

CAPÍTULO II. La historia del derecho de la época colonial en México	27
1. Las visiones de conjunto hasta la Revolución mexi- cana	30
2. La historiografía reciente	35

CAPÍTULO II

LA HISTORIA DEL DERECHO DE LA ÉPOCA COLONIAL EN MÉXICO

Particular atención merece en este trabajo, como es natural, el enfoque que en la historiografía sobre la historia del derecho mexicano ha recibido la del indiano. Como se verá en las siguientes páginas, en México la forma en que ha sido visto el derecho indiano difiere de manera significativa de la que se señaló en relación con los países americanos que se revisaron en el capítulo anterior. Pero vayamos por partes.

Lo primero que se puede señalar sobre el caso mexicano es que la historia del derecho no ha recibido la misma atención que se ha prestado a otras ramas del derecho. Si la historia del derecho ha sido poco atendida más precaria se presenta la situación del que se refiere a la época colonial porque el liberalismo de la segunda mitad del siglo XIX buscó arrasar con la herencia cultural española. Por las características de la lucha para la constitución de un Estado nacional en nuestro país, el análisis de buena parte de lo que se produjo durante el periodo colonial no ha sido hecho con objetividad académica. Por eso, hasta fechas recientes, derivadas de posiciones ideológicas antagónicas, los autores mantenían posturas muy encontradas sobre casi cada asunto vinculado a la historia de México. Por la polarización y la falta de una tradición en el estudio de la materia no es extraño que todavía no se haya consolidado en nuestro país la investigación sobre la historia del derecho, y para el caso que nos ocupa, del largo periodo en que formó parte del imperio español.

Ignoro si todas las naciones han encontrado tanta dificultad en definir su "ser" como la mexicana. El hecho de que su historia se origine y se nutra de dos culturas tan distintas, el

trauma de la conquista, las dificultades para la constitución del Estado Nacional y los varios movimientos armados que han interrumpido el desarrollo pacífico de las instituciones han sido factores determinantes, aunque no sean los únicos, para que tanto el pasado indígena como el colonial hayan sido vistos desde perspectivas muy encontradas durante el proceso de formación de ese Estado que tantos obstáculos tuvo que salvar para construirse. A casi quinientos años de la conquista de México-Tenochtitlan por Hernán Cortés, el panorama parece que ha empezado a modificarse, debido, tal vez, a que se fue profesionalizando la investigación sobre la historia del derecho. Los académicos que actualmente hacen de la investigación su *modus vivendi* se encuentran, según parece, ya alejados de la contienda que llevaba a rechazar todo lo español o todo lo indígena, y han comenzado a reconsiderar la visión liberal decimonónica que se tenía de la historia de México, señalada hace ya muchos años por Toribio Esquivel, quien afirmaba:

Lo que queda en el fondo de tan bella figura es esta proposición [se refiere a un discurso de Ignacio Ramírez]: México salió del caos, es decir, de la nada, el 16 de septiembre de 1810. Y así como Hidalgo, a semejanza de Dios lo sacó de la noche, nosotros no tendremos que buscar ni en la prehistoria, ni en la arqueología, ni en la historia de tres siglos de dominación española, ninguna inspiración, ninguna enseñanza para nuestras leyes: éstas deben salir libremente de la mente de los legisladores. Aquí cabe todo lo nuevo, la Constitución Política de los Estados Unidos, el Código Civil de Francia, el Código de Procedimientos civiles de la cabeza de algún italiano, y milagrosamente que a nuestros eruditos legisladores no se les ha ocurrido promulgar la “Ciudad del Sol” de Campanella.⁴⁴

Esquivel Obregón tuvo siempre la preocupación de que las raíces culturales de la nación mexicana fueran estudiadas, con

⁴⁴ Esquivel Obregón, Toribio, “La enseñanza de la historia del Derecho en México”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, núm. 29, enero-marzo de 1946, p. 91.

el objeto de proporcionar un sustento que impidiera deslumbrarse con cualquier novedad legislativa. Para este autor, “en la ignorancia sistemática de la historia de nuestro derecho se han podido fraguar las más absurdas doctrinas y en ellas se han apoyado las más sangrientas revoluciones”.⁴⁵ Fue siempre un reivindicador del pasado colonial, sin que esto significara, como bien demuestra en su libro, la ignorancia o la negación de las raíces indígenas. Desde su punto de vista, el desconocimiento de la historia del derecho permitía que el país —en la época en que él escribe— despreciara “lo que fue nuestro como oscuridades del caos”.⁴⁶ En aquel entonces advirtió que “la enseñanza de la historia de nuestras leyes, de las que eran nuestras”, debía ser no sólo la consecuencia lógica de “nuestra” propia naturaleza, “sino una labor que impone el más puro patriotismo para reivindicar el honor de lo nuestro y sacudir el complejo de inferioridad que nos deprime e incapacita”.⁴⁷ Para comprender el dramatismo del reclamo de Esquivel Obregón hay que tener en mente el contexto en el que escribió su obra, contexto que se mantuvo varios años más ya que, como antes se dijo, es apenas en los últimos años que ha comenzado a revisarse la historia de México con objetividad y rigor académico.

