

## PRIMERA PARTE

### APUNTES PARA EL ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN MÉXICO HASTA LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

I.	Introducción . . . . .	11
II.	El orden jurídico en el seno de la sociedad colonial . . .	14
III.	Pervivencia de las características de la sociedad colonial en el México independiente . . . . .	20
IV.	El nuevo orden jurídico . . . . .	28
1.	La sustitución del antiguo derecho . . . . .	28
2.	El orden de prelación . . . . .	31
3.	Los códigos españoles . . . . .	36
4.	El derecho colonial en la práctica del México independiente	41
V.	Sujetos de derecho en el siglo XIX . . . . .	47
VI.	Clasificación del derecho de acuerdo con los autores de la época . . . . .	52

## PRIMERA PARTE \*

\* En su mayoría, el material que se presenta formaba parte de la tesis que para optar al título de licenciado en derecho, elaboré entre 1971 y 1973: *Consideraciones en torno a la aplicación del derecho civil en México, de la Independencia al II Imperio*. Para publicarlo modifiqué el orden de los apartados y omití todo lo relativo a la codificación —que ahora constituye la segunda parte de estos estudios— y a otros temas que no debían ser incluidos aquí. La redacción, en buena medida, es de nueva planta.

## APUNTES PARA EL ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN MÉXICO HASTA LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El orden jurídico en el seno de la sociedad colonial*. III. *Pervivencia de las características de la sociedad colonial en el México independiente*. IV. *El nuevo orden jurídico*. I. *La sustitución del antiguo derecho*. 2. *El orden de prelación*. 3. *Los códigos españoles*. 4. *El derecho colonial en la práctica del México independiente*. V. *Sujetos de derecho en el siglo XIX*. VI. *Clasificación del derecho de acuerdo con los autores de la época*.

### I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas están dedicadas al planteamiento de algunas cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho civil durante los primeros cincuenta años de la vida de la nación mexicana, que no suelen ser tomadas en cuenta por los estudiosos, y que guardan estrecha relación con otras ramas del derecho. En primer lugar, debe destacarse la importancia que tiene la comprensión del fenómeno —natural por lo demás— de la supervivencia del derecho colonial durante los años que siguieron a la declaración formal de independencia. Estos años se caracterizaron por su inestabilidad política, pero ésta no impidió la celebración de multitud de negocios jurídicos que por fuerza hubieron de realizarse sobre la base de la legislación colonial, a cuyo *corpus* se agregaban las disposiciones que iban dictando los sucesivos gobiernos nacionales.

Por otra parte, al acercarse a esa época, conviene tener en cuenta las restricciones que sufrió el principio de igualdad ante la ley. Ésto, aunado al hecho de que, a pesar de haber desaparecido las restricciones legales y las modalidades que se imponían para la celebración de determinados negocios jurídicos a los diversos estratos de la población, en la práctica los miembros de estos estratos no conocían sus derechos y si los conocían, no sabían cómo hacerlos efectivos.

Finalmente, parece adecuado agregar que, para el estudio del derecho civil del siglo XIX, existen multitud de testimonios. Las colecciones de leyes se conservan en los principales repositorios bibliográficos del país; las obras doctrinarias están a la disposición de cualquier estudiante de licenciatura en las bibliotecas de las facultades de derecho. Las sentencias judiciales, a pesar de que son de más difícil acceso, se encuentran en los archivos judiciales. El Archivo de Notarías cuenta con un índice de los notarios públicos que ejercieron sus funciones a lo largo del siglo, a más de que en su recinto se conservan, en muy buen estado, los instrumentos notariales. No falta, pues, más que el deseo de ir realizando la investigación en las áreas que se encuentran menos exploradas.

Este pequeño estudio pretende facilitar dicha labor en el campo del derecho civil. Presenta una primera aproximación al tema de la supervivencia del derecho colonial. Asimismo, proporciona al estudioso un panorama de los libros de doctrina jurídica de la época y de los órdenes de prelación para la aplicación del derecho que se contienen en estas obras. También recoge, de estas mismas fuentes, la noción de persona y las limitaciones que existían para el disfrute de la plena capacidad de goce y de ejercicio. Finalmente, consigna las diversas clasificaciones del derecho que realizaron los autores de aquel tiempo.

Hasta aquí los problemas a tomar en cuenta. Por lo demás, para la comprensión de los factores que influyeron en el comportamiento de los órganos aplicadores del derecho, me ha parecido interesante presentar una visión esquemática de la composición de la sociedad colonial y la forma en que dicha composición se mantuvo en las primeras décadas de vida independiente. Factores importantes a considerar por quien pretenda analizar la forma en que fueron aplicadas las leyes en la solución de problemas concretos, pues siguiendo a Alf Ross, se puede afirmar que:

... la administración de justicia, aún cuando su camino resulta preparado por procesos cognoscitivos, es por su naturaleza propia, sin lugar a dudas, una decisión, un acto de voluntad.<sup>1</sup>

Si esto es tomado en cuenta, el estudio de la aplicación del derecho —en este caso civil— se realizará con mayor rigor y los frutos que se obtengan serán más esclarecedores.

Antes de entrar en materia, conviene recordar la forma en que el orden jurídico novohispano se fue constituyendo. A raíz de la independencia se carecía de códigos nacionales, lo cual obligó a acudir,

<sup>1</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 132.



para resolver los problemas que se planteaban en la administración de justicia, por un lado, al *corpus* de derecho colonial y, en materia doctrinaria, a las obras de autores españoles y, alguna vez, americanos. Estas últimas tuvieron como característica común la ausencia de sanción legal y por tanto su carácter fue estrictamente doctrinario; sin embargo, constituyen una valiosa guía para adentrarse en el intrincado campo del derecho colonial y posteriormente nacional.

No debemos perder de vista que la legislación novohispana puede encuadrarse dentro de lo que Basadre llama *concesión*, al referirse a los modos de influencia de un derecho sobre otro. Este autor señala que en la "concesión" se impone desde arriba, sobre el sistema jurídico existente, un nuevo derecho, fundamentalmente en los órdenes administrativo y penal, interfiriendo en el civil sólo cuando afecta los intereses de la metrópoli. Al producirse la independencia política, generalmente aquélla lega un derecho técnicamente superior al que existía en el territorio antes de la dominación política, al cabo de la cual dicho territorio queda unificado jurídicamente. En la mayoría de los casos, el derecho de la metrópoli sigue influyendo aún después de terminado el ligamen político que lo generó.<sup>2</sup> En el México independiente se presenta con claridad este hecho. En varias materias las leyes españolas siguieron teniendo vigencia (en lo que no se contrapusieran con lo establecido por los congresos mexicanos) y se conservaron hasta que paulatinamente se fueron sustituyendo por leyes y códigos nacionales.

Otra característica del derecho colonial sobre la que debe llamarse la atención, es su casuismo. Una buena parte de este derecho fue dictado con carácter particular, es decir, con el objeto de solucionar problemas concretos. Sin embargo, en algunos casos pueden encontrarse disposiciones de carácter general. El casuismo del derecho novohispano dificulta su estudio. Si bien una parte del derecho europeo entre los siglos xvi y xviii es en mayor o menor grado casuístico, en Indias se presenta el hecho más acusado. En España se contaba ya en esa época con varias recopilaciones, como las *Partidas* y la *Nueva Recopilación castellana* de 1567, en tanto que la primera recopilación indiana es de finales del siglo xvii.

En cuanto al derecho privado, el indiano, en general, y el novohispano, en particular, siguieron las directrices del castellano. En virtud de que las Indias se incorporaron a la Corona de Castilla, fue precisamente este derecho el que sirvió de base para el americano.

Existe entonces, un derecho propiamente indiano, al lado del cual se aplicaron supletoriamente las normas del derecho castellano. Situa-

<sup>2</sup> Basadre, Jorge, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, Lima, Editorial Universidad, 1967, pp. 101 y ss. y *Vid.* segunda parte de este volumen, pp. 2 y 3.

ción que en ciertas materias se mantuvo, con algunos matices, hasta la promulgación de los códigos nacionales. De otra parte, los “pueblos de indios” contaban con un régimen jurídico mixto, es decir, ordenamientos criollos basados en el derecho castellano y en aquellas materias que no contravinieran los preceptos de la Iglesia católica ni fueran contra la moral, utilizaban su propio derecho.

El derecho de los países iberoamericanos tiene estrecha relación con el occidental de base romana y canónica y, en menor escala, germánica. Obedece a la tradición iusnaturalista que imperaba en la época del descubrimiento y colonización, y tiene además, un elemento muy importante que se deriva de la existencia de culturas indígenas, más o menos desarrolladas, anteriores a la conquista y colonización españolas. Así, la historia del derecho iberoamericano es lo que Basadre<sup>3</sup> ve como la historia de

la formación paulatina de un derecho nacional, a través de las diversas influencias recibidas, todas ellas susceptibles de considerarse extranjeras en el momento de su aparición, hasta que al enraizar o no en la sociedad y al sufrir la acción del medio, pasan o no por un proceso de nacionalización.

## II. EL ORDEN JURÍDICO EN EL SENO DE LA SOCIEDAD COLONIAL

Desde los primeros años de vida de la Nueva España, las autoridades españolas trataron de resolver casuísticamente las cuestiones legales y morales que se presentaron como producto de la conquista y colonización.

En función de que la realidad americana no se ajustaba al modelo de gobierno existente en España, los monarcas tuvieron que proceder para fijar las nuevas reglas, con el método de ensayo y error tomando como base las instituciones peninsulares. El Estado español no siempre siguió la misma política respecto de un problema, sino que fue adecuando sus puntos de vista a la realidad. Esto se reflejó en todos los campos. Zavala y Miranda<sup>4</sup> señalan, por ejemplo, que el tratamiento de los indígenas presentó actitudes variadas e incluso contradictorias.

En el año de 1821, la población del virreinato de la Nueva España estaba constituida por una sociedad de tipo estamental, la cual a través de los siglos de dominación colonial, se había tornado cada vez más rígida. Su movilidad social era escasa, tanto en el sentido hori-

<sup>3</sup> *Idem.*, p. 102.

<sup>4</sup> Zavala, Silvio y Miranda, José, “Instituciones indígenas en la colonia”, en *Métodos y resultados de la política indigenista en México*, México, INI, 1954, p. 33.

zontal como en el vertical, y dentro de esta sociedad se presentó siempre un elemento *sui generis*, que fue el indígena. La sociedad, sin embargo, era semejante a la europea, sus estratos sociales eran definidos por la ley o la costumbre.<sup>5</sup>

También como en la sociedad europea —castellana en particular— el nivel económico de los sujetos representaba un factor definitivo para la adquisición del *status* social. Aunque debe señalarse que en la europea el nacimiento era un factor condicionante definitivo, mientras que en América a pesar de los intentos que se hicieron porque esto se repitiera, las situaciones de hecho determinaron una mayor flexibilidad en el concepto.

Se podría pensar que una sociedad organizada de esta manera, no podía ser una sociedad justa. Alf Ross señala que la idea de justicia no ha sido nunca absoluta, en el sentido de que todos, cualesquiera sean las circunstancias, “deberán hallarse exactamente en la misma posición que los demás (a cada uno lo mismo)”. La justicia entendida de esta manera, significaría que no deben intervenir factores como “la edad, el estado civil, si se ha cometido un asesinato o no, si se ha celebrado un contrato o no”. Este autor agrega que no se ha pretendido nunca que la justicia se entienda así. Uno de los requisitos de la justicia es que se hagan distinciones de manera tal que “las ventajas y las cargas, los derechos y deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta las circunstancias condicionantes”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Sierra, Catalina, *El nacimiento de México*, México, UNAM, 1960, p. 59. Magnus Mörner, en su obra *La mezcla de las razas en la historia de América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, en las páginas 55, 61 y 66, señala que al hacerse una evaluación de la política político-racial en la América hispana durante el período colonial, no se puede considerarla por ser injusto y anacrónico, como racista; tampoco se puede decir que fue generosa y tolerante.

La evalúa en el contexto de la concepción jerárquica de la sociedad prevaliente antes de la Revolución Francesa, que tuvo que aplicarse a un mundo interracial.

Es, pues, un tipo de sociedad *sui generis*, que obedeció el trasplante de la sociedad corporativa jerárquica de Castilla en la Edad Media tardía, en una situación colonial multirracial.

Propone 2 cuadros para clasificar a la población, de acuerdo a la condición legal y el *status* social.

#### Condición legal

1. Españoles
2. Indios
3. Mestizos
4. Negros libres, mulatos y zambos
5. Esclavos

#### Status social

1. Españoles peninsulares
2. Criollos
3. Mestizos
4. Mulatos, zambos, negros libres
5. Esclavos
6. Indios (que no fueran caciques)

<sup>6</sup> Ross, Alf, *Idem.*, pp. 262 y ss.

En este caso la circunstancia condicionante estaba dada por el régimen colonial y dentro de este contexto, siguiendo el pensamiento de Ross, la realidad americana obedecía a uno de los criterios que señala para entender la justicia: *a cada uno según su rango y condición*.<sup>7</sup> Este principio se ajusta a la realidad de la América colonial y es un principio aristocrático, utilizado a menudo para justificar las distinciones de clase social.<sup>8</sup> La pauta de evaluación es la pertenencia a una clase o estamento determinados por el nacimiento, la raza, el color, el credo, el idioma, el carácter nacional, las características étnicas, el *status* social, etcétera. Sobre este principio se hace distinción entre amo y esclavo, gente blanca y gente de color, nobleza y campesinos, nación imperial y nativos, etcétera.

Ross no pretende determinar si esto es correcto o incorrecto, se limita a señalarlo como un hecho que se ha dado —y se sigue dando— y explica que la demanda de justicia depende, muchas veces, de presupuestos que están fuera del principio de igualdad. Estos principios en la época colonial estaban determinados por las condiciones especiales que se presentaron al momento de la conquista y colonización, y más adelante por las condiciones que existían dentro de una sociedad constituida por individuos de características étnicas distintas y posibilidades de enriquecimiento más amplias que en España.

Es claro, entonces, que la actitud de los monarcas, respecto del tratamiento de los sujetos que habitaban la Nueva España y obedeciera a las circunstancias condicionantes propias de la realidad que tuvieron que enfrentar.

Del paternalismo que privó durante los siglos xvi y xvii se pasó, a consecuencia de las ideas progresistas de la Ilustración, a una actitud distinta.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> *Idem*. Los otros criterios son: a cada uno según su mérito; a cada uno según su contribución; a cada uno según sus necesidades; a cada cual según su capacidad.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> Miranda, José, en *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820*, México, UNAM, 1952. Señala que durante la época de los Austrias, las instituciones políticas españolas sufren un profundo cambio. La monarquía se vuelve absoluta. Se concentran en el rey los derechos y todos los poderes del Estado. Las Cortes pierden facultades y para 1665 sólo sancionan los actos del rey. Junto al rey, actúan los Consejos con funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, además de las consultivas: Consejo de Castilla, de Indias.

El absolutismo en Nueva España reviste caracteres especiales: Acentuación de la índole patriarcal por la presencia de los indígenas; menor rigorismo a causa del desconocimiento de la realidad; mayor descentralización política y administrativa. Las autoridades americanas tienen mayores facultades discrecionales que las españolas; respeto relativo a la superioridad jerárquica, por ejemplo, entre la Audiencia y el Virrey, el Virrey y los gobernadores, etcétera (pp. 94-100).

Sobre el espíritu ilustrado del siglo xviii, este autor dice que su gran influen-

Dentro de esta sociedad tan heterogénea, la situación de los indígenas ha sido la más ampliamente estudiada. No ha sucedido lo mismo con la de otros grupos étnicos, que si bien cuentan en su haber con uno que otro autor que les ha dedicado atención, no han dado lugar a la gran cantidad de trabajos que sobre los primeros se han realizado.

Refiriéndose a los indígenas, Zavala y Miranda<sup>10</sup> explican que durante el gobierno de los Austrias la política de indios se mantuvo más o menos estable y que con el cambio de dinastía, desde principios del siglo XVIII, dicha política sufrió ciertas transformaciones. A consecuencia de las ideas de la Revolución Francesa, se establecieron reformas a favor de los indígenas;<sup>11</sup> en la práctica, sin embargo, a pesar de los cambios sólo se logró una mejoría económica para la propia colonia; el indígena permaneció en una situación jurídica y económicamente estacionaria.

Los mismos autores,<sup>12</sup> al hacer el análisis de la política de población de indios, señalan que siguió tres direcciones:

- a) separación de los indígenas del resto de la población,
- b) libertad a los indígenas para cambiar de residencia,
- c) congregación o reducción a poblaciones allí donde estuvieren dispersos.

