

## EL APARENTE TRIUNFO DE LA LEY SOBRE EL DERECHO: MÉXICO, 1840-1940

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

### I. INTRODUCCIÓN

El ascenso de la concepción del derecho como ley o conjunto de normas legales adquiere en los países iberoamericanos una peculiar y trascendente significación, toda vez que la formación de su cultura jurídica hubo de alimentarse con elementos propios y singulares y en un *tempus* diferente al de la formación de la cultura jurídica europea. De esta manera no es lícito asimilar la historia jurídica europea con la iberoamericana, por más que a grandes rasgos y para una inmensa mayoría de juristas y abogados iberoamericanos esto resulte natural, dadas las características de las dogmáticas imperantes en el continente americano desde el siglo XVI —particularmente desde el XIX, con el triunfo de la codificación—, el tipo de ejercicio de las profesiones jurídicas (abogados, notarios, consultores, académicos) la forma y el contenido de la enseñanza del derecho, la experiencia cotidiana del ciudadano común frente al derecho, y, sobre todo, la forma de manifestarse de éste. Habrá que subrayarlo: si bien la cultura y la experiencia jurídicas de las diversas naciones latinoamericanas hoy presentan rasgos y ca-

racterísticas a primera vista idénticos a los de las naciones europeas occidentales, en el trasfondo de ambas y más allá del aparato institucional formal que aparece en la vida cotidiana, subsisten ideas, mentalidades, representaciones, prácticas y concepciones acerca del derecho, de la ley, de la justicia, de la costumbre y del orden que no permiten asimilarlas: por más que durante casi quinientos años textos, autores, catedráticos, periódicos, revistas, legisladores y jueces hayan querido y creído imponer con éxito una idea y unas prácticas comunes en torno a esos conceptos. Las diferencias son notables y marcan dos experiencias frente al derecho surgidas, en parte, de un trasfondo común, pero diferenciadas precisamente por la historia y por la geografía. De aquí que le corresponda al historiador del derecho identificar, develar y valorar los elementos diferenciales entre ambas tradiciones y culturas para darlas a conocer a los juristas dogmáticos en su tarea de construir soluciones eficaces a los problemas surgidos de diversas realidades. No parece exagerado afirmar que uno de los principales pecados capitales cometidos por los juristas iberoamericanos ha sido su incapacidad para reflexionar su propia realidad jurídica, así como haberse dejado deslumbrar tan fácilmente por modelos y prácticas jurídicas surgidas para otras latitudes y en otros tiempos. En este sentido, no parece haber grandes diferencias entre lo ocurrido en el devenir de la historia jurídica iberoamericana y lo acaecido en la historia del arte, en la literatura, en la ciencia, y en la historia de la filosofía, donde todavía estamos esperando el surgimiento de escuelas, corrientes, formas e ideas iberoamericanas que impacten y trasciendan en forma decisiva a la cultura occidental, por más que el

Modernismo, la filosofía de lo americano, el muralismo mexicano, el realismo mágico de las décadas de los sesenta y setenta, y la teología de la liberación, hayan podido enriquecer desde postulados muy originales dicha cultura. La diferencia, sin embargo, es particularmente dramática respecto del pensamiento jurídico donde la tendencia a copiar y seguir servilmente ideas surgidas allende el océano no conoce prácticamente excepción alguna. A mi modo de ver no se ha formado todavía un original pensamiento jurídico iberoamericano, que resulte no tanto del estudio y profundidad del pensamiento jurídico surgido en Europa, sino de éste y de la reflexión acerca de las diversas y peculiares realidades latinoamericanas, de las propias historias jurídicas y de la consideración elemental de no ser iguales.

Grandes consumidores de ideas surgidas en otras latitudes y para otras circunstancias, buenos y malos lectores de autores de otras lenguas y mentalidades, compradores compulsivos de libros que hablan y describen un derecho que no los refleja, ni les sirve en la realidad, los juristas iberoamericanos han olvidado cosas elementales y obvias, obsesionados por ser "modernos", y por asemejarse a europeos o norteamericanos: han olvidado, por ejemplo, que las posibilidades y alcances del *ius commune* en América fueron diversas a las de Europa, toda vez que su llegada coincidió con el fortalecimiento del derecho real, con el debilitamiento de la jurisprudencia medieval reducida ahora a un *mos italicus* tardío, con el ascenso del Estado moderno y de su vocación reguladora, con la crítica humanista que debilitó la base de autoridad de los textos de ese *ius commune*, y con la oportunidad de realizar la utopía

social en un mundo nuevo que implicara borrar historia y realidad. Han olvidado, también, que vastas zonas de América se encontraban densamente pobladas y, algunas, dueñas de unas civilizaciones altamente complejas que les permitieron construir un orden político y social singular y propio así como un derecho que no habría de destruirse ni desconocerse del todo con la llegada de los europeos, particularmente de los castellanos; situación que provocó la existencia de un nuevo orden jurídico caracterizado por la existencia de dos "repúblicas", la de los indios y la de los españoles, ambas regidas por sus propios ordenamientos jurídicos, sólo que –tampoco lo hemos ponderado como se debiera–, la inmensa población era y siguió siendo por mucho tiempo la de la república indígena. En consecuencia, hemos perdido de vista algo que los juristas europeos consideran muy relevante: la vigencia ineludible de unos *iura propria* que precisamente han singularizado el proceso de construcción de una dogmática también propia. En Latinoamérica, apenas de unas dos décadas para acá los juristas locales nos comenzamos a interesar y a percatar de la existencia de esos "iura propria" indígenas que siempre habían estado ahí pero que jamás, absolutamente jamás, habían llamado nuestra atención y que, desde luego, nunca fueron tomados en cuenta a la hora de construir los "sistemas jurídicos" de cada nuevo Estado, dejando fuera del ámbito de los nuevos órdenes jurídicos cualquier idea o institución proveniente de fuera de las corrientes del pensamiento europeo.

Este proceso, sin embargo, afectaría profundamente a millones de personas durante los últimos doscientos años, y beneficiaría únicamente a todos aquellos que

se identificaron con la mentalidad moderna surgida allende el Atlántico.

Esta falta de reconocimiento de lo "propio", de lo singular, aunado al hecho incontrovertible del ascenso del Estado moderno, con toda y su vocación expropiadora, tuvo efectos devastadores en América. Pero en contra de lo que pudiera pensarse a primera vista, no únicamente para la población indígena, sino también para el resto de los habitantes de los inmensos reinos americanos, primero, y, después, para los de las repúblicas modernas surgidas con motivo de la independencia: si a los primeros les significó la imposibilidad de continuar apelando a sus usos y costumbres, tal y como lo habían venido haciendo bajo el dominio castellano, a los segundos les impidió construir unos *iura propria* en América que logran el reconocimiento del Estado en ascenso y, en consecuencia, los dejó a todos a expensas de la decidida acción legislativa de éste, que vio llegar así la posibilidad de diseñar órdenes sociales y políticos sin las ataduras de la historia. Recordemos que los propios castellanos en América no pudieron alegar conforme a unos *iura propria* (como serían los fueros locales) cuyos ámbitos espaciales de vigencia habían quedado en las planicies o montañas castellanas: aquí habrían de someterse –todos– al imperio de la ley, tanto de la proveniente de la Península como de la establecida para América, en lo que se ha llamado el derecho indiano;<sup>1</sup> y si la costumbre por un tiempo continuó siendo una rica fuente del derecho, su destino final estaba marcado desde el

<sup>1</sup> Para un buen panorama de este derecho, véase Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*, 2a. ed., México, MacGraw Hill, 1998.

momento mismo en que el papel y la función de la ley del Estado quedaron reforzados –paradójicamente– con el surgimiento de las concepciones acerca del derecho natural moderno o racionalista. Desde el triunfo de estas ideas, la suerte quedó sellada para la diversidad de fuentes que otrora habían caracterizado la creación del derecho en Iberoamérica: si en Europa comenzaría el periodo que Grossi ha denominado el “Absolutismo jurídico”, en los países iberoamericanos daría comienzo la “dictadura del legislador”, fenómeno de consecuencias terribles para casi toda la población del inmenso continente, dado que supuso, por un lado, la absoluta y total identificación, no sólo por la vía doctrinal sino también por medio de la experiencia, entre derecho y ley, y por otro, la absoluta imposibilidad de continuar invocando la vigencia de derechos diferentes a los establecidos por el Estado a través de sus leyes y decretos, por muy antiguos o presentes que fueran. El derecho natural había dictado una consigna que no habría que desobedecer, so pena de violentar el orden racional natural: el derecho quedaba reducido a leyes, y éstas, como siempre, serían establecidas por el poder político, un poder que ahora estaba en el Estado. Lo contrario sería considerado simplemente irracional.

Con todo y su tendencia legalista y contraria a la existencia en América de derechos propios territoriales para la población criolla y mestiza, el orden jurídico indiano supuso el respeto a otros derechos de tipo personal y a diversas jurisdicciones particulares, además del debido respeto a los usos y costumbres de las poblaciones indias: serían los casos de los derechos canónico y del mercantil, ambos elaborados al margen del Estado.

Sin embargo, la experiencia jurídica americana –forjada a partir del siglo XVI– se inclinará cada vez con mayor fuerza hacia un legalismo radical en principio matizado por el respeto a la costumbre, a la vigencia de esos otros ordenamientos jurídicos, a un *ius commune* muy poco alimentado desde la realidad americana y sometido al imperio de las *repetitiones* y por el propio concepto de ley, sometida siempre a la *ratio*, a la prudencia, y a la equidad, como lo muestra la famosa institución del “obedézcase pero no se cumpla”, mediante la cual el acatamiento de una disposición legal podía ser evitado en tanto se revisara por parte del propio monarca su oportunidad, justicia, y conveniencia. Si bien es posible afirmar que la ley forjaría el mundo jurídico americano, habrá que considerar que dicha ley no se parecerá ni en su origen, ni en sus objetivos, ni en su forma de manifestarse, con los de la ley surgida de la concepción iusnaturalista, triunfante en la codificación y en el constitucionalismo modernos a lo largo del siglo XIX.

