

CAPÍTULO III

PORFIRIO DÍAZ Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MEXICANO

I. PREÁMBULO

Nos agrade reconocerlo o no, el largo periodo de nuestro historia en que gobernó el general Porfirio Díaz (1876 a 1880 y 1884 a 1911) coincide con una etapa crucial de la construcción del Estado mexicano bajo las coordenadas de la modernidad.³⁰⁴ Con independencia de cómo se juzgue el papel histórico de don Porfirio, cada vez se perciben con más claridad las líneas de continuidad y evolución entre el México de la dictadura porfirista, el nacido de la Revolución Mexicana y el México “moderno” de hoy día.³⁰⁵

Mi punto de partida es la idea de que, desde su independencia, México ha querido ser una nación “moderna”, y ese deseo se ha ido realizando paulatinamente, aunque a costa de grandes sacrificios y flagrantes contradicciones. Ciertamente, los dominios españoles en América que iniciaron su lucha por la independencia hacia 1810 ya eran entidades políticas y económicas “modernas”. Como lo subraya François-Xavier Guerra, el absolutismo implicaba ya una forma de modernidad, caracterizada por la constitución de un Estado unitario regido por las mismas leyes y organizado territorialmente de manera uniforme, y en el cual ya también había empezado a darse una diferenciación económica más clara —a través del mercado— entre la metrópoli y las colonias. Esta modernidad absolutista estuvo crecientemente acompañada por la mutación cultural de la Ilustración.³⁰⁶

Ambos momentos de la modernidad confluyeron en las llamadas “reformas borbónicas” de la segunda mitad del siglo XVIII.³⁰⁷ Pero para los grupos políticamente más avanzados en las colonias, esta modernidad era insuficiente. Para ellos, la independencia conllevaba la aspiración hacia una

³⁰⁴ Véase, por ejemplo, Roeder (2013) y Guerra (2012).

³⁰⁵ Véase, por ejemplo, Garner (2010).

³⁰⁶ Guerra (2010, 55 y ss., 85 y ss.).

³⁰⁷ Véanse los ensayos reunidos en García Ayluardo (2010).

modernidad distinta, liberal, republicana y democrática, que, sin embargo, no pudo —y quizá todavía no ha podido— desprenderse del todo de la “modernidad absolutista” que la precedió.

Una contradicción no menor de esta aspiración a la modernidad, como señala agudamente don Edmundo O’Gorman, es que México haya querido asemejarse al modelo más cercano de modernidad que tenía a la vista —los Estados Unidos de América—, al mismo tiempo que *no* deseaba ser como ellos.³⁰⁸ Por eso, la amenaza omnipresente del poderío económico, militar y político de los Estados Unidos ha llevado a nuestro país a buscar reiteradamente otros modelos y referentes que equilibren en algo la tremenda asimetría de la relación bilateral.

Algunos otros observadores externos han percibido con gran claridad la contradicción esencial de nuestra “hambre de modernidad”. Hace algunos años, el profesor norteamericano Samuel Huntington, en un controvertido libro sobre el “choque de las civilizaciones”, señalaba que había cuatro países que trataban de definir o redefinir a cuál “civilización” deseaban pertenecer, es decir, que se trataba de naciones con el “alma dividida” (*torn countries*): Rusia, Turquía, Australia y México.³⁰⁹ En el caso de México, y como consecuencia del giro político y económico que había iniciado el país en los años ochenta del siglo XX, la indefinición implicaba decidir entre pertenecer a la “civilización latinoamericana” o a la “civilización occidental”, representada por los Estados Unidos y Canadá.³¹⁰ Algo similar expresamos cuando decimos que nuestro “bolsillo” (nuestros intereses económicos) se encuentran en América del Norte, pero que nuestro “corazón” pertenece a las “hermanas naciones” de América Latina.³¹¹

³⁰⁸ O’Gorman (1977). En una buena provocación, O’Gorman sostiene, después de examinarlos cuidadosamente, que el proyecto de las facciones liberal y conservadora del siglo XIX era el mismo —ser y no ser como los Estados Unidos— e igualmente imposible. Agrega que el gobierno del general Díaz logró una cierta reconciliación de ambas tendencias, pero que la Revolución Mexicana descarriló la línea de evolución histórica abierta por el Porfiriato.

³⁰⁹ Huntington (1996, 139 y ss., especialmente 149-151, sobre México).

³¹⁰ Sin duda, resulta polémico hablar de una “civilización latinoamericana”, como lo hace Huntington, pero aún si consideramos que América Latina, por razón de su historia, forma parte de la “civilización occidental” en un sentido amplio, no puede negarse que la región posee características propias que la diferencian de manera significativa de las naciones avanzadas de América del Norte y Europa occidental. Véase, por ejemplo, Rouquié (1989) y su interesante concepto de América Latina como “Extremo Occidente”. Un concepto adicional es el de “otro Occidente” que maneja Marcello Carmagnani (2015), quien a través de él trata de ubicar a América Latina en la historia mundial.

³¹¹ A pesar del notable acercamiento económico (en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte) y social (principalmente por efecto de la migración) entre México

En el caso del derecho, los modelos que México ha seguido son claramente los ofrecidos por los Estados Unidos y los países europeos más avanzados, pero en ocasiones esta influencia ha producido mezclas incómodas y no se ha aceptado sin críticas ni resistencias. Sin duda, la “modernización” del derecho mexicano no ha recorrido una línea de continua evolución y creciente perfeccionamiento. En nuestra historia más bien podemos observar “ciclos” alternos de intensa modernización jurídica, seguidos por períodos de relativa clausura y ensimismamiento.

