen buscando en una fuente del Derecho –la ley– que tal como enunció Rabasa hace más de un siglo, se cansa de mostrar entre nosotros su incurable impotencia.

En el panorama «oscuro y preocupante» al que, por pesimista influencia del que esto escribe se refirió para México Grossi hace casi un lustro<sup>28</sup>, sobre-

<sup>24</sup> *Historia mínima de las constituciones en México*, (El Colegio de México, México, 2013). Era necesarísima, y ésta es muy completa. En lo que nos concierne, el autor (que dirigiera la Facultad de Derecho de la UNAM) se preocupa por no «ceñirse simplemente al análisis del deber ser normativo» sino por «comprender también la reflexión sobre la adecuación o coincidencia de estas normas al ser de la sociedad en la que han operado y de la cual han derivado» (p. 13).

<sup>25</sup> *Historia mínima del Derecho en Occidente*, (El Colegio de México, México, 2016).

<sup>26</sup> 1.ª reimp., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional, (México, 2013).

<sup>27</sup> El capítulo de los usos y costumbres indígenas en la Constitución mexicana (artículo 2.º).

<sup>28</sup> Grossi, Paolo, «Considerazioni conclusive», en *Storia e Diritto...*, p. 495.

sale precisamente la falta de espíritu crítico hacia un sistema de fuentes legales que por más que se modifica no termina (quizá ni siquiera comienza) de solucionar los problemas que la compleja realidad del Anáhuac se empeña en recriminar a los operadores jurídicos. Así las cosas, la Historia del Derecho en México no está constituyendo esa saludable escuela de relativización que hace años supo construir para la España peninsular Tomás y Valiente. Pronto, quizá, experimentemos un vuelco sustantivo: «en efecto, en la actualidad ya es posible aceptar *la crisis de la ley*, el ascenso de la jurisprudencia judicial y el renacimiento de usos y costumbres en la conformación de esas reglas sociales que llamamos normas jurídicas». A «entender este proceso, *comprender* que el Derecho y sus fuentes también son de naturaleza histórica» se dirige el libro del profesor del Arenal, al que auguramos una rápida y vivificante recepción<sup>29</sup>.

¿Qué requiere en México un Curso bien estructurado, pensado para cumplir con los fines de la Iushistoria en el orden no academizante, sino a nivel de la Jurisprudencia técnica? En primer lugar, la relativización del concepto de «Constitución». La tenue recepción de autores como García Pelayo, Valiente, Hespanha, Fioravanti o Stolleis, por hablar de unos pocos, ha renovado en México fundamentalismos de variado signo. Por un lado, el formalista de la ley al que ya me he referido y por el otro, sorpresa postmoderna, el integrista que pretende, desde el aula y desde el ágora, casi nunca desde el foro atentos los nulos efectos procesales que acarrea, que todo en el Derecho es principio y valor (entiéndase: *mis principios y mis valores*) y que ya nada importa la labor de un legislador si se tienen jueces progresistas que hagan evolucionar mis libertades en el sentido en que yo, el observador nada imparcial, considero conveniente. No es tanto una variante del modelo jurisdiccional de creación del Derecho cuanto de la sofocracia que, según hemos visto, ha preocupado a Costa.

Poco se repara en que la Constitución fue, para la Antigüedad Clásica, «Orden político ideal» y, para el Bajo Medioevo «Orden jurídico dado, indisponible»<sup>30</sup>. En el medio está, ya se sabe, la virtud, en este caso la virtud que hará operativa la reforma constitucional de 2011 permitiéndonos trascender la visión de la Constitución como producto voluntarista y formal de un demiurgo, de ese «gran titiritero» grossiano, onmisciente, omnipotente y en absoluto preocupado por ordenar las relaciones humanas.

Jaime del Arenal escribe su *Historia mínima* (que compendia una en absoluto mínima trayectoria docente de tres décadas formando abogadas y abogados)

«desde la perspectiva de Derecho privado, toda vez que éste ha exhibido históricamente mayor continuidad, permanencia y trascendencia que el Dere-

<sup>29</sup> ARENAL, *Historia mínima...*, p. 15. Cursivas del autor.

<sup>30</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel MARTÍNEZ NEIRA, (Trotta, Madrid, 2001). Recientemente ha aparecido la versión castellana del volumen *Constitucionalismo*, en el que Fioravanti vuelve al tema de la Constitución mixta o moderada pero desde la Modernidad jurídica.

cho público, anclado necesariamente en las diversas formas de organización política»<sup>31</sup>.