Lo singular del caso iberoamericano consiste en que el triunfo teórico del modelo iusnaturalista –como lo llamara Bobbio<sup>2</sup> coincidió con la emergencia del Estado moderno en América, resultado del amplio y complejo proceso de independencia respecto de la Corona española. Es decir, al nuevo papel asignado a la ley por dicho modelo habrá que sumar en esa América española la amplia oportunidad de diseñar por parte de sus elites modernas, desde las utopías políticas y con franco rechazo de la historia inmediata, cualquier número de

<sup>2</sup> Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998 (CP 330).

estados soberanos bajo el imperio de un derecho natural y racional que pusiera fin a diversos ordenamientos jurídicos anclados en la tradición o en la *auctoritas*. Doble *tabula rasa*: con la historia y con el derecho; los nuevos estados independientes se encargarían de asimilar la nueva naturaleza y los nuevos fundamentos de la ley, sobre todo aquellos que les otorgaban el monopolio de la creación del derecho; se trataría, en el fondo, de una auténtica revolución legislativa, llamada en adelante a imponer a estudiantes y profesores, académicos y publicistas, jueces y magistrados, abogados y notarios, y, en general, a los también nuevos ciudadanos, la novedosa y revolucionaria concepción de la ley: aquella que la identifica, sin más, con el derecho.

Proceso de imposición, por un lado, y de exclusión, por el otro, en aras de una pretendida racionalidad del derecho y de una supuesta mayor correspondencia con el orden natural del cosmos. Los siglos XIX y XX serán testigos en Iberoamérica del tremendo costo social y humano que este proceso implicó, y del cual los juristas actuales, guiados por los historiadores del derecho, apenas y comenzamos a darnos cuenta.

Este trágico proceso –para la ciencia jurídica como para la sociedad– se desarrolló lentamente, desde los presupuestos más teóricos y abstractos elaborados desde los siglos XVI y XVII por juristas y teólogos católicos, calvinistas y luteranos, hasta la elaboración de los modernos códigos y constituciones a todo lo largo y ancho del continente americano durante los siglos XIX y XX. No fue un proceso terso y uniforme, por el contrario, enfrentó serias dificultades y evidentes contradicciones; adoptó diversas corrientes y perspectivas y apeló a di-

ferentes fundamentos, más allá de su unívoca vocación por el pretendido derecho natural y su común objetivo por imponer la ley estatal como única fuente del derecho, so pretexto de su mayor racionalidad sobre cualesquiera otras fuentes jurídicas. Por estas razones, el fenómeno debe ser estudiado en cada país y atendiendo a diversas circunstancias históricas, y frente a la variedad de autores que coadyuvaron a su triunfo. No deberá descuidarse, por supuesto, hacer hincapié en el proceso de transición (tal vez nunca acabado en los países latinoamericanos) entre una visión (y una época) y otra, dado que, a mi modo de ver, aquí se manifiestan claves muy importantes para entender la resistencia generalizada de las poblaciones de dichos países para “acomodarse” en el respeto debido a la ley. Hechos como la corrupción, la falta de respeto a las autoridades, la capacidad para darle la vuelta –en formas por demás imaginativas– o para desconocer la ley vigente, las formas tradicionales y vivas de ordenación jurídica –éstas sí muy eficaces–, la existencia de instituciones “alternativas” para la solución de conflictos de toda índole, son sencillamente inexplicables si no se conocen dichas claves, que permitirán, tal vez, ser más indulgentes y comprensivos con nuestras sociedades y no incurrir como la Modernidad ha hecho en el uso de calificativos peyorativos que más que posiciones ideológicas definidas revelan una profunda ignorancia histórica.

No cabe duda que un análisis de este tipo, que pretenda dar cuenta del proceso que llevó a los países de América Latina al, para mí –y por fortuna–, inacabado “absolutismo jurídico”, puede pasar por una variedad de métodos e instrumentos de reflexión: desde el estu-

dio del discurso legislativo, hasta el análisis de la práctica de los tribunales; desde el interés por los diversos planes de estudio destinados a la enseñanza del derecho hasta la reflexión en torno a las ideas contenidas en manuales, textos y monografías jurídicas; desde el conocimiento del discurso de los abogados al de la práctica de los notarios; desde la lectura del expediente judicial al de los símbolos de una época determinada; desde el examen de la prensa diaria al de la caricatura, el teatro, la novela y, por qué no, el cine. En fin, la manera por la cual investigar el proceso que llevó al ascenso, triunfo y decadencia del derecho como ley puede ser objeto tanto de visiones decididamente históricas como de visiones filosóficas o sociológicas y dar como resultado conclusiones que pudieran servir para comprender el evidente proceso de transformación que está sufriendo el derecho dentro de la cultura occidental; tal vez, incluso, pudiera ayudar a renovar la dogmática jurídica actual, en aras de más óptimas, flexibles y justas soluciones a los gravísimos problemas del hombre contemporáneo.

Con motivo de la ocasión que nos brinda el acuerdo celebrado entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho, continuó analizando el proceso que llevó a los mexicanos a identificar al derecho con la ley, ahora a partir del examen de algunos de los primeros libros de filosofía del derecho que fueron publicados en México. Estoy consciente de que este camino no llega a dilucidar por completo las interrogantes que propongo esclarecer: ¿cómo fue que los juristas mexicanos acabaron por adoptar, defender y difundir la concepción del derecho que lo redujo a un conjunto de normas legales promulgadas por el Esta-

do?, ¿cuáles fueren los vehículos de los que se valieron para imponer esta visión al resto de la sociedad?, ¿qué resistencias hubieron de vencer?, ¿de cuáles discursos se valieron?

Las respuestas se pueden encontrar en primer lugar en los libros de derecho escritos y publicados en España, principalmente en los últimos años del siglo XVIII y primeros del XIX, y que fueron difundidísimos en toda América Latina como manuales sustitutivos de los textos del derecho romano: las *institutas* de derecho patrio o nacional; textos sencillos, sin mayores pretensiones que sistematizar el nuevo derecho estatal y que poner cierto orden en la aplicación del complejo mundo de las fuentes jurídicas entonces todavía vigentes, para lo cual resultaba óptimo incluir definiciones claras y sencillas, establecer nítidas clasificaciones y agrupar las instituciones dentro del orden sistemático propuesto por los grandes o por los modestos tratados de derecho natural y de gentes. A estas modernas *institutas* se sumaron los diccionarios y los prontuarios, así como una vasta tarea de publicación de colecciones de leyes y decretos vigentes. Muy tarde, en verdad, aparecerían las monografías relativas a los problemas e instituciones jurídicos nacionales, y, todavía más tarde, los primeros tratados de filosofía del derecho. En consecuencia, el conocimiento de la nueva idea acerca del derecho no se difundió en principio por la vía de textos nacionales, ni menos por la vía de los tratados de filosofía del derecho, o de sus equivalentes, aquellos que bajo los títulos de "Prolegómenos del derecho", "Síntesis del derecho", o "Introducción al estudio del derecho", pretendieron dotar a los aspirantes al foro y a la jurisprudencia del conoci-

miento general, y a la vez elemental, del complicado y vasto mundo jurídico.

Aceptemos, pues, que la nueva conceptualización del derecho llamada a imponerse llegó a México por caminos distintos a los libros de filosofía y que provino en su fase inicial de Europa. No obstante esto, el examen detenido de los libros publicados tanto en México como en el resto de los países iberoamericanos por autores oriundos del Nuevo Continente nos permite determinar con cierta seguridad el grado de originalidad del trasfondo doctrinal de la recepción de las nuevas concepciones, la intensidad de la penetración de autores e ideas surgidos en otra y para otra realidad, así como las relativas aportaciones originales que pudieran hacer los juristas americanos, sin duda el aspecto más interesante de una investigación sobre el pensamiento jurídico latinoamericano.

¿Cómo entendieron el derecho natural los juristas de aquí? ¿Qué versión o versiones del mismo aceptaron? ¿Desde qué presupuestos justificaron el reduccionismo del derecho a la ley? ¿Qué entendieron finalmente por derecho, y qué por ley?

## II. EL DERECHO NATURAL DE CLEMENTE DE JESÚS MUNGUÍA

La publicación de libros propiamente de filosofía del derecho no sólo es manifiestamente escasa en el México del siglo XIX, sino muy tardía. La inestable situación política y social que debido a las guerras civiles, rebeliones e invasiones extranjeras que hubieron de sufrir los mexi-

canos durante los primeros cincuenta años de su vida independiente (1821-1871) impidieron cualquier intento de dedicarse con relativa profundidad y constancia al estudio del derecho y al de cualquier otra disciplina del conocimiento. De aquí que no deje de sorprender que a la mitad del siglo se concibieran y se escribieran en una ciudad de provincia, ciertamente distinguida por un notable pasado cultural, los primeros libros de filosofía del derecho propiamente dichos escritos por un jurista mexicano, en este caso jurista y sacerdote; el entonces rector del Seminario de San Pedro de la ciudad de Morelia, capital del estado de Michoacán, el Lic. Clemente de Jesús Munguía (Los Reyes, 1810-Roma, 1868), autor de diversos textos para el uso de los estudiantes del mencionado seminario conciliar: un *Curso de jurisprudencia universal* (1846), un *Derecho natural* (1849), y unas *Instituciones canonicas* (1851) entre otras muchas publicaciones de contenido moral, teológico, filosófico, político, religioso e histórico-pedagógico. Munguía llegaría a ser consagrado años después obispo de Michoacán y le correspondería hacer la más vehemente defensa de los derechos de la Iglesia Católica frente al Estado liberal en los difíciles años de la Reforma y de la Intervención francesa (1856-1862). La obra sin duda más interesante para conocer la concepción del derecho de este abogado y sacerdote son los cuatro tomos publicados en la Ciudad de México en 1849 bajo el largo título de *Del Derecho natural en sus principios comunes y en sus diversas ramificaciones, ó sea, curso elemental de Derecho natural y de gentes, público, político, constitucional, y Principios de legislación*, obra escrita "para el uso de los cursantes de derecho"

del mencionado instituto docente, por órdenes del obispo Juan Cayetano Portugal.<sup>3</sup>