A la vista de lo anterior, se pueden entender algunas de las dificultades que nuestro país ha tenido para encontrar el camino hacia la identidad nacional. También es posible apreciar que no ha resultado fácil asumir las culturas que contribuyeron a la formación de su cultura, Edmundo O’Gorman, lo explica de la siguiente manera:

[...] el actual pueblo mexicano, sea cual fuere su composición étnica y espiritual, está tan lejos de ser el de Moctezuma como el de don Antonio de Mendoza o cualquiera otro de los virreyes. Cierto, ambas antiguas entidades no le son ajenas, y todo el

⁴⁵ *Idem*, p. 89.

⁴⁶ *Idem*, p. 88.

⁴⁷ *Idem*, p. 91.

problema está en poder comprender cómo, pese a ello, le resultan extrañas en cuanto dotadas de un ser distinto.⁴⁸

O’Gorman piensa que esto no debe contemplarse desde un punto de vista fatalista, sino como un proceso que se desarrolló dentro de la libertad y la variedad de posibilidades en que las acciones humanas pueden realizarse. Para él, “México es lo que es, porque ha sido la realización de una entre otras posibilidades históricas, lograda gracias al esfuerzo y a las virtudes de unos hombres eminentes”.⁴⁹ A través de las citas anteriores lo que se busca es recordar, a quienes han olvidado sus lecciones de historia patria, la magnitud de la controversia en torno a las dos raíces de nuestra cultura: la indígena y la española.

1. Las visiones de conjunto hasta la Revolución mexicana

Con lo que se lleva dicho se puede apreciar fácilmente la perspectiva desde la que se ha contemplado al derecho indiano en México. La herencia española fue juzgada de manera adversa durante el proceso de formación del Estado nacional;⁵⁰ por otra parte, no hay que olvidar que desde los años cuarenta se rompieron prácticamente todos los lazos con España, y que es precisamente en esa década cuando comienza el desarrollo sostenido —porque obras aisladas hubo desde la primera década— del derecho indiano en España y en algunos países de la América Latina. El propio García-Gallo deja ver en sus tra-

⁴⁸ O’Gorman, Edmundo, *La supervivencia política novo-hispana. Reflexiones sobre el monarquismo mexicano*, México, Fundación Cultural de Condumex, 1969, p. 8.

⁴⁹ *Idem*, p. 8.

⁵⁰ La rechazan quienes se han nutrido en la cultura liberal decimonónica; poco antes de la Revolución mexicana esta posición se daba, sobre todo, en las clases populares que asociaron “lo español” con la clase dominante y la herencia colonial, *vid.* Illades, Carlos, *Presencia española en la Revolución mexicana (1910-1915)*, México, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM-Instituto de Investigaciones doctor José María Luis Mora, 1991, pp. 55-92, especialmente p. 58.

bajos la ausencia de los mexicanos en el panorama historiográfico sobre la materia.⁵¹

Por ello, en relación a México puede afirmarse que hasta hace poco más de veinte años no eran tantos los estudiosos del derecho que sabían con precisión qué era el derecho indiano. Después de la Revolución, las Indias no estaban en nuestro horizonte cultural tan presentes como los indios porque se produjo un fenómeno cultural que buscaba la reivindicación, el rescate de “lo indígena”⁵² para afirmar la nacionalidad y explicar las raíces culturales y las especificidades del país en relación a lo “extranjero”. En la etapa del nacionalismo revolucionario y los años siguientes, lo español no fue muy socorrido como objeto de conocimiento.⁵³

Varios de los estudiosos interesados en analizar la otra raíz de nuestra cultura jurídica ni siquiera vivían en México ya que habían emigrado a consecuencia de la Revolución. Este panorama se mantuvo casi dos décadas y alrededor de los años cuarenta, alguno que otro solitario, como Silvio Zavala o Toribio Esquivel Obregón, empezaron a preocuparse por el pasado jurídico colonial, aunque sólo el último escribiera una obra de conjunto como las que se han referido en relación a los otros países. Al mismo tiempo, la emigración de los transterrados españoles, después de la guerra civil, comenzó a modificar el panorama; el escenario de la historia jurídica colonial se enriqueció con la presencia y el magisterio de José Miranda y Javier Malagón, especialmente con la del primero. Rafael Altamira, quien ya se había ocupado del derecho indiano mientras vivió en España, si bien murió entre nosotros, cuando llegó a México ya no tenía edad para fundar una escuela.

51 García-Gallo, Alfonso, “Panorama actual de los estudios de historia del derecho indiano” y “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano”, *Estudios de historia...*, pp. 37-62 y 63-119, respectivamente.

52 Las instituciones indigenistas que se crearon en la fase *post* revolucionaria, la literatura y la pintura son los ejemplos más representativos de este fenómeno.

53 Las siguientes propuestas forman parte del “prólogo” que preparé para la obra de Vera Estañol, Jorge, *La evolución jurídica*, México, UNAM-IIJ, 1994, pp. VII-XXIV.