No estoy de acuerdo con él: los modelos constitucionales, de Bártolo y Marsilio a Fioravanti y Mateucci, determinan los acercamientos históricos a las diversas experiencias iusprivatísticas y, por supuesto, a las diversas ideas de «Justicia»<sup>32</sup>.

Así, la Europa del *Ius Commune* estuvo marcada por la visión bajomedieval antisoberanista del *Ordo Iuris* como un Orden preestablecido e intocable en sus líneas maestras, y en la lógica del positivismo formalista moderno está la necesidad normativa que el Estado experimenta hacia hacer cumplir por todos los medios el contrato social (el opúsculo de Beccaria es particularmente expresivo al respecto). Contrapunteando, Rolando Tamayo ha mostrado, con precisión y erudición nada ordinarias en el medio mexicano, que la recepción de la ciencia jurídica bajomedieval impactó en forma definitiva a los usos políticos del Occidente estatocéntrico, acaso porque «las cuestiones políticas no eran extrañas a las *civilis sapientia*. En efecto, los juristas medievales abordaban problemas sobre el gobierno y el poder público con el rigor propio de la jurisprudencia»<sup>33</sup>.

Arenal lleva razón, con todo, cuando se preocupa por el olvido al que la trayectoria histórica de la dogmática civilística –y, en general, la del Derecho creado por jurisprudentes– parece haber sido condenada. En trance deplorablemente reductor, la reflexión jurídica se ha albergado en el hasta cierto punto cómodo ámbito del Derecho Constitucional, como ha denunciado recientemente José Ramón Cossío, ministro de la Suprema Corte de Justicia y una de las voces progresistas más respetadas en el país: una voz en absoluto sospechosa de pretender la existencia de tal cosa como una «Historia constituyente».

A fuerza de legicentrismo y de fe ciega en las aptitudes taumatúrgicas de la Ley fundamental, la historia institucional ha perdido sentido entre nosotros, y todo en la Ciencia jurídica (noción de *Ordo* incluida) se ha asumido como manipulable, según la cruel y exacta profecía de Kirchmann. No sorprende entonces que la mayor parte de los «homenajes» y de las soflamas patrióticas realizadas para «honrar» a los textos fundamentales de 1812 y 1814 se hayan traducido en meras exégesis apologéticas, y me temo que lo mismo ocurrirá próximamente en relación con las leyes básicas de 1824 y 1917, en un país cuya historiografía del Derecho novohispano (que podría ser tan rica) no logra distinguirse aún de la genérica y continental Historia del Derecho indiano, o en el que aún no se ha escrito una Historia jurídica de, por ejemplo, la guerra en Norteamérica (1836-1848) tan llena de tratados y convenciones cuestionables, despojos, trasposos, procedimientos administrativos, juicios reivindicatorios y operaciones notariales aún por descubrir.

<sup>31</sup> ARENAL, *Historia mínima...*, p. 13.

<sup>32</sup> TAMAYO, *Los publicistas...*, pp. 182-195.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 179.



## II. LOS PLANES DE ESTUDIO

Lo que nos interesa en esta sede es analizar lo que se ha hecho con las materias iushistóricas en lo que atañe a la formación de los operadores jurídicos. Jaime del Arenal, en el bello perfil que trazó de «la misión de un maestro», que resultó ser el autor de *Plus Ultra*<sup>34</sup>, el cuatro veces decenario profesor Francisco de Icaza, se ha referido al traslado de la asignatura «Historia del Derecho Patrio» (así, con sus ecos doceañistas) del quinto al tercer año de estudios en la licenciatura que ofrece la centenaria Escuela Libre de Derecho (hoy la situación desde este punto de vista es más delicada, pues hará un par de años que la materia se imparte en el segundo año, dejando para el primero, al alimón con el primer curso de Derecho Romano, la «Historia general» del Derecho).

Sostiene Arenal que la iniciativa de trasladar las materias críticas a los cursos preliminares proviene de quienes «nunca soportaron que sus enseñanzas se cuestionaran de raíz en los últimos años de estudios mediante el método histórico»<sup>35</sup>. No lo dudo y he experimentado en cátedra propia (la que heredé de nuestro autor) lo difícil que es para un estudiante de primer año relativizar ideas que apenas posee en líneas más que genéricas («Derecho», «Justicia», «Código» o «Constitución»).