La idea de separar a los indígenas del resto de la población, tuvo por objeto ejercer un control mayor para la cristianización y proteger a los indígenas de los malos ejemplos. La separación fue tajante en la legislación.<sup>13</sup> De cualquier manera, la separación absoluta de los grupos

en España no se debió a la presencia de los Borbones, sino a que era el espíritu del siglo. De cualquier manera favoreció: a) el desenvolvimiento del capitalismo industrial, b) el progreso en la esfera del pensamiento y, c) la evolución de las ideas religiosas y la intervención del Estado en los asuntos religiosos.

Los caracteres del absolutismo borbónico son: a) Absolutismo total y declarado o expreso. Los reyes eran señores absolutos; b) Racionalización del poder o sea, la organización de éste conforme a planes o sistemas pensados; c) Reformismo económico y social. Aumento del poder del Estado mediante el fomento de la riqueza nacional; d) El filantropismo (establecimiento de instituciones de beneficencia: asilos de ancianos, casas de cuna, etcétera), (pp. 145 y 146).

<sup>10</sup> Zavala y Miranda, *Instituciones...*, p. 33. A pesar de que me interesaría referirme a los otros grupos étnicos más ampliamente, la información es escasa, ya que lo que ha despertado fundamentalmente el interés de los investigadores ha sido el grupo indígena, quizá por un residuo de paternalismo heredado de aquellas épocas, y por ser el elemento *sui generis* de la historia de México.

<sup>11</sup> Vid. Nota 9.

<sup>12</sup> Zavala y Miranda, *Instituciones...*, p. 38.

<sup>13</sup> *Idem.*, p. 39.



étnicos no se realizó totalmente; el comercio, la agricultura y la ganadería imponían, de hecho, la penetración. Los españoles vivieron en los pueblos de indios y éstos pudieron entrar a los de aquéllos con el objeto de comerciar o pernoctar. Sin embargo, puede decirse que la existencia de estos “pueblos de indios” determinó la coexistencia de, por lo menos, dos regímenes jurídicos distintos.

La segunda dirección tuvo una limitación general y varias limitaciones particulares. La primera fue el cumplimiento de la obligación tributaria y las segundas, de diversas índoles, tuvieron por objeto impedir el vagabundeo y la mudanza en grupo, por los trastornos económicos que ocasionaban.

La tercera, o sea, las congregaciones y reducciones tenía por objeto cristianizar y urbanizar o “civilizar” a los indígenas que vivían en pequeños grupos, muy alejados y desligados de las grandes comunidades indígenas. Se trató de hacer esto sin violencia y, debido a la reticencia de los naturales, se fueron transformando los medios. Sin embargo, se tuvo que volver al convencimiento, a la congregación suelta y voluntaria.

También señalan Zavala y Miranda<sup>14</sup> el establecimiento de pequeños pueblos indígenas, al lado de las villas o ciudades españolas.

Así pues, la población indígena, además de sus rasgos étnicos, de cultura y condición social, se distinguía por estar sujeta a un estatuto jurídico distinto del que se aplicó a los españoles, criollos, mestizos, negros y castas integrantes de la compleja población de la Nueva España.<sup>15</sup>

De cualquier forma, a pesar de las leyes protectoras de los indígenas y de las ideas cada vez más avanzadas, en la realidad —según señalan historiadores de tendencias opuestas como Alamán, Mora, Zavala— los indios vivieron en una situación de atraso cultural y miseria física y moral.<sup>16</sup>

Por lo que toca a otros grupos de la sociedad novohispana, desde el punto de vista jurídico, el último lugar de la pirámide social estaba ocupado por las diversas castas, mezcla de español, indio y negro y grupos asiáticos.<sup>17</sup> El primer lugar lo ocupaban los españoles nacidos en España y junto a ellos los criollos o nacidos en América.<sup>18</sup> Al margen del derecho, las diferencias entre peninsulares y criollos se hicieron cada día más amplias. Los mestizos, por su parte, se encontraban marginados en todos los órdenes, “tanto por lo que se refiere al *status* del español como al del indio”. Llegaron a constituir el grupo numérico

<sup>14</sup> *Idem.*, p. 42.

<sup>15</sup> *Idem.*, p. 31.

<sup>16</sup> Sierra, *op. cit.*, p. 67.

<sup>17</sup> *Idem.*, pp. 79 y ss.

<sup>18</sup> *Idem.*, pp. 72 y ss.

más grande y desde el principio se les vio como fuente de problemas. Legalmente su situación era como la del español, sin embargo, sólo cuando había reconocimiento como hijo legítimo pasaban por criollos.<sup>19</sup>

Respecto a la población “blanca” o española, su vida transcurría “a la española”; sus transacciones, matrimonios, contratos, etcétera, se realizaban conforme a los ordenamientos castellanos trasplantados casi íntegramente a la Nueva España. Los miembros de este grupo tenían sus propias parroquias, su propia manera de realizar los actos jurídicos, su credo religioso, su propia forma de vestir, la posibilidad de portar cierto tipo de armas que le estaba vedada a otros grupos de la población, etcétera. Dentro de la población española también existían diferencias en relación a la profesión que ejercían los diversos sujetos. Comerciantes, mineros, universitarios, eclesiásticos, militares, etcétera, gozaron de fuero y privilegios.

Han sido atendidas las diferencias de carácter étnico, pero la fundamental de todas fue la de carácter económico, no siempre derivada de la primera y más importante. Las de carácter étnico tendieron a disminuir con el mestizaje, la económica persistió y fue factor decisivo en la creación de oligarquías que gobernaban sobre todo en su beneficio.

El proceso de fusión cultural y étnica que se realizó en la Nueva España, es visto por Zavala y Miranda<sup>20</sup> como un proceso lento, desigual, que en unas regiones se realiza rápidamente y en otras —por la situación geográfica— se realiza con lentitud o no se realiza. Las diferencias culturales se fueron acentuando y la sociedad presentaba considerables gradaciones y desigualdades internas.

El gobierno virreinal conservó las instituciones y costumbres indígenas que no se consideraran como “actos de barbarie”. Respetó la elección de los gobernantes indígenas. Sin embargo, sobre ellos se encontraban alcaldes españoles, hecho que impidió la creación de grupos políticos internos.<sup>21</sup>

Las clases privilegiadas eran el clero y el ejército, pero dentro de ellas se daba una especie de bajo clero y bajo ejército constituidos en buena medida por criollos. Ambos grupos fueron factor decisivo en la lucha por la independencia.<sup>22</sup>

Las diferencias señaladas se mantuvieron a lo largo de la época colonial. Los indígenas —señalados como elemento *sui generis*— no perdieron importancia, y al final de la época colonial algunas de las re-

<sup>19</sup> *Idem.*, p. 81, Sobre vinculaciones y mayorazgos.

<sup>20</sup> Zavala y Miranda, *Instituciones...*, p. 112.

<sup>21</sup> Sierra, *op. cit.*, p. 65.

<sup>22</sup> *Idem.*, pp. 84 y 87.

públicas de indios fueron invitadas por el virrey Iturrigaray a discutir las medidas que habían de tomarse por el confinamiento de los soberanos españoles. Asimismo, fueron invitados por insurgentes y realistas a participar de un lado u otro de la lucha.<sup>23</sup>

La conclusión que se puede extraer de lo que se lleva dicho es que, durante la época colonial coexistieron en la Nueva España diversos regímenes jurídicos que formaban parte de un mismo sistema. La resultante es lo que podemos llamar derecho novohispano, el cual los comprendía. Las disposiciones que se iban dictando, estaban dirigidas a los distintos grupos de la población, en razón del *status* que tenían dentro de la sociedad novohispana. Para resolver problemas concretos y para planear los rumbos del gobierno y la administración, estos hechos fueron siempre tomados en cuenta tanto por las autoridades locales como por las metropolitanas. Las reglas generales estaban dadas, las particulares obedecían a múltiples condicionantes.

### III. PERVIVENCIA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD COLONIAL EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE

Para revisar este tema se parte de la hipótesis de que la sociedad mexicana posterior a la independencia debe ser contemplada, en términos generales, como una prolongación de la existente en la última fase del dominio colonial.

La actividad legislativa de los primeros años se centró en la materia constitucional y en menor grado administrativa y de administración de justicia. Por lo que se refiere al derecho civil, sólo se modificaron aquellos aspectos que incidían en los temas relativos a la igualdad de los ciudadanos.

Al triunfo de la independencia se presentó el problema de la organización política, el cual se ligó inmediatamente a una compleja contienda entre principios federalistas y unitarios o centralistas.<sup>24</sup> Los fenómenos acarreados por la presencia de estos principios han sido estudiados entre otros, por historiadores como O'Gorman, Villoro, Reyes Heróles, Miranda... y en su época por Alamán, Mora y Zavala.<sup>25</sup>

De los historiadores modernos, todos están de acuerdo en que el resultado de las discrepancias existentes fue la anarquía política y social que dislocó al Estado, desorganizó la sociedad y condujo a sangrien-

<sup>23</sup> Chávez Orozco, Luis, *Las instituciones democráticas de indígenas mexicanos en la época colonial*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1943, p. 36.

<sup>24</sup> Melo, Carlos R., "Hispano-América y la lucha por la organización política", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, no. 12, 1961, pp. 27-39, 35.

<sup>25</sup> *Vid.* Bibliografía General.



tas luchas civiles. Los gobiernos de diversa tendencia se sucedieron uno a otro, y no bien llegaban al poder, cuando ya se estaba conspirando para derribarlos.<sup>26</sup>

El historiador del derecho —eminentemente hispanista— Toribio Esquivel Obregón, atribuye esto al deslumbramiento que sufrieron los legisladores que “se dieron a la tarea de buscar en otras legislaciones preceptos de cuya observancia hasta la fecha podemos dudar”.<sup>27</sup>

La explicación no es tan sencilla, ya que se debe atender a la naturaleza de los diversos grupos de presión que existían para entender el fenómeno<sup>28</sup> y la razón por la que se optó por el sistema federalista<sup>29</sup> y no por el centralista, a pesar de que en cierta forma hasta la actualidad México presenta caracteres centralistas muy acusados.

Con este objeto se deben revisar algunas de las características sociales del México Independiente. La literatura es muy abundante<sup>30</sup> y de ella sólo se tomarán los datos esenciales para comprender el fenómeno.

El México colonial, como se vio anteriormente, estaba constituido por diversos grupos étnicos sometidos a diferentes estatutos jurídicos, lo cual ocasionó algunos de los problemas que condujeron a la independencia.

El 1810, el obispo Abad y Queipo había señalado que de triunfar los insurgentes, la “enorme masa de indios, mestizos y criollos pobres, que constituían las nueve décimas partes de la población, se lanzarían inmediatamente contra las clases acomodadas”.<sup>31</sup> Así sucedió en parte, pero no por ello dejaron de establecerse nuevas clases acomodadas que mantuvieron en cierta medida el *statu quo*. Sobre esto, la explicación más aceptable parece ser la que ofrece Villoro<sup>32</sup> en el sentido de que los criollos sustituyeron al pueblo en la consumación de la independencia.

La independencia llevó al poder en realidad a las clases medias. A pesar de esto, dice Villoro,<sup>33</sup> el orden colonial subsistió en el alto clero, el ejército y los grandes terratenientes.

<sup>26</sup> Melo, *op. cit.*, p. 35.

<sup>27</sup> Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, 4 vols., México, Editorial Polis, 1937, Vol. I, pp. 275 y ss.

<sup>28</sup> Para mayor información sobre grupos de presión, *Vid.* Margadant, Guillermo Floris, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, pp. 162-164.

<sup>29</sup> Sobre este tema debe verse el libro de Villoro, Luis, *El proceso ideológico de la revolución de independencia*, 2a. ed., México, UNAM, 1967, *Passim*.

<sup>30</sup> González Navarro; Miranda; López Cámara; Hansen; Margadant; Mendie-  
ra y Núñez; Reyes Heróles, *Vid.* Bibliografía General.

<sup>31</sup> Alperovich, M. S. *Historia de la independencia de México (1810-1824)*, traducción de Adolfo Sánchez Vázquez, México, Editorial Grijalbo, 1967, p. 125.

<sup>32</sup> Villoro, *op. cit.*, pp. 104-108, 113-144 y 116-117.

<sup>33</sup> *Idem.*, p. 219.

El ejército carecía de convicciones políticas y lo que buscaba era su propio beneficio, en consecuencia apoyó a personajes de las más diversas tendencias.

Las esperanzas fincadas en la independencia se vieron, una vez consumada ésta, derrumbadas. La nación atravesó por una época de guerra fratricida, en la que el futuro se veía poco claro,

la Colonia persiste en sus rasgos esenciales, no se logra establecer la democracia, ni la ilustración; la situación económica es catastrófica, el endeudamiento alcanza niveles fantásticos y se teme además, una invasión extranjera.<sup>34</sup>

Siguiendo a Zavala, Villoro presenta la coexistencia en el mismo tiempo histórico de dos sociedades, la colonial y la nueva. Se ha vestido —dice— con ropaje nuevo al hombre antiguo, el cual conserva sus usos y costumbres.<sup>35</sup>

Villoro señala que la idea de igualar jurídicamente a los ciudadanos prosperó en forma amplia entre criollos e insurgentes; esta igualdad no sería en términos económicos y sociales, sino exclusivamente “la paridad de todos los ciudadanos ante la ley”.<sup>36</sup> A tal fin se tomaron diversas medidas, por ejemplo:

El Soberano Congreso Constituyente, el 17 de septiembre de 1822, para hacer efectivo el artículo 12 del Plan de Iguala, mandó que en todos los documentos públicos o privados, al sentar los nombres de los ciudadanos, se omitiera clasificarlos por su origen.<sup>37</sup>

Esta igualdad jurídica tuvo consecuencias más bien negativas que positivas, por lo menos en lo que a los indígenas se refiere, como veremos después.

Mendieta y Núñez<sup>38</sup> señala las características que tenían las tres clases sociales en la época de la Revolución de Ayutla (1854):<sup>39</sup> la *clase*

<sup>34</sup> *Idem.*, p. 221.

<sup>35</sup> *Idem.*, p. 232.

<sup>36</sup> *Idem.*, pp. 110 y 111.

<sup>37</sup> González Navarro, Moisés, *Instituciones indígenas en el México Independiente*, México, INI, 1954 (Memorias del Instituto Nacional Indigenista), p. 116.

<sup>38</sup> Mendieta y Núñez, Lucio, *La revolución de Ayutla desde el punto de vista sociológico*, en *Plan de Ayutla, Conmemoración de su Primer Centenario*, México, UNAM, 1954, p. 11.

<sup>39</sup> López Cámara, Francisco, *La estructura económica y social de México en la época de la Reforma*, México, Siglo XXI, Editores, 1967. Este autor señala que el alto clero era la clase que mayor importancia tenía por sus enormes riquezas. Las diferencias entre el clero permanecieron durante toda la época independiente. Es el alto clero el que disfrutaba de privilegios y llevaba una vida de grandes comodidades, no así el bajo clero (pp. 196 y ss.).

*popular* la integraban los 4.000,000 de indígenas y gran parte de los 2.000,000 de mestizos, según los datos que Brantz, secretario de la Legación de Estados Unidos de Norteamérica en México, calculó entre 1841 y 1842.

La *clase media* estaba formada por criollos y mestizos de cultura europea, carentes de fortuna. Empleados públicos y privados, bajo clero; oficialidad entre los militares; pequeños comerciantes, arrendatarios de bienes eclesiásticos e industriales; profesionistas e intelectuales de escasas posibilidades económicas.

La *clase alta* estaba integrada por un reducido número de criollos

Otra de las clases dirigentes estaba constituida por los *grandes terratenientes*, quienes constituían una "nueva aristocracia agraria de origen burgués" que se vio notablemente fortificada al sustituir al clero en el monopolio de la tierra después de la nacionalización de los bienes eclesiásticos (pp. 206 y ss.).

Después del clero y los grandes propietarios, se encontraba la nueva burguesía industrial y comercial, generalmente representada por extranjeros. Jugó un papel importante en el apoyo del partido liberal y la política liberal. Estos negociantes extranjeros fueron de los principales compradores de los bienes del clero puestos en venta (pp. 210 y ss.).

Lo que podría llamarse *clase media* se encontraba constituida por los dueños de pequeños comercios, los profesionistas y artesanos de las ciudades, además de toda la burocracia.

En las clases inferiores se encontraban los *campesinos*, en su inmensa mayoría indígenas. Su condición —según las fuentes francesas estudiadas por el autor— era más o menos la del siervo, antes de la liberación de las comunas. Esta condición hizo que los levantamientos en contra de los hacendados se presentaran frecuentemente exigiendo el reparto de las tierras (p. 216).

Dentro del *proletariado* se encontraban los artesanos y los obreros, su situación era un poco mejor que la de los campesinos, por lo menos estaban libres de la servidumbre impuesta a éstos.