Fueron necesarias casi dos décadas más para que lo que se refería al pasado jurídico colonial comenzara a ser objeto de indagación, más o menos, sistemática y objetiva. Puede ser que a la presencia de los exiliados se deba el que comenzara a verse con otros ojos a la Madre Patria; quizá fue simplemente el recambio generacional; pero el hecho cierto es que aunque no se pueda decir que hubo un florecimiento, sí por lo menos comenzó a manifestarse un mayor interés por el tema hacia la sexta década de nuestro siglo, cuando en otros países hispano americanos el derecho indiano ya se cultivaba ampliamente.⁵⁴

En un estudio reciente, Jaime del Arenal Fenochio⁵⁵ elabora un conciso pero esclarecedor panorama historiográfico sobre la historia del derecho mexicano, en el que presenta el elenco de los trabajos realizados hasta la sexta década del siglo XX. Ahí señala —entre otras cuestiones— el lugar que ocupó el derecho de la antigua España en los diversos textos que se publicaron durante el siglo XIX y principios del XX.⁵⁶ Este autor demuestra que las visiones de síntesis del nuevo orden jurídico empezaron a elaborarse en la fase final de la época porfirista y que en ellas se destaca —sobre todo— la obra de la Reforma⁵⁷ porque hizo posible la sustitución del orden ju-

⁵⁴ Un panorama reciente de la investigación y la docencia puede verse en el trabajo de Bernal, Beatriz; "El derecho indiano en México: investigación y docencia", *Memorias del Simposio de Historiografía Mexicanista*, México, Comité Mexicano de Ciencias Históricas, Gobierno del Estado de Morelos, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, 1990, pp. 447-453, especialmente a partir de p. 450.

⁵⁵ "Derecho de juristas: un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 15, 1991, pp. 145-166.

⁵⁶ Del Arenal llama "protohistorias del derecho mexicano" a las que están contenidas en las obras doctrinarias españolas que se mexicanizaron a lo largo del siglo XIX para exponer el sistema jurídico, sobre todo en sus ramas civil y procesal, las cuales se reducen, como el Sala o el Febrero, en su versión mexicana, a tratar asuntos relativos a fuentes formales; las llama legalistas porque sólo se reflejan en ellas códigos y constituciones, a más de la legislación española de la época colonial, *vid.* Del Arenal Fenochio, *op. cit.*, pp. 154-165.

⁵⁷ Del Arenal Fenochio, *op. cit.*, p. 159-60 y 165; antes, se escribieron varias obras, pero en ellas no se analiza el sistema jurídico mexicano: Montiel y Duarte, Isidro, *Estudios históricos sobre la antigua legislación española*, 1864; Ortiz

rídico colonial.⁵⁸ Para analizar el lugar que se le concede en la historia del derecho patrio a la del español o a la del indiano en las visiones de síntesis de la época porfirista sobre el nuevo orden jurídico,⁵⁹ quisiera detenerme en la de Jorge Vera Estañol. Esta obra es de particular interés porque, a pesar de que su autor no comparte el ideario revolucionario ya que fue antagonista de los principales caudillos, el enfoque que da al pasado colonial es el que domina durante las primeras décadas posteriores a la lucha armada. Sin embargo, la visión que del pasado indígena tenía el autor sufrió importantes modificaciones después de la Revolución.

El trabajo de Vera Estañol se refiere a "los rasgos salientes de la evolución operada en México a través del siglo XIX, en orden a las instituciones jurídicas";⁶⁰ no se ocupa, pues, de otros temas de historia de las instituciones,⁶¹ y apenas hace alusión a las características de las etapas históricas por las que había atravesado el país.⁶² Para este autor el pasado re-

de Montellano, Bernardo, *Génesis del derecho mexicano. Historia de la legislación de España en sus colonias americanas y especialmente en México*, 1874; Sánchez Gavito, Indalecio, *Historia de la legislación española*, 1897; Castellanos Ruiz, Gregorio, *Compendio histórico sobre las fuentes del derecho que comprende la codificación romana, canónica, germánica, goda, francesa, española y mexicana, con un tratado especial sobre la legislación mercantil y una monografía sobre la abogacía entre los romanos*, 1889.

58 La sustitución se completa en las primeras décadas del presente siglo, al elaborarse, después de muchos tropiezos los códigos federales de procedimientos civiles y penales; *vid.*, González, María del Refugio, *El derecho civil en México, 1821-1871 (Apuntes para su estudio)*, México, UNAM-IIJ, 1988, pp. 56-114, especialmente las páginas en que se describe la culminación del proceso y la consolidación del modelo liberal, pp. 108-114.

59 Las primeras obras son: Pallares, Jacinto, *Curso completo de derecho mexicano. Exposición filosófica, histórica y doctrinal*, 1901 y Vera Estañol, Jorge, "La evolución jurídica", *Méjico: su evolución social*, 2 tomos en tres volúmenes, México, J. Ballesca y Cía., 1900-1902; es la novena parte de la obra (pp. 725-773); con ella se cierra el primer volumen; reedición con prólogo de María del Refugio González, *vid, supra*, nota 10.

60 Vera Estañol, "La evolución jurídica", p. 728.

61 Otros autores desarrollaron temas no contemplados en el de Vera Estañol, como el municipio, los establecimientos penales y la asistencia pública; también se explicaron las instituciones políticas y la hacienda pública.