Siendo sin embargo y por una vez optimista, poniéndole al mal tiempo buena cara, he de decir que al brindar al Curso un tratamiento introductorio se obtiene un beneficio colateral e inesperado: las y los estudiantes comienzan a interiorizar la importancia de la pluralidad y horizontalidad de las fuentes jurídicas (hecho vital, atentos a lo que para el caso de los Derechos Humanos dispone ahora el primer artículo de la Constitución de la República) y pueden asumir un espíritu crítico-complejizante antes de proceder a memorizar no sólo Códigos, leyes y decretos, sino métodos de interpretación y argumentación supuestamente analíticos y asepticos. En las escuelas universitarias, desde el principio de los estudios –ha dicho Grossi–, es pertinente generar

«ojos críticos... ojos dotados de un grado altísimo de autonomía intelectual, dotados de una mirada que no depone la propia capacidad de enjuiciamiento. El ciudadano, intelectualmente aguerrido merced a los adecuados estudios universitarios, es necesariamente un indócil interlocutor del poder»<sup>36</sup>.

Agregamos: el estudiante culturizado, acostumbrado a pensar compleja e integralmente, es un indócil e inconforme interlocutor de sus profesores y de sus diversas materias. En la Universidad, en suma, se hace Ciencia.

<sup>34</sup> Se trata de un profundo y agudo Manual que explica, iushistóricamente, a «la Monarquía Católica en Indias (1492-1898)», (Porrúa / ELD, México, 2008).

<sup>35</sup> ARENAL, Jaime del, «Por la Historia del Derecho Mexicano: la misión de un maestro, Francisco de Icaza Dufour», en HERNÁNDEZ-ROMO, Pablo y ESTRADA MICHEL, Rafael (coords.), *Historia jurídica. Estudios en honor al profesor Francisco de Icaza Dufour*, (Tirant lo Blanch, México, 2013), pp. 21-22. Las cursivas me pertenecen.

<sup>36</sup> GROSSI, Paolo, *Docenti e studenti. Protagonisti responsabili nella costruzione della comunità universitaria*, Firenze University Press, Florencia, 2012, p. 20. Traducción nuestra.

No muy distinta a la descrita es la situación en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma, institución que prohió el «lanzamiento definitivo de los estudios jurídico-históricos en México» y que, durante la segunda mitad del Novecientos, dio lugar al primer grupo profesional de historiadores del Derecho merced al magisterio y liderazgo de Guillermo Floris Margadant<sup>37</sup>. Dado el carácter semestral de los Cursos, aquellos que poseen sensibilidad histórica apenas pueden calificarse de apresurados repasos: me he percatado, en los cursos de Posgrado que imparto ahí, de que el Código Penal parece una institución eterna, de Derecho Natural, no surgido de la crítica ilustrada a un *Ius Commune* que prácticamente ningún estudiante (se trata de abogadas y abogados, en ocasiones muy exitosos) puede ubicar en espacio y tiempo.

A pesar de contar con iushistoriadores de primer orden, como Manuel González Oropeza, Fernando Serrano Migallón y Eduardo Luis Feher<sup>38</sup>, y de que el prestigiado Instituto de Investigaciones Jurídicas cuenta con investigadores especializados en la Historia jurídica como son Óscar Cruz Barney, Luis René Guerrero, Francisco Ibarra y, por supuesto, José Luis Soberanes, a quien recientemente se homenajeó en tres importantes volúmenes<sup>39</sup>, me temo que la influencia de sus trabajos se deja sentir poco en la formación de los estudiantes de licenciatura y posgrado.

De «derecho de juristas» y pensamiento complejo mejor ni hablemos, y no sólo en la UNAM o en la *Libre*: hace poco recibí un comentario negativo por pretender enseñar teoría del delito y de las penas a partir del «desactualizado» texto del marqués de Beccaria. Al alimón, un profesor mexicano me comentó que le parecía increíble que los abogados siguiéramos, en pleno siglo XXI, argumentando y operando el Derecho como si fuéramos juristas medievales (lo que repugna la mirada más elemental y apresurada con tan sólo contrastar los 3.000 artículos que posee un Código Civil con los tomos y tomos que comprenden la *Glosa* y los *Tractati*). En fin, que sigo buscando al Bártolo del Anáhuac. Cierta docente de Sociología jurídica enfrentó no hace mucho un remedo de proceso ante sus pares acusado, entre otras curiosidades, de promover en su grupo la lectura de un libro antijurídico (*i.e.*, que no tiene nada que ver con el Código y con la Constitución). Se trataba de *El malestar en la cultura*. La broma, si lo fuera, se contaría sola.