El propósito de este modesto ensayo es el de plantear algunas reflexiones en torno al primer gran ciclo de “modernización jurídica” que se produce en el México independiente durante el periodo porfirista. La “paz porfiriana”, que duró casi treinta años, permitió concluir la obra de construcción de un orden jurídico nacional que el caos político y social de los dos primeros tercios del siglo XIX había impedido lograr hasta ese momento,³¹² pero también puso de relieve las contradicciones, en apariencia insalvables, entre el proyecto de modernidad asentado en las leyes y la obstinada realidad de una sociedad que, como diría Baruch Spinoza, sólo deseaba “permanecer en su ser”.³¹³

II. DERECHO Y MODERNIDAD

Una de las características de la modernidad es la existencia de un orden jurídico sistemático y racional.³¹⁴ La creación de un orden semejante ha sido un

y los Estados Unidos, la desconfianza de los gobernantes mexicanos hacia ese país aflora periódicamente. Recordemos que hace unos cuantos años (2010), el mismo presidente Felipe Calderón (2006-2012) secundó la propuesta de creación de una organización de países americanos, sin los Estados Unidos ni Canadá, bajo el nombre tentativo de Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe. La llegada a la Presidencia de los Estados Unidos del señor Donald Trump en 2017 refuerza la necesidad que tiene nuestro país de reflexionar sobre el lugar que ocupa y quiere ocupar en el continente y en el mundo.

³¹² Un breve ensayo, originalmente publicado a principios del siglo XX, sobre la evolución jurídica de México hasta ese momento, constata que la obra de sustitución del orden jurídico virreinal por uno nacional de inspiración liberal y laica estaba esencialmente concluida en esos años. Véase Vera Estañol (1994).

³¹³ Recordemos la muy citada frase con que abre el libro clásico de John Womack Jr. sobre Emiliano Zapata y la Revolución Mexicana (Womack 1985, XI): “Éste es un libro acerca de unos campesinos que no querían cambiar y que, por eso mismo, hicieron una revolución” (aunque en una nueva edición se señala que dicha frase no fue bien traducida).

³¹⁴ El sociólogo alemán Max Weber (1864-1920) es el gran ideólogo del orden jurídico racional moderno. Weber lo considera un elemento que acompaña indisolublemente a la economía capitalista y al Estado moderno. Véase Fariñas Dulce (1989, capítulo tercero).

elemento especialmente importante de la lucha por alcanzar la modernidad en México, porque las leyes significan el antípodo de lo que el país pretende llegar a ser.³¹⁵ Aunque el derecho de raíz occidental se trasplantó a lo que ahora es México como consecuencia de la conquista española del siglo XVI, a la consumación de la Independencia la nueva nación adoptó el modelo occidental de derecho en su forma más avanzada, centrado en la Constitución, los códigos y las leyes escritas. Sin embargo, la modernización jurídica no ha sido como las otras modernizaciones (la económica, la política, la educativa, la cultural, etcétera), sino que ha servido como una especie de “hoja de ruta” para todas ellas.

En la ley se fija la visión de país hacia el futuro.³¹⁶ Ello genera, inevitablemente, una tensión con la realidad social, pues la ley pretende que esta realidad se ajuste a ella. Pero, por otro lado, para no ser meramente utópica y poder encauzar la convivencia social, la ley tiene que tomar en cuenta cuáles son las posibilidades de su propia eficacia respecto de la realidad que se quiere reformar. Así, podemos conceptualizar también la tensión entre ley y realidad social a través de la distinción entre la “ley que instituye” —la ley que anticipa una realidad en el imaginario social— y la “ley que regula”, esto es, la ley capaz de orientar efectivamente los comportamientos sociales.³¹⁷ La diferencia no es de esencia, sino de grado, porque nada impide que, por obra de los individuos y los grupos sociales, la ley —cualquier ley— incorpore y cumpla ambas funciones: regular eficazmente al tiempo que instituye simbólicamente.

La tensión entre norma y realidad social se resuelve fundamentalmente en una de dos maneras: o bien la ley logra prevalecer sobre la realidad, transformándola (a veces de manera violenta),³¹⁸ o bien, la realidad acaba imponiendo un ajuste —tampoco exento de violencia previa— a la norma, que de este modo adquiere un nivel de mayor consonancia con la sociedad

³¹⁵ En la sociología jurídica hay una extendida concepción sobre el derecho como “reflejo” de la sociedad. Pero justamente en países como México (y en general en todos los que sufrieron la colonización europea), los modelos jurídicos han sido fundamentalmente tomados de otras realidades sociales, lo que genera una “brecha” con las relaciones sociales prevalecientes en la sociedad receptora. Véase la crítica de Brian Z. Tamanaha a esta concepción, a la que denomina “tesis del espejo”, en Tamanaha (2001, 1 y ss., 107 y ss.).

³¹⁶ Esta idea la desarrolla con amplitud López Ayllón (1997a, 252 y ss.).

³¹⁷ La distinción la propone también López Ayllón (1997a, cap. V).

³¹⁸ Por supuesto, decir que la ley “hace” algo es solamente una forma de expresar el hecho sociológico de que, detrás de ella, se encuentran diversos grupos sociales que impulsan, o resisten, el proyecto encarnado en el orden jurídico del momento, en lo cual intervienen, por supuesto, complejos factores sociales, de tipo político, económico y cultural, fundamentalmente.

en que se inserta, pero a costa de perder parte de su fuerza reformista. La historia jurídica de México, hasta el día de hoy, presenta numerosos ejemplos de ambos movimientos.³¹⁹

De esta tensión o divergencia se empezó a hacer conciencia desde los primeros años de la vida independiente del país. En su examen de la administración del general Bustamante (1830-1832) a la luz de la Constitución Federal de 1824, don Lucas Alamán (1792-1853) ya resaltaba la contradicción entre el modelo que se había seguido (la Constitución de los Estados Unidos), el espíritu que se le había pretendido infundir efectivamente (el de la Constitución de Cádiz) y las leyes coloniales que estaban en congruencia con los usos y costumbres de la sociedad mexicana, pero en desacuerdo con los dos anteriores elementos:

El Congreso Constituyente no reflexionó que esta constitución que había redactado infundiéndole en la forma de la de los Estados Unidos el espíritu todo de la de las Cortes de Cádiz, destruyendo por sus cimientos todo cuanto existía, no hacía más que poner en contradicción la forma de gobierno con la legislación toda entera de la nación, y que siendo ésta congruente con sus costumbres y sus usos, la práctica de esa misma Constitución venía a presentar grandes dificultades. Los constituyentes creyeron sin duda que esta obra sería ejecutada por sus sucesores, mas no meditaron que era absolutamente imposible que un congreso ordinario recargado de las atenciones que la Constitución le impone pudiese consagrarse a la obra gigantesca de revisar toda la antigua legislación para adaptarla a la nueva forma que se había dado a la nación.³²⁰

Unos pocos años más tarde (1842), Mariano Otero (1817-1850), al defender la adopción del régimen republicano y liberal inspirado en la Constitución de los Estados Unidos, aceptaba que si bien

...nuestras costumbres... no eran exactamente las de nuestros hermanos del norte, debe notarse que se parecían todavía menos a las de las otras repúblicas;³²¹ a más, en las instituciones no sólo se atiende a lo pasado sino

³¹⁹ Sobre esta cuestión puede verse una reflexión más amplia en el apartado III del capítulo II en este mismo volumen.