62 La parte segunda del primer volumen —más de 250 páginas— se con-

moto de la evolución jurídica se hallaba en la Constitución de Cádiz o en algunos de los decretos que la precedieron, aunque se refiere, siempre que viene a colación, a las virtudes de la “constitución insurgente” de Apatzingán. Al igual que otros autores, Vera Estañol ya no encuentra secuencia entre el derecho español y el mexicano, y no considera que el desarrollo del primero sea parte de “la evolución jurídica propia de la nación mexicana.”⁶³ Sin embargo, para explicar qué había y cómo y por qué fue sustituido, refiere el perfil que las instituciones, o los principios en que éstas se basaban, tenían en la época colonial. No ignora las leyes y las instituciones de dicha época, las que cita en numerosas ocasiones llegando incluso a establecer líneas de continuidad entre el reformismo borbónico y el liberalismo, ya que lo que rechaza enfáticamente son las bases en que se sustentaba el sistema jurídico.

Sin embargo, incluir no significa aceptar, así que para Vera Estañol prácticamente todo lo que sucedió antes del arribo del liberalismo era digno de censura. Sus juicios sobre el pasado colonial son ásperos; dejan ver, por un lado, su repudio a los principios que lo inspiraron, y por el otro, el anticlericalismo típico de la segunda mitad del siglo XIX. Por ello celebra la modificación, que entiende definitiva, de las bases del sistema colonial. La superación de ese pasado se hallaba —a su juicio— en el abandono del fanatismo religioso y de los principios teocráticos que lo habían inspirado. La historia del derecho español le parece ajena y la colonial, lejana. No busca encontrar vínculos entre la Nueva España y lo que estaba sucediendo en la historia reciente. Las anteriores eran —según parece— etapas superadas, de las que —se queja en alguna parte— todavía quedaba, “a pesar de todas las teorías” un Estado omnipotente.⁶⁴ Tampoco hay en su obra juicios elogiosos para la población conquistada, cuyo estado de civilización

sagra a la historia, tanto a las civilizaciones aborígenes y la conquista, como a la historia nacional hasta la restauración de la República.

63 Vera Estañol, “La evolución...”, p. 727.

64 *Idem*, p. 765.

juzga “inferior al de la raza conquistadora”, lo que se aunó a la inferioridad en que fue colocada en su calidad de “pueblo vencido.”

Las corrientes de pensamiento que buscan la reivindicación de lo indígena se amalgaman hacia la sexta década del siglo con las que ya venían reivindicando lo colonial desde los años cuarenta, y de esta manera ha podido lograrse la síntesis que en las últimas décadas se percibe en el estudio de la historia de las instituciones y del derecho mexicanos.

2. *La historiografía reciente*

Después de la lucha armada y a medida que fueron tomando su cauce las instituciones que surgieron de la Constitución de 1917, el interés de los estudiosos del derecho se centra en el derecho constitucional y se crea, entre otras, la cátedra de derecho agrario. Aunque ya en 1912 existía en la Escuela Libre de Derecho una cátedra de historia del derecho, que desde 1935 fue impartida por el eminente jurista Toribio Esquivel Obregón,⁶⁵ la historia del derecho, especialmente el de la Nueva España tardó en abrirse paso entre los historiadores y juristas mexicanos. A este autor se debe el único texto que sobre la historia del derecho circuló por mucho tiempo en el otrora virreinato de la Nueva España,⁶⁶ el cual fue utilizado para la enseñanza de esta disciplina por muchos años.⁶⁷

⁶⁵ Floris Margadant, Guillermo, “México: 75 años de investigación histórico-jurídica”, *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*, México, México, UNAM-III, 1979, vol. II, pp. 65.

⁶⁶ *Apuntes para la historia del derecho en México*, vols. I y II, México, Editorial Polis, 1937-38; vol. II, México, Publicidad y Ediciones; vol. IV, México, Imprenta Aldina, 1947; el quinto volumen no llegó a publicarse en esa época.

⁶⁷ Sólo las universidades privadas, sobre todo las de filiación conservadora, impartieron entre sus cursos el de historia del derecho; la investigación comenzó a institucionalizarse con la llegada de los exiliados españoles, de filiación más “liberal”, quienes fueron acogidos en la UNAM, *vid.* Bernal, Beatriz, “El derecho indiano en México...”, p. 449-450.

En relación con el texto de Esquivel Obregón hay que hacer hincapié en que lo tituló *en México y no mexicano*, lo que según parece significa una toma de posición en relación a cuándo comienza la historia del derecho propio del país: ¿desde que se asentaron los pueblos aborígenes? o ¿desde que se hizo independiente y se llamó México? Esto dio lugar a un debate, que no ha sido estudiado, sobre la forma de asimilar las distintas culturas, recepciones e influencias en el territorio de lo que hoy son los Estados Unidos Mexicanos. Las corrientes más conservadoras han optado por la denominación *en México y sus antagónicas, mexicano*.