También se ubican en esta clase los "vendedores" ambulantes y no ambulantes que inundaban las ciudades, pequeños comerciantes de productos salidos del taller artesanal y familiar. Los *domésticos* se ubican asimismo en esta clase, su situación era un poco mejor que la del campesino, se reclutaban entre ellos. Incluye el autor a los *obreros asalariados* como albañiles, mozos de cordel, aguadores, peones, cavadores, etcétera, y a los pertenecientes a los *oficios establecidos* como carpinteros, ebanistas, zapateros, herreros, etcétera. Todas estas actividades eran desempeñadas por indígenas o mestizos. No olvida López Cámara a los trabajadores de las minas, otro sector importante del *proletariado* (pp. 221 y ss.).

*Lumpen proletariado* para el autor eran los léperos: desocupados, mendigos y vagabundos excluidos de la vida económica por su origen social y la falta de fuentes de trabajo. Eran campesinos desarraigados, hijos ilegítimos de españoles e indias. Construyeron una inmensa población y una de las mayores plagas sociales del país. Vivían de la mendicidad y el robo (pp. 227 y ss.).

Otro grupo numeroso lo constituían los *salteadores de caminos*, fruto directo de las convulsiones revolucionarias. Este grupo asumió proporciones inverosímiles y representó un verdadero problema.

Provenían de la leva y de los ejércitos improvisados, e iban aumentando con cada nuevo levantamiento. Algunas veces volvían a la lucha si las ganancias prometían ser buenas y regresaban a los "caminos" si aquéllas no se producían (pp. 231 y ss.).

ricos, españoles capitalistas, extranjeros dueños del comercio, alto clero y militares de alto rango.

Siguiendo a Alamán, Villoro explica que la “máquina gubernativa y administrativa, planeada racionalmente, se encuentra en contradicción con la infraestructura de la sociedad, no porque esté en retraso respecto de ella, sino justamente porque se adelanta a su tiempo”, lo cual produjo la misma consecuencia.<sup>40</sup>

Por su parte, Molina Enríquez opina que “la infraestructura” carecía de unidad, no había unidad de origen, ni de religión, ni de tipo, tampoco había unidad de costumbres, ni de lengua, ni unidad de desarrollo evolutivo y se carecía de la unidad de propósitos y de aspiraciones que determinan en conjunto la unidad del ideal.<sup>41</sup>

Por medio de la idea de unidad como requisito para constituir una patria, este autor señala que los mestizos por tener más identificación entre sí, eran los indicados para construirla.<sup>42</sup> En ellos existía la unidad de origen, de religión, de tipo, de lengua y de deseos, propósitos y aspiraciones, que sin ser absoluta en estos aspectos, resultaba bastante amplia.<sup>43</sup>

Para este autor, igual que para muchos otros, es la Reforma la que permitió constituir a México como nación.<sup>44</sup>

A pesar de haber desaparecido las barreras legales para lograr la igualdad, ésta no se alcanzó en la realidad y, por otro lado, hasta que se le arrebató el poder al grupo más poderoso, que era el de la Iglesia, no se pudo hablar de un verdadero monopolio del poder, en este caso por parte de la autoridad civil, que representaba un requisito indispensable para lograr la formación de un estado nacional.

La independencia estableció la igualdad de todos los habitantes de la República, abolió algunos fueros y privilegios, abolió la esclavitud, los tributos personales, las alcabalas, etcétera, pero esto no podía establecerse por decreto, dado que la sociedad y las relaciones que en ella se establecen, se transforman paulatinamente y de esta manera fue como los nuevos criterios fueron penetrando en la mentalidad de los hombres de la época.

Los indígenas y los mestizos siguieron siendo los grupos mayoritarios y sus condiciones, a pesar de lo que decían las leyes, siguieron siendo más o menos las mismas. Constituían las nueve décimas de la población y al triunfo de la independencia se lanzaron contra las clases aco-

<sup>40</sup> Villoro, *op. cit.*, p. 237.

<sup>41</sup> Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas nacionales*, México, Imprenta de Carranza e Hijos, 1909, p. 292.

<sup>42</sup> *Idem.*, p. 306.

<sup>43</sup> *Ibidem.*

<sup>44</sup> *Idem.*, *Passim*.

modadas,<sup>45</sup> hecho previsto por los criollos, quienes supieron conservar el control, canalizando el odio acumulado hacia los peninsulares.<sup>46</sup>

Así en un principio fueron los criollos los que se encontraron en mejor situación, sin embargo,

las tendencias divisorias en el seno de esa élite fueron su ruina y medio siglo más tarde, el control había pasado a las manos de la población mestiza de México.<sup>47</sup>

No obstante lo que se ha señalado, “la estratificación en clases preservó la mayor parte de la distancia tradicional entre los grupos étnicos básicos”. La discriminación por el origen étnico no desapareció, solamente se hizo más sutil.<sup>48</sup>

Al lograrse la independencia no desaparecieron los problemas que habían conducido a ella. De entre ellos, vale la pena detenerse en los efectos que este movimiento trajo a los grupos menos favorecidos económicamente, que eran en su mayoría indígenas. Varios autores están de acuerdo en que éstos, lejos de ganar, perdieron.<sup>49</sup>

Margadant<sup>50</sup> dice que los proletarios perdieron con la independencia la protección que les proporcionaba la Corona; las nuevas clases privilegiadas los podían tratar a su antojo. El igualitarismo les resultó peor que el paternalismo cristiano de los reyes de la casa austríaca y el “benevolente despotismo ilustrado” de los Borbones.

Chávez Orozco<sup>51</sup> también señala que con la independencia el estatus jurídico de los indígenas se equiparó al de criollos, mestizos, etcétera, y así, obtuvieron en teoría mayor libertad, pero se abolieron las leyes que los protegían y quedaron en definitiva desventaja, pasando a ser ciudadanos de segunda categoría.<sup>52</sup> Desaparecieron sus instituciones

<sup>45</sup> Alperovich, *op. cit.*, p. 125.

<sup>46</sup> Mörner, *op. cit.*, p. 92.

<sup>47</sup> Hansen, Roger, *La política del desarrollo mexicano*, traducción de Clementina Zamora, México, Siglo XXI, Editores, 1971, p. 184.

<sup>48</sup> Mörner, *op. cit.*, p. 292.

<sup>49</sup> Margadant, *op. cit.*, p. 168; Chávez Orozco, *op. cit.*, pp. 36 y ss.; López Cámara, *op. cit.*, pp. 191 y ss.; Hansen, *op. cit.*, p. 176.

<sup>50</sup> Margadant, *op. cit.*, p. 168.

<sup>51</sup> Chávez Orozco, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

<sup>52</sup> González Navarro, *op. cit.*, p. 115. El autor señala que en algunas de las constituciones de los estados se establecieron restricciones para el goce de los derechos cívicos en virtud de dos razones: el estado de sirviente doméstico y el analfabetismo. Tanto en México como en Oaxaca el estado de sirviente doméstico hacía que se suspendieran los derechos cívicos.

También en la Constitución de 1836 se establecieron algunas restricciones a los derechos cívicos, por ser sirviente doméstico y en 1846, se agregó el analfabetismo. Se exigía un capital determinado para ser diputado, senador, presidente, gobernador o miembro del ayuntamiento. Esto excluía automáticamente a los grupos económicamente débiles.



democráticas y se incorporaron vagamente al país. Las repúblicas de indios dejaron de existir formalmente y sus tierras fueron codiciadas por todos.

González Navarro<sup>53</sup> se pronuncia en este mismo sentido. Dice que con la nivelación legislativa se pretendía hacer del indígena un hombre moderno, un cabal sujeto de derechos y obligaciones; igual que los demás. Se pretendía además que satisficiera sus necesidades por sí mismo. Pero este nuevo *status* jurídico del indígena, protegido con sólo el escudo de la igualdad jurídica, tenía el enorme contrapeso de la lucha por la vida en el seno de una sociedad crecientemente individualista.

Se pretendió que todas las desigualdades que habían existido desaparecieran y que la única que persistiera fuera la de pobres y ricos.<sup>54</sup> Desgraciadamente el problema sólo se vio desde el punto de vista formal.

López Cámara<sup>55</sup> explica este fenómeno de manera clara. Afirma que desde el punto de vista externo y superficial, las estructuras de la sociedad mexicana no parecían haber sufrido transformaciones durante la época independiente. En 1855 era todavía posible hablar de la sociedad de los últimos años del periodo colonial. La estructura social de la época anterior no sólo se mantuvo, sino que acusó rasgos permanentes en aquellos sujetos que por no haber podido lograr un mínimo de movilidad social, permanecieron dentro de los grupos marginados.

La independencia liberó del control español a todas las clases privilegiadas (clero, terratenientes, propietarios de minas y del comercio) que acrecentaron sus riquezas con las que habían pertenecido al grupo peninsular.

Los indígenas, por el contrario, perdieron las pocas ventajas y garantías jurídicas que les aseguraba la monarquía española, a más de sufrir las consecuencias de la guerra.

Señala además López Cámara,<sup>56</sup> que la inmovilidad era sólo aparente, pues las contradicciones del sistema afloraron y se planteó la necesidad de un cambio total de estructuras. Esto fue lo que condujo finalmente al triunfo del movimiento liberal de la Reforma, que es la primera gran modificación de las estructuras coloniales. Una vez más se puede señalar que existe bastante información sobre lo que sucedió con los grupos indígenas, pero los demás grupos étnicos no cuentan con estudios que nos permitan distinguir claramente lo que pasó con ellos.

Es interesante señalar otro de los factores que colaboraron a este divorcio entre los marcos formales y la realidad. Antes y después de la

<sup>53</sup> *Idem.*, p. 117.

<sup>54</sup> *Ibidem.*

<sup>55</sup> López Cámara, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

<sup>56</sup> *Ibidem.*

independencia, la incapacidad gubernamental para proporcionar una red de caminos adecuada, hizo que el país se encontrara fragmentado en miles de comunidades aisladas y pequeñas. Como tampoco existía un sistema ferroviario, el aislamiento era casi total (en 1860 había sólo 24 kilómetros de vías férreas utilizables).<sup>57</sup>

En estas condiciones la igualdad resultaba más bien una utopía. Todas estas comunidades y poblados debieron haber continuado rigiéndose no ya por el derecho colonial o lo poco que de él hubieran asimilado, sino por el derecho prehispánico.

González Navarro<sup>58</sup> cita un caso advirtiendo que se trata de una excepción legislativa:

En Chiapas, en el 1880 (*sic*), se dictó un reglamento de policía y buen gobierno. En él se sancionaba la servidumbre por deudas haciéndose, sin embargo, excepciones a favor de los indios.

Este reglamento retrocedía a la legislación colonial, pero se trata, según el autor, de una excepción ocasionada quizá por la importancia y número de los grupos aborígenes de esa entidad.

Hasta el último tercio del siglo xix, en la capital de Chiapas —dice el autor—, existían dos gobiernos municipales: el de indios y el de mestizos. Por supuesto que sin base legal, pero esto puede servir para ilustrar los problemas que tenían que enfrentarse para la integración de un estado nacional y la consecuente pervivencia de facto de las instituciones antiguas.

Las conclusiones a que se puede llegar antes de analizar los aspectos prácticos del tema, son las siguientes:

Hasta muy entrado el siglo xix y a pesar del movimiento de independencia, la estructura social y en consecuencia las relaciones del derecho civil, conservaron en términos generales la misma forma que tenían durante la época colonial. Es la Reforma la que al separar los poderes de la Iglesia y el Estado, modificó de raíz la estructura colonial sobreviviente e hizo posible el estado nacional. Los grupos que no lograron movilidad social se vieron cada día en mayor desventaja frente a las leyes pues su marginación fue acentuándose, al grado de que en pleno siglo xx, los encontramos aún en lugares hasta hace poco prácticamente inaccesibles.

<sup>57</sup> Hansen, *op. cit.*, p. 20.

<sup>58</sup> González Navarro, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

#### IV. EL "NUEVO" ORDEN JURÍDICO

##### 1. *La sustitución del antiguo derecho*

En el artículo 211 del Decreto Constitucional de 22 de octubre de 1814,<sup>59</sup> se señaló que en tanto se formaba el cuerpo de leyes que habían de sustituir a las antiguas, permanecerían éstas en todo su vigor, a excepción de las que derogaren los decretos anteriores y las que en adelante se derogaren. El espíritu de esta disposición fue el que privó en el siglo XIX hasta la promulgación de los códigos en el último tercio del siglo XIX.

En la Constitución de Cádiz (1812), se otorgaba validez a las normas que venían rigiendo y lo único que se puede encontrar sobre este particular, es que en el artículo 258 se especificaba:

El Código civil y criminal y el de comercio, serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las cortes.<sup>60</sup>

El 22 de enero de 1822 la Soberana Junta Provisional había nombrado nueve individuos que preparasen el código civil, pero no se conoce el resultado de sus trabajos.<sup>61</sup> Durante el gobierno de esta Junta, se nombraron comisiones con individuos de su seno y fuera de él, para que se formasen los proyectos de códigos que habían de regir en la nación; esto no se verificó entonces ni después en las varias veces que estas comisiones volvieron a nombrarse ni siquiera la ordenanza militar había sido reformada aún cuando se estableció una junta de generales para tal fin.<sup>62</sup>

La primera constitución mexicana que tuvo vigencia, fue la de 4 de octubre de 1824. En ella no se encuentra ningún precepto que establezca qué sucedería en tanto se formulaban las leyes nuevas. Poco se puede inferir del texto del artículo 52, 1o.:<sup>63</sup>

Se tendrán como iniciativas de ley o decreto: 1o. Las proposiciones que el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos tuviere por

<sup>59</sup> Cfr. Gamboa, José M. *Leyes constitucionales de México durante el siglo XIX*, México, Oficina de la Secretaría de Fomento, 1901, p. 278.

<sup>60</sup> *Idem.*, p. 210. El espíritu codificador se había apoderado de las Cortes a raíz de la promulgación del Código Napoleón.

<sup>61</sup> *Febrero Mexicano*, vol. I, p. v, I y IX (Vid. en Bibliografía, Pascua, Anastasio de la).

<sup>62</sup> Alamán, Lucas, *Historia de México*, 5 vols., México, Editorial Jus, 1942; vol. v, p. 438.

<sup>63</sup> Cfr. Gamboa, *op. cit.*, p. 327.



convenientes al bien de la sociedad y como tales las recomendaré precisamente a la Cámara de Diputados.

O bien del artículo 105, que en la sección relativa a las prerrogativas del presidente y vicepresidente, señala:

El presidente podrá hacer al Congreso las propuestas o reformas de ley que crea conducentes al bien general, dirigiéndolas a la Cámara de Diputados.

Sin embargo, en la sección séptima relativa a la administración de justicia en el artículo 145 hay una disposición que dice que el congreso general uniformará las leyes que rigen las actas, registros y procedimientos de los jueces de los estados y territorios de la Federación. Ninguna de estas disposiciones señala en forma clara qué leyes se aplicarían mientras se dictaban las nuevas.

En las Siete Leyes Constitucionales de 1836, el panorama es semejante. Entre las facultades del presidente está la de iniciar las leyes para el buen gobierno de la Nación, y los decretos y órdenes necesarios para el mismo fin.

En la Constitución de 1857, tampoco se encuentra nada al respecto. Pero a partir de este momento, la situación empezó a cambiar, porque se presenta el fenómeno en que, lo que es propiamente la nación mexicana comienza a perfilarse y empiezan a dictarse en definitiva las normas que obedecen al triunfo del liberalismo, con la implantación del régimen liberal, camino del que, con matices, ya no se apartaría el país.

