

intrínseco e inmanente, sino sólo en cuanto que representan un inicio de distinción en favor de ellos como otro.

El Derecho moderno, pues, es superado por lo verdaderamente justo, que para la totalidad es ilegal. La Justicia y el Bien Común, desde la perspectiva del otro, recobran su sentido, pues el otro desde la "exterioridad" del modo de producción y su juridicidad, provoca hacia una legalidad de la justicia.

La juridicidad moderna, así como cualquier otra juridicidad alienante, será superada, a nivel de reflexión filosófica que parte de la lucha del pueblo por la justicia, cuando el otro sea reconocido como otro. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de ahí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual sino del distinto portador de la justicia en cuanto otro.

El derecho perderá así su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. El rostro del otro como clase alienada que provoca a la justicia, romperá la generalidad al manifestarse como distinto, desplazará la abstracción por la justicia concreta que reclama y superará la impersonalidad porque su manifestación es revelación del hombre con toda su dignidad personal que le otorga ser precisamente el otro.

Nuestros indios, en sus luchas jurídico-políticas por la defensa de sus derechos, defienden ante todo su identidad, su ser otro. Por esa razón cuestionan y ponen en crisis el Derecho de la modernidad.

DERECHO DE JURISTAS: UN TEMA IGNORADO POR LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA MEXICANA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un tema ignorado.* III. *El inicio y las causas de una pesada tradición.* IV. *Las protohistorias del Derecho mexicano.* V. *Una visión más amplia pero igualmente legalista.* VI. *Epílogo.*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años la Historia del Derecho mexicano ha alcanzado un indudable auge y su importancia es cada día más reconocida tanto por los estudiosos del Derecho como por los de la Historia mexicana. Cada año, diversas escuelas y facultades de estas disciplinas organizan cursos o llevan a cabo seminarios en los cuales la historia de las fuentes y de las instituciones jurídicas novohispanas y nacionales es cada vez mejor y con más detalle analizada. La Historia del Derecho mexicano lucha, incluso, por abrirse paso en los planes de estudio de algunas facultades de Derecho —como la de la Nacional de México— que hoy sólo la contemplan como materia optativa. A la fecha se han realizado ya cinco congresos nacionales sobre esta materia, y gracias a los esfuerzos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM contamos con un bien armado *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, cuyo tercer número veremos pronto salir de la imprenta.¹ Por otro lado, la numerosa y valiosa participación de juristas e historiadores mexicanos en publicaciones, foros y congresos internacionales donde se cultiva la historia del Derecho permite pensar que la del mexicano, por fin, ha ganado un lugar definitivo dentro del cultivo de las Humanidades en México. . . Algo tarde, es verdad, y con muchos rezaños, si la comparamos con las alturas alcanzadas por la historiografía

¹ A la fecha se han publicado las memorias correspondientes a cuatro de esos cinco congresos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; las de los dos primeros en 1981, en 1984 las del tercer congreso y en 1988 las del cuarto. Los *Anuarios* corresponden a los años de 1989 y 1990.

jurídica española, argentina o chilena, ya no digamos por la francesa, la alemana o la italiana.

Efectivamente, la historiografía jurídica mexicana publicada durante el siglo XIX y los primeros cincuenta años del presente —con las excepciones de los voluminosos *Apuntes para la Historia del Derecho en México* de Toribio Esquivel Obregón² y los libros de Silvio Zavala³— presenta un panorama desconsolador si la comparamos con la que se produjo en aquellos países durante el mismo periodo. Conferencias, alguna traducción, discursos y folletos, una que otra tesis profesional, artículos periodísticos o hemerográficos, algunos textos destinados al examen de las fuentes del Derecho, y apuntes de clase mimeografiados constituyen la literatura histórico-jurídica producida o publicada en México hasta la década de los setentas. Para entonces, los *Apuntes* mencionados, las monografías de Zavala, los dos textos de Altamira^{3b1a}, el inconcluso panorama de José Miranda sobre *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*,⁴ el rescate de fuentes y los variados trabajos que distintos juristas hacían sobre la historia constitucional de nuestro país (sin duda el área mejor y más explorada⁵), los dos tomos sobre la *Evolución del Derecho Mexicano* publicados por la Escuela Libre de Derecho en 1943,⁶ y alguno que otro libro llenaban el hueco de una disciplina que no parecía prender en el ámbito docente ni en el de la investigación histórica y jurídica nacional, salvando, de este modo, el honor de los juristas e historiadores mexicanos renuentes a comprender el fenómeno jurídico desde la perspectiva histórica, y, en consecuencia, poco expertos en el conocimiento

² México, cuatro volúmenes, 1937-1947. Los tres primeros editados por la Escuela Libre de Derecho, el último por Robredo.