³²⁰ Alamán (2012, 172-173). La falta de correspondencia entre norma y realidad le sugería a Alamán, por ejemplo, la necesidad de introducir restricciones censitarias al derecho del sufragio: “Estas u otras restricciones deben ser más necesarias que cuando pasándose de un sistema en que no hay la menor idea de elecciones populares a otro en que todo depende de ellas, se va a dar una facultad tan importante a un pueblo que no tiene formado concepto alguno de su objeto, de sus consecuencias ni de la importancia misma de esa facultad” (p. 192).

³²¹ Otero acaba de hacer referencia a Esparta, Atenas, la Alemania y los Países Bajos.

a lo venidero: el legislador debe mirar lo que hay y plantar las instituciones como un germen de lo que debe haber, y cuando este destino futuro ni era ni podía ser otro que el de una República libre y civilizada, fue sin duda un acto de inteligencia al (*sic*) escoger tal modelo, el mejor y el más sublime de todos los conocidos.³²²

Sin embargo, después de esta profesión de fe en la “ley que instituye” y en la modernidad futura, Otero reconoce también, de algún modo, que existe una brecha considerable entre lo que dispone esa ley y la cultura y los sentimientos de la mayor parte de la población, según puede leerse en el siguiente párrafo:

El derecho de la seguridad personal... es también, sin duda alguna, un derecho profundamente arraigado en su naturaleza [del hombre] y cuya necesidad siente con más o menos fuerza en todos los grados de la vida social; pero desde la pobre seguridad que puede disfrutar el súbdito de una nación que no mira en las leyes nada que deje relación con su bienestar, y que no encuentra en los magistrados ni intereses que los unan al suyo ni reglas que los obliguen a obrar bien, hasta la seguridad de que disfruta el ciudadano de un estado libre que no ve en las leyes más que la expresión de la voluntad del interés de todos los asociados y que no mira en los magistrados más que los mandatarios sumisos de esa misma sociedad, hay sin duda una grande escala...³²³

Sin embargo, para Otero esa brecha no podría cerrarse si no se estableciera primero un equilibrio entre las diversas partes de la sociedad y sin progreso de las relaciones materiales, particularmente en la distribución de la propiedad.³²⁴ En cierto modo la política de Porfirio Díaz parece responder a una reflexión similar, al impulsar y dar prioridad al desarrollo material y a la modernización por encima de las batallas de valores e ideologías que habían sido características de las décadas precedentes. En esa nueva política, el derecho asumía mayor importancia como herramienta del desarrollo.

En efecto, la evolución jurídica durante el gobierno del general Díaz tiene interés, porque es un periodo en que se pone en evidencia y se reflexiona con más profundidad sobre esta tensión entre la ley y la realidad social, entre la “ley que instituye” y la “ley que regula”. François-Xavier Guerra convierte esta divergencia o tensión entre el orden jurídico y político moderno, que se instaura formalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, y la realidad de su funcionamiento en la sociedad mexicana tradicio-

³²² Otero (2014, 878).

³²³ Otero (2014, 852).

³²⁴ Otero (2014, 853-855, *passim*).

nal, en el esquema que explica muchas de las contradicciones y los sucesos del Porfiriato que desembocan en el movimiento revolucionario de 1910.³²⁵ Pero también es el periodo que asiste a la primera gran modernización jurídica del país, de las tres que se han producido hasta la fecha en el periodo independiente; las otras dos son la “posrevolucionaria” (aproximadamente entre 1925 y 1945) y la “contemporánea” (algunos dirían “neoliberal”), iniciada en 1982. Como se ha dicho, la del porfirismo es la etapa en la que se logra concluir la construcción de un orden jurídico nacional moderno. En los apartados que siguen se hará primero una breve referencia a este último aspecto, para luego abordar con más detalle la cuestión de la dialéctica entre norma y realidad.

III. LA MODERNIZACIÓN JURÍDICA DURANTE EL PORFIRIATO

La modernización jurídica durante el dominio político del general Díaz es la primera gran modernización jurídica de la etapa independiente de México. Es un ciclo que se caracteriza, primero, por la conclusión de la obra de sustitución del orden jurídico heredado de la Colonia, y segundo, por la promulgación de los ordenamientos necesarios para lograr, sobre todo, la modernización económica del país, principalmente a través de la inversión extranjera.³²⁶

En efecto, bajo el gobierno del general Díaz se concluyó esencialmente la tarea de la codificación federal y del Distrito Federal, pero también se crearon y se reformaron las leyes existentes en casi todos los campos jurídicos, particularmente en el ámbito económico.³²⁷ Las siguientes son las principales materias relacionadas con el desarrollo económico en las que la expedición de leyes y otros ordenamientos fue especialmente significativa:

- Sociedades anónimas.
- Marcas y patentes.
- Instituciones de crédito.
- Impuestos y aranceles.
- Minas.

³²⁵ Guerra (2012, I, 22 y ss.).

³²⁶ En este sentido, hay interesantes paralelos con la modernización jurídica emprendida particularmente por el presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994), en mucho orientada y motivada por las negociaciones que culminaron con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Véase López Ayllón (1997a, 167 y ss.).

³²⁷ Véase el panorama de la legislación porfirista en Margadant (1971, capítulo VIII).

- Ferrocarriles.
- Pesas y medidas.
- Sistema monetario.
- Postas y correos.
- Catastro.
- Expropiación.
- Vías generales de comunicación.
- Aguas.
- Tierras y colonización.