Una perspectiva antihistórica y voluntarista inhibe la crítica y conduce inexorablemente al legalismo. Se explica, por tanto, que los cursos iushistóricos y aledaños (Derecho Romano incluido) se desprecien, minimicen e incluso tiendan a desaparecer en instituciones universitarias públicas o privadas que cuentan con un amplio margen de autonomía para fijar sus programas de licen-

<sup>37</sup> ARENAL, «Por la Historia...», p. 25.

<sup>38</sup> *Hans Kelsen frente al régimen nazi y otros textos*, (Universidad Nacional, México, 2014); *¿Don Porfirio socialista?*, (Universidad Nacional, México, 2010).

<sup>39</sup> CARBONELL, Miguel y CRUZ BARNEY, Óscar (coords.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, (IIJ / Universidad Nacional, México, 2015). En el tomo II (pp. 167-184) Héctor FAYA RODRÍGUEZ ofrece un muy completo *Panorama actual de la enseñanza de la Historia del Derecho Mexicano*, con cifras de matrícula y programas de estudio en Universidades del país.

ciatura, excepción hecha de la Universidad Panamericana, la casa de estudios superiores del *Opus Dei*, que mantiene los dos Cursos de Historia en semestres avanzados de la carrera de Derecho, promueve la permanencia de los Cursos de Romano e, inclusive, ha fundado una cátedra con el nombre de «Justicia y Derechos Humanos» que permite a los alumnos acercarse a los diálogos platónicos, al principalismo de un Zagrebelsky y, en aventuras más atrevidas, leer con perspectiva multicultural y multitemporal a Boaventura de Souza, Duncan Kennedy o las célebres polémicas suscitadas entre Eco y Martini, entre Foucault y Chomsky o entre Habermas y Ratzinger.

Otras instituciones vinculadas a órdenes religiosas, como las Universidades Iberoamericana –de los jesuitas<sup>40</sup>–, Anáhuac –de la Legión de Cristo– y La Salle mantienen los cursos en forma de «antecedentes históricos» que pronto se olvidan ante la avalancha legolátrica de los semestres superiores. En el ámbito de la Universidad pública, la carrera de Derecho en la Universidad Autónoma Metropolitana, con una tradición de cuatro décadas en un par de Unidades, se ha vuelto a abrir en la Unidad Cuajimalpa, y en ella dejan sentir su influencia dos historiadores del Derecho, Mariana Moranchel y Mario Téllez, a quien ya hemos identificado como editor del Dr. Mora. Hay, pues, algunas razones para creer que enraizarán perspectivas más realistas y menos legolátricas del Derecho, al menos por lo que toca a la ciudad capital del país<sup>41</sup>.

Los estudios jurídicos en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), que cuenta con una División de Historia general altamente prestigiada, han recibido la benéfica influencia de pensadores de la talla de Jean Meyer, el ya mencionado Mijangos<sup>42</sup>, José Antonio Aguilar Rivera<sup>43</sup>, María del

<sup>40</sup> Su Departamento de Derecho es conducido por el mayor experto en la «interpretación conforme al principio *pro persona*» que tiene el país: el profesor José Luis Caballero. El énfasis en los Derechos Humanos genera, de suyo, una suerte de perspectiva histórica que, al menos en cuanto al cauce de ciertas dogmáticas, se agradece. Cfr. CABALLERO OCHOA, José Luis, «Comentario al Artículo 1.º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)» en FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, CABALLERO OCHOA, José Luis y STEINER, Christian, *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, (SCJN / UNAM / Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013), pp. 49-88.

<sup>41</sup> A la situación en las Universidades Autónomas sitas en los Estados de la Unión me referí ya en el estado de la cuestión que se incluyó en *Storia e Diritto...*, *cit.* No varía mayormente respecto de la situación prevaleciente en las Facultades capitalinas.

<sup>42</sup> Él mismo es autor de un importante estudio sobre un canonista de excepción. Cfr. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, *The Lawyer of the Church. Bishop Clemente de Jesús Munguía and the Clerical Response to the Mexican Liberal Reform*, (University of Nebraska Press, Lincoln, 2015).