Dueño de una extraordinaria cultura jurídica tanto canónica como secular, que lo llevó a conocer a los principales tratadistas europeos de los siglos XVII y XVIII como Grocio, Puffendorf, Rayneval, Macarel, Mably, Vatel, D'Aguesseau, Montesquieu, y, principalmente Domat, la concepción del derecho que defendió y difundió Munguía nos revela las tensiones surgidas en el pensamiento jurídico mexicano con motivo del impacto de la Modernidad; si por un lado se aferra a mantener una visión del derecho, de la ley y de la justicia asentada en una Jurisprudencia Universal de origen divino, por otro acepta plenamente la visión sistemática y legalista que se deriva de romper con una idea del derecho anclada en las cosas, en la realidad de los problemas humanos, y, en consecuencia, en la tónica que apela a diversos ordenamientos para encontrar una solución adecuada, prudente y justa más allá de pretender realizar la voluntad de un legislador. La idea central que campea en todo el texto del rector michoacano es la de un Dios legislador que ha promulgado una primera ley universal de la cual han de partir todas las demás, sean las que se refieren a los deberes del hombre para con Dios, sean las relativas a las obligaciones para consigo mismo, o las referidas a los deberes para con los demás hombres. Esta suprema y primera ley la formuló de la siguiente manera: el hombre debe "amar a Dios sobre todo, debe amar-

<sup>3</sup> México, Imprenta de la Voz de la Religión, 1849, 4 tomos. He utilizado la edición facsimilar publicada por la Suprema Corte de Justicia y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2005, con estudio introductorio de Faustino Martínez Martínez.

se a sí mismo, debe amar a los demás hombres, como a sí mismo". Esta ley, "merece tal nombre, porque es la mas general, la mas extensa, la mas fecunda de todas las leyes, y por consiguiente el gran principio de todos los derechos, el vínculo que une y estrecha íntimamente las relaciones del mundo moral, y la verdadera clave de la legislación". Su existencia impone la tarea misma de la jurisprudencia y la misión de los juristas:

"Seguirla en todas sus relaciones; clasificar las leyes que contiene, para inferir de aquí las obligaciones de toda la especie humana; aplicar este derecho divino a las leyes que establece el poder público de la sociedad; recorrer estas otras leyes a la luz de sus principios; relacionar cuanto posible sea, la acción de Dios con la del hombre en el gobierno del mundo, para referir constantemente al fin común y universal los objetos diversos y los fines intermedios de la legislación humana: tal es la noble tarea del Jurisconsulto, y la carrera de la ciencia en su mas grande extensión" (t. I, p. XXIX).

De esta primera ley se derivan las demás, divinas o humanas. Toda ley queda definida como "un precepto común, justo, estable, impuesto por el superior, suficientemente promulgado y completamente sancionado", y quien la establece es el legislador; "si es Dios, la ley es divina; si es el hombre, la ley es humana". La primera es definida como "la razón o voluntad de Dios que manda se conserve y prohíbe se perturbe el orden natural" y se identifica con la ley eterna. El hombre y la humanidad participan de esta ley eterna, "y esta parte de la ley eterna forma para él un todo que constituye

lo que llamamos ley natural", definida como "un precepto con que obliga Dios a los hombres a cumplir los deberes que se derivan de la misma naturaleza de las cosas, y cuya necesidad puede la razón descubrir por sí misma, o bien por otra ayuda". Sea, pues, que Dios obre por voluntad o por razón lo incuestionable es que la ley siempre es resultado de un mandato, lo que, es verdad, no implica novedad alguna; lo novedoso en la cultura jurídica mexicana resultó reducir el derecho a la ley, es decir, a un mandato del legislador. En efecto, Munguía afirmó: "Un conjunto de leyes colocado bajo la influencia de la unidad de un objeto, constituye lo que se llama *Derecho*". De aquí que haya podido hablarse de un derecho divino natural o de un derecho divino positivo, distinción que Munguía supera al proponer la división de lo que él denominó Derecho divino universal, definido como el "gran conjunto de preceptos que Dios ha impuesto a todos los hombres para el gobierno de su conducta, según las relaciones esenciales que ellos tienen entre sí y con la Divinidad", y cuyas características son: divino, natural, universal, inmutable y positivo (t. I, pp. 40-42).

Reducido el derecho a un conjunto de leyes, es decir, de preceptos, bajo la evidente influencia del *Tratado de las leyes* de Jean Domat (Clermont-Ferrand, 1625-París, 1696), (t. I, p. XXIV),<sup>4</sup> no quedaba sino distinguir los dos únicos espacios donde se manifiesta; "los dominios de la naturaleza", que viene de las manos de Dios, y es,

<sup>4</sup> Munguía llega a afirmar que "si el *Tratado de las leyes* de Mr. Domat tuviese la integridad y extensión de un curso completo de Derecho natural, en lugar de escribir una obra nueva, nos reduciríamos a reproducir aquella", *op. cit.*, t. I, p. XVIII.

por lo mismo, "perfecto, universal, absoluto, eterno", y el segundo, constituido por lo que "el individuo y la sociedad han ido estableciéndose por sí mismos, conduciéndose siempre por las ideas primordiales de que son deudores a la naturaleza", que es obra siempre del hombre y, de suyo, "imperfecto, particular, relativo, contingente" (*Idem*, pp. X y XI).

La ley humana, sin embargo, no queda al capricho del legislador pues "los gobiernos han sido hechos para los pueblos, y no al contrario", de aquí que "el derecho de legislar no es otra cosa sustancialmente, que un medio concedido por Dios a los gobiernos, para que cumplan la obligación que les ha impuesto de hacer felices a los Estados"; las leyes, en consecuencia, no deben ser arbitrarias sino estar sujetas "a un conjunto de reglas que constituyen el sistema de la legislación"; sistema fundado en última instancia en la primera ley universal (t. I, pp. 92, 93 y 94).

Adentrándose en el estudio de las obligaciones de los hombres entre sí, Munguía buscó el principio fundamental de la legislación civil. Para postularlo, recordó que había primero "un derecho reconocido por la razón común, independiente de cualquiera sistema de legislación", y segundo, "que este derecho universal es el objeto de la legislación civil". Si esta última tenía principios, consecuencias y aplicaciones había que esforzarse por encontrar el "principio común, ley imprescriptible de la unidad, condición esencia de la ciencia". Después de dedicar unas páginas a refutar la supuesta validez del principio de utilidad propuesto por Jeremías Bentham (Londres, 1748-Londres, 1832), propuso como el "verdadero principio de la legislación civil" a la justicia

natural o moral (t. III, pp. 217-226). Justicia cuyos caracteres eran ser infalibles, porque sus principios "son la ecuación lógica y moral de los atributos esenciales y constitutivos del orden, la voz de la naturaleza, y la expresión de la inteligencia y voluntad de Dios"; universales, "porque afectando a la naturaleza humana en su esencia, someten indistintamente a todos los hombres", unos, "porque reconocen un mismo principio, se desarrollan por unos mismos medios, y se identifican en el fin común de la humanidad", perpetuos, "porque no pueden prevalecer contra ellos [...] ninguno de los accidentes pasajeros o vicisitudes varias del hombre o de la sociedad", e inmutables, "porque se fundan en la esencia de las cosas y la esencia de las cosas no está sujeta a mudanza" (t. II, pp. 107 y 108).

Esta visión esencialmente legalista del derecho implicó restarle importancia o desconocer a otras fuentes del derecho que, para la época aún tenían una enorme importancia, sobre todo la costumbre que en México, y en particular en el estado natal del jurista sacerdote, uno de los de mayor población indígena, seguía determinando la vida cotidiana de hombres, pueblos y comunidades. En efecto, el derecho natural se refiere en contadas ocasiones a esta fuente del derecho, una de ellas para afirmar la existencia de dos tipos: las costumbres tácitamente reconocidas por las naciones —que tienen el mismo carácter de leyes—, y las "que no son leyes", pero ejercen un influjo sobre las mismas, ya sea en pro o en contra, llegando incluso a "desprestigiar los códigos", caso este último que habría que evitar; lo que sólo es posible si las costumbres descansan —como la ley— en el principio de moralidad, que, a su vez, no puede descan-

sar en los intereses o en las opiniones sino "en el verdadero Derecho natural y se identifica con la religión". De esta manera, el principio religioso vino a convertirse en el pilar más sólido, universal, invariable y fecundo no sólo de la legislación sino de todo el derecho (t. III, pp. 31 y 32). Otra ocasión en la cual Munguía se refirió a la costumbre es cuando trata el problema de las formas de los gobiernos que pueden estar determinadas por el "Derecho consuetudinario o por el Derecho escrito", siempre, ambos, sujetos al gran principio universal de la justicia (*Idem*, p. 233); incluso tratándose de la Constitución de un Estado, éste ha de aplicar "a sus circunstancias particulares los principios generales e inmutables del derecho constitucional" (t. I, p. XLVII).