³ *La Encomienda Indiana*, Madrid, Imprenta Helénica, 1935; *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Madrid, Junta para la Ampliación de Estudios-Centro de Estudios Históricos, 1935; *Estudios Indianos*, México, El Colegio Nacional, 1948, principalmente.

^{3b1a} Rafael Altamira, *Técnica de investigación en la Historia del Derecho Indiano*, México, José Porrúa e hijos, 1939. *Manual de investigación de la Historia del Derecho Indiano*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1948.

⁴ México, Instituto de Derecho Comparado-UNAM, 1952. Sólo trató de las ideas e instituciones del periodo virreinal.

⁵ Cfr. DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Ojeada a la historiografía sobre las instituciones jurídicas del siglo XIX", *Memorias del Simposio de Historiografía Mexicana*, México, Comité Mexicano de Ciencias Históricas, 1990, pp. 454-472.

⁶ México, Jus, 1943. Reúnen quince colaboraciones de profesores de dicha Escuela en las que se examina la evolución sufrida por las distintas disciplinas jurídicas entre 1912 —fecha de fundación de la institución— y 1942.

histórico de las fuentes, las ideas y las instituciones jurídicas mexicanas. Los setentas, en cambio, marcaron la diferencia en favor de la profesionalización de este tipo de estudios e investigaciones. La obra de Andrés Lira,⁷ de Alfonso Noriega,⁸ de José Barragán,⁹ del holandés Margadant,¹⁰ junto con la de Ma. del Refugio González,¹¹ Beatriz Bernal¹² y José Luis Soberanes¹³ materializa un esfuerzo que impulsado por la Facultad de Derecho de la UNAM y el Instituto señalado tuvo eco, primero, en la Escuela Libre de Derecho —donde la enseñanza de la historia del Derecho se había mantenido ininterrumpidamente desde 1917— y, posteriormente, en El Colegio de Michoacán y otras instituciones educativas de nivel superior del país.¹⁴ Puntos culminantes de este proceso de profesionalización lo constituyen las celebraciones en la ciudad de Morelia del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano en 1975, y, en la de Toluca, del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano, en 1978. Desde entonces, la historiografía jurídica nacional se ha visto enriquecida año tras año con la publicación de inaccesibles y valiosas fuentes para el conocimiento del Derecho no vigente y de obras de indudable mérito sobre aspectos institucionales de las épocas pre y posthispánica y del México independiente, así como sobre las ideas jurídicas de dichos periodos.¹⁵ Hoy por hoy, autores nacionales y extranjeros se dan cita

⁷ *El Amparo colonial y el juicio de Amparo mexicano*, México, F.C.E., 1972.

⁸ Sobre todo *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*, México, UNAM, 1972, 2 vols.

⁹ Entre su rica bibliografía publicó en 1978 tres obras fundamentales para la historia del derecho público nacional: *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824*, *Introducción al federalismo* y *Temas del liberalismo gaditano*, todas editadas por la UNAM.

¹⁰ A comienzos de la década dio a luz su *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1971.

¹¹ Sus *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, México, UNAM, 1981, recogen dos estudios publicados en los setentas.

¹² A sus artículos de revistas une, en 1979, su estudio preliminar a las *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias* de Prudencio Antonio DE PALACIOS, publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹³ *Historia del juicio ejecutivo civil*, México, UNAM, 1977.

¹⁴ Una buena síntesis de lo publicado en nuestro país hasta finalizar la década de los setentas es la de Guillermo F. MARGADANT "México: 75 años de investigación histórico-jurídica", publicada en el segundo tomo de *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM, 1979, que debe completarse con el estudio citado en la nota 5.