En fechas recientes esta polémica parece que se ha desvanecido, ya que los textos que se han publicado en las tres últimas décadas, que no son muchos, denominan a la historia del derecho local: historia del derecho *mexicano*, sin entrar en muchas explicaciones. En esta corriente se encuentran Guillermo Floris Margadant,⁶⁸ María del Refugio González⁶⁹ y José Luis Soberanes.⁷⁰ Hay que señalar, sin embargo, que tanto Esquivel Obregón como estos tres autores incluyen en sus textos los antecedentes hispánicos, el mundo indígena y el derecho nacional, aunque traten a los tres conjuntos de diversa manera.

Para Toribio Esquivel Obregón la historia del derecho *en México* debía abordarse desde dos diferentes puntos de vista, que constituyan —a su juicio— los antecedentes de la evolución que comenzó a surgir en la Nueva España: “la historia del derecho español desde sus más remotos orígenes hasta 1521 y la historia jurídica de los pueblos indios que formaron la Nueva España.”⁷¹ Este autor considera que:

⁶⁸ *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, UNAM, 1971.

⁶⁹ “Historia del Derecho mexicano”, *Introducción al derecho Mexicano*, México, UNAM-IIJ, 1981, pp. 9-106.

⁷⁰ *Una aproximación a la historia del sistema jurídico mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

⁷¹ Cito de la segunda edición en dos volúmenes, México, Porrúa, 1984, vol. I. p. 3.

el desarrollo del derecho en México después de Cortés cubre dos épocas muy bien caracterizadas: la colonial, de influencia marcadamente española en la legislación, aunque respetando las costumbres nativas no incompatibles con la esencia de los propósitos colonizadores; y la de México independiente, de influencia principalmente francesa y sajona.⁷²

Concibe la historia colonial dividida en cuatro períodos: el primero lo llama antillano, el cual corresponde a la época en que el derecho español sufre la primera influencia del medio indígena en organización; el segundo lo ubica entre Hernán Cortés y el final del gobierno del virrey Antonio de Mendoza; el tercero desde esta última fecha hasta el advenimiento al trono de Carlos III, cuando comienzan a hacerse patentes las ideas políticas francesas, y el cuarto, desde el inicio del reinado de este rey hasta la Independencia, ya que ésta implica la desarticulación del régimen colonial.⁷³

Para Esquivel Obregón el estudio de las corrientes española e indígena, haría posible ver la forma en que quedaron "frente a frente las dos razas de conquistadores y conquistados en nuestro suelo" y reconocer:

[...] el secreto de las soluciones que halló España a problemas que hoy mismo la piden con apremio, y que por haberse perdido la tradición de nuestro derecho bajo un manto espeso de prejuicios y pasiones, no damos con una solución que ya se había encontrado y que hizo a los pueblos vivir en paz durante tres siglos.⁷⁴

Su obra es, pues, claramente reivindicadora del pasado colonial que había sido satanizado y despreciado a medida que crecían las influencias francesa, primero, y sajona después, en el país. Llama la atención, por su completa falta de objetividad, el significado que otorga al indigenismo, todavía en boga

72 *Idem*, p. 7.

73 *Idem*, p. 7.

74 *Idem*, p. 4.

38 DERECHOS INDIANO Y PROVINCIAL NOVOHISPANO

cuando se escribe su obra. Esta corriente representaba, a su juicio, la alianza del indio con la cultura sajona para destruir al español, por un lado, y la influencia ruso-judaica que buscaba en el “amorfismo nacional del indio” el medio “para destruir la nacionalidad mexicana en aras del internacionalismo comunista”,⁷⁵ por el otro.

En este orden de ideas no sorprende que en sus *Apuntes* se remonte, de una parte, a la época visigótica para explicar la historia del derecho español,⁷⁶ y de la otra, a los aztecas,⁷⁷ para exponer la cultura indígena. Dado que para este autor el derecho es un fenómeno de cultura y no de textos legales, el hecho de que los aztecas carecieran de escritura no representa un obstáculo para incluir su forma de concebir el orden jurídico.⁷⁸

Aunque la obra de Esquivel Obregón se edita cuando ya habían sido publicados varios trabajos sobre el derecho de las Indias,⁷⁹ es posible que no estuviera familiarizado con el significado que ya para entonces tenía la expresión “derecho indiano”, utilizada por Levene desde 1924,⁸⁰ porque en alguna ocasión la utiliza para referirse —por lo que parece— al de-

⁷⁵ *Idem*, p. 7.

⁷⁶ *Idem*, libro I. Reseña histórica del derecho español. I. Los celtíberos; II. Época visigótica; III. Instituciones Visigóticas; IV. Instituciones hispanorromanas; V. Derecho tradicional; VI. Derecho privado; VII. Fuentes del derecho de la reconquista, pp. 11-133.

⁷⁷ *Idem*, Libro II. El derecho de los aztecas. I. Fuentes y II. Contenido, pp. 135-190.

⁷⁸ *Idem*, p. 135; cuando Esquivel Obregón escribió su obra sólo habían sido objeto de estudio los llamados entonces aztecas, hoy, se les denomina mexicas, y en todo caso, sólo se toman como prototipo de la cultura mesoamericana.