Para el célebre eclesiástico michoacano, el derecho humano comprendía tres tipos de leyes, atendiendo al tipo de relaciones de todo el cuerpo social; leyes civiles (que comprendían los "códigos" civiles —que incluyen tanto el derecho privado como el derecho público— los penales y los procesales), leyes políticas (relativas a las relaciones entre las naciones y los derecho de los extranjeros) y las leyes religiosas (las leyes que protegen la libertad de la Iglesia, las que garantizan su propiedad y las relativas a su inmunidad). Todas tenían un objetivo común: "llenar los fines del Derecho natural", que "sólo comprende lo evidente y lo justo". Por esta razón, porque en la vida humana aparecen hechos o eventos que no siempre remiten con claridad a la luz de la razón natural, y porque en la "carrera de la vida individual y política se presentan acciones diferentes que no pueden ajustarse a las reglas inmediatas de la justicia natural", ni la verdad se nos aparece como evidente,

Munguía hubo de aceptar la necesidad de "atenerse a lo probable", y por reconocer que "lo de circunstancias, que siempre varían, no puede regirse por la justicia inmediata" habría que estarse al "cálculo prudente de la conveniencia pública". De esta forma, la concepción legalista del jurista y canonista michoacano hubo de ceder a la posibilidad de un derecho natural insuficiente. "La probabilidad y la conveniencia -afirmó-, que no están contenidas en el Derecho natural, son, digámoslo así, la materia que Dios ha querido dejar a la acción laboriosa del entendimiento humano". Ventana abierta a un mundo no contemplado por su férrea y cerrada concepción sistemática del derecho (t. I, pp. XLV-XVLI).

### III. EL DERECHO ROMANO ENTRA AL DEBATE

El año de 1897, José Hilarión Romero Gil (Mascota, Jal. 1822-Guadalajara, 1899), dio a conocer en la ciudad de Guadalajara, capital del estado de Jalisco, unos *Principios de Legislación Universal*, que no fueron otra cosa que extractos de máximas tomadas del *Codex*, del *Digesto* y de la *Instituta*, colocados alfabéticamente y publicados tanto en latín como en castellano. En esta obra se asume todavía la defensa del derecho romano como expresión de una filosofía del derecho útil para la formación de los códigos modernos y, en este sentido, sustitutivo tanto del derecho natural como de los principios universales de la legislación positiva preconizados por el sociologismo jurídico en ascenso.

Al presentar su trabajo, refiriéndose a la "juventud estudiosa" de la ciencia de la jurisprudencia, Romero Gil afirmó:

"veo con sentimiento que se dedica a conocer el texto de los códigos nacionales, despreciando el derecho romano, donde se contienen los principios filosóficos que han servido para la formación de los códigos modernos, y sin el conocimiento de estos principios no podrán ser unos jurisconsultos, sino abogados dogmáticos, que se los nombra así a los que sólo conocen el texto de la ley, sin saber el principio de donde emana y todas sus relaciones. Como en las Pandectas están las doctrinas y decisiones de los jurisconsultos, y éstos se fundaban para establecerlas o darlas en algún principio de equidad, se ven sus resoluciones, proposiciones ó juicios generales de verdad y justicia, a los que doy el nombre de axiomas o principios, y al establecerlos los he entresacado de esa grande obra..." así como del Código y de la Instituta de Justiniano.<sup>5</sup>

Subrayo la necesidad expresada por este autor de conocer los principios de una "legislación universal", que diera cuenta del fundamento de las leyes así como de todas sus relaciones. El derecho romano se ponía, de esta forma, al servicio de la legislación, tal y como por esos mismos años la historia del derecho quedaba reducida a una historia de la legislación o de los "códigos" en las obras de autores como el francés Jean Louis Eu-

<sup>5</sup> *Principios de Legislación Universal*. Guadalajara, I, García y Compañía, 1897, pp. V y VI. Lamentablemente no he podido tener a la vista el libro de este autor dedicado a la *Filosofía de las leyes o criterio del derecho, dividida en dos partes*, publicado en Barcelona y México por V. Torrens en 1894, obra cuyo título es por demás significativo.

gene Lerminier (1803-1857), o el campechano Gregorio Castellanos (Campeche, 1854-San Juan Bautista, 1906).<sup>6</sup>

#### IV. LA OBRA DE JACINTO PALLARES

Cincuenta años después del libro de Munguía, el segundo tratado iusfilosófico de indudable importancia publicado en México salió de las manos de otro jurista michoacano, discípulo indirecto de Munguía en el Seminario de Morelia y, sin duda, el principal jurista mexicano del porfiriato, don Jacinto Pallares (Los Remedios 1843-México 1904). Pero si Munguía se había caracterizado por su celo religioso, Pallares, en su origen un devoto católico, abanderó un pensamiento positivista, evolucionista, agnóstico y liberal, resultado de una profunda crisis religiosa que jamás terminó de resolver. Jurista dotado de una rica cultura filosófica, dueño de una extraordinaria biblioteca, de un talento oratorio incuestionable y de una fina y sagaz ironía que utilizó en contra de sus adversarios en el foro, publicó en 1901, el *Curso completo de derecho mexicano. Exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana*, en dos gruesos tomos impresos también la Ciudad de México,

<sup>6</sup> Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, París, 1829. Gregorio Castellanos, *Compendio histórico sobre las fuentes del derecho*, San Juan Bautista de Tabasco, Tip. y Encuadernación de M. Gabucio, 1896 [3a. ed. facsimilar, México, Fondo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, 1980]. Véase Jaime del Arenal Fenchio, "Gregorio Castellanos y los orígenes de la enseñanza de la historia del derecho en México", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 6, núm. 6, 1982, pp. 237-262.

con el subtítulo de *Prolegómenos de filosofía, de historia y de ciencia del derecho*.<sup>7</sup>

Libro de extraordinaria erudición y originalidad, el *Curso* de Pallares representa la versión más acabada y definida escrita en México de las tesis del positivismo evolucionista. El propósito que guió a su autor a escribir los dos gruesos volúmenes que componen la obra fue el de "llegar al alma del derecho y al alma de los profesores de derecho; al alma del *Derecho* considerándolo no como un ruin oficio de lucro mercenario, o como un arte de bien disputar, sino como la *expresión natural*, la *manifestación consciente*, la *ecloción* (sic) *histórica* de esa sublime, divina y consoladora *ley de la Evolución*" (t. I, p. XII). Ésta no era otra cosa que la "ley de la vida", la "ley de la existencia" marcada por el progreso (la lucha por la vida), donde la evolución es concebida como "el tránsito de la existencia informe, borrosa y embrionaria a la existencia concreta, individual y enérgica" (*Idem*, p. XIII).

Esta interpretación evolucionista y progresista de la sociedad y del derecho, alimentada por las más diversas lecturas de los autores clásicos de la Escuela -Darwin, Laplace, Taine, Comte, y Spencer, entre otros muchos- y de tintes claramente organicistas, determinó el método seguido por Pallares para dar cuenta de la creación y justificación de la sociedad humana -"el supremo y más

<sup>7</sup> México, Imprenta, Litografía y Encuadernación de I. Paz, 1901. He utilizado la edición facsimilar publicada en México, por el Tribunal Superior de Justicia, en 1992. Sobre la obra de Pallares puede verse mi estudio introductorio publicado en *Jacinto Pallares. Maestro y jurista nicolaita. Antología*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 1992, y "La historia del derecho mexicano de Jacinto Pallares", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XIII, 2001, pp. 9-27.

noble ser del universo" (*Idem*, p. LI)–, del poder público, y del derecho así como de la ulterior transformación de este último en legislación, considerada como el nivel de evolución más elevado y complejo alcanzado por el derecho: "¿Y el *organismo social*, el *cuerpo social*, ese supremo Ser orgánico y vivo que sintetiza todas las fuerzas de la creación no ha de tener un centro, un aparato, un alma que coordine, que armonice, que unifique las incontables y variadas y complejas e intensísimas energías de la vida colectiva de la humana especie?" (*Idem*, p. LI), se preguntó. Su respuesta nos permite conocer su interpretación acerca de la evolución jurídica y cómo llegó a culminar en la identificación absoluta entre el derecho y la ley estatal: "No, desde el aparato informe del primitivo *derecho* encarnado en el materialismo grosero de símbolos hieráticos y transmitido por la voz de los ancianos de generación en generación, hasta los gigantescos sistemas de legislación de las potencias y Estados modernos; desde la indecisa y vaga e indefinida y fluctuante autoridad de los patriarcas y de los areópagos hasta la perfecta y bien definida organización de los gobiernos constitucionales de los tiempos actuales, en toda época, en todos los ciclos de la evolución de las sociedades ha aparecido en ellas ese órgano de orden, de armonía, de coordinación de las energías de las colectividades humanas llamado Poder Público, manifestando su acción perenne en el centro del organismo social por medio de lo se llama la *Ley*, el *Derecho*, la *Justicia*" (*Idem*, pp. LI y LII).

El derecho fue concebido como "la fuerza de coordinación de todas las actividades sociales", "la síntesis de todas las incontables energías de la sociedad", equipa-

rable a la "ley de la atracción" para los cuerpos siderales, a "la ley de las afinidades químico-biológicas para la evolución de los seres vivos", o al "cerebelo para la unidad de las funciones del cuerpo humano". La justicia –"la palabra más santa que ha salido de los labios humanos"–, por su parte, tenía la misión de distribuir la vida, sostener la armonía y encauzar las energías de la humanidad en el zurco (sic) eterno del progreso" (*Idem*, pp. LII y LIII). Finalmente la ley fue concebida como el último, más acabado y más complejo estadio de la evolución jurídica, resultado, también ella, de una singular evolución:

"Si en los comienzos de la humanidad las leyes, informadas más tarde en tradiciones y costumbres, no fueron concebidas por los hombres, incapaces de generalizaciones científicas, sino como mandatos particulares dictados para escasas agrupaciones sociales y para casos aislados; el simple crecimiento de las sociedades, la ampliación cada vez mayor de la vida social, la percepción cada vez más clara de la identidad de ciertos hechos que debían ser regidos por idénticas reglas, fue familiarizando a los hombres con la idea de *mandatos generales* dotados de cierta permanencia, obligatorios para grandes agrupaciones sociales y distintos por lo mismo a los mandatos de carácter individual, transitorio y fugaz" (*Idem*, p. 36).