En algunas de estas materias se expedieron no uno sino varios ordenamientos, en ocasiones con pocos años de diferencia.³²⁸ Pero también hubo una modernización importante en materia de justicia, con la expedición de la Ley de Amparo de 1882, dos códigos federales de Procedimientos Civiles (1897 y 1908), la Ley sobre el Contencioso Administrativo (1898), la Ley de Organización del Ministerio Público Federal (1908), dos códigos de Justicia Militar (1892 y 1894), la Ley de Organización y Competencia de los Tribunales Militares (1897) y otras leyes más relacionadas con la justicia penal en las Fuerzas Armadas, etcétera. En materias de relevancia internacional hay que mencionar la Ley sobre Inmigración (1909) y la Ley de Extranjería y Naturalización (1886). Por último, podemos agregar a la anterior la legislación en las materias educativa, sanitaria y de responsabilidades de los funcionarios públicos, así como la celebración de numerosos tratados internacionales.³²⁹

Resulta muy importante señalar que el Porfiriato inicia una tendencia —que interrumpiría la Revolución, para luego continuar durante la mayor parte del siglo XX— a la concentración de facultades en los órganos de la Federación. En efecto, durante el periodo porfirista se reforma en varias oportunidades la Constitución de 1857 para transferir al Congreso de la Unión algunas atribuciones legislativas que estaban reservadas a los estados y que tenían particular relevancia económica. Así, en 1883 se modifica la Constitución para que sea la Federación la que legisle sobre comercio, banca y minas; en 1882 se les prohíbe a los estados el establecimiento de alcabalas y aduanas interiores; en 1908 se hace federal la legislación sobre aguas, vías generales de comunicación, postas y correos. Estas modificaciones son una señal de que el desarrollo económico exige una legislación uniforme encaminada a la creación de un mercado nacional unificado, y bajo esta

³²⁸ Así, por ejemplo, en materia de minas se expedieron el Código Federal de Minas (1884) y las leyes mineras de 1892 y 1909.

³²⁹ Margadant (1971).

misma lógica, ya en el siglo XX, se atribuyó al gobierno federal, con más fuerza todavía, el control de los principales sectores y ramas de la economía y la industria.

Conviene subrayar algo que se desprende con claridad de la revisión de los cambios legislativos de la época. Se trató de cambios que, quizás con la excepción de los grandes códigos, no parecen haber sido fruto de la planeación, sino que se produjeron de manera pragmática para responder a necesidades y proyectos coyunturales que inclusive se fueron ajustando conforme se ganaba experiencia en su desarrollo. Así se entiende que una misma materia fuera regulada por ordenamientos sucesivos en el espacio de pocos años. Sin embargo, tan extendido fue este periodo que permitió la renovación casi completa de la legislación nacional.

¿Cuáles fueron los modelos que se tomaron para la modernización de la legislación económica?, ¿cuál fue el impacto general de esta legislación en el orden jurídico? No resulta posible abordar con detalle estas cuestiones en el presente ensayo, por lo que haremos énfasis en un aspecto que se toma escasamente en cuenta. Habitualmente se enfatiza el hecho de que las nuevas leyes “copian” o incorporan el contenido de la legislación extranjera, con lo que ello pueda significar en términos de “dependencia” o “extranjerización”; sin embargo, es igualmente real y visible un doble efecto de *innovación* e *integración*. Innovación, porque de este modo entran en las leyes nuevos conceptos y nuevas teorías que se van adaptando y ajustando al ambiente jurídico nacional, con impactos imprevisibles pero ciertos en otras ramas del ordenamiento (lo que podría llamarse “aculturación jurídica”). Al mismo tiempo, se da un efecto de integración y apertura hacia el mundo jurídico externo. Para entender esta idea, podemos concebir a la ley, no sólo como conjunto de preceptos imperativos, sino, sobre todo, como un *instrumento de comunicación* y de *coordinación de expectativas* capaz de establecer un terreno de entendimiento común entre los agentes sociales.³³⁰

Así, gracias a la “copia” de una ley extranjera se puede “dialogar” jurídicamente, por ejemplo, con los inversionistas y otros actores foráneos, pero “copiar” es un concepto equívoco en este contexto: en realidad se trata de traducir y de apropiarse creativamente de un lenguaje que, aunque no sea propio ni originario, requiere de una combinación y síntesis con los elementos de la cultura jurídica “autóctona”. Por supuesto, la traducción será tanto

³³⁰ En la sociología jurídica contemporánea cada vez gana más terreno la visión del derecho como *sistema comunicativo*, lo que pone menos énfasis en la coerción normativa y más en la coordinación de expectativas y en la consecución de objetivos instrumentales a través de la persuasión y la influencia discursiva. Véase, por ejemplo, Ferrari (2015, 43 y ss.) y el capítulo II en este volumen.

más difícil cuanto más alejada esté una cultura jurídica de aquella a la que pretende aproximarse. Así, por ejemplo, después de la Restauración Meiji de 1868, el Japón decidió modernizar su derecho a través de la adopción del derecho occidental. Para ello fue necesario traducir al japonés, no sin grandes dificultades, las leyes y los códigos extranjeros relevantes. Es conocido el hecho de que la cultura jurídica japonesa tradicional carecía de varios conceptos jurídicos como, por ejemplo, el de “derecho subjetivo”, los que tuvieron que ser “inventados”, más que traducidos, para ser incorporados en el derecho japonés moderno.³³¹

Este no era el caso de nuestro país, que ya contaba con una tradición jurídica propia enraizada en el derecho occidental de origen europeo. No obstante, para la expedición de las leyes porfiristas, los autores de los proyectos estudiaron arduamente las leyes y los modelos jurídicos del extranjero, pero tuvieron que tomar en cuenta el contexto político y jurídico en el cual se insertarían los nuevos ordenamientos, lo cual podía contribuir a reducir la brecha entre cultura jurídica y realidad social. Y así ha ocurrido también en todos los períodos de apertura e innovación a partir de la adopción o la influencia de instituciones jurídicas externas.