Edmundo O'Gorman opina que "la victoria republicana de 1867 resolvió el dilema en que se venía debatiendo el ser nacional", también apunta que:

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 cualquier otro de los virreyes. México es un ente distinto que surgió a consecuencia de una serie de sucesos ocurridos en el seno de ese virreinato, del mismo modo que éste surgió a su vez y en su día, de otra serie de sucesos ocurridos en el seno de aquel imperio [el español].<sup>64</sup>

A la lucha entre dos posibles maneras de ser, atribuye O'Gorman el "triste rosario de asonadas, cuartelazos, rebeliones, planes políticos

<sup>64</sup> O'Gorman, Edmundo, *La supervivencia política novo-hispana. Reflexiones sobre el monarquismo mexicano*, México, Fundación Cultural de Condumex, 1969, p. 9.

y cartas constitutivas que exhiben los anales de los primeros 50 años de nuestra biografía nacional”.<sup>65</sup>

Respecto de nuestra independencia, dice que no es un movimiento que se realiza en una sola línea. “Desde sus albores hubo vacilaciones, oscilaciones y pugnas en torno”.<sup>66</sup> Los hombres que la realizan se encuentran ante la disyuntiva del régimen tradicional y el nuevo, cualquiera que éste sea, y la decisión de optar por uno u otro es consecuencia de la realidad histórica en un momento dado. De uno de los más ilustres luchadores por la independencia, Hidalgo, dice O’Gorman que “revela al dualismo de las convicciones que animaron la lucha contra el poder virreinal”, y que él como todos, fue monárquico y republicano, pues pesaba mucho la tradición colonial y el respeto del trono, en pugna con las modernas tendencias democráticas. Finalmente, se inclinó por el republicanismo, a diferencia de Iturbide. Pero vale la pena destacar esta dualidad, ya que no es artificiosa, sino producto de la “realidad circunstancial y constitutiva de aquel momento”.<sup>67</sup>

El Decreto Constitucional de Apatzingán (1814) y el Plan de Iguala (1821), constituyen los monumentos visibles de dos posibilidades en conflicto. El primero representa la tendencia democrática republicana de inspiración americanista y el segundo la corriente del tradicionalismo monárquico hispano-europeo.<sup>68</sup>

A la postre triunfó el primero, pero sin que eso quisiera decir, como se ha hecho aparecer a veces, que se hubiera tratado de una lucha toda verdad de un lado y toda mentira del otro. Negando la existencia misma de los vencidos, el triunfo de la República queda reducido a una victoria contra unas sombras.<sup>69</sup>

No debe extrañarnos pues, que sea a partir de la restauración de la República —tras la derrota del segundo proyecto imperial— cuando finalmente se logran imponer las normas que perfilarían las bases del estado nacional. Por otra parte, la prolongada lucha entre liberales y conservadores que determinó los constantes cambios en el sistema de gobierno y el perpetuo estado de guerra que imperaba, impidió que se preocuparan de materias que, hasta cierto punto, eran de menor envergadura y para las que malas o buenas existían leyes y costumbres. No es pues ocasional que el impulso final de uniformar y codificar el tan olvidado derecho civil, corresponda a los hombres que colaboraron con el presidente Juárez, quien logró sentar las bases de la nación.

Esto no quiere decir que otros gobiernos, incluso los llamados con-

<sup>65</sup> *Idem.*, p. 13.

<sup>66</sup> *Idem.*, p. 12.

<sup>67</sup> *Ibidem.*

<sup>68</sup> *Cfr., Ibidem.*

<sup>69</sup> *Idem.*, p. 15.

<i>Alvarez (1826)</i>	<i>Sala (1831-33)</i>	<i>Febrero (1834)</i>	<i>Sala Mexicana (1845-49)</i>	<i>Schmidt 1851</i>	<i>Roa Bárcena (1862)</i>	<i>Novísimo Sala (1870)</i>
I. Decretos que hayan sido dados por los Congresos Mexicanos.	Por las disposiciones de los Congresos Mexicanos.	Disposiciones de los Congresos Mexicanos.	Leyes nacionales posteriores a la independencia, incluyéndose las de los Estados.	Leyes generales de la República promulgadas a partir del 28 de septiembre de 1821.	Por las disposiciones de los congresos mexicanos en quien reside el poder legislativo.	Leyes de los Gobiernos mexicanos.
II. Decretos de las Cortes españolas dados antes de la independencia.	Por las de las Cortes de España.	Las de las Cortes de España.	Leyes españolas dadas tanto en el sistema representativo, como en el absoluto, incluyéndose las ordenanzas particulares de los diversos ramos con las cédulas y órdenes extravagantes, comunicadas a la América, recopilaciones de Indias y Castilla.	Decretos de las Cortes de España aplicables a América, publicados entre 1820 y el 23 de septiembre de 1821.	Por los decretos de las cortes de España.	Las de las Cortes de España.
III. Reales disposiciones novísimas aún no insertas en la Recopilación.	Por las últimas cédulas y órdenes posteriores a la adición de la Novísima Recopilación.	Las últimas cédulas y órdenes extravagantes comunicadas a América.	Ordenamiento Real.	Las cédulas del Consejo de Indias de mayo de 1814 a 1820.	Por las últimas cédulas y órdenes posteriores a la edición de la Novísima Recopilación.	Cédulas, decretos y órdenes posteriores a la Novísima Recopilación.
IV. Leyes de la Recopilación de Indias.	Por las Ordenanzas de Intendentes (Carlos III, 1786 para Nueva España).	Ordenanzas particulares en los negocios relativos al ramo que tratan.	Ordenamiento de Alcalá.	Los decretos de las Cortes de España, que hayan sido publicadas en	Por las Ordenanzas de Intendentes.	Ordenanzas de Intendentes.
V. Nueva Recopilación de Castilla (y autos acordados).	Recopilación de Indias.	Recopilación de Indias.	El Fuero Real.	Nueva España del 24 de septiembre de 1810 a mayo de 1814.	Por la Recopilación de Indias.	Recopilación de Indias.
VI. Fuero Real y Juzgo (sin necesidad de probarse su uso).	Novísima Recopilación.	Recopilaciones de Castilla: Nueva y Novísima y la de Indias respetando la fecha de promulgación.	El Fuero Juzgo.	Las cédulas enviadas a las Indias, insertas en la Novísima Recopilación, y aquellas comunicadas oficialmente por el Consejo de Indias del 9 de mayo de 1680 al 24 de septiembre de 1810.	Por la Novísima Recopilación, en lo que sea anterior a los dos últimos códigos.	Novísima Recopilación en lo que sea anterior a los dos últimos códigos, pues en lo posterior debe preferirse.
VII. Estatutos y fueros municipales de cada ciudad (confirmados para su validez por el consejo real).	Fuero Real.	Ordenamientos Real y de Alcalá y	Siete Partidas.	La Recopilación de Indias.	Por las leyes del Fuero Real.	Fuero Real.
VIII. Siete Partidas.	Siete Partidas.	Fueros Real y Juzgo.		La Nueva Recopilación.	Por las de las Siete Partidas.	Fuero Juzgo.
IX. Analogía —si no hay nada en todos los textos citados— y la razón.		Siete Partidas.		Fuero Real y Fuero Juzgo. Siete Partidas. Novísima Recopilación.		Siete Partidas.

servadores, olvidaran por completo la necesidad de reestructurar la legislación, pero estos intentos no fructificaron.

En cuanto a la repercusión en el campo jurídico de los fenómenos que se han señalado, se puede decir que, rotos los vínculos con España, no pudieron quedar sin vigor las leyes que regían los derechos y deberes de los que componían la nueva sociedad.

Para renovar las leyes se requería tiempo y su repentina abolición hubiera producido la anarquía, cuando lo que más falta hacía era el orden. Sólo las que chocaron con el nuevo estado de cosas se rechazaron, pero siguieron vigentes muchísimas de las que habían emanado de los reyes de España.<sup>70</sup>

En algunos de los estados hubo proyecto de códigos civiles que no llegaron a tener vigencia. Entre tanto, en todo el territorio se siguió aplicando el derecho conforme a los patrones coloniales. Esto hace necesario que se explique la forma que revistieron estos patrones.

## 2. *El orden de prelación*

En virtud de la existencia de múltiples cuerpos jurídicos, de entre los cuales había de extraerse el derecho aplicable, se recurrió a seguir el orden de prelación que había sido utilizado para el mismo fin en la época anterior. En relación con el orden de prelación para la aplicación de los códigos, los autores están de acuerdo en que a falta de cuerpos legislativos nacionales se aplicarían los códigos españoles. Sobre este punto no hay discrepancias.

La república se regía aún en defecto de leyes propias, por los códigos españoles. La aplicación de los códigos castellanos, se entiende que era el punto de partida para la resolución de los negocios jurídicos, pues hay que recordar que para las instituciones que podríamos llamar propiamente indianas y las novohispanas, habían existido normas especiales. Así pues, sobre la base de la producción jurídica colonial, se buscaba un común denominador, a partir del cual, con las variantes introducidas por los gobiernos nacionales, se pudiera actuar.

En el Archivo General de Notarías, al revisar algunos testamentos a partir de 1789 y hasta 1840, no encontré modificaciones sustanciales en el texto de los mismos.<sup>71</sup> Esto muestra la necesidad del conoci-

<sup>70</sup> Esta idea fue la que prevaleció entre los autores de la época. *Vid.*, segunda parte de este volumen, pp. 26-28.

<sup>71</sup> Protocolos respectivos a los años siguientes:

1825 Notario don Luis Calderón  
1829 Notario don Miguel Galindo  
1831 Notario don José Cisneros

miento de las leyes españolas, de donde estaban sacadas casi todas las doctrinas de las obras de los autores de la época.

Respecto del tratamiento que dan al orden de prelación los diversos autores, se apunta por separado, la edición mexicana de la obra de José María Álvarez por ser el único autor americano que realizara una obra de este tipo.<sup>72</sup>

El orden que consigna es el siguiente:

- 1o. Decretos dados por los congresos mexicanos.
- 2o. Decretos dados por las cortes españolas publicados antes de declararse la independencia.
- 3o. Reales disposiciones novísimas aún no insertas en la Recopilación.
- 4o. Leyes de la Recopilación. Primero la más moderna.
- 5o. Leyes de la Nueva Recopilación.
- 6o. Leyes del Fuero Real y Juzgo.
- 7o. Estatutos y fueros municipales de cada ciudad (en lo que no se opongan a Dios, a la razón o a las leyes escritas).
- 8o. Las Partidas en lo que no estuviese derogado.

Los demás autores siguen, en términos generales, este mismo orden, con ligeras variantes. En todo caso, creo que el resultado fue la imposibilidad de atenerse a un sólo cuerpo de leyes y que, al no haber un criterio único, las dificultades que se presentaban para manejarlo eran muy grandes. [Vid. Cuadro de los órdenes de prelación]

Respecto a los textos consultados, cabe hacer ciertas observaciones. Todos ellos tenían un valor exclusivamente doctrinario, fueron elaborados con el objeto de proporcionar ayuda para adentrarse en el complicado campo de la legislación. Por lo general se trata de reediciones de textos españoles adicionadas y concordadas con las disposiciones vigentes en México. El único que vio su primera edición en América fue el de Álvarez, en Guatemala, en 1820 y fue reeditado en México en 1826 notablemente adicionado.

La versión original del Sala (español) se reimprimió en México en el 1807, en ella a las leyes españolas (que regían en España) se hizo una adición de lo que señalaban las leyes vigentes en Indias, basán-

De la consulta de los testamentos se concluye que los del 1789 son casi iguales a los de 1840. La existencia de patrones para la redacción de éstos y otros instrumentos públicos y privados explica esto.

<sup>72</sup> Las obras doctrinarias que se revisaron fueron las que se registran en el cuadro del orden de prelación. Su ficha completa puede consultarse en la bibliografía. En el texto se mencionan fundamentalmente —salvo que se diga otra cosa— la edición mexicana del Álvarez, el *Sala Mexicano* y el *Febrero Mexicano* adicionado y puesto al día por Anastasio de la Pascua.



dose en los *Autos Acordados* de Ventura Beleña y en la *Política Indiana* de Solórzano Pereyra.

El *Febrero mejicano* es la edición “mexicanizada” del libro español del mismo título, se imprimió en México en 1834; su consulta es cómoda, pues de sus 9 volúmenes el último contiene un índice alfabético de toda la obra. De la misma época hay otra edición del *Sala* de 1831 que cuenta con adiciones del derecho novísimo y del patrio. La edición consta de 5 volúmenes.

Posteriormente, entre el 1845 y el 1849, se hizo una nueva edición del *Sala*, ahora llamado *mexicano*, que consta de 4 volúmenes y en el 1850, una del *Nuevo febrero* que consta también de 4 volúmenes.

En el 1839 y el 1852, se hicieron ediciones de las *Pandectas hispano mejicanas*. A pesar del año de su publicación, corresponden más al derecho colonial o a la época colonial que a la independiente. Sin embargo, constituyeron un verdadero intento de purificar la legislación mexicana existente; cuentan con varios índices para su mejor utilización.

Los otros textos *Sala*, *Febrero*, etcétera, a pesar de sus semejanzas, tienen muchas diferencias entre ellos, sobre todo en cuanto a la profundidad con que se van revisando los temas, el orden y la modernidad de su sistematización.

Están ordenados, en términos generales, por materias, algunas veces, al referirse a alguna institución en concreto se remontan a los más antiguos tiempos en cuanto a la doctrina y otras veces, después de la reglamentación de la institución, incluyen una reflexión filosófica sobre ella. Por lo que se refiere a la ley propiamente dicha, se basan fundamentalmente en las Partidas, incluso cada capítulo señala a qué parte específica de éstas corresponde.

El *Nuevo febrero* de 1850 no comparte estas características, ya que carece del orden de prelación y de la introducción con las acostumbradas referencias a los códigos españoles.

Hasta ahora se ha venido utilizando el término ley indistintamente, de cualquier manera los autores de la época también lo hacían.

Otro de los textos consultados es el *Schmidt*, al cual se hará referencia posteriormente; también se incluye el orden de prelación del Roa Bárcena por ser una muestra de lo que ocurría en la *Práctica forense* y por haberse publicado originalmente en México.

Se incluyó el *Novísimo Sala* a pesar de haber sido publicado en 1870, en virtud de que cuenta con el tantas veces mencionado orden de prelación.

Por lo que se refiere a los estados de la Federación, Anastasio de La

Pascua<sup>73</sup> dice que deberá estarse primero a lo dispuesto en sus respectivas legislaturas; en defecto de resolución de éstas, se ocurrirá a las de los congresos mexicanos, pero no de los constitucionales, pues sus disposiciones no pueden tener ninguna fuerza con respecto a los estados, sino en aquellas materias en que pueden legislar para toda la República. Después se ocurriría a las de las Cortes de España y se seguiría el mismo orden que queda indicado.

Hasta ahora me he referido al derecho español y al novohispano, pero cabría preguntarse qué actitud se había tomado respecto al derecho romano y al canónico. Los autores están de acuerdo en considerar al primero exclusivamente como doctrina para ser consultada (independientemente de la influencia que del romano existe en el derecho español). El derecho romano no se aplicaba (en cuanto orden normativo positivo), se enseñaba para mayor instrucción, igual que las leyes patrias. Los únicos preceptos de derecho romano que se aplicaron son los de derecho natural y de gentes, pero por la materia de que tratan. Incluso se refieren a él como "sentencias de sabios".<sup>74</sup>

Del canónico se mantuvo la regulación relativa al derecho de familia y a cierto tipo de delitos.<sup>75</sup> La separación de la Iglesia y el Estado determinó que las normas de derecho canónico sólo fueran aplicables dentro de la Iglesia.

De la misma época existe un libro, *The civil law of Spain and Mexico*, publicado por Gustavo Schmidt en Nueva Orleans en el 1857,<sup>76</sup> que no deja de llamar la atención por varios motivos:

1o. Es un texto semejante a los que se vienen mencionando, con sus referencias a las Partidas, usuales en los textos españoles y mexicanos.

2o. Su fecha de publicación es posterior a la de la separación de esta provincia de la Nueva España y al 1803 en que Napoleón había

<sup>73</sup> *Febrero Mejicano*, vol. 1, pp. 26 y 27.

<sup>74</sup> *Vid.*, ponencia de Guillermo Floris Margadant al II Congreso Interamericano de Derecho Romano, celebrado en la ciudad de México del 17 al 21 de julio de 1972, titulada "Los problemas de la enseñanza e investigación del Derecho Romano en el medio latinoamericano"; en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. 23, 89-90, enero-junio de 1973, p. 140.

La tesis es que el derecho romano penetró en la práctica novohispana a través de cuatro canales:

a) Las 7 Partidas;  
b) Como derecho supletorio del canónico;  
c) Gracias al estudio directo que de él se hacía en las universidades;  
d) Gracias a la práctica ilegal, pero generalmente tolerada, citas del *Corpus Iuris* y de sus comentarios medievales o posteriores.

<sup>75</sup> *Vid.*, Margadant, Guillermo F., *Introducción a la Historia...*, pp. 51 y 125.

<sup>76</sup> Schmidt, Gustavus, *The civil law of Spain and Mexico*, New Orleans, Printed for the author by T. Rea, 1851, VII (9), 102, 372 pp.

Los capítulos que se refieren al derecho que se estudia se agrupan bajo el rubro de "Colonial Legislation of Spain and more especially of Mexico".

suprimido las instituciones españolas, aunque poco después la entregara a los Estados Unidos. Por esta razón y porque la introducción histórica de este libro comprende 102 páginas, puede tratarse de la obra de un historiador. Sin embargo, no se descarta la posibilidad de que aún cuando hipotéticamente la Louisiana ya debería tener sus propias leyes civiles, siguiera rigiéndose todavía por el derecho colonial. Si bien el movimiento codificador sigue los mismos caminos en la América hispana, no se puede decir lo mismo de los Estados Unidos en general, ya que desde sus principios como nación adoptan la tradición del *common law* que era la de sus colonos, salvo en Louisiana y Puerto Rico.