<sup>43</sup> Este historiador de las ideas políticas se halla, curiosamente, más cerca de la historia del «Derecho de juristas» que muchos de los historiadores mexicanos. Sus trabajos, a un tiempo precisos y completos, se refieren con soltura, por ejemplo, a la influencia de Tocqueville en el México del XIX, a Lucas Alamán, el importante político conservador, a Gustavo R. Velasco, el último liberal mexicano, profesor y rector de la Libre de Derecho hoy prácticamente olvidado y, por supuesto, a Emilio Rabasa. Cfr. AGUILAR RIVERA, José Antonio, *Ausentes del Universo. Reflexiones sobre el pensamiento político hispanoamericano en la era de la construcción nacional, 1821-1850*, (Fondo de Cultura Económica / CIDE, México, 2012); *La geometría y el mito. Un ensayo sobre la libertad y el liberalismo en México, 1821-1970*, (Fondo de Cultura Económica, México, 2010).

Refugio González y el antiguo iushistoriador José Antonio Caballero, que llegó a dirigir la División de Estudios Jurídicos y que ahora se dedica a temáticas penal-procesales con frutos nada despreciables (otra vez: la perspectiva que todo lo determina)<sup>44</sup>. El ITAM (Instituto Tecnológico Autónomo de México) ha contado con la presencia de profesores históricamente sensibles, como el ya mencionado ministro Cossío, Julián Meza, Luis Raigosa, Alonso Lujambio, Jesús Silva-Herzog Márquez y Rodolfo Vázquez. Se trata, con todo, de instituciones que privilegian el acercamiento filosófico analítico al problema de las fuentes jurídicas, lo que no siempre se traduce en la atalaya crítica a la que, con Grossi, me he venido refiriendo. En el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, la institución privada más grande del país, con *campi* situados en una legión de ciudades, la Historia jurídica (que incluye a los nada teóricos cursos de Romano) se ha venido reduciendo a un solo semestre de estudios. Me temo que terminará por desaparecer para miles de estudiantes que, encima, serán profesionistas influyentes en pocos años.

No se trata de reivindicar el diletantismo, aunque no está de más —cualquier profesor lo sabe— que las y los alumnos disfruten de su Carrera. El problema de fondo radica en que el legicentrismo resulta incompatible con el renovado acercamiento a la teoría y a la práctica del Derecho que hoy imponen no sólo la letra de la ley constitucional y de las convenciones internacionales suscritas por México, sino los precedentes jurisdiccionales derivados de auténticos tribunales de constitucionalidad y convencionalidad cada vez más abiertos a la pluralidad horizontal de las fuentes jurídicas. En otras palabras: el abogado mexicano dependerá cada vez más, en los próximos decenios, de su capacidad de entendimiento —plural, histórico, complejo, mutable— de una realidad que, a falta de mejor figuración, los bárbaros llamaron «Derecho». Tendrá que convertirse si no en «jurista» (de conformidad con el sentido con que dota a la palabra el profesor Del Arrenal, que es la de integrante de una clase profesional de estudiosos capaces de crear un Derecho vinculatorio en razón de la *auctoritas* que posean<sup>45</sup>) sí en genuino «operador jurídico» capaz de trascender, desde sus diversas trincheras (la judicial, la postulante, la acusadora, la pericial, la notarial, la consultiva) las fronteras de un legalismo confortante y autocomplaciente.

Sostengo que la Historia jurídica es, para ello, escuela de excelencia. No sólo por su salubridad relativizadora, para volver a Tomás y Valiente<sup>46</sup>, sino por constituir vacuna antifundamentalista y engendrar un sano escepticismo que no se sorprende ante casi nada, puesto que *Nihil novum sub sole* (esa tentación tan perjudicial para ciertos estudios históricos pero tan vivificante para el mundo del Derecho). Contemplemos la experiencia de la profesora María del Refugio

<sup>44</sup> CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *El debido proceso. Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*, (Suprema Corte de Justicia de la Nación / Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2014).

<sup>45</sup> ARENAL, *Historia mínima...*, pp. 14, 21, 24.

<sup>46</sup> «A los juristas la historia jurídica les presenta la posibilidad de cuestionar o relativizar la concepción contemporánea del Derecho vigente y proceder a aceptar que ésta es, en sí misma, una más entre otras que han sido en el pasado o que podrán ser en el pasado». *Idem*, p. 19.

González, iushistoriadora que se formó con García-Gallo y desarrolló una trascendente trayectoria en el medio mexicano:

«cuando empecé a ser abogada y no investigadora o profesora, la primera sorprendida porque podía hacer mi trabajo y, además, razonablemente bien, fui yo. Después se han sucedido otras experiencias a la cabeza de oficinas jurídicas de la administración pública federal, y con los mismos resultados. Eso me habilita para comentar con ustedes qué me dio la Historia del Derecho que me ha permitido responder a los más diversos retos y salir si no airosa, por lo menos poco estropeada, de los desafíos que impone este mundo complejo y cambiante»<sup>47</sup>.