¹⁵ DEL ARENAL, *op. cit.*, y Beatriz BERNAL, "Literatura jurídica novo-hispana e indiana (selección bibliográfica)", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (México), Año II, N.º 4, enero-abril de 1987, pp. 273-284.

o concurren a diversos congresos, jornadas o seminarios donde se cultiva la Historia del Derecho mexicano y dan a las prensas monografías o traducciones que, cada vez con mayor rigor científico, exploran las instituciones y las ideas de nuestro pasado y exhuman las fuentes formales de nuestro Derecho.

A la Universidad Nacional y a la Libre de Derecho¹⁶ se unen ya los esfuerzos de varios centros de enseñanza e investigación esparcidos en buena parte del territorio mexicano interesados por aclarar el complejo funcionamiento de nuestras instituciones jurídicas de antaño, y de comprender, desde la perspectiva histórica, la génesis, el desenvolvimiento y la influencia de las ideas jurídicas que actuaron o determinaron la vida de aquéllas. Y si bien, por fortuna, cada vez están menos interesados en concebir la historia del Derecho como historia de la legislación —colonial o patria— no por ello rehúsan la reedición, siempre bienvenida, de las principales fuentes legislativas para el conocimiento de los derechos prehispánico, novohispánico y nacional. Ante todo este esfuerzo no cabe dudar del luminoso y positivo horizonte que se extiende a la historia del Derecho mexicano, que seguro habrá de dar en el futuro sus mejores frutos.

II. UN TEMA IGNORADO

Uno de los aspectos que deberán replantearse por los historiadores del Derecho mexicano y que ha sido inconvenientemente tratado por la historiografía antigua es, paradójicamente, el de las fuentes del Derecho. A nuestro juicio este tema no ha sido todavía —no obstante su aparente obviedad— debidamente explorado: ni por lo que se refiere a la época novohispana ni, menos, para el periodo independiente. Pieza clave y elemental para poder acercarse al conocimiento de la formación, de las características y de la vigencia del Derecho mexicano en sus distintas maneras de manifestarse según los periodos de nuestra historia, el tema de las fuentes del Derecho se simplificó demasiado por

¹⁶ En este centro de estudios en los últimos años se ha experimentado un saludable impulso en pro de la edición de obras histórico-jurídicas. A los cuatro tomos de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, acompañados de un quinto tomo de *Estudios histórico-jurídicos* sobre la misma recopilación, coordinado por Francisco DE ICAZA y publicados en 1987, siguieron *La fundación de la Escuela Libre de Derecho* de Jaime DEL ARENAL FENOCHIO (1988), las *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano* de Antonio Muro Orejón (1989) y la segunda edición de *La organización financiera de las Indias. Siglo XVI*, de Ismael Sánchez Bella (1990).

los primeros interesados en el pasado jurídico de México y no ha sido atendido como merece por la historiografía posterior. En efecto, dicha historiografía durante años se limitó a dar noticias acerca de las fuentes legislativas de aquel Derecho, olvidándose de hacer historia de las instituciones y, peor aún, de la historia del pensamiento jurídico (ya no digamos de la historia de los libros jurídicos como querría Rafael Gibert).¹⁷

En esta perspectiva cabe afirmar que durante muchísimos años —casi todo el siglo XIX— la historiografía jurídica entendió la historia del Derecho como historia de las fuentes jurídicas; es decir, prefirió la historia externa sobre la interna, pero sin lograr aportar un panorama completo de esa historia externa. Ésta se limitó al estudio y análisis, muy esquemático por cierto, de la legislación, olvidándose de las costumbres y de la jurisprudencia, las cuales fueron totalmente ignoradas por los tratadistas. De esta forma, dicha historiografía adoleció por muchos años del pecado que la caracterizó en su origen: concebir la historia del Derecho como una mera, simple y fría historia de los cuerpos legales que habrían tenido vigencia en nuestro territorio en las diversas épocas de su devenir.