De este proceso evolutivo, comenzado desde "la vaguedad mística de las ideas primitivas de las palabras *derecho*, *ley*, *justicia*" –a las cuales sucedieron "ideas perfectamente definidas en el orden ideológico"–, "la conciencia humana de nuestra época, el lenguaje actual

de los hombres, el tecnicismo científico moderno" atribuían a esos conceptos unánimemente, según Pallares, los siguientes significados:

- "Derecho es un conjunto de leyes relativas a un objeto determinado o colocadas bajo la unidad de un propósito.
- "Ley es un precepto de general observancia dictado por una autoridad.
- "Justicia es la conformidad de las acciones humanas con la ley" (*Idem*, p. 29).

Pero la complejidad del derecho ameritaba una definición más compleja, que se atuviera a su esencial naturaleza sociológica de "regla de coordinación".

De aquí que el jurista michoacano que considerara que el *Derecho Natural* de su paisano Munguía no fuera otra cosa que "pura charla" (*Idem*, p. 814), definiera al derecho como "la expresión de las funciones propias del poder político; y como el poder político es el aparato regulador de coordinación de las funciones esenciales de la vida social, el derecho es el conjunto de reglas coercitivas de coordinación de las funciones esenciales de la sociedad, reglas dictadas por el Poder Político de una colectividad" (t. II, p. 233).

O bien, como: "Un conjunto de preceptos coercitivos de general observancia dictados por el poder público que en toda colectividad humana aparece, espontánea o conscientemente, como órgano de coordinación y de orden de las actividades sociales" (*Idem*, p. 576).

## V. LA INFLUYENTE PRESENCIA DEL ESPAÑOL GÓMEZ DE LA SERNA

Me interesa destacar en este apartado la obra de un autor español quien, sin ser propiamente un filósofo, debió tener una destacada influencia en los juristas mexicanos, toda vez que sus libros circularon profusamente entre los estudiantes y profesores de derecho, y como texto obligatorio en alguna escuela de jurisprudencia del país; y aunque resulta obvio que no fue determinante para hacer triunfar la visión legalista del derecho —que para entonces se estaba imponiendo fuertemente en toda la República sobre todo a raíz de la promulgación de los diversos códigos modernos que modificaron en forma radical la práctica profesional, en especial la forense—<sup>8</sup> sí permite señalar el nivel e intensidad de la recepción de las nuevas concepciones acerca del derecho y de la ley surgidas en Europa entre aquellos juristas.

Se trata de los breves *Prolegómenos del derecho* del español Pedro Gómez de la Serna (Mahón, 1806-Madrid, 1871), publicados por vez primera en España en 1845 y en 1883 en el puerto de Veracruz, México,<sup>9</sup> y cuyos *Elementos del derecho civil y penal de España: precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, escritos en

<sup>8</sup> El proceso de codificación en México si bien comenzó con la promulgación del Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827-1829, y continuado por diversos proyectos estatales y por el Código de Comercio de 1854, en realidad se vino a consolidar a partir de la promulgación del Código Civil del Imperio de 1865-1866 y del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1870. Véase Óscar Cruz Barney, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM, 2004.

<sup>9</sup> Veracruz, Librería la Ilustración, 1883.

coautoría con Juan Manuel Montalbán, se habían publicado en México treinta años antes.<sup>10</sup>

Interesante y original el razonamiento elaborado por Gómez de la Serna, en el que vincula y distingue los conceptos de legislación, derecho y jurisprudencia; vale la pena transcribirlo en su totalidad:

“Las palabras *legislación, derecho, jurisprudencia*, representan ideas diferentes, aunque enlazadas entre sí. La legislación, tomada esta palabra científicamente y en sus (sic) más alta esfera, se eleva a los principios, fija las teorías, examina los sistemas, compara las instituciones; el derecho comprende, ya las leyes eternas escritas por Dios en el corazón de todos los hombres, ya las reglas positivas que el legislador establece o consiente; la jurisprudencia enseña a entender bien estas reglas y a aplicarlas en todos los negocios de la vida... La legislación se remonta a los conocimientos filosóficos; el derecho se limita a los preceptos jurídicos naturales y a los positivos establecidos por el legislador; la jurisprudencia se reduce a la completa inteligencia y a la aplicación del derecho. La legislación es una ciencia especulativa; el derecho una institución; la jurisprudencia una ciencia práctica. La ciencia de la legislación es la guía del legislador; el derecho y la jurisprudencia la del jurisconsulto” (p. 36).

La jerarquía científica de la legislación sobre el derecho y sobre la jurisprudencia resulta manifiesta, así como la de la segunda sobre la última. Lo importante, en consecuencia, para diseñar las instituciones políticas

<sup>10</sup> México, Imp. de Cumplido, 1852, 2 tomos.

y para establecer un orden que significara el bienestar común a todos los miembros de la sociedad era desarrollar, a la manera de Filangieri (Nápoles, 1753-Vico Equense, 1788), una “Ciencia de la Legislación”, definida como: “la que enseña cómo deben ser formadas las instituciones políticas y las demás leyes para afianzar la seguridad del Estado, proteger los derechos individuales y procurar el bienestar general” (*Idem*, p. 37). Al derecho, por su parte, lo definió como “el conjunto de preceptos y de máximas que obligan a los individuos de la asociación política de un modo eficaz”, y a la jurisprudencia, simplemente, como la “ciencia del derecho” (p. 40).

Importante, por significativa, es también su interpretación acerca de la definición romana de la justicia, según la cual “estriba en la resolución firme de obedecer a las leyes” (p. 20).

A la difusión de las ediciones mexicanas de las obras de este autor, hay que sumar —en lo que sirven para explicar el aparente triunfo de la visión legalista del derecho en México— las ediciones mexicanas de dos obras de dos autores francófonos de extraordinaria influencia en México, la de los treinta y tres volúmenes de los *Principios de derecho civil*, del destacado miembro de la Escuela de la Exégesis francesa François Laurent (Luxemburgo, 1810-Gante, 1887), impresos en México entre 1889 y 1900 con prólogo del mencionado Jacinto Pallares,<sup>11</sup> y la edición de la innovadora *Introducción al estudio del derecho civil. Nociones generales*, del jurista francés Henri L. Ca-

<sup>11</sup> México, Joaquín Guerra y Valle, Edit., 1889-1900. La edición francesa es de 1869-1878.

pitant (Grenoble, 1865-Allingens, 1937)), traducida por el Lic. José Rodríguez Gil, publicada durante 1901 en la ciudad de Morelia –que por entonces contemplaba con gran optimismo la inauguración de la que llegaría a ser la más importante escuela de derecho del país–, y primer libro que con este título fuera impreso en México.<sup>12</sup>

La obra monumental de Laurent ha sido considerada como “genuina expresión de los postulados de la *École de l'exégèse*: respeto absoluto a la ley; indagación de la voluntad del legislador; imposible adaptación del derecho por el juez en un sistema codificado, y en virtud de la división de poderes”.<sup>13</sup>

#### VI. EL NATURALISMO ANUNCIADO: PRESENCIA DE BIAGIO BRUGI EN MÉXICO

Los años de la dictadura porfirista (1876-1911) marcaron el triunfo del positivismo filosófico en México, y por supuesto, no fueron nada favorables para el cultivo del pensamiento filosófico, tan denostado por dicho positivismo que en su lugar privilegió el estudio de la sociología, la antropología criminal, la higiene y la economía política. Por esta razón sorprende a primera vista que en 1903 apareciera publicado en México un manual de *Filosofía del derecho* escrito por Blas Brugi, “jurisconsulto italiano, profesor ordinario de Instituciones de derecho romano, de Filosofía del derecho y de Derecho civil en la Real Universidad de Padua”. Verdadera ra-

<sup>12</sup> Tip. De la Escuela I. M. Porfirio Díaz, 1901, Ed. de “El Boletín Judicial”. La primera edición francesa es de 1898.

<sup>13</sup> Alvaro Núñez Iglesias, “Francois Laurent”, en Rafael Domingo, *Juristas universales. Juristas del s. XIX*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 247.

za bibliográfica este texto –prologado por su autor en el puerto de Lucca en septiembre de 1890– que fue traducido por quien llegaría a ser un notable diplomático mexicano, Pablo Herrera de Huerta,<sup>14</sup> para la colección de “La Ciencia Jurídica”, revista y biblioteca quincenal de doctrina, jurisprudencia, crítica, bibliografía y consultas dirigida por el eminente civilista sinaloense, don Agustín Verdugo (Culiacán, 1858-México, 1906). La traducción española dificultó en principio identificar a su autor, quien no fue otro sino el célebre jurista italiano originario de Orbetello –donde nació el 13 de agosto de 1855– Biagio Brugi, catedrático por años de la Universidad de Pisa, de donde egresó el año de 1875 y a la que llegó a presidir durante los años de 1924 a 1930,<sup>15</sup> después de ser profesor en las universidades de Urbino, Catania, y Padua, y autor de una espléndida obra jurídica, lo mismo en historia del derecho, que en derecho romano, civil, sociología y filosofía del derecho.<sup>16</sup> Falleció en mayo de 1934, en la población de Desio (Milán), siendo senador del Reino de Italia. Los catálogos de las bibliotecas de las universidades

<sup>14</sup> Abogado. Llegaría a ser embajador o encargado de negocios de México en China, Guatemala, Brasil Nicaragua, y en El Salvador. En 1917 revisó la publicación de un artículo titulado “La penetrazione straniera nell’Estemo Oriente”, escrito por E. Cattalani y publicado en la revista *American Journal of International Law* (vol. 11, núm. 1, enero de 1917).

<sup>15</sup> Senato della Repubblica. “Brugi, Biagio”, <http://notes9.senato.it/senregno.NSF/>. Sobre la obra de Biagio véase el espléndido estudio de Máximo Meccarelli. “Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi”, en *Quaderni Fiorentini*, núm. 30, t. I, 2001, pp. 361-476.