Es difícil ser más claro y más gráfico. Y, ahora, con la apertura normativa, la situación es aún más propicia para avanzar, con perspectiva histórica, «de la codificación a la globalización del Derecho»<sup>48</sup>. Pero, ¿en qué consiste esta reforma tan estructural, la de los Derechos Humanos y las fuentes jurídicas de 2011 a la que me he referido como detonante del cambio, y por qué la califico de fundamental en lo que a la trascendencia de la enseñanza de la Iushistoria se refiere?

### III. EL ARTÍCULO PRIMIGENIO

A grandes rasgos, la reforma de 2011 viene a dar la razón a los profesores de Historia jurídica: el Derecho está en las diversas experiencias jurídicas, y éstas no se conforman ni se satisfacen con razonamientos jerarquizados, sino que requieren buscar soluciones allí donde sea dable hallarlas, no importa si en el pináculo de la pirámide normativa o bajo las piedras que ocultan los cimientos de la misma. En otros términos, se trata de una reforma que –acaso inconscientemente– tornó horizontal el sistema de fuentes y convocó al hallazgo tópico, aporético, *in situ*, de soluciones a los problemas emanados de una realidad cada vez más compleja<sup>49</sup>, para decirlo con Viehweg y con Morin. Un guiño, pues, aunque sin lustre, al período clásico de la Jurisprudencia romana –el del sistema procesal formulario–, a la Europa del *Ius Commune* bajomedieval –en particular a la del *Mos Italicus* tardío– y a la América del Derecho Indiano que en buena medida fue recepción de aquella dogmática.

No pretendo, por supuesto, postular una subversión absoluta de los mecanismos con los que opera el actual sistema jurídico, ni creo que la legislación

<sup>47</sup> GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio, «El abogado y la historia del derecho», en HERNÁNDEZ-ROMO y ESTRADA MICHEL (coords.), *Historia jurídica...*, pp. 556-557. En relación con el versículo del *Eclesiastés* ver p. 563.

<sup>48</sup> Tal es el nombre de la reunión de otros textos seminales de P. GROSSI, en la traducción de Rafael D. GARCÍA PÉREZ, (Aranzadi / Thompson Reuters, Pamplona, 2010).

<sup>49</sup> «La visión tópica o problemática del Derecho no sólo hizo posible la coexistencia de diversas fuentes del derecho, sino que obligó a su utilización a efecto de encontrar en su variedad las fuentes más óptimas para resolver en justicia *ese* problema en particular». ARENAL, *Historia mínima...*, p. 29.

vaya a dejar su sitio de fuente privilegiada durante un considerable espacio de tiempo. Tampoco creo que el concepto de «Derechos Humanos» pueda ahora retrotraerse por arte de magia a la Escolástica post-tomista, como hace tiempo observó con perplejidad Grossi<sup>50</sup>. Me parece simplemente que el Absolutismo legislativo comienza –cuando menos en sede nacional– a ser abandonado, y que la Historia del Derecho brinda al profesional jurídico herramientas más que apreciables para arrostrar con éxito el tan llevado y traído «cambio de paradigma». Cuando pienso en la llamada «interpretación conforme», en los «principios» en los que se fundamenta ahora el proceso penal (artículo 20 constitucional) y en la aplicación de los criterios *pro persona* y *pro dignitate* me vienen a la mente varios pasajes del *Digesto* y de las *Partidas*. Nada más y nada menos.

De conformidad con la reforma de 2011, el Estado mexicano abandona en su Constitución el esquema hobbesiano según el cual las «garantías» se «otorgan» (y, como se sabe, se desconocen y retiran cuando así conviene a la seguridad y a la razón estatal) para adoptar posiciones más cercanas a Rousseau: en el *status naturae* gozamos de ciertos derechos primordiales que perdemos cuando aparecen entre nosotros la codicia y la propiedad privada. Llegados al estado social gozamos de un pálido reflejo de aquellos derechos, pálido pero reflejo al fin y –más importante aún– preexistente a un Estado que simple y llanamente está llamado a «reconocer» de una vez y para siempre tales prerrogativas, respetándolas y garantizándolas a título de «Derechos Humanos».