⁷⁹ La obra de Altamira sobre las instituciones americanas es anterior a la obra de Esquivel Obregón, y la *Técnica de la investigación en la historia del derecho indiano* es casi contemporánea a la del autor mexicano, ya que fue publicada en México por Porrúa en 1939.

⁸⁰ Levene, Ricardo, *Introducción a la historia del derecho indiano*, Buenos Aires, 1924; desde principios de siglo en Argentina J. A. García ya había escrito sobre *La ciudad india*, Buenos Aires, 1900; para el desarrollo historiográfico de esa etapa, *vid.* García-Gallo, “La historiografía jurídica...”, p. 30. Probablemente fue Solórzano Pereira en su *Política india* (1647) el que generalizó el uso del adjetivo indiano.

recho de los indígenas.⁸¹ Por otra parte, al que en España y en algunas partes de América se le denomina indiano, lo llama "El derecho español en América",⁸² reduciéndolo al periodo antillano y dedicándole un menor número de páginas que al de los aztecas.⁸³ Después de ese periodo, lo que se describe se encuentra bajo el común denominador de "La deformación de los derechos";⁸⁴ ahí se explican las instituciones y el derecho creados en y por España⁸⁵ para la Nueva España, hasta el final de la época colonial.⁸⁶ En el resto de los libros dedicados a esta época analiza ya no el aspecto institucional sino el derecho privado,⁸⁷ en el que incluye diversos temas que se fundamentan en la doctrina y la legislación españolas, la conciliar, los Autos acordados de Eusebio Ventura Beleña y sendas partes de los cuerpos del derecho civil y el canónico. Todavía en el volumen segundo se encuentran algunos temas relacionados con el final del periodo colonial,⁸⁸ antes de que se aboque de lleno al nacional.⁸⁹ Esto es, de 1578 páginas en dos volúmenes, 883 están dedicadas a España y a la Nueva España.

Guillermo Floris Margadant no hace ninguna consideración ni justificación metodológica sobre el enfoque que ha de dar

81 Esquivel Obregón, *op. cit.*, p. 259.

82 *Idem*, libro III [justos títulos], p. 191-226.

83 *Idem*, libro II, pp. 135-190.

84 *Idem*, libro IV, I. Método para juzgar la vida colonial, pp. 227-260.

85 *Idem*, libro V, Autoridades coloniales en España. I. El rey; II. La Casa de Contratación de Sevilla; III. El Consejo de Indias, pp. 261-324.

86 *Idem*, libro VI, Instituciones de Nueva España, I. El municipio; II. La Audiencia; III. El virrey; IV. La Iglesia, pp. 325-558.

87 *Idem*, libro VII, pp. 563-868 (I. parte general; II. Derecho de las personas; III. De los bienes; IV. Sucesiones; V. Obligaciones; VI. Comercio; VII. El procedimiento judicial.)

88 Libro VIII. El derecho de transición. I. Causas internas de la ruina del imperio español; II. Causas externas de la ruina del imperio español; III. El constitucionalismo (la Constitución de Cádiz en España y la Nueva España y la independencia), pp. 1-81.

89 Desde el apartado en el libro VIII en el que describe el derecho de transición hasta el final del libro IX en el que se avoca a la relación del derecho interno, pp. 81-719.

40 DERECHOS INDIANO Y PROVINCIAL NOVOHISPANO

a su libro⁹⁰ y entra de lleno a los temas de la historia del *derecho mexicano*. El texto se inicia con el derecho precortesiano,⁹¹ en el que incluye ya no sólo a los llamados aztecas, sino también algo de los mayas, olmecas y chichimecas.⁹² Margadant, a diferencia de Esquivel Obregón, no se ocupa de toda la historia del derecho español porque “no tiene objeto extendernos sobre instituciones hispánicas medievales cuyo impacto no haya sido notado aquí”,⁹³ sino que simplemente hace algunas observaciones generales sobre el tema.⁹⁴ De los diez capítulos del libro, uno, amplio, está dedicado al derecho en la fase virreinal y⁹⁵ otro, más corto, a la transición hacia la independencia.⁹⁶ En conjunto, pues, al derecho del virreinato le dedica 100 de 249 páginas.

En relación con la época colonial, Margadant se refiere en repetidas ocasiones al derecho “indiano”, lo que establece una diferencia, que hay que hacer notar, con otros estudiosos del derecho que han denominado al periodo y en consecuencia a su derecho, colonial. Sin embargo, en su texto no es muy reiterativo en el uso del vocablo indiano ya que lo reduce a

⁹⁰ Introducción a la historia..., cit.

⁹¹ *Idem*, cap. I. pp. 9-30.

⁹² A. Fondo histórico general; B. El derecho de olmecas, mayas, chichimecas y aztecas.

⁹³ *Idem*, p. 31.