IV. SOCIEDAD TRADICIONAL Y ORDEN JURÍDICO MODERNO: ¿MOVIMIENTO DIALÉCTICO?

Conforme se va desenvolviendo el proyecto modernizador del Porfiriato, los juristas de la época van tomando conciencia más clara de la tensión entre la “ley que instituye” y la “ley que regula”, entre el orden jurídico moderno y los “usos y costumbres” de la sociedad tradicional. Se trata de un contexto en el que el impulso de la Reforma Liberal, encarnado en la Constitución de 1857, tiene que enfrentar escollos mucho más complejos que la mera definición de un modelo constitucional y legislativo.

Conocemos muy bien la obra de algunos grandes juristas de la época, como Justo Sierra (1848-1912), Emilio Rabasa (1856-1930), Andrés Molina Enríquez (1868-1940) o Luis Cabrera (1876-1954), quienes hicieron la crítica del orden jurídico en este sentido, empezando por la Constitución de 1857. Es posible que otros autores hayan reflexionado sobre la tensión apuntada, pero un repaso somero de algunas obras jurídicas importantes de la época revela más una preocupación por el análisis descriptivo del derecho vigente que por hacer su crítica, y mucho menos una crítica de tipo socio-

³³¹ Véase Margadant (1984, capítulo IX, especialmente p. 148).

lógico. Paradójicamente, es posible que el positivismo y la ideología reformista imperantes en la época hayan obstaculizado un examen distanciado y desapasionado sobre el movimiento dialéctico entre norma y realidad social, dando por sentada la bondad de las nuevas y modernas leyes.

Conviene detenerse un poco más en las ideas de algunos de estos autores. Tanto Sierra como Rabasa sostuvieron la idea de que la Constitución de 1857 contenía declaraciones y principios teóricos muy elevados, pero, por lo mismo, con escasa efectividad práctica.³³² Así, por ejemplo, en su ensayo intitulado *La Constitución y la dictadura* (1912), Rabasa alega lo siguiente:

Lo que no se encuentra en ninguna discusión ni en el espíritu de precepto alguno de la ley fundamental, es el estudio del pueblo para quien iba a dictarse ésta; en vez de hacer la armadura ajustándola al cuerpo que debía guarnecer, se cuidaba de la armonía de sus partes, de la gallardía de las proposiciones, del trabajo de cincel, como si se tratase de una obra de arte puro, sin más destino que la realización de la belleza...

Así se formó la Constitución, y medio siglo de historia nos demuestra que no acertaron sus autores con una organización política adecuada a nuestras condiciones peculiares.³³³

Para Sierra y Rabasa, la dictadura del general Díaz y la inaplicación de la Constitución en la realidad habían sido una consecuencia necesaria del mal diseño de esa Ley Fundamental; a *contrario sensu*, una redacción más realista y acorde con las condiciones peculiares de la sociedad, como dice Rabasa, le hubiera permitido acercarse paulatinamente a los ideales democráticos, verdaderamente existentes, del pueblo mexicano. No había, pues, necesidad de desesperar sobre el abismo entre norma y realidad, ni era evidente que lo único que podía hacerse era suspender la vigencia de la Constitución al mismo tiempo que se le rendía culto y pleitesía —como había hecho don Porfirio—, sino que había que apreciar las aportaciones efectivas de la norma jurídica al encauzamiento de la convivencia social. Al respecto vale la pena citar *in extenso* algunos pasajes de *La Constitución y la dictadura*:

Entre el absurdo de afirmar que basta una Constitución para hacer un pueblo, y el extremo de afirmar que la influencia de las leyes es nula para organizarlo, hay un medio que es el justo: la ley es uno de los elementos que contribuyen poderosamente no sólo a la organización sino al mejoramiento

³³² Sobre la crítica de estos dos autores a la Constitución de 1857, véase Cosío Villegas (2007).

³³³ Rabasa (1998, 64, 65-66).

de las sociedades, *con tal de que se funde en las condiciones del estado social y en vez de controlarlas las utilice y casi las obedezca.*³³⁴

Para hacer viable la Constitución, precisa enmendarla en términos que hagan posible su observancia, y que den al gobierno antes el interés de apoyarse en ella que la necesidad de infringirla...³³⁵

En vez del amor a la Constitución que ha querido hacerla intangible, lo racional es verla como un medio, amar el fin para tener un estímulo que a él nos impulse, y adaptar el medio al fin; es decir, la Constitución, que no es más que nuestra obra, a la democracia efectiva que es nuestro derecho.³³⁶

La ley no tiene el poder de hacer la democracia; pero lo tiene absoluto para impedirla. La Constitución, depurada de sus errores, *hará posible* la intervención popular en el régimen de la nación; tal como está, *hace imposible* la estabilidad de un Gobierno legal...³³⁷

Unos años después, en un ensayo crítico sobre el artículo 27 de la Constitución de 1917, Rabasa hace también varias consideraciones interesantes sobre la relación entre la realidad social y la ley en el México de su época.³³⁸ Rabasa señala que, “juzgado por sus agitaciones intestinas y por la inadaptableidad de la masa popular a sus instituciones”, México ha sido clasificado por la ciencia política “entre los pueblos semicivilizados; y esta clasificación es justa”.³³⁹ Pero desde el punto de vista jurídico no cabe el mismo juicio, porque el derecho es obra de las clases directoras y por ello “ha estado siempre a la altura de la civilización europea, cuyo desenvolvimiento ha seguido desde la conquista española...”³⁴⁰ Por lo que se refiere a la propiedad, Rabasa considera que, hasta 1910, este derecho tuvo en México “toda la amplitud, la firmeza y la seguridad que puede exigirse en el pueblo más culto de la tierra”.³⁴¹ Sin embargo, aunque el mismo Rabasa acepta en ese ensayo que son “las leyes las que se derivan del estado social, y es absurdo y tiránico forzar un estado social por medio de las leyes”,³⁴² la ideología liberal y el propósito crítico que guía al ensayo, pero sobre todo, como dice

³³⁴ Rabasa (1998, 66; resaltado añadido).

³³⁵ Rabasa (1998, 67).

³³⁶ Rabasa (1998, 69).

³³⁷ Rabasa (1998, 244; el subrayado está en el original).