Vuelvo al curso de Historia general del Derecho: sin una lectura atenta del Fioravanti de *Los derechos fundamentales*, del Valiente del *Manual* (según el cual ausente la noción de *status naturae* no puede surgir la Teoría del Estado), del Mateucci de la *Organización del poder y libertad* y, por supuesto, sin la lectura directa del *Leviatán* y del *Contrato social*, todo esto no puede ser comprendido ni interiorizado. Ya Grossi –otra vez– ha destacado lo significativo que resulta «el repetitivo empleo del verbo ‘reconocer’ en el articulado del texto constitucional (italiano) de 1948, como si deseara remarcar que ‘el Estado no concede, sino que reconoce’... es decir, lee en la trama social y traduce en forma de ordenamiento y regulación la vida social de los ciudadanos»<sup>51</sup>. Es éste el «carácter posmoderno de la nueva Constitución» y, en este sentido, el siglo xx, centuria larguísima en lo jurídico, sigue vivo entre nosotros: la renovada Constitución mexicana (que en cierto modo no hace sino volver a la abortada tentativa social-contextualizadora de 1917) «se convierte –como no podía ser de otro modo– en inspiradora de un auténtico *pluralismo jurídico*, lo que hace mediante la individualización y valoración, al lado de la realidad benéfica e insustituible del Estado, de las fuerzas culturales y sociales –y sus consecuen-

<sup>50</sup> Paolo Grossi (a cura di Guido ALPA), (Laterza, Roma, 2011), pp. 83-87.

<sup>51</sup> GROSSI, Paolo, «La legalidad constitucional e la Historia de la legalidad moderna y posmoderna» en *Cerimônia de Outorga do Doutorado Honoris Causa a Paolo Grossi*, (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre 2009), pp. 37-38.

tes órdenes— sobre las que se basa la articulación de la sociedad. El panorama jurídico... se transforma en un paisaje extraordinariamente *complejo*»<sup>52</sup>.

Si el primer párrafo del artículo primero constitucional revoluciona en tal forma nuestra experiencia de lo jurídico, el segundo apartado se hace cargo del sistema de fuentes y, nunca mejor dicho, lo «pone de cabeza». Al orden constitucional mexicano, pretéritamente atado a una rígida legalidad nacional-soberanista, lo integran ahora no solamente «esta Constitución» sino los tratados y convenciones signados por México en materia de Derechos Humanos (yo voy más lejos, como explicaré pronto). En caso de contradicción, antinomia o simple diferencia de extensión garantista ¿cómo evitar pensar en Zagrebelsky, Ferrajoli o Andrés Ibáñez? el juez y, por extensión, cualquier operador jurídico deberá olvidarse de jerarquías y proceder a aplicar la solución que en forma más amplia proteja los derechos de la persona (criterio *pro persona*). Huelga decir que esa solución, por obligación basificante, deberá ser buscada en cualquier sitio en el que se la pueda hallar. De nuevo se anota un punto del curso de Historia jurídica, en particular las secciones dedicadas al *Ius honorarium*, a la tópica, al taller sapiencial del Bajomedioevo y al Derecho en Indias, con su perpetua tensión entre universalidad (aquella, la española, era una Monarquía «católica») y particularismos regnicolas.

El tercer párrafo confirma nuestras sospechas: cuando estamos frente a un derecho universal, inenajenable, fundamental e incondicionado —no sinalagmático, no de crédito— los servidores públicos debemos proceder como lo hacían los juristas antiguos (sí, vino nuevo en odres viejos): identificar la prerrogativa, aplicarle los *principios* (no las *normas*) de progresividad, integralidad e interdependencia (piénsese, por ejemplo, en la libertad de expresión, en la prohibición de la tortura, en el derecho a la verdad que poseen las víctimas de un delito y en el consecuente adecuado procesamiento de las causas criminales) y tornar a garantizar su respeto, promoviéndolos (*ergo*, cultivando a la población en la necesidad de su observancia irrestricta) y extendiéndolos sin miramientos a la totalidad de los habitantes del país.

Hasta aquí podemos encontrar correspondencias con el viejo discurso de la Revolución y de la Codificación. Pero hay un quinto párrafo en el que usualmente se repara mal y poco y que, a mi entender es, a la alemana, la cláusula de apertura y cierre del razonamiento constitucional mexicano: nuestro *Usus modernus pandectarum*, si así se le quiere ver. Dispone el precepto que la discriminación derivada de una serie de causas —entre las que se incluyen la edad, la discapacidad, el género y la orientación sexual— se halla tajantemente prohibida en la República. Ahora bien, el listado de «razones» no es limitativo sino meramente enunciativo, en tanto que la discriminación que genéricamente se prohíbe (y castiga) es la discriminación negativa, esto es, toda distinción que se traduzca en vulneración de derechos fundamentales y se derive de cualquier

<sup>52</sup> GROSSI, Paolo, *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, trad. Clara ÁLVAREZ, (Marcial Pons, Madrid, 2011), p. 47. Las cursivas me pertenecen: ¡la Constitución mexicana ha vuelto a ser una Constitución novecentista! Hasta este punto, por tanto, tendrían que llegar los análisis en los Cursos iushistóricos.

causa atinente a la dignidad humana, entendida (vuelve la Historia del pensamiento jurídico) en el sentido de Ockham y en el de la autonomía no instrumental de Kant.