<sup>16</sup> Su extensa bibliografía puede consultarse en el catálogo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Padua, <http://catalogo.unipd.it>.

tanto de Pisa como de Padua no registran un libro con el título de la edición mexicana, pero sí uno publicado en Florencia por vez primera en 1891, la *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*,<sup>17</sup> y que para 1898 ya había alcanzado su tercera edición florentina. El texto italiano tiene 271 páginas, casi las mismas que el mexicano compuesto por 274 páginas. Que se trata de la misma obra no cabe duda si nos atenemos a las primeras palabras del prólogo del manual mexicano, donde su autor destaca "El interés que presenta una introducción enciclopédica a las ciencias jurídico-sociales" La identidad del autor se confirma porque en una de las notas de pie de página menciona una de sus primeras obras, el *Disegno di una storia letteraria del diritto romano dal medio evo ai tempi nostri con speciale riguardo all'Italia*, publicada en Padua por Biagio Brugi el año de 1888.<sup>18</sup> El hecho de que la traducción mexicana haya preferido utilizar el título de *Filosofía del derecho* no debe pasar inadvertido, dado que precisamente durante la primera década del siglo XX, por influencia del positivismo de Comte, de Spencer y de Stuart Mill, los estudios de esta disciplina comenzaron a ser sustituidos por la sociología o por la llamada Síntesis de derecho dentro de los planes de estudio de las escuelas de derecho mexicanas.<sup>19</sup> El libro de Brugi es, pues, el

<sup>17</sup> Impreso por G. Barbera, dentro de los Manuali Barbera, vol. 15.

<sup>18</sup> Publicado por Drucker y Senigagli (eds.), folleto de 29 pp.

<sup>19</sup> Prueba indirecta, pero muy significativa, de este desinterés por la filosofía del derecho la aporta la lectura la *Bibliografía jurídica mexicana* de Manuel Cruzado, publicada en México en 1905, y que no da cuenta sino de una cantidad mínima de obras de esta disciplina. Para los planes de estudio, véase Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2a. ed., México,

primer manual publicado en México bajo ese título; la razón, tal vez, sea el interés de Verdugo o de Herrera de Huerta por contrarrestar de algún modo el ascenso del positivismo jurídico, entonces ya enseñoreado de la práctica jurídica por influencia de la Exégesis francesa. Sin embargo, el libro del profesor italiano no es propiamente un libro de filosofía del derecho o, si se quiere, no únicamente de esta disciplina, sino un interesante esfuerzo por deslindar los objetos de estudio y los campos de influencia en la formación de los juristas tanto de lo que su autor entendió por filosofía del derecho como de la sociología.

En efecto, el interés primario de Brugi fue destacar la importancia que para los juristas debieran tener las ciencias sociales, que no obstante su juventud, ocupaban "un puesto eminente en la jurisprudencia".

"Desde la introducción debe habituarse a concebir el derecho, como fuerza individual, que opera continuamente en el organismo social, sin romper su armonía. La filosofía positiva y el estudio comparado de los antiguos pueblos nos suministran abundantes materiales para el concepto del derecho; pero el jurisconsulto y el sociólogo no se conforman con alambicados artículos de leyes o con simples catálogos de hechos o resúmenes de cifras sin el culto del alto ideal a que aspira el perfeccionamiento humano" (pp. 5 y 6).

En este sentido, la filosofía del derecho quedaba reducida a "Determinar el objeto de la jurisprudencia"

UNAM, 1975, cuadro entre las pp. 198 y 199.

y a "dar a conocer las ramas en que se divide, y las relaciones que existen naturalmente entre ellas" (p. 8), pero suponía necesariamente que el derecho no se considerase "un puro sentimiento de respeto a la ley o una regla arbitraria de los gobernantes de los Estados, sino una *realidad fenoménica* de la cual se investiga la génesis, la evolución, la función social." (p. 229), de aquí que se propusiese "una explicación racional de las instituciones jurídicas no como estudio abstracto, sino como parte de la misma realidad sujeto a la ley universal que domina todos los fenómenos observables" (p. 225).

Puesto ante la tarea de definir al derecho, Brugi afirmó previamente que éste no era un mero "producto de la mente", y que para entenderlo había que partir de "su base natural e histórica que nos lo presenta como hecho, para remontarnos después a la regla o fórmula que lo refleja" (p. 31). Esta base natural e histórica no podía ignorarse ni aun por quien, interesado en el aspecto técnico del mismo, "encuentra un conjunto de normas ya encerradas en una ley o en un código o ve el cúmulo de leyes, fiscales las más que el Estado actual promulga". Y es que el derecho -afirmó- "no es una creación de filósofos o jurisconsultos, sino que, así como la idea es el espejo de la cosa. Así también el principio jurídico no es sino una norma de lo que realmente sucede en la vida. El hecho es la verdad" (p. 32).

El naturalismo<sup>20</sup> más que evidente de esta concepción queda reforzado cuando el jurista italiano ve en los

<sup>20</sup> Sobre el Naturalismo, véase José Medina Echavarría, *La filosofía del derecho en la crisis de nuestro tiempo*, Recopilación, advertencia, estudio preliminar

hechos sociales el origen de las instituciones, y concluye que si bien es cierto que el derecho "encuentra su más alta expresión en la ley y en la ciencia" es porque "tiene una base natural sobre la que se funda el edificio científico y legislativo" (p. 32). ¿Cuál es ésta?

"Ningún filósofo o legislador ha inventado las disposiciones de las leyes, y repetimos que no debe confundirse el aspecto técnico del derecho con su base natural e histórica, que consisten en una serie de hechos cuyo origen es la naturaleza humana y que se repiten en la sociedad según el grado de civilización, las costumbres y la religión de cada época" (p. 49).

Por otra parte, el derecho reviste ese aspecto técnico cuando era fijado "en la costumbre, en la ley y en la ciencia" (p. 60); pero, contra lo pudiera pensarse, Brugi no fue un defensor de la costumbre a la que consideró siempre limitada en su capacidad normativa, hasta en tanto no fuera convertida en regla jurídica "bajo el sindicato de una autoridad directiva", fuera ésta la del Estado o la de los "doctos" (pp. 55 y 56).

"Si la costumbre tenía una grande importancia en el mundo antiguo, en la vida actual evidentemente el derecho consuetudinario ha perdido parte de su valor no sólo porque casi todas las costumbres más o menos han sido codificadas, sino también porque hoy las leyes se hacen con normas precisas e inviolablemente determinadas en la

y bibliografía por Andrés Lira, Morelia, Universidad Michoacana, El Colegio de Michoacán, 1990, pp. 111-139.

constitución de cada Estado (iniciativa, discusión, aprobación del parlamento, sanción del rey, promulgación, etc.), equiparar la costumbre a la ley parecería alterar el organismo del Estado" (p. 95).<sup>21</sup>

Por el contrario, el papel creador del jurista sí fue reivindicado a todo lo largo del manual. Poseedor exclusivo del aspecto técnico del derecho, a aquél le correspondía aprehender y dominar la dialéctica y el lenguaje jurídicos, la determinación de las relaciones y de las instituciones, el sistema y, por último, la aplicación del derecho al hecho. Y aunque por la diversidad de funciones podía distinguirse entre jurisconsultos teóricos y prácticos, ambos debían poseer la misma cultura, pues de otro modo "el primero es un vano especulador y el segundo un leguleyo o picapleitos" (p. 69). La jurisprudencia, por su parte, ampliaba su tradicional cometido impuesto por la Escuela Exegética francesa, para definirse como "el sistema de las ciencias jurídico-políticas que estudian el derecho, la sociedad y el Estado, hallándose ligadas entre sí no por vínculos artificiales sino provenientes de la actual condición de la sociedad", tal y como últimamente parece señalarlo en cierta manera Paolo Grossi en su libro *Derecho, sociedad, Estado*.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Significativamente éste y los siguientes párrafos fueron anotados por el traductor mexicano con los artículos relativos de la Constitución mexicana de 1857 y del Código Civil del Distrito Federal de 1884 para apoyar la supremacía moderna de la ley sobre la costumbre.

<sup>22</sup> Publicado en Zamora, México, por El Colegio de Michoacán, la Escuela Libre de Derecho y la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo en 2004.

Con todos estos presupuestos Brugi aventuró una primera definición del derecho: "la actuación o exte- r- nación de las facultades de que el hombre está dotado por la naturaleza; actuación en armonía con las fuerzas sociales en medio a las que vive". Al admitir que ésta era una definición del todo filosófica propuso una más propia y necesaria para los juristas: "una facultad o pre- tensión reconocida por la ley o la costumbre y que tiene a su servicio la coacción en caso de ser desconocida".

La evidente inclinación del jurista de Pisa por la ley, no obedecía a ningún supuesto teórico o filosófico sino a la constatación de una realidad: el derecho lo estaba formulando el Estado a través de una intensa y cada vez más amplia y abundante actividad legislativa. Por lo mismo, jamás pudo considerar a la codificación moderna como el punto final de llegada de la ciencia del derecho. Para él, el Código moderno era "solamente una fórmula cuya razón generadora se halla fuera de él y la aplicación tiene necesidad de un arte especial" (p. 158), que no constituía "un término fijo, sino más bien la fórmula de las relaciones jurídicas adaptadas a determinado momento histórico" (p. 160), y, por lo mismo, abierto siempre a las reformas y a una inteligente labor interpretativa: "Nuestra especulación filosófica -afirmó- parte así de un momento histórico como es el del renacimiento nacional e indaga si toda la codificación descrita reproduce el derecho patrio y corresponde a la conciencia jurídica colectiva" (p. 166). Esto mismo se podía afirmar de cada una de las leyes que por entonces comenzaban a perfilar las características del "Estado de Derecho", concepto que Brugi contrapuso a la acción "sabia dejada al arbitrio de los gobernantes" (p. 160).