Franklin<sup>77</sup> señala que en estos dos lugares no predominó la tradición angloamericana del *common law*. Del 1806 existe un proyecto para codificar la legislación en el territorio de Louisiana, que sigue la tradición romana y la española. Esta última no en cuanto codificación, sino en cuanto materiales que integran el derecho vigente. De cualquier manera, es interesante señalar que esta tendencia al derecho codificado no fue contemplada con buenos ojos por los gobernantes del territorio, así que la existencia del libro de Schmidt sigue constituyendo un problema aún no resuelto.

Por su parte, los autores de *Law and Authority in Colonial America*<sup>78</sup> manifiestan que el grado de penetración del *common law* en los Estados Unidos, debe verse por separado en cada colonia, ya que de ninguna manera constituyó un todo homogéneo.

30. Las definiciones que proporciona sobre autos acordados y cédulas, decretos, ordenamientos y pragmáticas, reglamentos y resoluciones, son un poco distintas de las que contienen los otros textos. Fundamentalmente porque hace proceder los decretos de la autoridad eclesiástica.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Franklin, Mitchell, "Some considerations of the existencial force of roman law in the early history of the United States". Ponencia presentada al II Congreso Interamericano celebrado en México del 17 al 22 de julio de 1972, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. 23, nos. 89-90, enero-junio de 1973.

<sup>78</sup> Billias, George Athan (ed.), *Law and authority in Colonial America*, New York, Dover Publications, Inc., 1965, pp. xi-xxi.

<sup>79</sup> Schmidt, *op. cit.* Estas definiciones se encuentran en la p. 93 de la primera numeración, nota 1.

*Autos acordados y cédulas* eran órdenes que emanaban de un tribunal superior, promulgadas en nombre y por la autoridad del Soberano.

*Decretos* eran órdenes similares (a las anteriores) en materia eclesiástica.

*Ordenamientos y pragmáticas* también eran órdenes emanadas del rey, diferían de las Cédulas sólo en la forma y modo de promulgación.

*Reglamentos* eran instrucciones escritas dadas por una autoridad competente sin que se observara ninguna forma especial.



40. Propone un orden de prelación distinto en el que la última fuente es la Novísima Recopilación.

50. Incluye una lista de las personas que por sus condiciones especiales, en un momento dado, pueden argüir la ignorancia de la ley como excluyente de responsabilidad. Esto sólo se encuentra en el proyecto de Código Civil de González Castro de 1839, de filiación conservadora.<sup>80</sup>

60. Se refiere a la legislación civil de España y “más especialmente a la de México”.

Este libro merecería un análisis más cuidadoso, sobre todo por lo que se refiere a las causas de su aparición.

Para concluir, se tratará de resumir la situación en unas cuantas líneas.

Tenemos una nación recién independizada, en la cual durante muchos años, hasta 1870, se siguen aplicando, con las disposiciones que necesariamente tuvieron que irse dictando en este lapso, las disposiciones que se aplicaron durante la última fase de la colonia.

Desde el momento de la independencia, se piensa en la necesidad urgente de dictar leyes propias, pero esto sólo se logró parcialmente. Algunos de los estados publicaron su código civil, pero o tiene vigencia corta o bien, carece por completo de ella.

De la misma época que los textos revisados en México, existe un libro o quizá varios, que se publican fuera y curiosamente en una provincia que desde mucho tiempo atrás no tenía nexos políticos con México, con la misma temática que las obras doctrinarias de la época.

Los textos existentes carecen de sanción legal y sirven exclusivamente para orientar a los interesados.

No existe un criterio uniforme en cuanto al orden de prelación, aunque éste se suponía asentado.

Las diversas versiones de los textos de la época incluyen material distinto, si bien sobre patrones más o menos semejantes.

### 3. *Los códigos españoles*

No quisiera pasar al punto siguiente sin hacer una brevísima relación de los códigos españoles, en función de que el orden de prelación

*Resoluciones* eran instrucciones escritas dadas por una autoridad superior en materias que se referían a su campo y se dirigían a las autoridades inferiores para su instrucción y gobierno.

<sup>80</sup> *Idem*. En la página 2 de la segunda paginación establece estas personas: a) Soldados en servicio activo; b) trabajadores que habitan en lugares desiertos; c) pastores que tienen sus rebaños en las montañas; d) mujeres que habitan en lugares desiertos; e) menores y f) dementes.

tantas veces señalado remite a ellos. Hablar de los códigos españoles, en España, no es tarea fácil, ya que son muchos los historiadores del derecho que han realizado estudios muy amplios sobre ellos, pero la medida de la influencia en América y concretamente en el siglo XIX, aunque se presupone que fue muy amplia, no ha sido cabalmente analizada.

Con el libro de Ots Capdequí, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*<sup>81</sup> y la edición de los *Códigos españoles*<sup>82</sup> a la vista, se intenta señalar las características fundamentales de estas obras. No aventuraré demasiadas hipótesis sobre su influencia en México.

De los códigos españoles, el que contiene “las leyes más antiguas de que se hace memoria en España”,<sup>83</sup> es el *Liber Judicum*, que comprende las establecidas por los monarcas godos. A fines del siglo VII o principios del VIII se formó una colección de estas leyes, conocida hasta ahora por nosotros con ese nombre y “se celebra como fuente y origen de las leyes españolas”. Este código es la versión latina del *Codex Visigothorum*, el cual es una recopilación de las leyes de los soberanos godos a partir de Chindasvinto, a quien se debe la abolición definitiva del derecho romano y la institución de una sola ley obligatoria para los españoles y godos.<sup>84</sup>

Al principio de la monarquía, la legislación había sido personal; leyes de Eurico dadas por los godos y el *Breviario de Aniano* para los galos y los españoles. Recaredo, Sisenando y Chintila son los precursores de la gran obra de Chindasvinto, pues desde el gobierno de aquellos se empezaron a dictar leyes que se aplicaron por igual a españoles y godos.

Algunas leyes eran dictadas por la propia potestad y autoridad de los príncipes y otras en los concilios nacionales donde se encontraban representados los eclesiásticos y seculares. Recesvinto y el Octavo Concilio de Toledo levantaron la prohibición que existía para realizar matrimonios entre españoles y godos y sentaron las bases de la unificación jurídica. El príncipe como cabeza suprema del gobierno, convocaba a los concilios, proponía los asuntos que se habían de tratar y al final confirmaba y daba la sanción real y legal a las determinaciones conciliares.

<sup>81</sup> Ots Capdequí, José María, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, 2 vols., Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1943.

<sup>82</sup> *Los códigos españoles concordados y anotados*, (v, I, *Liber Judicum*. El Fuero Juzgo, El Fuero Viejo de Castilla, Las Leyes del Estilo, El Fuero Real, El Ordenamiento de Alcalá), Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1847, LXXV, 485 pp.

<sup>83</sup> *Febrero Mexicano*, vol. I, p. 28. Las citas son del volumen I.

<sup>84</sup> *Los códigos españoles...*, p. xxx.

El *Codex Visigothorum* fue recogiendo las leyes de todos los soberanos hasta quedar plenamente integrado durante el reinado común de Egica y Witiza (Concilio décimo sexto). Al cuerpo principal se agregaron otras leyes cuyo origen se desconoce, pero que tenían fuerza por encontrarse incorporadas a una colección aprobada.

Joaquín Francisco Pacheco, autor del estudio preliminar al *Código Visigodo* en la obra *los Códigos Españoles*,<sup>85</sup> señala que este código nunca se derogó y que en fecha tan reciente como el 1778, existe una cédula que obliga a los tribunales de un caso X a someterse a lo dispuesto por el *Fuero Juzgo* (traducción del *Liber* hecha hacia la mitad del siglo XIII en tiempo de san Fernando, rey de Castilla y León). Sus disposiciones en todo caso se tornaron anacrónicas e impracticables, pero no dejaron de estar en vigor. Las mismas *Partidas* en algunos casos tuvieron que dejar lugar al *Fuero Juzgo*.

La ley en todos estos códigos, proviene de los ordenamientos de Dios, su contenido en términos generales es de tipo moral, entendiendo por moral lo que es justo y virtuoso, criterios que se van fijando paulatinamente por un proceso de absorción de los usos y costumbres preexistentes. El derecho representa un código de conducta a seguir, en el que está establecido lo que es justo. La ley es territorial, pues ya no se hacen distinciones entre godos y españoles y en general porque se aplica a todo aquél que se encuentra dentro de los presupuestos normativos que ella establece con las solas distinciones que ella misma fija. No se presume, debe hacerse saber a todos, sigue los cánones impuestos por la costumbre, ya que es producto de la observancia de ésta, la cual se vuelve jurídica al ser paulatinamente incorporada a los textos legales por los monarcas. A pesar de ser en su mayoría preceptos de tipo moral, eran coercitivos, el texto mismo nos dice “que la maldad de los hombres sea refrenada por el miedo de la pena”.

El tipo de sanción común en el *Fuero Juzgo*, tanto en materia civil como criminal, se aproximaba a la ley del talión. A menudo la sanción consistía en poner al acusado, a quien se hubiese comprobado la comisión de un delito, a disposición del acusador o del agraviado, para que éste hiciera lo que estimase conveniente.

En algunos casos las sanciones se refieren en forma corta, categórica. La sanción por la violación, por ejemplo, no admite réplica, no interviene un juez o religioso para efectuarla, sino que el ofensor queda a disposición del ofendido. Este tipo de sanción está inspirado en el respeto que merece la figura del jefe de la familia, no se encuentra todavía sustituido éste o sus hermanos por un tercero que sería el encargado de aplicar la sanción. Todavía el núcleo familiar es la

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. XLV y ss.

forma esencial de asociación.<sup>86</sup> Y existe una delegación del poder jurisdiccional en el pater familia, que se puede considerar como una de las formas de autodefensa.

El tipo de sanción señalado anteriormente, se aplica en el adulterio y en las segundas nupcias, en los cuales si se sorprendía una falta *in fraganti*, actuaba el pater familia y si lo que existía era una sospecha, se ocurría al juez.<sup>87</sup>

Sin embargo, existe otra forma de aludir a las sanciones, que por lo general no es corta; cada vez se da toda una explicación del porqué de la prohibición o la obligación, basada en un concepto ético o de deber ser.

Junto a las sanciones que pueden ser aplicadas por el jefe de familia o el ofendido, coexisten otras en las que ya intervienen los jueces. El juez podía ser “el duc y el conde y el vicario o todos los otros jueces que indagan por mandato del rey o voluntad de las partes...”.<sup>88</sup>

La función de los jueces era vigilar que se efectuaran los juicios dentro de los mandamientos del *Fuero Juzgo*, que se respetaran los domingos como días en que nadie podría ser llamado a pleito, ni en Pascua, Navidad, la Circunsición, la Aparición, la Ascensión y el día de la Cinquesma, ni cuando se recogían las mieses y otras fechas como la vendimia.

Existía otro tipo de sanciones en el *Fuero Juzgo* en las que el acusado perdía la mitad de sus bienes, en otras era excomulgado, en algunas el infractor era echado de la corte o condenado a muerte, sus bienes le eran confiscados aunque el rey le perdonara la vida. El castigo lo daba el príncipe, quien decidía, si en la ley se podía optar entre dos castigos, cuál era el que se aplicaba.

Al *Fuero Juzgo* sigue cronológicamente, en la edición de los *Códigos españoles*, el *Fuero Viejo de Castilla*.<sup>89</sup> Tampoco se realizó en corto tiempo, sino que es el producto de muchas variaciones y aumentos que se hicieron a su redacción original, que de acuerdo con Asso y Manuel, la realizó el “celebrado conde de Castilla don Sancho García”. Sin embargo, la versión que nos presenta el libro citado es una muy aumentada, por el tiempo transcurrido, que se atribuye al rey don Pedro y data de 1356. Esto lo hace posterior a la edición del *Fuero Real* por don Alfonso X (1255), a las Partidas e incluso, al ordenamiento

<sup>86</sup> Vid, Alcalá-Zamora, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, 2a. ed., México, UNAM, 1970, pp. 35-70.

<sup>87</sup> Vid, *Fuero Juzgo en Los Códigos Españoles...*, p. 128, VI, II, p. 129, I, II; p. 130, V, VI, IX, XII, por lo que se refiere a la autodefensa; p. 129, VIII, III; p. 131, XVIII, por lo que se refiere a la intervención del juez.

<sup>88</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>89</sup> *Fuero Viejo de Castilla*; en *Los Códigos Españoles...*, p. 221.

de Alcalá. Sancho García, conde de Castilla muerto en 1017, conocido por los fueros, es a quien se atribuye esta primera versión del *Fuero Viejo*.

El *Fuero Viejo* se puede considerar “no como dado por leyes municipales a estos pueblos, sino como un código legal, único y general a toda Castilla la Vieja”.

Desde la época de don Alfonso el Noble (muerto en 1207), se pidió que se reunieran los fueros para corregirlos y enmendarlos, esto no se pudo realizar por las guerras de la época. Es hasta la época de don Alfonso el Sabio (1284) que se trata de poner en vigor el *Fuero Real* (su antecedente es el *Viejo*), que tendía a unificar todas las leyes y a que desaparecieran los fueros municipales. Se hace en el 1255, pero no todas las provincias lo aceptaron. Anastasio de la Pascua, en el *Febrero Mejicano*,<sup>90</sup> plantea los problemas mencionados y afirma que “muchas ciudades siguieron gobernándose por sus antiguos Fueros”, y el que mencionamos sólo rigió en los tribunales de la corte y en aquellos pueblos que lo recibieron como gracia o merced.

También menciona este autor las *Leyes del Estilo*, pero las califica como una simple colección de leyes sin ninguna clasificación y probablemente sin ninguna sanción real. De la consulta de *Los códigos españoles*,<sup>91</sup> se obtiene la misma impresión y se podría señalar como único mérito que cuenten con una tabla que consigna la totalidad de las leyes que se incluyen, lo cual permite manejarlas fácilmente.

El *Fuero Real* en la opinión de García-Gallo,<sup>92</sup> es uno de los manuscritos emparentados con las *Siete Partidas*. Por su lenguaje y confección se le atribuye a Alfonso el Sabio o quizá a su hijo Sancho IV. Este *Fuero* ha merecido los mayores elogios, Marina y Gómez lo han calificado como “excelente, breve, claro, metódico, comprensivo de las mejores leyes de los fueros municipales...” Los mismos adjetivos se aplicarían a las *Partidas* y ambos alcanzaron a tener mayor influencia doctrinal que práctica.

Las *Partidas* representan la culminación de toda esta actividad jurídica. Tampoco de ellas existe una edición única y definitiva. En cuanto a la fecha de publicación, todos coinciden en atribuírsela a Alfonso X el Sabio, pero no están de acuerdo en cuanto a la fecha de la primera edición o en torno a cuál es la versión original. García-Gallo,<sup>93</sup> después de un amplio estudio sobre las semejanzas y discre-

<sup>90</sup> *Febrero Mejicano*, vol. 1, p. 30 y ss.

<sup>91</sup> *Los Códigos Españoles...*, p. 305.

<sup>92</sup> García-Gallo, Alfonso, *El libro de las leyes de Alfonso el Sabio*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1951, (Ediciones Especiales de *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXI, 30), p. 21

<sup>93</sup> *Idem.*, p. 106.



pancias de las *Partidas*, el *Espéculo*, el *Doctrinal*, el *Setenario*, el *Libro de las Leyes* y el *Fuero Real*, en el cual de manera cuidadosa encuentra las relaciones entre unos manuscritos y otros, llega a la conclusión de que todas las ediciones de las *Partidas* son insuficientes y que la edición más antigua de ellas es el *Espéculo*. Obviamente, las *Partidas* reciben este nombre con posterioridad por encontrarse precisamente divididas en siete partes. Este autor considera que aquél, más que un borrador o proyecto de éstas, es su redacción originaria. Al referirse a las ediciones más famosas de las *Partidas* —o sea, las de Montalvo, Gregorio López, Academia de la Historia— nos dice que sirven únicamente para conocer lo que éstas eran en los siglos xiv y xv. En adelante, el principal problema será que el derecho ya no se va a encontrar escrito en un solo código. Además, con cada nueva impresión de *Partidas*, *Recopilación* y *Novísima*, vamos a encontrar novedades, interpolaciones, serias omisiones, fundamentalmente en las dos últimas, de las que nunca se hizo una edición que comprendiera realmente las leyes vigentes y omitiera las derogadas y repetidas.

En términos generales, estos son los ordenamientos castellanos que sobrevivieron hasta el último tercio del siglo xix. El texto más utilizado fue, como ya se ha señalado, el de las *Partidas*. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que también son muy numerosas las referencias a la *Recopilación de Castilla*, de 1567, y finalmente a la de *Indias* de 1680. Aunque en materia de derecho civil, ambos textos se utilizaron en menor proporción.

Si tomamos en cuenta los datos anteriores, se puede afirmar que la medida de la supervivencia de las *Partidas* estuvo dada por su contenido, ya que en su texto se encontraban reguladas las materias de derecho civil que más estables son dentro de una sociedad.