³³⁸ El ensayo se intitula “El derecho de propiedad y la Constitución mexicana de 1917” y se encontraba perdido, hasta que recientemente fue redescubierto por José Antonio Aguilar Rivera en una biblioteca universitaria de los Estados Unidos. Véase Rabasa (2017, 145 y ss.).

³³⁹ Rabasa (2017, 147).

³⁴⁰ Rabasa (2017, 147).

³⁴¹ Rabasa (2017, 150).

³⁴² Rabasa (2017, 148).

José Antonio Aguilar Rivera, una tensión no resuelta del todo entre derecho natural y positivismo, le impiden ver y aceptar que el Constituyente de Querétaro había querido hacer un ajuste en la matriz liberal de la Constitución de 1857, a fin de resolver, por la vía de la redistribución a cargo del Estado, el problema ancestral de la riqueza y de la propiedad en el país.³⁴³ El estado social había cambiado y exigía unas leyes diferentes, y el Constituyente de Querétaro no había hecho otra cosa que lo preconizado por el mismo Rabasa, es decir, “adaptar el medio al fin”, pero, en este caso, el mismo Rabasa pretendía que se mantuviera inalterada la situación de teórica perfección que había alcanzado en nuestro país el derecho de propiedad.

Por su parte, Andrés Molina Enríquez, en su clásico ensayo *Los grandes problemas nacionales*, publicado en 1909, realiza, sobre todo, un examen detenido de las condiciones de la propiedad rural —principal fuente de la riqueza nacional— y de las leyes que la habían regulado a partir de la reforma liberal. Los liberales habían intentado poner en movimiento a la propiedad a través de las leyes de desamortización, pero, para Molina Enríquez, estas leyes no habían tenido los efectos esperados, y en cambio, a causa de los defectos de su forma y a que el movimiento que habían iniciado se había dado sólo de un modo parcial, habían propiciado la concentración de la propiedad en manos de los que él llamaba criollos nuevos o criollos liberales, perjudicando en mucho a los indígenas propietarios, en quienes no se había pensado antes, dejando de lado a los mestizos, y “quedando en mucho burladas” esas leyes.³⁴⁴ Las leyes de nacionalización de los bienes de la Iglesia habían logrado corregir juiciosamente la desamortización, pero también lo habían hecho de manera deficiente.³⁴⁵ En resumen:

...la Reforma, en lo que respecto a la propiedad, hizo una obra incompleta y gravemente defectuosa: aún así fue una obra benéfica, porque poniendo en circulación toda la propiedad eclesiástica, una parte de la municipal, y otra parte de la comunal indígena, formó una nueva clase de intereses que fue la de los *criollos nuevos* o *criollos liberales*, y ayudó a formar con los mestizos, que ya eran clase preponderante, una nueva clase de intereses también... y esto ha significado el afianzamiento de la nacionalidad, tanto en el interior, cuanto para el extranjero...³⁴⁶

³⁴³ Esta tensión explicaría, para Aguilar Rivera, por qué Rabasa, el individualista, se opuso al artículo 27, y Molina Enríquez, el colectivista, lo defendió con argumentos positivistas. Aguilar Rivera (2017, 132).

³⁴⁴ Molina Enríquez (1909, 45-46).

³⁴⁵ Molina Enríquez (1909, 47).

³⁴⁶ Molina Enríquez (1909, 62).

Esta conclusión es importante, porque, más adelante, Molina Enríquez explica que la razón de la dictadura no residía en un deficiente diseño de la Constitución y las leyes (aunque ello tuviera consecuencias desafortunadas importantes), sino en la falta de unidad “del ideal de la Patria”, pues los grupos que componían la población carecían de unidad de origen, de religión, de tipo, de costumbres, de lenguas, de desarrollo evolutivo, de deseos, propósitos y aspiraciones.³⁴⁷ Sin embargo, el grupo de los mestizos sí presentaba un principio de unidad alrededor del cual podría definirse e integrarse la nacionalidad mexicana, así como una fuerza social capaz de hacer realidad los principios que ya estaban en la Constitución y las leyes. Mientras ello no ocurriera plenamente, la “forma de nuestro gobierno tiene que ser todavía, por muchos años, la dictatorial...”³⁴⁸

Desde el momento en que nuestra población está compuesta, dentro de los grandes elementos en que la hemos dividido y a los que agregamos el elemento extranjero, de unidades, tribus, pueblos y grupos, que como hemos dicho en otra parte, presentan todos los estados evolutivos que la humanidad ha presentado en su desarrollo en el curso de todas las edades en que ha vivido, es imposible que todos ellos sean regidos por una sola ley y que sean gobernados por un magistrado civil, simple dispensador de justicia. Certo que no debemos separarnos del sistema de legislación fundamental política que hemos adoptado y que hemos hecho cristalizar en nuestra Constitución federal y en las Constituciones particulares de nuestros Estados, porque si bien es cierto que todas estas Constituciones no son ni pueden ser en absoluto de observancia general, representan en conjunto el alto ideal que condensa las aspiraciones de los mestizos...³⁴⁹

Como se observa fácilmente, el análisis de Molina Enríquez es más amplio, y más sociológico, que el de Sierra y Rabasa (y tiene además puntos

³⁴⁷ Molina Enríquez (1909, 292). Ya en 1842 había notado Mariano Otero que la Nación que se independizó de España era, si acaso, una Nación atrasada, débil, miserable, incoherente y no organizada, por lo que se “ha agitado indispesablemente para adquirir una forma...” (2014, 845). Paulino Machorro Narváez repetiría ideas similares durante los debates del Congreso Constituyente de Querétaro, a propósito de los requisitos de nacionalidad para los diputados, al preguntarse si el pueblo mexicano constituía ya una nacionalidad, para contestar que había “muchos elementos que actualmente son contrarios a la constitución de nuestra nacionalidad”, así que el mexicano venía a ser un pueblo débil que no tenía unidad nacional: “Somos diversas agrupaciones que todavía no pueden colaborar de un modo completo a un fin común, aún no nos hemos fundido en el tipo nacional”. Véase Marván Laborde (2006, II, 1442).