Resulta muy significativo que Brugi haya concluido su *Introduzione* con un apartado dedicado a los "Deberes del jurista", en el cual ratificó su idea de que la jurisprudencia debía considerarse "como ciencia de las obras" y que quien la cultivase debía acostumbrarse a considerarla "como filosofía práctica directora de su conducta" (p. 264). Entre los deberes señalados me interesa destacar dos: uno, el jurista no debía exagerar "el sentimiento de la legalidad hasta el punto de hacer de una ley existente un término fijo contra toda innovación", que lleva a rendir un culto excesivo a las formalidades y "a crear dificultades en cosas muy sencillas de por sí" (p. 265); y, dos, el jurista no debía "aborrecer toda especulación que conduzca al perfeccionamiento de las instituciones existentes", toda vez que el positivismo —según él— no había destruido la "especulación filosófica" sino sólo cambiado su base (p. 266).<sup>23</sup>

#### VII. EL NATURALISMO REFORZADO: RAFAEL ALTAMIRA

Habrían de pasar los conflictivos años de la Revolución mexicana (1910-1929) para que resurgiera el estudio de la filosofía jurídica en México que durante ese lapso se refugió en algunas escasas revistas especializadas y en las tesis de grado de algunos jóvenes aspirantes al título de abogado. Lo más significativo del periodo

<sup>23</sup> En el año 2000 la editorial Oxford University publicó en México las *Instituciones de derecho civil*, de Biagio Brugi dentro de la tercera serie de sus "Clásicos del Derecho", nueva edición de la mexicana publicada en 1946 por la Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, con traducción de Jaime Simo Botarull.

lo representó, a mi modo de ver, la trascendental visita del historiador del derecho español, Rafael Altamira y Crevea (Alicante, 1866-México, 1951) hacia el ocaso de la dictadura porfirista, quien sin ser un filósofo del derecho propuso a los juristas nacionales y a los estudiantes de derecho una visión contraria al positivismo legalista —ya entonces imperante en la dogmática cotidiana— y decididamente cercana a las tesis naturalistas del italiano Brugi.

Altamira, entre diciembre de 1909 y febrero de 1910, dictó cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Ciudad de México, alguna ante el propio presidente Díaz, en las cuales afirmó que el jurista profesional no tenía "por sola función en la vida aplicar las leyes y aceptarlas como son en sí" (p. 69); por el contrario, había que marcar la distancia entre educación jurídica y educación legal y no limitar el "campo de los fenómenos jurídicos a la ley actual, positiva vigente", pues ello implicaría "favorecer la limitación del horizonte jurídico del alumno" (p. 80).<sup>24</sup> Él subrayó la necesidad de que los juristas mexicanos aprendiesen historia del derecho, derecho romano, derecho canónico, latín y, ¡sorprendentemente!, el derecho consuetudinario; disciplinas todas que estaban excluidas del plan de estudios de dicha institución y de casi todos los centros de enseñanza del derecho del país. Las razones para justificar el estudio de este último (que no se estudiaba "en ninguna parte del mundo") las encontraba semejantes tanto en España como en México donde aún vivía una masa de

<sup>24</sup> Me he ocupado de rescatar estas conferencias en "Las conferencias de Rafael Altamira en la Escuela Nacional de Jurisprudencia", en Rafael Altamira, *La formación del jurista*, México, Escuela Libre de Derecho, 1993. pp. 5-29.

población indígena muy considerable, a la cual haría velada referencia el sabio alicantino:

“En España es absolutamente necesario porque vivimos con una masa de derecho consuetudinario importante que ha tomado la delantera a la ley, y que impera más en el derecho civil, en que en la libertad es tan grande, y otro tanto se puede apreciar –sin que la ley encuentre tropiezos con él– en la misma esfera del derecho público, en que nuestras costumbres dan la manera de vivir y no las leyes.

Y como el hecho se nos viene a la cara, y como mi país es como el vuestro en que quedan tantas supervivencias de la manera de entender la vida del derecho y los fenómenos de ella, tiene que haber una masa de derecho que no podéis despreciar, que tenéis que atender; es preciso que vuestros especialistas estudien esto que es la realidad viva de México para que estén capacitados para ser verdaderos legistas” (p. 79).

La influencia benéfica de Altamira se haría sentir a los pocos años cuando al fundarse la Escuela Libre de Derecho 1912 se establecieron estudios de Derecho romano, de latín y de historia del derecho.

Su propuesta de estudiar los derechos consuetudinarios pasaría, sin embargo y significativamente, desapercibida.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Rafael Diego Fernández, “Don Rafael Altamira y Crevea y la historia del derecho en México”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1988, t. I, pp. 257-262.

### VIII. TRIUNFO PRÁCTICO DE LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO CON LA LEY

En México, las décadas de 1910 y 1920 no parecen aportar ideas significativas a la reflexión en torno al derecho y a sus relaciones con la ley. Los juristas y abogados mexicanos más notables –algunos de ellos en el exilio durante varios años– se abocaron a construir el marco constitucional y legal resultado del triunfo del proceso revolucionario. Para ello adoptaron de una manera acrítica la supremacía de la ley, el absolutismo jurídico, la exégesis legal más radical, el desconocimiento total de la personalidad de la Iglesia, la consideración de una justicia meramente formal, y cierta versión socializante del derecho que, sin embargo, no cuestionó en ningún momento el monopolio legislativo del Estado. El triunfo de la ley quedó de manifiesto en el largo conflicto suscitado entre el Estado y la Iglesia mexicanos que desembocó en la sangrienta Guerra Cristera (1926-1929), que enfrentó al poder político con los prelados y católicos mexicanos, quienes comenzaron a desenterrar argumentos iusnaturalistas tradicionales con la ayuda de juristas, abogados y canonistas, para oponerse a unas leyes que consideraron injustas. Durante la década de los treinta, el Estado afirmó su supremacía al expedir los nuevos códigos civiles, penales, y procesales, así como al promulgar las leyes de expropiación, del trabajo y de reforma agraria, y al establecer desde el aparato estatal un régimen corporativo y jerárquico que le asegurara un mejor y más eficiente control sobre la sociedad.

Esta transformación no le costó mayor trabajo al Estado, toda vez que la identificación entre el derecho y la

ley ya había triunfado, al menos en el discurso, en prácticamente todos los sectores de la sociedad, especial y lamentablemente entre los juristas, jueces, abogados y notarios, y excepto, significativamente, entre la población indígena, todavía aferrada a regirse por unos usos y costumbres no reconocidos por la Constitución ni por la legislación vigente. El triunfo se había debido al carácter indudablemente práctico de la codificación y de la aplicación de la ley por encima de la invocación de costumbres, de tesis jurisprudenciales o de opiniones de juristas doctos y sabios; era, finalmente el resultado de la victoria de la práctica sobre el discurso; de la política sobre la ciencia; del poder sobre la cultura, del Estado sobre la sociedad. La experiencia de las dictaduras reformistas de Juárez (1858-1872) y de Díaz había hecho sentir a los mexicanos en su vida cotidiana todos los terribles efectos de la ley; y el exterminio no sólo de la vigencia sino incluso de la enseñanza del derecho canónico, así como el desconocimiento total de la vigencia de los usos y costumbres de las comunidades indígenas adquirieron un extraordinario valor pedagógico frente al pueblo mexicano: en adelante aprendería que únicamente la ley era derecho, y que no había más derecho que el del Estado. Poco valdría la historia y la experiencia. De esta forma, el régimen autoritario inaugurado a comienzos de la década de los veinte del siglo XX no tendría mayores dificultades para imponer su amplio programa de transformaciones económicas y sociales, ni para sostenerse por más de setenta años en el poder mediante la vía del uso político de la ley si para ello no contaba con la oposición de unas ideas que distinguían entre derecho y ley, entre orden legal y orden justo, en-

tre justicia y legalidad, ni con el rechazo o la crítica de unos juristas y de unas escuelas y facultades que se aferraban en distinguirlos.

Para ese Estado convino más difundir obras como la del también prestigiado jurista italiano Francesco Cosentini (Turín, 1870-Turín, 1937), *Filosofía del derecho. Prolegómenos a la ciencia comparada del derecho*, publicada en México en 1930,<sup>26</sup> y quien llegó a ser profesor de Filosofía del derecho y de Derecho civil comparado en la Universidad Nacional Autónoma de México. Al referirse a la costumbre, Cosentini afirmó:

“Al fin, cuando el derecho llega a ser más maduro, se relaciona con la autoridad del Estado; entonces no puede ser más por sí misma una fuente del derecho, sino que puede serlo sólo en cuanto que es reconocida por el Estado y, por consiguiente, está limitada por las exigencias del ordenamiento social y del Estado. Entonces la costumbre adquiere un papel subordinado a la legislación, y tiene valor, sólo en cuanto que la ley se refiere a ella expresamente o permite su aplicación” (p. 54).

Como en la obra de Pallares, todo venía a ser resultado, finalmente, de una evolución, de un lento proceso de maduración hacia el progreso, hacia la perfección:

“La fuente principal del derecho es la ley. Cuando la nación alcanza su perfecta organización jurídica en el Esta-

<sup>26</sup> México, Cultura, 1930, Turín, 1913. Sobre Cosentini en México, véase José Ramón Narváez, “El código privado-social. Influencia de Francesco Cosentini en el Código Civil mexicano de 1928”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. XVI, 2004, pp. 201-226.

do, éste llega a ser el órgano del derecho, a representar de la manera más perfecta la conciencia jurídica de una nación, dicta normas obligatorias para todos los ciudadanos, y formula leyes" (p. 55).