#### 4. *El derecho colonial en la práctica del México Independiente*

La simple revisión de las colecciones de leyes, decretos, etcétera, muestra que, durante las primeras décadas de vida nacional, en materia civil fue bien poco lo que se legisló. Se pueden encontrar cuestiones sobre requisitos para contraer matrimonio y en manos de quién se hallaba el permiso para celebrarlo, así como diversos problemas en relación con los hijos expósitos y algunos de sucesiones, pero son más bien detalles de cada uno de los temas.<sup>94</sup> Por otra parte, de la consulta de cualquiera de los textos: Sala, Febrero, Álvarez, se desprende la importancia que habían llegado a adquirir las *Partidas* como texto

<sup>94</sup> En este trabajo se revisan ejemplos relativos al derecho de familia, sobre todo.



básico para el conocimiento del derecho privado. Por ejemplo, cada capítulo de Sala señala qué *Partida* se está siguiendo:

Título Segundo. Del estado de las personas, Partida 4a., títulos 21, 22 y 23; Título Tercero. De la patria potestad, Partida 4a., título 17; Título Cuarto. Esponsales y matrimonio, Partida 4a., título 1o.; Título Sexto. De la legitimación y adopción, segundo y tercer modo de adquirir la patria potestad, Partida 4a., títulos 7 y 15; Título Séptimo. Cómo se disuelve la patria potestad, Partida 4a., título 18; Título Octavo. De la tutela y curaduría, Partida 6a., título 16, etcétera.

Del propio Sala a manera de ejemplo, se pueden extraer las citas o referencias a las leyes de *Recopilación*, *Novísima* y *Partidas* y la balanza se inclina fuertemente hacia las *Partidas*. Esto no significa que este texto fuera aplicado exclusivamente, pues había una gran cantidad de leyes que se dictaron para América, a más de que algunas de las leyes de las *Partidas* eran francamente inoperantes. A lo que se hace referencia es a los principios de las *Partidas* o lo que ha sido denominado por Vázquez Pando como la “vulgarización del derecho castellano” a través de las *Partidas*.<sup>95</sup> Las *Partidas* tuvieron mayor aplicación en América que en España, pues no existían las tradiciones forales que tanta resistencia opusieron al uso de las *Partidas* en la metrópoli.

Las mismas observaciones se pueden hacer al consultar a los demás autores. Por otra parte, y para robustecer la hipótesis de la “vulgarización del derecho castellano” a través de las *Partidas*, se pueden señalar dos hechos: el primero es la edición, en 1835, de un folleto en que se realizaría un compendio de las leyes de *Partida* que se hallaban vigentes. La distribución de dicho folleto se habría de realizar a través de diversas agencias situadas en casi todas las capitales de los estados de la República.<sup>96</sup>

El otro hecho significativo se halla en los testimonios de los practicantes de derecho que acudían a la Academia de Jurisprudencia Teórico Práctica. En sus trabajos, exámenes o simplemente discursos, las referencias a las *Partidas* son mucho muy numerosas. Estos testimonios se localizan en el *Fondo Lafragua* de la Biblioteca Nacional.

Pero aunque las *Partidas* hayan sido el texto más utilizado, la supervivencia de los demás cuerpos jurídicos que se habían aplicado du-

<sup>95</sup> Vázquez Pando, Fernando Alejandro, “Derecho español en América, Derecho castellano vulgar y Derecho indiano (una posible interpretación histórica)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo xxvi, Núms. 101-102, enero-junio de 1976, pp. 785-794, especialmente p. 790.

<sup>96</sup> *Compendio de las Leyes de las Siete Partidas...*, Vid, Bibliografía.

rante la época colonial y las instituciones de ellos derivadas, es evidente.

Si pasamos a revisar otro tipo de fuentes podemos robustecer la hipótesis de la supervivencia del derecho colonial.

En un texto llamado *Discurso sobre el derecho con algunas observaciones acerca de las reformas que deben hacerse en nuestra legislación*,<sup>97</sup> el autor comienza con la obvia propuesta de que para lograr la recta administración de justicia se requieren buenas leyes. En los códigos españoles se encuentra un “arsenal bien servido de excelentes leyes”, favorables a la libertad civil,<sup>98</sup> las cuales están dispersas en multitud de cuerpos, a los que es preciso darles “homogeneidad y método”, excluyendo lo inútil y adicionando la que la situación demanda.

Agrega que existen trabajos hechos por el legislador español que, por la similitud entre los hábitos mexicanos y españoles, se podrían aprovechar. Se cuenta —añade— con el depósito de la legislación “no enteramente desacertada si desaplicable absolutamente a la nueva situación”. Todo ello bajo el sello de la omnipotencia de la ley civil. Propugna por que se acaben los fueros y que “clérigos, militares, empleados grandes y pequeños, todos deben acatar a esta soberana de los tiempos modernos”.<sup>99</sup>

Parece referirse al hablar de los textos españoles a los mismos que vieron su segunda o tercera edición en México, adicionados con las leyes coloniales y provenientes de los congresos mexicanos.

Hace referencia en particular, a algunas de las instituciones y en sus opiniones se refleja un pensamiento avanzado acorde con los principios en boga.<sup>100</sup>

Del matrimonio,<sup>101</sup> dice que por ser la base de la familia debería estar legislado, en cuanto contrato, por el Estado y santificado por la Iglesia.<sup>102</sup>

Sobre este punto se puede señalar lo que dice Mateos Alarcón,<sup>103</sup> quien apunta que en el Concilio de Trento se sancionó la costumbre de que la Iglesia llevara registros del nacimiento, el matrimonio y la muerte de las personas. Así, el reconocimiento de hijos naturales, la eman-

<sup>97</sup> *Discurso sobre el derecho con algunas observaciones acerca de las reformas que deben hacerse en nuestra legislación*, México, Imp. de Vicente García Torres, 1841, 60 p., Editado en *Anuario Jurídico*, Tomo III-IV, 1976-77.

<sup>98</sup> *Idem.*, p. 12 y ss.

<sup>99</sup> *Ibidem.*

<sup>100</sup> *Ibidem.*

<sup>101</sup> *Idem.*, p. 18.

<sup>102</sup> *Ibidem.*

<sup>103</sup> Mateos Alarcón, Manuel, *La evolución del derecho civil mexicano, desde la independencia hasta nuestros días*, México, Tip. Vda. de F. Díaz de León, Suc., 1911, p. 8 y ss.

cipación y la adopción, quedaron a cargo de los funcionarios del orden civil, sin que se hiciera constar en un registro especial. En México se conservó esta tradición, pero a partir de la Revolución de Ayutla y para robustecer la institución de la familia, minada por la llegada de personas de otras creencias, se trató de establecer el Registro Civil, pero sin desapoderar al clero por completo. En el artículo 4o. del Estatuto Orgánico Provisional<sup>104</sup> se estableció la obligación que tenían todos los habitantes de inscribirse en el Registro Civil. El 27 de enero de 1857 se promulgó la Ley Orgánica del Estado Civil (artículos 1o. y 2o.). Los trastornos provocados por el derrocamiento de Comonfort impidieron que se llevara a cabo este catastro civil. Posteriormente, Juárez en las llamadas Leyes de Reforma, declaró la independencia del Estado y la Iglesia y estableció que el matrimonio es un contrato civil. Durante el II Imperio se publica una Ley del Registro Civil, y con el triunfo de la República se establece definitivamente. Por otra parte, en 1873, bajo la presidencia de Lerdo de Tejada, se elevaron a rango constitucional las Leyes de Reforma.

Volviendo al autor del *Discurso*, éste considera respecto a las herencias, que quitados los vínculos contaban con una legislación adecuada.<sup>105</sup> Para él, la legítima<sup>106</sup> materia peculiarmente española, sí debía ser revisada, y considera que sería prudente disminuirla para ponerla más en armonía con el tipo popular de la equidad, que no difiere del de la naturaleza.

Señala que la nueva generación debería estar en posibilidad de disponer, en vida o en muerte, del producto de su industria o de su fortuna,<sup>107</sup> agrega que el punto relativo a peculios debería ser completamente revisado.

Advierte que debería asegurarse un poco más la suerte de los hijos ilegítimos, proscribiendo “esa inicua y bárbara nota impuesta sobre los adulterinos y sacrílegos”.<sup>108</sup> Sobre este tema se ve claramente la influencia de las *Partidas*, ya que en la tradición hispana basada en el Fuero Juzgo, podían heredar hasta los incestuosos y sacrílegos,<sup>109</sup> mientras que en las *Partidas* —de influencia romana— es cruel e injusto el tratamiento que se da a los hijos ilegítimos sin ser ellos los culpables.<sup>110</sup>

<sup>104</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1957*, México, Porrúa, 1957.

<sup>105</sup> *Discurso...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>106</sup> *Idem.*, p. 19.

<sup>107</sup> *Ibidem.*

<sup>108</sup> *Idem.*, p. 19.

<sup>109</sup> *Los Códigos Españoles, cit.*, volumen correspondiente a Partida IV, p. XXXIV, p. 4a., leyes 2, tít. XIII y 3 tít. XV.

<sup>110</sup> *Idem.*, p. XXXII.

De la situación de la mujer, dice que debe quedar intacta y que los gananciales son una feliz invención. Los privilegios de la dote parecen exorbitantes y la parte de reservas complicada.<sup>111</sup>

Finalmente, dice que sería necesario fijar la suerte de los huérfanos y de los menores con mayor cuidado y disminuir los “privilegios terribles de restitución” que en el momento existían.<sup>112</sup>

En este texto se puede percibir la forma en que pretendían obrar los juristas de la época: amalgamando lo nuevo con lo viejo. No es fácil encontrar referencias de juristas que pretendan sustituir en bloque el *corpus* de derecho antiguo.

Sobre la base de este *corpus* se fijaron distintos patrones para la celebración de instrumentos públicos, el *Febrero*, incluye los siguientes:

Escritura de pupilo, de palabra de casamiento o esponsales de futuro, de apartamiento y disolución de esponsales, de licencia de padre a hijo para casarse, capitulaciones matrimoniales, la carta de pago y recibo de dote, escritura de arras, de adopción, memorial pidiendo la legitimación, escrituras concernientes a la materia de testamentos, etcétera.

Por otra parte, a pesar de que existían varios libros de práctica forense, Gómez y Negro,<sup>113</sup> autor español, se queja de la ausencia de un buen libro de práctica que guíe a estudiosos y maestros por el intrincado camino de las leyes que existían.<sup>114</sup> Sin embargo, señala que los procedimientos eran claros, no eran enredosos ni embrollados, sino para los que querían abusar de ellos.<sup>115</sup>

Sobre las diferencias prácticas que existían entre instrumentos públicos de diversos grupos étnicos, Murillo Velarde<sup>116</sup> explica que a diferencia de los testamentos cerrados en los que deberían intervenir en la firma siete testigos y un escribano, en los testamentos de los indígenas bastaban dos testigos, hombres o mujeres, aunque no asistiera escribano público. En este texto se incluyen esquemáticamente los testamentos más usados, así como las cláusulas de uso común.

Parecen confirmarse tanto la aplicación del *corpus* de legislación colonial, sobre todo las *Partidas*, como la persistencia de las diferencias

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> *Discurso... cit.*, p. 20.

<sup>113</sup> Gómez y Negro, Lucas, *Elementos de práctica forense*, México, Casa de Galván, 1830, p. 20-21.

<sup>114</sup> La obra de Gómez y Negro es póstuma y el autor no vino nunca a América, así se trata de una edición que hizo el impresor con base en la obra original.

<sup>115</sup> El autor se refiere al procedimiento en general, pero aquí se hace referencia a una parte de la materia procesal civil en particular.

<sup>116</sup> Murillo Velarde, Pedro, *Práctica de testamentos*, 7a. ed., México, Tipografía de R. Rafael, 1852, p. 3.

en la práctica, respecto de la situación de indígenas y grupos más privilegiados.

Por otro lado, si se busca en la jurisprudencia de la época, se robustecen las hipótesis señaladas.

Existen diversas colecciones donde se puede encontrar este tipo de información.<sup>117</sup> Se han seleccionado algunos tomos de *Variedades de Jurisprudencia*,<sup>118</sup> pero en las otras colecciones se pueden encontrar los mismos datos.

Tomo I, página 609, en el dictamen de un caso se atiende a la legislación española y a la mexicana. El asunto es un testamento. Además de las *Partidas* se mencionan la ley 3a. de Toro, el *Digesto* y el *Código Francés* (ya que cuenta con unas anotaciones hechas en Francia).

Tomo II, 1851, página 23, el caso es de septiembre de 1835, pero se incluye en este volumen. Se trata de una acusación de adulterio, en la que se actúa conforme a las leyes de *Partidas*, pero alejándose de ellas en lo que establecían en torno a que la persecución del adulterio competía a los padres y otros parientes inmediatos. Las de la *Recopilación* limitaron el ejercicio de esta facultad al marido.

Tomo II, 1851, página 130, laudo pronunciado por un árbitro de derecho, sobre la cuestión siguiente. Un nieto, hijo natural de un hijo natural, ¿puede pedir alimentos a la testamentaria de su abuelo?

El caso se ve y se resuelve de acuerdo con las leyes correspondientes de las *Partidas* 3a. y 4a.; Covarrubias (De Matrimonio), Ley 9 de Toro...

Tomo VI, 1852, página 3, escrito de alegato contestando la acusación que se halla a fojas 412 del tomo IV, sobre falsificación de un testamento.

Se atiende frecuentemente en el texto del alegato a:

Partida 4a., título 18, ley 116; Partida 4a., título 18, ley 18; Partida 3a., título 18, ley 118; Partida 3a., título 16, ley 21; Partida 3a., título 16, ley 21; Partida 7a., título 1, ley 22.

<sup>117</sup> *Anales del Foro Mexicano*, 3 vols., México, 1864-1866; *Gaceta de los Tribunales de la República Mexicana*, 4 vols., México, Isidro Devaux, 1860-1864.

<sup>118</sup> *Variedades de Jurisprudencia o Colección de diversas piezas útiles para la ilustración del derecho*, 9 vols., México, Imprenta de J. M. Lara, 1850-1864.

Sobre las colecciones en general y no sólo en cuanto a jurisprudencia, el *Índice Alfabético de la Legislación Mexicana* de Don José Brito (Vid. Bibliografía), contiene desde circulares hasta leyes expedidas durante el periodo comprendido entre 1821-1869. El autor, tras un breve enunciado, remite a la colección donde se puede encontrar la ley, reglamento, etc., por ejemplo: *Recopilación de Arrillaga*, *Archivo Mexicano*, *Navarro*, *Legislación Mexicana*, *Colección publicada por Lara*, *Soberano Congreso Constituyente*, etc.

Los ejemplos se podrían multiplicar, pero parecen suficientes los antes señalados para el objeto propuesto.

A manera de detalle curioso, cabe agregar que en el libro *Los mexicanos pintados por sí mismos*,<sup>119</sup> en el relato que del abogado hace don Ignacio Ramírez, se lee:

En vez de letra transcribio yocundo,  
la que se encuentra en la *Partida* cuarta,  
Tercera ley del título segundo: [y se copia la ley]

Más adelante nuevas referencias a las *Partidas*:

Leda la mosa recibió la carta,  
Pero non contestar juzgó oportuno  
Nueva ley el amante al punto ensarta;  
E seyendo ella ardiente, el importuno,  
con las razones de la ley Novena,  
se ayuntaron al fin ambos en uno...  
De horrosos latines empedrado  
Quando a fablar castigo descendía,  
Las *Partidas* tomaba por dechado.

El amante evidentemente era abogado...

En la novela de Rafael Delgado, *Angelina*,<sup>120</sup> en la página 157, se dice:

Y yendo y viniendo, Castro Pérez dictó larguísimo alegato, en estilo pesado, difuso, verdaderamente fatigador, empedrado de latines, citas de las *Partidas* (mi hombre se las sabía al dedillo) y lleno de los mil primores y maravillas de la jerga jurídica.

El autor sitúa la novela alrededor de 1867, pero fue escrita en 1893.

Una investigación más minuciosa, sobre todo en los archivos eclesiásticos, municipales, etcétera, arrojaría mayor información sobre el tema.

## V. SUJETOS DE DERECHO EN EL SIGLO XIX

Los autores de esta época consideraron de manera muy semejante, la idea de sujeto de derecho, recurriendo a las nociones romanas.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> *Los mexicanos pintados por sí mismos*, por varios autores, México, Editorial Nacional, 1970, Edición original de 1854, p. 140 y ss.

<sup>120</sup> Delgado, Rafael, *Angelina*, 2a. Ed., México, Edit. Porrúa, 1964, p. 157.

<sup>121</sup> Vid. Margadant, Guillermo F., *El derecho romano privado como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 2a. ed., México, Editorial Esfinge, 1965, pp. 114-136; pero fundamentalmente 114.