El hecho no es exclusivo de México: ^{17 bis} en otras latitudes y tiempos así se concibió nuestra disciplina por influencia del positivismo legislativo que se enseñoreó en el pensamiento jurídico durante todo el siglo XIX. Pero en el presente las cosas comenzaron a cambiar. Por lo que al Derecho indiano se refiere, en la obra de Rafael Altamira y de Ricardo Levene¹⁸ se destaca ya el interés del historiador del Derecho por asomarse al conocimiento de la costumbre indiana y de tomar en consideración el papel del uso y de la costumbre como informadores o modificadores de una legislación que, aparentemente, todo lo resolvía y que pretendía monopolizar la reglamentación de las

¹⁷ Vid. Rafael GIBERT, "La historia del derecho como historia de los libros jurídicos". *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, pp. 61-92.

^{17 bis} Cfr. para el caso español Alfonso GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español, I. El origen y la evolución del Derecho*, 8a. ed., Madrid, 1979, pp. 10 y 11.

¹⁸ R. ALTAMIRA, "La costumbre en la colonización española", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* (México), Núms. 31 a 40, 1949. R. LEVENE, "El derecho consuetudinario y la doctrina de los juristas en la formación del derecho indiano", *The Hispanic American Historical Review*, vol. III, 1920, pp. 144-151.

incipientes sociedades americanas. Sin embargo, la propia característica del Derecho indiano como derecho legal y el peso de un siglo que se caracterizó por ser el siglo de la supremacía de la ley parecían confirmar que la opción correcta para entender la historia del Derecho de los países civilizados por España era conocer y estudiar las diversas leyes, constituciones, reglamentos, acuerdos o decretos que los diversos legisladores —el Rey, los congresos, los presidentes o los gobernadores— promulgaron a diestra y siniestra desde el siglo XVI para sus respectivos territorios. Tal vez por esto el estudio de las costumbres se limitó durante mucho tiempo al caso de las sociedades prehispánicas, olvidándose su papel en las sociedades coloniales y republicanas. Por fortuna el panorama empieza a variar. Los trabajos de Víctor Tau al respecto son por muchos conceptos iluminadores de este proceso de transformación.¹⁹

Si en un momento determinado los estudiosos de nuestro pasado pudieron sentirse inclinados al estudio de las costumbres —quizás al amparo de las tesis del positivismo sociológico— nada, por el contrario, los llevó a interesarse por la jurisprudencia como fuente del Derecho: ni era la manifestación de la voluntad y del poder de un Estado que alcanzaba su apogeo en el siglo XIX, ni resultaba ser el producto de conductas reiteradas por sociedades particulares y disímbolas que operaban dentro de ambientes geográficos diversos. La ley ocuparía, por ende, su total interés y la historia del Derecho se reduciría simplemente a una historia de la legislación positiva.

Es hasta nuestros días cuando se comienza a despertar la preocupación por estudiar la vigencia real de esta importantísima fuente del Derecho, lamentablemente reducida a nivel de "doctrina" y despojada de su valor y peso específico como fuente formal autónoma de aquél, y por verificar —en el estudio de las instituciones y sobre todo en los procesos judiciales— la influencia de la vigencia del *ius commune* europeo y de la doctrina de los autores en la América española, así como por analizar su posible supervivencia a lo largo del siglo XIX.

¹⁹ "La costumbre como fuente de Derecho Indiano en los siglos XVI y XVII". En *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1970, pp. 115-191. "La costumbre en el Derecho del sig'lo XVIII", *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM, 1976, pp. 671-725. "La costumbre jurídica en la América Española (siglo XVI-XVIII)" Separata s.p.i. Vid. además, de Alamiro DE ÁVILA y Bernardino BRAVO LIRA, "Apuntes sobre la costumbre en el Derecho Indiano", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 10, 1984, pp. 41 y ss.

antes de que el triunfo de la Codificación implicase el imperio absoluto de la legislación y la derrota total de la jurisprudencia autónoma.^{19 bis}

III. EL INICIO Y LAS CAUSAS DE UNA PESADA TRADICIÓN

El primer acercamiento que los mexicanos recién independizados tuvieron con la historia del derecho español fue a través de las *institutas* hispanas publicadas hacia el último tercio del siglo XVIII y que, generalmente, antecedían la exposición de las instituciones civiles con una breve introducción acerca de la historia de los principales "cuerpos" del derecho español, entendidos éstos como aquellas obras que recogían la legislación "española": desde la Ley Romana de los Visigodos hasta la Novísima Recopilación.²⁰ A estas introducciones se unieron los primeros textos dedicados a la historia de aquel derecho, como el muy conocido de Juan Sempere y Guarinos, que, aún cuando de forma más completa y con cierta profundidad, seguían prácticamente el mismo camino que el de las *institutas*.²¹ Naturalmente, los estudios preliminares que acompañaron a las magníficas ediciones de esos cuerpos que por entonces se hicieron, insistieron en una visión de la historia del derecho reducida a la exposición histórica —general o detallada— de las *leyes* españolas más célebres o de sus recopilaciones.