⁹⁴ *Idem*, II. El derecho hispánico. A. Observaciones generales; B. El derecho español hasta el siglo XII; C. El derecho español desde el siglo XII hasta el comienzo del siglo XIX, pp. 31-41

⁹⁵ *Idem*, III. El derecho en la fase virreinal. A. Panorama general de la época virreinal; B. El derecho indiano; C. Aspectos jurídicos del preludio caribe; el establecimiento del contacto entre los dos mundos; D. Las autoridades indias; E. La organización de la justicia; F. La organización territorial de la Nueva España; G. La inmigración occidental a las Indias; H. La esclavitud; I. La encomienda; J. Los repartimientos; K. El establecimiento de nuevos centros de población; L. La organización de la propiedad española en y respecto de la Nueva España; N. La política sanitaria en la Nueva España; O. La educación en la Nueva España; P. La organización militar de la Nueva España; Q. El ingreso nacional a fines de la fase virreinal; S. El real patronato; T. El clero regular en la Nueva España; U. El clero secular en la Nueva España; V. La inquisición; W. El poder económico de la Iglesia; X. El derecho penal de la Nueva España; Y. El derecho privado indiano; Z. La estratificación social novohispana, pp. 43-131.

⁹⁶ IV. La transición hacia la independencia, pp. 133-142.

las partes en que describe, en efecto, situaciones que son compartidas por todas las Indias. Al adentrarse en la descripción de la fase virreinal ya denomina a lo que explica, novohispano.⁹⁷

De manera un tanto diferente proceden González y Soberanes en sus pequeños textos sobre la historia del derecho y el sistema jurídico mexicanos.⁹⁸ Ambos optan, al igual que Margadant y a diferencia de Esquivel Obregón, por la denominación *mexicano* y no *en México* para referir el pasado jurídico. Ambos también siguen la línea ya trazada por Esquivel Obregón y seguida por Margadant de incluir información sobre las dos raíces, la española y la indígena; pero a diferencia de lo que hace el primero, y en la misma línea que trazó el segundo, no se abocan a revisar toda la historia del derecho español sino solamente lo que parece más significativo para entender lo que sucedió a partir del encuentro de los dos mundos. El panorama trazado por González y por Soberanes es semejante en lo general aunque tiene algunas diferencias en lo particular.

María del Refugio González sí hace algunas consideraciones metodológicas sobre la orientación de su trabajo. Al respecto afirma que pretende explicar los hitos más importantes de la evolución del derecho mexicano hasta la promulgación de la Constitución de 1917, ya que su estudio sirve de marco para la explicación del derecho mexicano contemporáneo en sus diversas ramas.⁹⁹ Para esta autora el *derecho mexicano* surge cuando aparece en el horizonte histórico la entidad denominada “Méjico”, en 1821, pero como en los siglos anteriores se encuentra el origen de las características de ese derecho, considera que es imprescindible estudiarlos. Siguiendo a O’Gorman afirma que “la entidad llamada México es el resultado

⁹⁷ De la simple revisión del índice se puede observar cómo la descripción de las cuestiones generales es englobada dentro de “lo indiano” (B, D, G, Y), en cambio en los demás temas la descripción se limita a la Nueva España.

⁹⁸ González, “Historia del derecho mexicano”, *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM-IIJ, 1981, pp. 9-106; Soberanes, *Una aproximación a la historia del sistema jurídico mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica 1992.

⁹⁹ González, *op. cit.*, p. 11.

de un proceso histórico que se inicia en el momento en que se enfrentan la cultura indígena y la española, al tiempo de la conquista y colonización de lo que hoy es el territorio de la República Mexicana. La intención de la autora no es meramente descriptiva sino que intenta ser explicativa de las peculiaridades del sistema jurídico mexicano. Por ello hace hincapié en aspectos de la realidad social sobre la que fueron operando los distintos órdenes jurídicos que se sucedieron durante el proceso de formación del derecho mexicano y selecciona las instituciones a que ha de dedicar su atención.¹⁰⁰

González —en la misma línea que Margadant— afirma que con el fin de ofrecer una visión general de la evolución del derecho mexicano no es preciso, para entender lo que ahí sucedió, remontarse a las épocas más antiguas de la península ibérica ni a las de los pueblos autóctonos, lo que se justificaría, eventualmente, en el caso de trabajos monográficos específicos.¹⁰¹ Por ello sólo ofrece una visión general sobre el derecho de los pueblos aborígenes, y el de los conquistadores, o sea el castellano.¹⁰²

Esta autora no utiliza la expresión derecho indiano para referirse al derecho de los tres siglos de pertenencia de la Nueva España al sistema jurídico del imperio español, ya que su interés es la especificación del fenómeno novohispano.¹⁰³ Por otra parte, el periodo de tránsito hacia la independencia queda incluido en la parte correspondiente al derecho mexicano;¹⁰⁴ hay una última referencia al derecho colonial en el

¹⁰⁰ *Idem*, p. 10.

¹⁰¹ *Idem*, p. 11.

¹⁰² *Idem*, II. El punto de partida: 1. El sustrato indígena: a) Mesoamérica, b) Aridadamérica; 2. La irrupción española: a) La península ibérica a finales del siglo XV, b) El derecho castellano, c) Conquistadores y nuevos pobladores; III. La implantación del derecho castellano: 1. Los justos títulos y la incorporación de las Indias a Castilla; 2. El derecho de conquista; 3. El choque de ordenamientos; 4. El nuevo orden institucional, pp. 14-33.