Tradicionalmente la persona o sujeto de derecho ha sido “todo ente capaz de tener facultades y deberes”.<sup>122</sup> Se ha distinguido entre personas físicas y morales. Las primeras están constituidas por el “sujeto individual... en cuanto tiene obligaciones y derechos”.<sup>123</sup> Se ha dicho que “el hecho de que todo hombre sea persona, no significa que la personalidad jurídica del individuo se confunda con su realidad humana o derive de su personalidad moral”.<sup>124</sup>

Sobre el tema de la persona o sujeto de derecho, resultan muy claras las ideas de Hans Kelsen,<sup>125</sup> quien explica que el sujeto de derecho o la persona son una creación artificial, antropomórfica de la ciencia jurídica. La persona designa un haz de obligaciones, de responsabilidades, un conjunto de normas.<sup>126</sup> Para este autor

el concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho, expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad que una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos.<sup>127</sup>

Kelsen también distingue entre persona física o persona moral o jurídica. Ambas tienen la característica de ser la unidad de un conjunto de normas, pero la primera designa este conjunto de normas para la regulación de un solo y mismo individuo, y la segunda designa este mismo conjunto de normas, pero para la regulación de una pluralidad de individuos.<sup>128</sup>

La persona “física” es el soporte de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan del haz de normas mencionado. O sea, “el punto al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas”. Siguiendo las ideas de Kelsen, la persona “física” es también el centro de un orden jurídico parcial que se compone de las normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.<sup>129</sup>

Si se dice que un hombre es una persona o que posee personalidad

<sup>122</sup>García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Edit. Porrúa, 1967. p. 271.

<sup>123</sup>*Ibidem*.

<sup>124</sup>*Ibidem*. Esto lo dice García Máynez siguiendo a Kelsen. Las doctrinas tradicionales sobre la persona, así como las discusiones en torno al tema pueden ser consultadas en García Máynez (*op. cit.*).

<sup>125</sup>Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1965, p. 125 y ss.

<sup>126</sup>*Idem.*, p. 125.

<sup>127</sup>*Idem.*, p. 126.

<sup>128</sup>*Idem.*, pp. 126 y 127 respectivamente.

<sup>129</sup>*Idem.*, p. 126.

jurídica, significa que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de alguna manera el contenido de normas jurídicas.<sup>130</sup> El contenido de estas normas sólo se relaciona con los actos de conducta humana y no con las personas en sí. Llega, pues a la conclusión de que la persona es un “concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto”.

Una vez establecida la noción de persona o sujeto de derecho, se pasará a revista a cuáles eran éstos en los textos que se han venido consultando.

El primer autor, como en otras ocasiones, será Álvarez,<sup>131</sup> a pesar de que lo que sobre los sujetos del derecho dice, era aplicable más a la época colonial que a la posterior a la Constitución de Cádiz.

Establece la distinción entre *hombre* y *persona* en los siguientes términos:

*Hombre* es “todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano” y, *persona* es el “hombre considerado con algún estado”.

También distingue entre *naturales* y *extranjeros*, los primeros son “los que se miran con los respetos de traer su origen de una misma nación” y, los segundos, son “los que no tienen su origen en esta nación”.

Mucho más completo es lo que se dice en las diversas versiones del Sala.<sup>132</sup>

Las distinciones que en ellas se contienen son las siguientes:

### *Sujetos de derecho civil*

De acuerdo con el estado natural hay:

- nacidos y por nacer,
- varones y mujeres,
- mayores de edad (25 años cumplidos) y menores de edad (menores de 25 años),
- infantes (menores de 7 años),
- impúberes o pupilos (menores de 12 años las mujeres y de 14 los hombres).

De acuerdo con el estado civil, encontramos varias distinciones:

a) Desaparece la división tradicional romana de *esclavos* o *siervos* *libres* y *aforrado* (manumitidos) y *libertos*. El 13 de julio de 1824 se

<sup>130</sup> *Idem.*, p. 127.

<sup>131</sup> Álvarez, José María, *Instituciones...*, pp. 65-68 y 82-89.

<sup>132</sup> Las ediciones del 1831, 1845 y 1870 contienen los mismos conceptos sobre el tema.

prohibió para siempre el comercio y tráfico de esclavos en toda la República.<sup>133</sup>

b) Por el decreto de 2 de marzo de 1826, desapareció también la distinción entre *nobles* y *plebeyos*.

c) Los *seglares* y *eclesiásticos* quedaban sujetos a sus propias autoridades y leyes, como antes de la Constitución Federal (artículo 145 de la misma, 1824). Además, estaban exentos de cargas personales.

d) En la distinción entre *vecinos* y *moradores* y *no vecinos* y *transeúntes*, la edición de 1845 difiere un poco de las otras versiones. Remito en primer término a las ediciones del 1807, 1831 y 1870 y en segundo, a la de 1845.<sup>134</sup>

*Vecino* era el que habitaba en algún lugar y era tenido y reputado como vecino en la estimación del pueblo. Se requería un lapso de 10 años para adquirir esta categoría; si la estancia en el lugar no era de 10 años, debían darse fiadores de que se permanecerían en el lugar los 10 años. Los vecinos debían pagar derechos vecinales y sólo ellos podían ocupar los cargos y empleos del ayuntamiento. A más de la calidad de vecino, se requería que fueran naturales del lugar. Después de la Independencia, la vecindad para obtener cargos públicos se redujo a 2 años para los mexicanos y aparentemente subsistieron los 10 años para los extranjeros.

*Transeúntes* eran los que vivían o se hallaban en un lugar de paso o sin ser vecinos de él.

En la edición del 1845,<sup>135</sup> la distinción es entre *habitantes*, *ciudadanos* y *vecinos*.

*Habitantes* eran los hombres de toda la nación o sociedad y se identificaban por el uso de la lengua común. (Constitución de 1824: Todos los que residen en puntos que la República reconoce por su territorio; lo mismo decían las Bases Constitucionales en el artículo 7, título 2).

*Ciudadano* era el hombre con respecto a la sociedad de que es miembro, y en la que tenía derecho de habitación perpetua. Todos los miembros de la sociedad civil, que ligados a ella por ciertos deberes y sometidos a su autoridad participaban con igualdad de las ventajas, eran ciudadanos.

Los ciudadanos eran de dos clases { ciudadanos por naturaleza  
ciudadanos por naturalización

<sup>133</sup> En la edición del Sala de 1807 se alude todavía a la servidumbre existente de Indias conocida como *gañanería* (o sea, los indios que nacían en las haciendas o fincas rústicas y pasaban al nuevo dueño de la hacienda en caso de que ésta se vendiera).

<sup>134</sup> Sala, 1807, vol. I, pp. 18-32; Sala, 1831, pp. 42-54; Sala, 1845, pp. 259-274

<sup>135</sup> Sala, 1845, vol. I, Lección 4, título 2o.

Los hijos legítimos y naturales eran ciudadanos del domicilio del padre y los espurios del de la madre.<sup>136</sup>

Para ser ciudadano se requería tener 18 años si se era casado y 21 si se era célibe, a más de una renta anual de 200 pesos procedente de capital físico, industria o trabajo personal honesto. Esto restringía la calidad de ciudadano a las clases de cierto poder adquisitivo, con lo cual las de menor capacidad económica quedaban fuera de esta calidad.

En el 1850, además se requería que supieran leer y escribir, con lo cual se restringía aún más la posibilidad de ser ciudadano. Se suspendió también la ciudadanía a los que estaban en el estado de sirviente doméstico,<sup>137</sup> de interdicción legal y pronunciamiento judicial.

Por lo que respecta a los *vecinos*, se dice que es el ciudadano, con respecto a la provincia y aún a la ciudad, villa o lugar, donde reside o ejerce su modo de vivir.

e) La última distinción, y en ésta sí coinciden todas las ediciones citadas, es entre *naturales* y *extranjeros*. Quizá por obvia omiten la definición de los primeros y en cuanto a los segundos señalan las restricciones que tenían para la adquisición de propiedades territoriales rústicas. En todo lo demás tenían los mismos derechos que los naturales.

Se agregan aquí los *naturalizados*, que eran los que se hallaban en la República el día 24 de febrero de 1822. El decreto de 14 de abril de 1828 señalaba los requisitos para que se naturalizaran los extranjeros. Tenían los mismos derechos que los mexicanos y podían obtener todos los empleos y cargos públicos, menos presidente o vicepresidente; secretarios del despacho; individuos de la Corte de Justicia, salvo los nacidos en la América antes española con 5 años de vecindad; obispos ni jueces.<sup>138</sup>

En la edición del *Febrero mexicano* de 1834,<sup>139</sup> se dice que los sujetos de derecho civil son según el estado civil:

1. *ciudadanos*, en sentido lato y *extranjeros*
2. *vecinos* de algún pueblo y *transeúntes*
3. *eclesiásticos* y *legos*.
4. *militares* y *paisanos*
5. *ciudadanos*, en sentido estricto y *no ciudadanos*

<sup>136</sup> Los hijos espurios eran los nacidos de mujer pública o ramera, los adúlteros o nacidos de adulterio, los incestuosos o nacidos de personas con parentesco de consaguinidad o afinidad y los sacrílegos o sea, los habidos por clérigos.

<sup>137</sup> De cualquier manera pocos habrán llenado el requisito de la renta anual de 200 pesos y menos habrán sabido leer y escribir.

<sup>138</sup> Respectivamente, arts. 76, 121 y 125 de la Constitución de 1824, Ley de 17 de febrero de 1830, art. 1o. y Ley de 14 de octubre de 1828, art. 4o.

<sup>139</sup> Vol. I, p. 32 y ss.

Agrega otras formas de distinción: *pródigos moralmente* y los *pródigos jurídicamente* y los *alieni juris* o hijos de familia sujetos a la patria potestad y los *sui juris* o sea, los libres de toda patria potestad o padres de familia.

De acuerdo con todo lo anterior, se puede llegar a la conclusión de que la legislación posterior a la Independencia no estableció una igualdad jurídica total entre todos los habitantes de la República. Esto puede deducirse de la serie de restricciones que por razones económicas se imponen. La falta de capacidad jurídica, por estas razones, persistió, aunque en la ley se habían borrado las distinciones por el origen étnico y se había proclamado que todos los mexicanos eran iguales.

#### VI CLASIFICACIÓN DEL DERECHO DE ACUERDO CON LOS AUTORES DE LA ÉPOCA

El concepto que se tenía del derecho civil en el siglo XIX, obedecía a la tradición jusnaturalista que imperó durante la época colonial y los años siguientes a la Independencia. En función del fenómeno de la *concesión*, al que se ha hecho referencia en páginas anteriores, el derecho que imperaba en México era el de su metrópoli, el cual desde el punto de vista filosófico era el derecho natural. Sobre este punto no hay discrepancia. Todos los autores hasta el último tercio del siglo XIX, liberales o conservadores, se adhieren sin dudas de ninguna especie a esta corriente del derecho.

Durante la época de la colonia, la Iglesia había adquirido una posición muy importante, en lo económico y en lo político. A lo largo del siglo XIX defendió sus fueros y privilegios apoyando a los grupos que no pretendían arrebatarlos. Su participación en muchos de los actos de la vida civil fue cuestionada por los grupos liberales.<sup>140</sup>

A estos grupos se les deben —entre otras cosas— los intentos que se hicieron por formar una legislación civil que no fuera una simple modernización de las leyes españolas, sino que implicara un cambio completo en la relación Iglesia-Estado, emulando las leyes francesas representadas fundamentalmente por el Código Civil de Napoleón.<sup>141</sup>

Los intentos que se hicieron no fructificaron sino hasta 1870. Así pues, junto a ellos, durante los primeros 49 años de vida independiente, encontramos los tratados de los estudiosos, inspirados fundamen-

<sup>140</sup> Vid., González, Ma. del Refugio, "Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México", en este mismo volumen.

<sup>141</sup> *Idem.*

mente en la tradición hispana, basada a su vez en la tradición romano-canónica.<sup>142</sup>

Dentro de esta corriente, Álvarez<sup>143</sup> define al derecho como el conjunto de leyes y según la calidad de que éstas sean, lo es también el derecho que constituyen. Para este autor, el derecho natural está constituido por las leyes naturales, el divino por las leyes divinas y el civil por las civiles.

Para él, la ciencia del derecho civil es la que se llama jurisprudencia y “es una ciencia práctica de interpretar bien las leyes y de aplicarlas a los casos ocurientes”.

La jurisprudencia es una *ciencia práctica* “porque no aprendemos el derecho para hacer de él una mera especulación, sino para ponerlo en práctica...”

Distingue entre derecho público y privado.<sup>144</sup> El primero comprende los negocios públicos (derechos de los príncipes acerca de la guerra y de la paz, de las embajadas y de las alianzas). El público es, pues, el que dispone y arregla el estado y derecho de las repúblicas y el privado es aquel que pertenece a la utilidad inmediata de cada uno de los privados (ciudadanos).

La primera división del derecho, según este autor,<sup>145</sup> es humano y divino. El primero constituido por las leyes impuestas por los hombres y el segundo por las leyes establecidas por Dios.

<sup>142</sup> Siguiendo a Merryman (*The civil law tradition*, Stanford 1969), se puede decir que dentro de la tradición romano-canónica el derecho se divide en público y privado, el civil incluye el derecho de las personas; la familia, la herencia, la propiedad y las obligaciones, que es a grandes rasgos lo que cubrían las Institutas de Justíniano y los códigos civiles del siglo XIX.

Los países de tradición jurídica romano-canónica reconocen como fuente del derecho, además de la legislación escrita y los preceptos administrativos, a la costumbre. Esto que ha sido una tradición importante, ha ido disminuyendo paulatinamente (p. 24). En la época que comprende este trabajo, la costumbre todavía ocupaba un lugar fundamental como fuente del derecho.

El Código Napoleón de 1804, arquetipo de casi todos los códigos de los estados occidentales en el siglo XIX, tiene una gran influencia de los 3 primeros libros de las Institutas de Justiano y del *jus commune* de la Europa Medieval (pp. 11 y 12).

El elemento canónico de la tradición romano-canónica es el derecho canónico de la Iglesia Católica Romana, que fue la ley universal del dominio espiritual, asociada a la autoridad del Papa (pp. 11 y 12).

A pesar de que tanto el derecho civil como el canónico tenían su jurisdicción específica, frecuentemente las jurisdicciones se ampliaban y mezclaban. Así, los tribunales eclesiásticos ejercían jurisdicción civil sobre toda la materia de familia, sucesiones y algunos tipos de delito. Paulatinamente, en virtud de los cambios de las relaciones Estado-Iglesia, los tribunales civiles fueron absorbiendo más materias civiles (pp. 11 y 12).

<sup>143</sup> Álvarez, José Ma., *op. cit.*, vol. I, p. 32.

<sup>144</sup> *Idem.*, p. 43.

<sup>145</sup> *Idem.*, p. 46 y ss.



A su vez, el divino se divide en *natural*, que es el que se conoce por la recta razón y *positivo* o sea, el que por sola la revelación o escritura nos es manifiesto.

El *natural* es el conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios a todo el género humano por medio de la recta razón y es inevitable.

El *derecho de gentes* es el mismo derecho natural aplicado a la vida social del hombre y a los negocios de las sociedades y de las naciones enteras. Explica que no se trata de dos derechos divinos, sino uno mismo. El natural se aplica a los negocios y causas de las sociedades o de las naciones.

El *derecho divino positivo* es aquel que ha sido promulgado por las sagradas letras y que no se conoce por sola la recta razón.

Finalmente, divide al *derecho humano* en *canónico* y *civil*. El primero es el que se ha establecido por los sumos pontífices y por los concilios para el gobierno de la Iglesia y, el segundo, es el que han constituido por sí o por sus jefes, cada uno de los pueblos absolutos e independientes para conseguir los fines de la sociedad. Cada nación establecerá normas que tendrán que respetar sus habitantes.

El segundo —*civil*— se forma por el escrito o sea, el que ha sido promulgado y el no escrito, es decir, el que no lo ha sido. La promulgación puede ser por escritura, voz de pregonero o cualquier otro modo. El no escrito es el que se introduce con un consentimiento tácito de las supremas potestades y sin preceder promulgación.

Álvarez señala que la ley es el escrito y siguiendo a las Partidas dice que la ley es el precepto general de la potestad suprema intimidando a los súbditos, para que arreglen sus acciones a él (L.4.T.1.P. 1).

Apunta <sup>146</sup> que el *derecho público* es el que dispone y arregla el estado y derecho de las repúblicas, y que el *privado* es aquel que pertenece a la utilidad inmediata de cada uno de los privados (sic).

La justicia civil (que es la contraria de la justicia moral) es aquella que hace al hombre arreglar sus acciones externas a las leyes, pero sin que éste nazca de amor a la virtud ni de rectitud, de juicio, sino por miedo a la pena.<sup>147</sup>

Antes de revisar este mismo tema en otros autores de la época y en función de que con muy ligeras variantes le dan al mismo tratamiento, es necesario repetir que al definir el derecho civil los autores mexicanos siguen la corriente europea imperante. De ahí que se haga necesario explicar brevemente qué ha significado *derecho civil*.