Los primeros libros destinados a la enseñanza de los derechos español y nacional publicados en México a raíz de su emancipación política —casi todos ellos, como es bien sabido, meras adaptaciones de libros escritos y publicados en la Península—²² mantuvieron la tendencia señalada por las *institutas* españolas sin que, por el contrario, aquí se

^{19 bis} Otra vez destacan los casos de R. LEVENE, *op. cit.*, y TAU ANZOÁTEGUI, "La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano", *Revista de Historia del Derecho*, N° 17, 1989, pp. 351-408, y "El Derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común", *Hispania*. Entre derechos propios y derechos nacionales, Milán, 1990. De Alfonso GARCÍA GALLO, "El Derecho común ante el Nuevo Mundo", *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 147-166. Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

²⁰ Por ejemplo las *Instituciones del derecho civil en Castilla*, impresas en 1771 por Ignacio ASSO y Miguel DE MANUEL, y la muy difundida *Ilustración al Derecho Real de España* de Juan SALA Y BAÑULS (1803).

²¹ JUAN SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho Español*, 1822-1823 y FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo Histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla* (1808).

²² Vid. José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ, "Ensayo sobre la historiografía jurídica mexicana", *Homenaje a Jorge Barrera Graff*, México, UNAM, 1989, t. II, pp. 1376-1377.

escribieran historias del derecho local, ni, menos, se hicieran ediciones de los cuerpos legislativos españoles o indianos (la excepción pudiera ser la colección de autos acordados de la Audiencia de México de Eusebio Ventura Beleña) que obligaran a dar un tratamiento histórico a la legislación publicada como en el caso de las ediciones peninsulares, de forma tal que las *institutas* españolas señalaron en los comienzos mismos de la historia del derecho mexicano el modelo a seguir por la historiografía jurídica nacional. Los juristas de aquí habrían de concebir la historia de su Derecho tal y como los españoles concebían al mismo tiempo su propia historia, es decir, como historia de la legislación. Y esto ocurrirá no sólo tratándose del derecho real o del patrio, sino también con la historia del canónico y del mismo derecho romano, reducidas a una simple exposición de las partes que componían sus respectivos *corpus* y de aquellos otros libros que contenían la legislación canónica, tanto europea como americana.

Esta visión "legalista" de la Historia del Derecho, repetimos, marcó en forma definitiva la concepción acerca de nuestra particular historia del derecho y determinó el futuro de la historiografía jurídica mexicana, desde las primeras ediciones mexicanas de la *Ilustración del Derecho Real de España*, a principios del XIX, hasta el libro del holandés Margadant, pasando desde luego por las historias de Ortiz de Montellano, de Jacinto Pallares, de Miguel S. Macedo y de los voluminosos *Apuntes* de Esquivel Obregón;²³ todas las cuales coinciden en entender al Derecho sólo como resultado de un proceso legislativo y a la historia de aquél como historia de la legislación, olvidándose de examinar cuál fue el papel de la costumbre en la formación de nuestro derecho a lo largo de las distintas fases de su evolución y de analizar, con perspectiva histórica, la vigencia real que tuvo el *ius commune* europeo así como la opinión de los autores a lo largo del periodo colonial y hasta bien avanzado el siglo XIX como una de las fuentes más importantes y ricas del derecho vigente en la Nueva España y en el México independiente. Suponemos que las dificultades que ambas tareas entrañan explican estas graves omisiones, al igual que la ten-

²³ MARGADANT, *op. cit.*; Manuel M. ORTIZ DE MONTELLANO, *Génesis del Derecho Mexicano*, Tipografía de T. González, Sucs., 1899. Jacinto PALLARES, *Historia del Derecho Mexicano*, Fragmento de la obra intitulada "Curso completo de Derecho Mexicano o exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana", México, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1904. Miguel S. MACEDO, *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, México, Cultura, 1931.