³⁴⁸ Molina Enríquez (1909, 347). Molina Enríquez se equivocó en el corto plazo, pero no estuvo tan desatinado en el largo plazo...

³⁴⁹ Molina Enríquez (1909, 347).

de contacto con Otero), quienes se refieren sustancialmente a la viabilidad (o ausencia de ella) del funcionamiento regular, según la Constitución y las leyes, de los poderes públicos, sin ocuparse directamente de las condiciones económicas, sociales y culturales requeridas para tal funcionamiento. Lo que, empero, se advierte como rasgo común de sus reflexiones es la idea de que, por un lado, la dictadura era de algún modo explicable a partir de la brecha entre norma y realidad social, pero, por el otro, que esta brecha no era insalvable y que podría, con tiempo y el impulso social adecuado, desembocar en una modernidad democrática. Ninguno de estos autores afirmó, por tanto, que el régimen constitucional moderno fuera a tal punto ajeno o exótico a la realidad social mexicana y a su cultura, que jamás tuviera posibilidades de implantarse con éxito entre nosotros. En términos del esquema “ley que instituye” contra la “ley que regula”, estaban convencidos de que la Constitución y las leyes tenían que crear un régimen constitucional liberal, pero pensaban también que la ley también tendría que ser capaz de regular la vida social sometida a ella.

En el caso de Rabasa, su primer diagnóstico conlleva expresamente la propuesta de corregir la norma constitucional para acercarla a la realidad social, incrementando así la viabilidad y los beneficios de su cumplimiento voluntario. Eso intentó hacer el Constituyente de 1916-1917. Por eso, algunos autores de la época revolucionaria y posrevolucionaria pensaban también que la brecha entre realidad social y norma constitucional (o legal) requería un esfuerzo continuo de acercamiento de la segunda a la primera, aún si la eficacia política tenía como precio el abandono de los principios teóricos. Así, don Luis Cabrera, revolucionario e influyente autor de la Ley Agraria de 1915, señalaba lo siguiente en un ensayo de 1934:

El problema mexicano en materia constitucional consiste en que ha existido siempre un desacuerdo completo entre la forma teórica de gobierno y el funcionamiento de hecho de nuestras instituciones... Para salir de esta situación de discrepancia entre las leyes y los hechos, no hay más remedio que reformar las leyes para ponerlas de acuerdo con los hechos, ya que la historia nos ha enseñado que no podemos transformar nuestro medio a fuerza de leyes teóricas... Lo difícil es vencer el escrúpulo político y resignarse a bajar de la cumbre de la perfección teórica de nuestra Constitución al nivel legal a que debemos estar conforme a nuestro estado social de hecho.³⁵⁰

En tanto se trata sólo de ideas que dependen de ciertas premisas, hay lugar para cuestionar el diagnóstico y los remedios que estos autores

³⁵⁰ Cabrera (2002, 314).

proponen,³⁵¹ los cuales están muy marcados todavía por el optimismo reformista liberal, positivista y evolucionista, de fines del siglo XIX y comienzos del XX. Sin embargo, por encima de las diferencias y matices que pueda haber entre sus posiciones, hay un avance en el hecho de reconocer tanto la necesidad de una cierta correspondencia entre norma y realidad social como el hecho de que no siempre era posible lograr que la realidad se ajustara a la norma, sino que en ocasiones se requería el movimiento contrario. Al mismo tiempo, si bien había que hacer acomodos y concesiones estratégicas en aras de la paz y la estabilidad sociales, no se abandonaba a la “modernidad” como objetivo de largo plazo.

En un ensayo ya citado, don Edmundo O’Gorman argumenta que la dictadura porfirista fue el precio que se tuvo que pagar por las contradicciones inherentes tanto al pensamiento liberal como al conservador, por lo que fue necesario hacer un compromiso entre ambas corrientes y moderar sus respectivas tendencias radicales.³⁵² Pero este compromiso no fue exclusivo de México. Roberto Gargarella, por ejemplo, habla de “fusión constitucional” (*fusion constitutionalism*) para referirse a la alianza entre liberales y conservadores que caracteriza a varios países latinoamericanos en la segunda mitad del siglo XIX, aunque en el caso de México aplica esta idea a la Constitución de 1857 (la que, en efecto, puede verse como una solución de compromiso en muchos temas) y no al régimen porfirista, que continuó siendo liberal en algunos aspectos, pero en otros no.³⁵³ Con más precisión quizá deba decirse que el liberalismo reformista se transformó en un positivismo conservador y consensual, sin que haya desaparecido por completo el liberalismo beligerante de la época anterior.³⁵⁴

La conexión del Porfiriato con la Revolución y la Constitución de 1917 es compleja, si no paradójica. Por un lado, la Revolución y la Constitución de Querétaro se entienden como reacción, bastante radical inclusive, contra el régimen autoritario del general Díaz, pero, por el otro, las ideas de los juristas porfiristas ejercieron una evidente influencia en el Congreso Constituyente de 1916-1917. Con independencia de que algunas de las disposiciones específicas de la Constitución de 1917 puedan vincularse con las propuestas de esos autores,³⁵⁵ los constituyentes se hicieron eco de la necesidad de en-

³⁵¹ Cosío Villegas cuestiona fuertemente a Rabasa como crítico de la Constitución de 1857 y defensor, en los hechos, de la dictadura porfiriana. Véase Cosío Villegas (2007, *passim*).

³⁵² O’Gorman (2002).

³⁵³ Gargarella (2013, 20 y ss., 41-43).

³⁵⁴ Aguilar Rivera (2011).

³⁵⁵ Sobre la influencia que ejerció Rabasa en el Congreso Constituyente de 1916-1917, a pesar de que se encontraba en el exilio en los Estados Unidos desde 1914 y no volvería a

contrar una mejor articulación entre la norma constitucional y la sociedad mexicana en su grado concreto de desarrollo, que era el núcleo de la crítica que hacían los autores porfiristas que hemos citado.