¹⁰³ IV. El derecho novohispano: 1. La Nueva España; 2. El gobierno temporal y el gobierno espiritual; 3. el orden jurídico; 4. Los vasallos, pp. 33-44.

¹⁰⁴ V. El derecho mexicano: 1. Surgimiento; 2. El derecho a la independencia, pp. 44-48.

desarrollo del periodo que va de 1821 a 1867, que es justamente el de la supervivencia de este derecho en el México independiente, antes de la sustitución de los cuerpos jurídicos que se aplicaron en la Nueva España.¹⁰⁵

El texto de aparición más reciente es el de José Luis Soberanes antes citado. Al igual que Margadant y González, este autor ya no refiere el desarrollo histórico de todo el derecho español para explicar la raíz española del *derecho mexicano*. Sin embargo, en la relación de la historiografía sobre la materia, entronca las obras doctrinarias nacionales con los manuales de derecho patrio elaborados en la península en el siglo XVIII.¹⁰⁶ Dado que este autor es el único de los que se llevan citados que ofrece un panorama historiográfico —ya que González incluye un capítulo de orientación bibliográfica y Margadant no aporta datos sobre este tema— es el único también en proporcionar información sobre la obra que considera matriz de las que sobre el derecho mexicano se han escrito a desde la última década del siglo XIX, la de Gregorio Castellanos.¹⁰⁷

Para Soberanes la historia del derecho mexicano debe explicarse teniendo como punto de partida el mundo indígena anterior a la conquista,¹⁰⁸ pasa inmediatamente al derecho colonial o de recepción del *ius commune*,¹⁰⁹ en el que han de considerarse tres partes: 1) La cuestión jurídica y filosófica que se suscitó por la penetración española en América, o problema del encuentro de dos mundos, 2) el sistema jurídico que los dominadores europeos trajeron consigo para aplicar en las nuevas tierras, o sea, la herencia jurídica castellana, y 3) el régimen legal que las autoridades españolas crearon para aplicar en sus posesiones de ultramar —las Indias— que lla-

¹⁰⁵ VI. Planteamiento de las posibilidades (1821-1867) 6. La supervivencia del derecho colonial, pp. 75-76.

¹⁰⁶ Soberanes, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

¹⁰⁷ Castellanos Ruiz, Gregorio, *Compendio histórico sobre las Fuentes del derecho...*, 1889.

¹⁰⁸ Soberanes, *op. cit.*, I. El mundo indígena: Planteamiento, El *calpulli*, Organización política; Organización social.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 27.

maremos el derecho indiano.¹¹⁰ Lo colonial que contribuye a la independencia es analizado por separado, aunque ya no lo incluye —por la forma en que sistematizó— en el derecho mexicano.¹¹¹

Hasta aquí los textos que se han escrito sobre la historia del derecho *en México* o *mexicano*. Después de habernos detenido en explicar la carga ideológica que contenía el de Esquivel Obregón, vale la pena señalar la ausencia de calificativos y de juicios de valor en los de Margadant, González y Sobranes. El análisis más superficial muestra las diferencias de enfoque que tienen estas tres visiones de conjunto en relación con las de otros países hispanoamericanos, salvo el Perú. Por ello, antes se dijo que la perspectiva desde la que se emprende el estudio de esta materia tiene que ver con la forma en que cada uno de los países se vincula a la historia de España, y también, como ya también se dijo, con la presencia en cada uno de estos países de sociedades aborígenes más o menos desarrolladas que se integraron, bien que con peculiaridades, al proceso iniciado a partir de la conquista. Otra observación que puede hacerse, ésta sobre todos los autores citados, es el poco arraigo de la expresión “derecho indiano”, la que se reduce a calificar con ella a los temas que se refieren a las Indias, en general. Al hacer la descripción del fenómeno local todos estos autores refieren el caso particular de la Nueva España, luego el derecho se califica como novohispano y no indiano. Ya se señaló el uso peculiar que Esquivel Obregón hace de la expresión “derecho indiano”.

De cualquier modo, novohispano, indiano o colonial, el derecho que las autoridades españolas o las criollas dictaron para el que fuera desde 1535 Virreinato de la Nueva España, es parte sustancial del pasado jurídico de los hoy Estados

¹¹⁰ *Idem*, p. 27 y II. Antecedentes castellanos: Justificación; Marco histórico y geográfico; Fuentes del derecho castellano bajomedieval; III. El encuentro de dos mundos: La penetración española en América y su justificación; Marco jurídico de los descubrimientos y conquistas; IV. El derecho colonial: Planteamiento de la cuestión; La legislación india; La labor de recopilación para Indias.

¹¹¹ *Idem*, V. El derecho y la independencia: Cádiz y su impacto en México.

ÉPOCA COLONIAL EN MÉXICO

45

Unidos Mexicanos y una parte que temporalmente abarca un periodo mayor que lo que en conjunto abarca dentro de la historia de España. Por ello, y porque como se dijo, la Nueva España sigue presente en el derecho y las instituciones mexicanas,¹¹² no sólo no puede pasarse por alto sino que debe atenderse con el mayor cuidado, y sobre todo, con objetividad académica. Por fortuna, en las últimas décadas es lo que ha venido sucediendo.