Sin embargo, –y a diferencia de Pallares– Cosentini también se refirió a la jurisprudencia –en sus dos sentidos de ciencia del jurista y de actividad judicial– y la aceptó como fuente indirecta del derecho, reivindicándola –riesgosamente– frente a la ley cuando ésta "corresponde mal o imperfectamente a las exigencias de la vida social", y en la medida de que "por muy perfectas que sean (las leyes) no pueden nunca comprender toda la variedad y multiplicidad de las relaciones sociales". Por esto mismo el juez podía acudir "a su actividad creadora" que se inspiraría o en la equidad, "que fue bien definida como la justicia del caso particular", o en "el derecho natural, resultado de las idealidades ético-sociales predominantes", "o con el espíritu íntimo de la evolución doctrinal, o, en fin, en su íntima convicción, que en definitiva, es el reflejo mismo de la conciencia colectiva" (pp. 58 y 59).

A partir de la nueva década las cosas cambiaron sustancialmente: nuevas traducciones de autores extranjeros (Kelsen, Radbruch, Stammler, Schmitt), estancias de estudio realizadas en otros países por parte de juristas mexicanos, y la calma política y social indispensable que asegura el cultivo detenido de los saberes, produjeron la reactivación de los estudios de filosofía del derecho en México, y con ello la preocupación por continuar definiendo la relación entre el derecho y la ley, tal y como lo apuntara Julian Bonnacase (1878-1950) en su *Intro-*

*ducción al estudio del derecho*: "el derecho se identifica con la ley en el sentido genérico del término. Por tanto, uno de los problemas capitales en el estado actual de la ciencia jurídica, se reduce a la distinción esencial entre el derecho y la ley".<sup>27</sup> De esta forma, en 1932 aparece la *Teoría general del derecho* de Alfonso Caso (México, 1896- México, 1970), fruto de sus apuntes escolares en la Escuela Nacional de Jurisprudencia,<sup>28</sup> al año siguiente, Juan José Bremer (México, 1907) publica la *Teoría crítica, teoría axiológica y Teoría integral del derecho. Tres sistemas filosófico-jurídicos*,<sup>29</sup> análisis de las posturas de Rodolfo Stammler (Alsfeld, 1856-Wernigerode, 1938) y de Gustavo Radbruch (Lübeck, 1878-Heidelberg, 1949),<sup>30</sup> y de su síntesis, la Teoría integral del derecho. En 1935, apareció la primera edición de un pequeño manual, casi de las mismas dimensiones de los *Prolegómenos* de Gómez de la Serna, y que vendría a tener un éxito y una difusión inusitadas entre las escuelas y facultades de derecho del país: la *Introducción al estudio del derecho* del profesor de esta asignatura en la Escuela Nacional de Jurispruden-

<sup>27</sup> Trad. de la 3a. ed. francesa por el Lic. José M. Cajica Jr., profesor de la Universidad de Puebla, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1944, p. 34. Primera edición francesa de 1926. Bonnacase se lamentaba de que "hemos dejado entender que lejos de identificarse con la ley, el derecho puede estar en oposición con ella, y lo está efectivamente muchas veces en la realidad". Véase p. 35.

<sup>28</sup> Alfonso Caso, *Teoría general del derecho*, Curso del profesor... México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1932. Apuntes tomados por Miguel Osorio Ramírez.

<sup>29</sup> México, UNAM, 1933.

<sup>30</sup> En 1955 se publicó en México, por Botas, el libro de Stammler, *Modernas teorías del derecho y del Estado*, trad. de la 2a. ed., alemana por Faustino Ballvé. Sobre Radbruch, véase Ma. Virginia Martínez Bretones, *Gustavo Radbruch, vida y obra*, México, UNAM, 1989.

cia de la Universidad –entonces meramente Autónoma y no Nacional– de México, el licenciado Trinidad García (México, 1895-México, 1981), quien ese mismo año desempeñó la dirección de la mencionada institución.<sup>31</sup> En este texto los estudiantes mexicanos durante décadas aprendieron que el derecho es: a) “un conjunto de normas o reglas que gobiernan la conducta externa de los hombres en sociedad, b) es excesivamente un producto social ... c) se impone a los hombres por la fuerza de la misma sociedad organizada en poder y se aplica una sanción al que viola la norma jurídica” (pp. 2 y 3). También aprendieron que la antigua jurisprudencia –ahora convertida en doctrina– no constituía una fuente del derecho (p. 21), que la ley había ido ganando a la costumbre “un terreno cada vez mayor, hasta el punto de que en las modernas organizaciones sociales de cultura superior la fuente formal del derecho es, capitalmente, la ley”, y que la costumbre en México era una fuente del derecho mediata o indirecta, “porque conforme al sistema legal en vigor, su fuerza obligatoria no emana ya de ella misma, sino de la ley, que es la única fuente inmediata o directa”, si bien podía admitirse el que las costumbres tuvieran un “carácter supletorio respecto de la ley” (pp. 14-17).

Finalmente, en 1940, Eduardo García Máynez (Coahuacán, 1908-México, 1993) dio a conocer su *Introducción al estudio del derecho*,<sup>32</sup> libro llamado a convertirse

<sup>31</sup> Resultado de unos “Apuntes taquigráficos, revisados por el autor, que sirven de texto”, fue publicada en México, por Manuel de Jesús Nucamendi, Editor, en 1935.

<sup>32</sup> México, Porrúa, 1940. En 1948 dio a conocer *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, México, Ed. Stylo, 1948.

en la principal fuente para el conocimiento de lo que fue y significó el derecho –y sus relaciones con la ley– para miles de jurista mexicanos y latinoamericanos por más de seis décadas, décadas que marcan el aparente –y nunca acabado– triunfo de la identificación entre el derecho y la ley en la sociedad mexicana.<sup>33</sup>

#### IX. CONCLUSIONES (SIEMPRE) PROVISIONALES

Clave para entender el triunfo –nunca total– de la ley frente al derecho en la cultura jurídica mexicana, en especial dentro de la clase de los juristas y los demás operadores del derecho a lo largo del último cuarto del siglo XIX y durante la totalidad del siglo XX; triunfo, por lo demás más práctico que teórico, más “institucional” que real, más formal que material –lo que explicaría la subsistencia de diversos ordenamientos jurídicos no estatales de gran eficacia en la vida cotidiana de muchos de los grupos de la amplia, compleja y muy diferenciada sociedad mexicana, y cuya vigencia se ha continuado ya por siglos, sea la idea del progreso, tan cara para los hombres “de razón” de ambas centurias. En efecto, en prácticamente todos los autores analizados el papel de la ley se presenta como superior al de la costumbre y no se diga frente al de una jurisprudencia docta que es absolutamente ignorada, y más aún ante unos criterios de equidad, bondad y sentido común que durante siglos habían servido a la justicia en concreto. El sistema

<sup>33</sup> Para conocer el panorama iusfilosófico del siglo XX en México, véase Luis Recaséns Siches, “La filosofía del derecho en México durante el siglo XX”, en *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*, vol. IV, México, UNAM, 1979.

se privilegió, por más racional y "natural", sobre una visión tópica y casuística del derecho; el concepto dominó la singularidad del caso; la prudencia dejó su lugar a la aplicación exacta o, simplemente lógica, de la norma legal. Pero la ley también sufrió una importante modificación en el papel que tradicionalmente había desempeñado dentro de las fuentes del derecho: la ley moderna vino a ser la expresión de la voluntad del gobernante no la traducción de una cultura jurídica de orígenes imprecisos y de manifestaciones históricas sólidas. La ley fue la nueva razón escrita, expresada en la voluntad de un poder político que no conoció más límites que los que él mismo consideró oportunos. Esto suponía dejar atrás concepciones calificadas de primitivas, arcaicas, superadas por las luces de la razón y por un progreso material y espiritual que apostaba todo a un Estado expropiador del derecho, y que haría de este mismo Estado el símbolo mismo del progreso. ¿Cómo, pues, mantener así la vigencia de unas costumbres, de una concepción popular de la justicia y del bien público, de una ley acotada por otras fuentes del derecho, y la validez práctica de una doctas y autorizadas opiniones vertidas durante siglos por los juristas occidentales? Resultaba imposible; su presencia misma se identificó con el pasado, con lo caduco, con el retroceso mismo. La utopía de la Modernidad pasó por la destrucción de fuentes antaño eficaces y proclamó el monopolio estatal de la ley y de la justicia. A no ser Rafael Altamira, nadie pudo ver con exacta claridad el papel que seguía y seguiría jugando la costumbre en la creación del orden jurídico deslumbrados con el señuelo de haber encontrado la clave del orden, de la razón, y de la justicia intemporales, En este sentido,

la lectura de los autores de la Modernidad jurídica vale tanto o más por lo que callan o ignoran que por lo que afirman en sus muy difundidas obras.

De aquí la (en apariencia) inexplicable resistencia de esa compleja sociedad para acatar el nuevo orden consuetudinario para ella pero sin ella desde el aparato del poder y mediante el uso de la legislación como instrumento único de creación. Justicia, prudencia, equidad, arbitrio, discreción, composición privada, seguirían siendo valorados y utilizados por unos "privados" a quienes el nuevo discurso en torno a la ley nunca convenció.

En el caso particular de México, el problema de la imposición-aplicación del derecho asumió tintes verdaderamente dramáticos, y modeló a una sociedad que aún hoy no acaba de entender el valor ni el papel de un derecho cuya creación le fue arrancada. El costo más alto lo debieron de pagar las comunidades rurales, particularmente los pueblos indios, así como una sociedad urbana tradicional anclada férreamente en concepciones del orden y de la justicia provenientes de una rica herencia familiar y religiosa de larga historia, mientras los nuevos juristas, abogados y notarios, deslumbrados por el "filosofismo" de dos siglos, construían y difundían en las aulas y en los tribunales, en los congresos y en los textos, toda una mentalidad jurídica ajena a la realidad y a la historia, cargada de fórmulas gramaticales impuestas por el poder so pretexto de su incuestionable racionalidad y de ser expresión de la voluntad general. La historia del siglo XX se encargaría en demostrar cuán equivocados estaban.