En el proyecto de Constitución que presentó al Congreso Constituyente, el primer jefe Venustiano Carranza señaló expresamente la necesidad de introducir en el texto constitucional las garantías específicas que permitieran hacer efectivas las respectivas disposiciones fundamentales, y también reconoció, quizás de modo menos explícito, que su proyecto tomaba en cuenta la realidad social y sus necesidades por encima de los principios teóricos.³⁵⁶

Como ejemplo de lo primero, el proyecto de Carranza hacía varias adiciones al texto vigente de 1857 en materia de “garantías individuales”, con la intención de resolver algunos de los abusos de la dictadura del general Díaz. Así, al artículo 7º, relativo a la libertad de impresa, se le agregó una frase para prohibir el secuestro de la impresa “como cuerpo (*sic*) del delito”. El texto aprobado por el Congreso Constituyente no sólo incluyó esta garantía, sino que le adicionó un párrafo más: “Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expendedores, ‘papeleiros’, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos”.

En relación con la libertad de reunión y asamblea en el artículo 9º constitucional, el proyecto de Carranza definía con detalle en qué casos una reunión podría considerarse legal o ilegal.³⁵⁷

Ejemplo de lo segundo es la propuesta de aceptar definitivamente, a nivel constitucional, el juicio de amparo contra sentencias judiciales, que algunos distinguidos juristas de la época —Emilio Rabasa entre ellos—³⁵⁸

Méjico sino hasta 1920, véase Hale (2011, 241 y ss.). Cosío Villegas (2007, 147) matiza la importancia de esta influencia, señalando que, si bien en Querétaro Rabasa fue usado subrepticiamente, “no fue ni pudo haber sido el arquitecto, el inspirador o creador de la Constitución de 1917... ese constituyente y esa Constitución correspondían a un espíritu que no era el de Rabasa y a un espíritu infinitamente superior al de Rabasa”. Molina Enríquez, por su parte, influyó de manera significativa y participó en la redacción del artículo 27 constitucional en materia de propiedad agraria.

³⁵⁶ Véanse el proyecto de Constitución de Carranza y el discurso que pronunció al presentarlo ante el Congreso Constituyente el 1º de diciembre de 1916, en Marván Laborde (2006, I, 1 y ss.).

³⁵⁷ De los tres párrafos del proyecto, el Congreso Constituyente aprobó solamente el primero y el tercero y agregó a aquél la frase “Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar”.

³⁵⁸ Véase su estudio “El artículo 14. Estudio constitucional”, en Rabasa (1993, 1 y ss.).

consideraban como una deformación de ese instrumento protector. En el discurso de presentación del proyecto, si bien Carranza acepta que esta configuración del juicio de amparo traía aparejados muchos problemas, como la hipertrofia de la justicia federal, al final debía aceptarse por la necesidad de controlar los abusos y la falta de independencia de los tribunales de los estados: “El pueblo mexicano está ya tan acostumbrado al amparo en los juicios civiles, para librarse de las arbitrariedades de los jueces, que el gobierno de mi cargo ha creído que sería no sólo injusto, sino impolítico, privarlo ahora de tal recurso, estimando que bastará limitarlo únicamente a los casos de verdadera y positiva necesidad...”³⁵⁹

Como es bien sabido, el Congreso Constituyente introdujo cambios muy significativos en el proyecto de Carranza y aportó una dosis propia de “realidad”, siendo los principales elementos en tal sentido el reconocimiento constitucional de la propiedad agraria de ejidos y comunidades indígenas (aunque sin nombrarlas así), así como los derechos de la incipiente clase obrera. Estos y algunos otros elementos que Martín Díaz y Díaz ha calificado de “ambivalentes” y de pertenecientes a un “constitucionalismo heterodoxo”, son los que, al reconocer “ciertas peculiaridades premodernas y autoritarias” del país, contribuyeron a darle a la Constitución de 1917 una estabilidad y una viabilidad políticas de la que no disfrutaron las constituciones anteriores.³⁶⁰

Podría afirmarse, entonces, que los constituyentes “aprendieron” de la dictadura porfirista. Con ello se sentaron también —hay que decirlo— algunas de las bases constitucionales del régimen autoritario que gobernó a México durante la mayor parte del siglo XX. La defensa de este último régimen fue, sin embargo, más sutil y exitosa que la de los sostenedores del Porfiriato, pues pudo acogerse a las promesas de progreso económico y social incorporadas en el texto constitucional de 1917, hasta que su inocultable incumplimiento movilizó a una sociedad más consciente de sus derechos y más preparada para exigirlos.³⁶¹ Por supuesto, ello no anuló la tensión entre la “ley que instituye” y la “ley que regula”, solamente la ha llevado a otro plano, generando esta vez un movimiento doble —de acercamiento mutuo— entre la norma y la realidad social. El proceso de modernización jurídica de las últimas tres décadas ofrece numerosos ejemplos de ambos movimientos, pero desafortunadamente no es éste el lugar para hacer su examen detallado.

³⁵⁹ En Marván Laborde (2006, I, 8).

³⁶⁰ Díaz y Díaz (1997; 1999).

³⁶¹ Véase Fix-Fierro y Martínez Uriarte (2018, capítulo III).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aproximarnos a la modernización jurídica del Porfiriato nos ha permitido no sólo identificar, en sus rasgos básicos, el primer ciclo de modernización histórica de nuestro derecho de la época independiente —modernización cuyo estudio más profundo, en sí misma y en comparación con los otros dos ciclos, estaría pendiente de realizarse—, pero también plantear una distinción crucial para entender la evolución jurídica y política del país en los dos últimos siglos, entre la “ley que instituye” y la “ley que regula”.

No se trata de una distinción absoluta, como si la ley solamente pudiera cumplir una función y no la otra, sino de una tensión que ha servido de motor de progreso e institucionalización, y sobre todo, de continuidad fundamental en la construcción del Estado y del orden jurídico nacionales, a pesar de los episodios de ruptura en los ámbitos social y político, como fue, a la distancia, la Revolución Mexicana. El actual discurso sobre el Estado de derecho (o más bien, sobre su ausencia) en México, no sólo se beneficiaría del estudio de la manera en que se impulsó el cambio jurídico en tiempos pasados, sino también de las reflexiones, diagnósticos y propuestas que suscitó entre quienes fueron testigos de sus éxitos y fracasos.³⁶²

³⁶² Véase también el capítulo XII en este volumen.