A esta cláusula se le llama criterio *pro dignitate* y se traduce en la horizontalidad cabal de las fuentes jurídicas puesto que ¿no se estaría discriminando a alguien si existiendo una solución más protectora, más garantista, en las Constituciones de los Estados de la Unión (que equivalen a los Estatutos de autonomía españoles) se eligiera utilizar la solución contenida en la Constitución general de la República o en un tratado internacional, así sea de *Ius cogens*? ¿No parece tener sentido el símil que se plantea entre las elecciones que tendrá que realizar el operador jurídico contemporáneo y las que, en la Baja Edad Media, realizaba el jurista entre «el derecho común (romano y canónico)» y «el derecho particular (*constitutiones*, ordenanzas, costumbres, normas corporativas, usos comerciales)»<sup>53</sup>?

Una nueva era para el Derecho mexicano que requiere de científicos (esto es, de pensadores críticos dotados de autonomía intelectual y de férrea indocilidad ante el poder fáctico o legal: pensemos por no ir más lejos en la perspectiva de género), preocupados por la complejidad multicolor de las realidades humanas y ciertos de que su acercamiento al mundo de lo jurídico es el técnicamente más adecuado y el éticamente más irreprochable. La apertura hacia el complejo mundo de las fuentes jurídicas necesita a «ese comparatista vertical encarnado en el historiador del Derecho»<sup>54</sup> que forme operadores familiarizados con la «visión prudencial, tónica y realista del Derecho»<sup>55</sup>.

Puede parecer exagerado, pero no lo es tanto si reparamos en los métodos hermenéuticos y argumentativos que tendrán que emplear, en adelante, los operadores jurídicos mexicanos en materia tan porosa como es la que se vincula con los «Derechos Humanos». En lo que respecta a la sensibilidad iushistórica como instrumento de ejecutorias trascendentes en el servicio público, particularmente en el relativo a la Justicia, baste recordar los multicitados casos de Grossi, Valiente, Zagrebelsky y García-Pelayo en Europa, o de Miguel S. Macedo<sup>56</sup>, Emilio Rabasa<sup>57</sup>, Felipe Tena Ramírez<sup>58</sup> y tantos otros en México, para reconocer que la profesora González no se equivoca en absoluto: la experiencia histórica cuenta. La sensibilidad y la técnica iushistóricas, ahora, mucho más. Ojalá no permitamos que la esperanzadora perspectiva aborte. Dejemos que la Historia jurídica consiga, entre nuestras alumnas y alumnos próximos a llenar

<sup>53</sup> TAMAYO, *Los publicistas...*, p. 173.

<sup>54</sup> GROSSI, «La legalidad constitucional...», p. 24.

<sup>55</sup> ARENAL, *Historia mínima...*, p. 10.

<sup>56</sup> *Apuntes para la historia del Derecho Penal mexicano*, edición facsimilar de la de 1931, (INACIPE / Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2010).

<sup>57</sup> Autor, por más señas, de una *Evolución histórica de México*, así como de los clásicos *La Constitución y la dictadura* y *El juicio constitucional*, además del ya mencionado y empleado a nuestros fines *Artículo 14*.

<sup>58</sup> José Ramón Cossío reunió sus trabajos sueltos en *Obras completas*, (Porrúa, México, 2015) y me pidió estudiar e introducir las no pocas páginas dedicadas a temas históricos.



el Foro, lo que con inigualable rigor definió mi añorado maestro Benjamín González Alonso en una entrevista que es toda ella sustancia:

«cohonestar la indagación de las implicaciones menos visibles del Derecho con la permanente preocupación por el conocimiento de la sociedad y de las diversas manifestaciones de la cultura»<sup>59</sup>.

RAFAEL ESTRADA MICHEL  
Dir. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México

---

<sup>59</sup> SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES, Mercedes, *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, (Marcial Pons, Madrid, 2009), p. 72.