El concepto de derecho civil atraviesa en Europa por diversas etapas, por lo que a su definición se refiere. En México, sucede lo mismo,

<sup>146</sup> *Idem.*, p. 44.

<sup>147</sup> *Idem.*, p. 3.

pero solamente en cuanto a lo que correspondería a su última etapa de evolución, es decir, la previa al movimiento codificador que establece la definición de derecho civil que manejamos actualmente.

Thieme<sup>148</sup> dice que *jus civile* significa derecho estatal, derecho legislado o derecho positivo. Ferrandis Vilella,<sup>149</sup> por su parte, explica que el derecho civil sufre diversas transformaciones en cuanto a lo que el término significa. Durante el primer período de romanización de España, apenas se separa su contenido del romano. Posteriormente en el medievo no es más que el derecho romano justiniano, para poder diferenciarlo del canónico. En plena Edad Moderna la definición del derecho civil sigue dentro de la línea romana —influencia de Soto—. Otros autores (Suárez, por ejemplo) lo conciben como un derecho positivo estatal y lo distinguen de la ley positiva canónica.

En el siglo xviii seguía identificado con el derecho romano y en ese mismo siglo se produce finalmente la separación entre derecho civil y romano, y otro hecho muy importante, la separación del privado y del público. Este fenómeno significa que pasa a ser derecho privado y derecho nacional.

En España se identificará en adelante al derecho civil con el privado. La separación entre el público y el privado favoreció la desvinculación del civil y el romano. Este proceso se realizó lentamente. Primero hay una reacción en contra del derecho romano; ni siquiera desean que se enseñe en las Universidades. Derecho civil significaba derecho romano y derecho real era el derecho español.

La primera mención al derecho civil ya desvinculado del romano, se encuentra en las *Instituciones del derecho civil de Castilla*, de Jordán de Asso y de Manuel; sin embargo, su idea del derecho civil dista aún de la nuestra. La tesis de ambos autores sigue de cierta manera a la idea romana de que el civil es el que cada pueblo constituye para sí,<sup>150</sup> de ahí que para ellos el civil sea el que dicta el rey o sus órganos delegados, por eso en los textos de *Instituciones* todavía se incluían materias que, posteriormente, habrían de formar parte del derecho penal, el incluso del administrativo.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> Thieme, Hans, "El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo xvi para el desenvolvimiento del derecho natural", en *Revista de Derecho Privado*, año XXXVIII, No. 5, 448-449, Madrid, Julio-Agosto, 1954, p. 599.

<sup>149</sup> Ferrandis Vilella, José, "Formación histórica del concepto de derecho civil", en *Estudios de Deusto*, Segunda Epoca, vol. 18, Fasc. 39-41, Enero-Diciembre, 1970, Bilbao, p. 439 y ss.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> Para ver la evolución de la lucha entre el derecho real y el romano, el significado de ella en América y el contenido de los textos de *Instituciones*, debe verse el estudio de Jorge Mario García Laguardia y Ma. del Refugio

Añade Ferrandis Vilella<sup>152</sup> que no es sino hasta la iniciación del movimiento codificador, que la separación se produce de manera definitiva. En general, los autores de la época están de acuerdo en la evolución paralela que siguió en España y en México, el concepto de derecho civil.

Pero para seguir con el tema que nos ocupa, volvamos a las diferencias entre los distintos derechos. Se ha citado primero a Álvarez por ser el que nos presenta un mejor panorama y porque incluye todo el derecho civil que se aplicó durante la época colonial, ya que trató de hacer un esquema general para enseñar su curso de Instituciones en la Universidad de Guatemala, los demás autores siguen en términos generales las mismas líneas que Álvarez, pero éste es más claro en muchos aspectos, quizá porque escribió para los jóvenes.

La estructura de todos los libros consultados es la misma, excluyendo el *Nuevo febrero*, que omite toda la introducción a que recurren los demás autores y entra directamente al tema de la definición y caracteres de la ley. Su definición de derecho civil es más moderna que las demás:

El derecho civil declara los derechos y obligaciones de los hombres en las diferentes condiciones de la vida privada, y fija los modos de adquirir, conservar, recobrar y perder los primeros y los medios de hacer eficaces las segundas.

Como en los otros autores consultados aquí se explica también que el derecho civil y el penal tienen por fuente a la ley y a la costumbre.

En *Febrero mexicano*,<sup>153</sup> el autor sigue la división del derecho en *divino* y *humano*, el primero es la colección de reglas o leyes dictadas por Dios y el segundo, las establecidas por los hombres.

El derecho *divino* comprende al *natural* y al *positivo*. La definición del primero la toma de las Partidas "El que han en sí los omes naturalmente é aun las otras animalias que han sentido", (al igual que Sala). Señala, asimismo (coincidiendo también con Sala), que esta definición tomada de Ulpiano y repetida por Justiniano es impropia, ya que los animales no pueden regirse por derecho.

El *derecho natural* es el que "Dios ha promulgado a la especie humana por medio de la recta razón". Este sería el que deduce el hombre de la observación de sus necesidades de acuerdo con su naturaleza, es decir, de su vida misma y se presume que es dictado por Dios.

González, "Significado y Proyección Hispanoamericana de la obra de José María Álvarez", que procede a la reedición de dicha obra, UNAM, (en prensa).

<sup>152</sup> Ferrandis Vilella, *Op. cit.*, p. 439 y ss.

<sup>153</sup> *Febrero Mejicano*, Vol. I, p. 1.

Más adelante, explica<sup>154</sup> que el *derecho natural* arregla también la conducta de las naciones o estados independientes entre sí y se llama entonces *derecho de gentes*.

El autor del Febrero Mexicano le señala al derecho natural cuatro características: 1ª la universalidad en cuanto a su obligación, porque es común a todo el género humano; 2ª la evidencia de sus principios, por la que no pueden ignorarse invenciblemente; 3ª su excelencia respecto de las leyes humanas, pues es la fuente y origen de todas ellas y, 4ª su inmutabilidad propiamente dicha, pues de su alteración resultaría la del orden de la naturaleza.

*Derecho positivo* es aquel que Dios ha querido manifestar a los hombres por medio de la revelación.<sup>155</sup>

En este orden de ideas, las diferencias entre el derecho natural y el derecho positivo, serían como sigue:

1º El natural se conoce por sola la razón y el positivo por la revelación; 2º el uno es absolutamente necesario y de tal suerte unido con la recta razón que se manifiesta a todo el que quiera usar de ella; el otro, por el contrario, depende de la libre voluntad de Dios y acerca de muchos asuntos se ignoraría la justicia, si la Sagrada Escritura no la declarase; 3º el natural es inmutable, no así el positivo, que se acomoda, a veces, por utilidad de los hombres, al estado en que se encuentran.

Divide el *derecho humano* en *civil y canónico*.<sup>156</sup> *Civil* es el que ha establecido cada pueblo por sí o sus representantes, para arreglar los derechos y deberes de sus individuos y conseguir los fines de la sociedad; *canónico* es la colección de reglas establecidas por la Iglesia sobre puntos de fe o de disciplina eclesiástica, el objeto de este derecho es arreglar la conducta de los hombres para conducirlos a la eterna bienaventuranza, no por fuerza, sino de grado y buena voluntad.

La diferencia del civil con el natural y el de gentes estriba en dos cosas: 1ª en que éste no es como aquél propio de una sola nación o república, sino común a todo el género humano; 2ª en que las cosas mandadas o prohibidas por el natural son buenas o malas absolutamente y las que contiene el civil en sí, no son torpes ni honestas, pero comienzan a serlo desde que se preceptúan o vedan por exigirlo así la utilidad pública, de aquí dimana que el uno sea invariable, a la vez que el otro sufre muy frecuentes mutaciones.

Al igual que los otros autores, divide el derecho civil en *escrito y no escrito*. El escrito es el que ha sido promulgado; el no escrito es

<sup>154</sup> *Idem.*, p. 4.

<sup>155</sup> *Idem.*, p. 4.

<sup>156</sup> *Idem.*, pp. 4 y 5.

aquel, que sin promulgación y sólo por el uso, se introduce en la República, recibiendo su confirmación del consentimiento tácito del legislador; aunque después, para conservar su memoria, se reduzca a escritura.

También divide al civil en *público* y *privado*. Público es el que tiene por objeto determinar el orden general del Estado, estableciendo la forma de gobierno y prescribiendo las obligaciones y derechos de los que mandan y de los que obedecen y privado es el que se dirige a arreglar los intereses y negocios de los particulares que componen el Estado.

En una nota el autor señala que no siempre tiene el mismo significado la voz *derecho público*, a veces se llama así por traer su origen de la autoridad pública, en este sentido todo lo contenido en las leyes es derecho público y se entiende entonces por privado, el que cada particular adquiere para sí en las convenciones y contratos.

Se da también el nombre de público al derecho común a todos los ciudadanos de un estado, a diferencia del derecho particular o privilegio que compete a una sola persona.

Para el autor del Novísimo Sala,<sup>157</sup> también el *derecho civil* es el que ha establecido cada pueblo para el arreglo de los derechos y deberes de sus individuos o sea, el conjunto de las leyes que cada nación tiene establecidas para la administración de los intereses generales del Estado y para todo lo relativo a la extensión y ejercicio de los derechos o facultades particulares de cada uno de los individuos. Llamam *derecho civil* al derecho particular de cada pueblo o nación, por contraposición, al *derecho natural* y al de *gentes*, que son comunes a todas las naciones. También se dice derecho civil el conjunto de leyes que recaen solamente sobre las materias civiles (penal, militar, político, eclesiástico).

A veces se entiende por *derecho civil*, el romano, por la generalidad con que fue adoptado.

El *derecho civil* puede ser *escrito*, el promulgado por el legislador o sea la ley y *no escrito*, la costumbre.

Sala,<sup>158</sup> siguiendo a Ulpiano, dice que “el derecho es en su acepción natural, el deber que resulta o la relación que nace en las acciones para ser de tal o tal manera...”

Tiene por el uso, otras acepciones: sinónimo de ley o leyes, o colección de leyes de un mismo género; natural, de gentes, civil.

La definición del *natural* está inspirada en la ley 2ª, tít. 1º, P. 1. “El

<sup>157</sup> *Novísimo Sala Mexicano*, con notas de Lacunza, corregido por Manuel Dublán y Luis Méndez, 2 vol, 1870, p. 29.

<sup>158</sup> Sala, Juan, *Sala Mexicano, o sea, la Ilustración del Derecho Real de España*, 4 vol. México, impresa por I. Cumplico, 1845, vol. I, p. 232.



que han en si los homes naturalmente é aun las otras animalias que han sentido”.

El *de gentes* es un derecho comunal de todas las gentes, el cual viene “a los homes, e non a las otras animalias”.

*Civil* es el establecido por los hombres comprendiéndose en esta parte el canónico.

El autor señala que la división es exacta, pero que ha sido reprobada en cuanto a la separación de las especies y a la aplicación de cada una de ellas, pues el natural supone una razón que los brutos no tienen. Agrega que el derecho de todas clases no tiene más objeto que el hombre y en éste tienen lugar las diversas denominaciones de derecho natural, derecho de gentes y derecho civil.

La idea de considerar a los animales como sujetos de derecho es muy antigua, la encontramos en todos los derechos primitivos<sup>159</sup> y en la tradición jurídica de todos los pueblos aunque no sean primitivos. De cualquier forma, la costumbre se pierde y es solamente en algunos lugares, apartados de la influencia directa de las doctrinas jurídicas modernas, que ha permanecido. Alcalá-Zamora<sup>160</sup> refiere algunos de estos casos en pleno siglo xx.

En Sala,<sup>161</sup> al igual que en los otros autores citados, se encuentra la definición tradicional de *derecho civil*: el que las naciones han establecido por sí • por sus jefes, para conseguir los fines de la sociedad o sea, la felicidad temporal de los asociados que nunca debe procurarse sino conforme a la voluntad de Dios, que es el legislador supremo.

La división del civil en *escrito* y *no escrito*, es la que dan los otros autores. El primero es la ley y el segundo, la costumbre legítima (ley 4ª, tít. 1º, Part. 1a.; y ley 4a., tít. 2o., Part. 1a.).

Sobre el *derecho escrito* ya hemos visto que no sólo era el reducido a letras, sino el que ha sido promulgado. Alvarez<sup>162</sup> anota que los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias y otras justicias, tenían facultad de “extender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que están a su cargo”. Esta facultad era usada para poner en ejecución alguna providencia del rey o para hacer observar las leyes que no estaban en uso, o para corregir algún abuso introducido contra leyes. A todas las que señala sólo debía obedecérselas

<sup>159</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1945, p. 509 y Alcalá-Zamora, Niceto, *Enjuiciamiento de animales y objetos inanimados en la segunda mitad del siglo xx*, Sobretiro de la Revista de la Fac. de Derecho en México, Tomo xx, México, julio-diciembre 1970.

<sup>160</sup> Cfr. Alcalá-Zamora, Niceto, *Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados en la segunda mitad del siglo xx passim*.

<sup>161</sup> Sala, Juan, *op. cit.*, p. 236.

<sup>162</sup> Alvarez, José María, *cit. op.* (2o. ed.), vol. I, 57.



si estaban intimadas o publicadas por pragmática, cédula, provisión, decreto, real orden, auto acordado, edicto, pregón o bando de las justicias o magistrados públicos.

Así pues, el derecho escrito comprende todas las posibilidades apuntadas en el párrafo anterior.

Sobre el *derecho no escrito* o sea, *la costumbre*, Sala<sup>163</sup> siguiendo lo que dice la Partida 4, explica que la *costumbre* es el “derecho o fuero que non escripto, el cual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas e en las razones, sobre que lo usaron” y después da su propia definición de costumbre: “Derecho introducido por el uso frecuente y aprobado por el consentimiento tácito de la suprema potestad”.

El pueblo interviene en la costumbre por el uso y el soberano por su tácita aprobación. Si llega a autorizarse un día, se convierte en ley.

Por su parte, Álvarez,<sup>164</sup> quien está de acuerdo con las ideas anteriores, dice que la costumbre debe probarse, pues su introducción es de hecho y tácita, tiene la misma fuerza que la ley, abroga la ley anterior por ser lo mismo que otra ley y no debe ser opuesta a la recta razón o a las leyes divinas.

En virtud de que Carlos V mandó que las costumbres indígenas que no se opusieran a la sagrada religión, se conservaran, destaca la importancia fundamental que tuvo la costumbre como fuente de derecho en la época colonial e independiente.

Ambos autores<sup>165</sup> están de acuerdo en que el tiempo necesario para introducir la costumbre es de 10 años entre presentes y 20, entre ausentes.

Sala<sup>166</sup> agrega que debe ser repetición de actos positivos y no siempre negación del uso, sin omitir la división tradicional de la costumbre:

fuera de la ley  
según la ley  
contra la ley

A pesar de que los autores citados, unos escribieron en España y otros en América, se han puesto juntos en este capítulo no sólo por el paralelismo e identidad de sus ideas, sino porque varias de las ediciones de estos textos vieron la luz en México.

Como puede observarse, todos los autores señalados se inscriben dentro de la tradición iusnaturalista europea. Con matices, la clasificación

<sup>163</sup> Sala Juan, *op. cit.*, vol. I, p. 248.

<sup>164</sup> Álvarez, José María, *op. cit.*,

<sup>165</sup> Sala *op. cit.*, p. 251; Álvarez, *op. cit.*, p. 62.

<sup>166</sup> Sala, *op. cit.*, vol. I, p. 251.

que hacen del derecho es la misma. Dentro de ella, la definición del concepto de *derecho civil* más moderna es la del autor del Nuevo Febrero (1850), ya que no sólo se refiere al derecho de la antigua *civitas*, sino que alude a “las diferentes condiciones de la vida privada” de los miembros de ella. Paralelo al desarrollo de la doctrina que se ha venido mencionando, se halla el fenómeno de la codificación del derecho por áreas sobre la base de los modelos de código napoleónico. Realizada la codificación, los derechos civil, penal, mercantil, y procesal civil y penal, tendrían vida autónoma. La nueva doctrina tomó como punto de partida los códigos nacionales, los anotó, los puso en forma de diccionario, los comparó con otros de distintas latitudes, los concordó, etcétera. Los autores del último tercio del siglo XIX, ya no incluyeron en sus textos las nociones de derecho canónico que hasta aquí se contemplan, y el derecho romano, fue estudiado por separado.

El derecho civil relativo al estado de las personas se volvió laico, el matrimonio fue contemplado como un contrato civil y muchas de las instituciones para la protección de los diversos miembros de la familia desaparecieron en los años que siguieron a la codificación.