dencia imperante en las dos últimas centurias de reducir el Derecho a la ley. Habría que agregar, además, el nulo contacto que casi la totalidad de esos historiadores de nuestro derecho tuvieron con los viejos y riquísimos archivos judiciales y notariales que se conservan a lo largo y ancho del territorio nacional, y con los pueblos de indios y sociedades rurales, lo cual les impidió observar el fenómeno de la aplicación del Derecho en los casos concretos y en sociedades particulares, lo que de haber hecho les habría abierto los ojos respecto de la vigencia de la costumbre y de la opinión de los autores como verdaderas y autónomas fuentes del Derecho en muchas de las fases de la historia jurídica mexicana.

La recuperación de una visión más completa —y compleja— de nuestra historia jurídica, sobre todo para el periodo novohispano y para los años anteriores a la codificación, se hace ya urgente e impostergable. Cada día sirve menos a los historiadores y a los juristas interesados en el pasado del derecho mexicano la idea imperante de que para conocer la historia de las instituciones coloniales y nacionales basta con asomarse al conocimiento de la legislación española, indiana, canónica o patria —federal o local— y, en cambio, se vuelve del todo indispensable que el trabajo historiográfico que se haga sobre cualquier institución tome en cuenta el papel que jugó la costumbre y considere el peso específico que la jurisprudencia tuvo para resolver los conflictos jurídicos que el funcionamiento de las instituciones jurídicas y políticas y la compleja vida social dieron lugar durante el periodo señalado. Lo paradójico del caso es que este asunto parece interesar más a los historiadores sin formación jurídica previa que a los juristas, que no acaban de comprender el fenómeno de la proliferación y coexistencia de fuentes autónomas del Derecho en el pasado y la relatividad del imperio de la legislación para solucionar las controversias jurídicas. Esto se debe sin duda a que son los historiadores los que están mejor capacitados para encontrar, manejar y utilizar los archivos que guardan los documentos jurídicos (impresos pero principalmente manuscritos), topándose en éstos con el fenómeno de la aplicación de las costumbres locales y de los usos y prácticas aceptadas por corporaciones, pueblos y tribunales; así como con la argumentación, el alegato y la sentencia construidos sobre la base de la opinión de ciertos autores a los cuales se cita, no tanto para iluminar la oscuridad de la ley sino porque su autorizada opinión es decisiva en la solución de un conflicto, o porque clarifica una cuestión controvertida determinada

o, en su caso, porque llena la laguna que ha dejado la ley. Casos todos estos en los cuales la jurisprudencia jugó un papel principal como creadora de una normatividad que finalmente resolvió el conflicto. De aquí nace la urgencia para el historiador de las instituciones y de la sociedad, principalmente, de contar con una visión completa de las fuentes que dieron origen a nuestro viejo Derecho.²⁴ En cambio, los juristas, con el peso del positivismo legislativo a cuestas en el cual se formaron intelectualmente y en el cual desenvuelven su profesión, parecen tener menos facilidad para estudiar y comprender épocas en las cuales la ley no lo fue todo, por lo que han pretendido explicar la historia de nuestras instituciones sólo a través del prisma de las reales cédulas, de las bulas y ordenanzas, de las colecciones de leyes, de los reglamentos y de las constituciones políticas, dando origen a una historiografía jurídica parcial e incompleta.

IV. LAS PROTOHISTORIAS DEL DERECHO MEXICANO

Este hecho ya se manifiesta y consolida en las primeras historias del Derecho publicadas en México, entre las que destacan por su enorme difusión las "Historias" que se incluyeron en las diversas ediciones mexicanas del *Sala*:²⁵ *La Ilustración del Derecho Real de España* de don Juan Sala, impresa en México en el año de 1831 en cinco volúmenes, incluyó una "Historia del Derecho Patrio" en la que su anónimo autor se propuso dar noticia "a los jóvenes que se dedican al estudio del Derecho, a los profesores de él que dirigen los negocios de sus conciudadanos, y a los jueces que lo deciden" de los "códigos, cuerpos de derecho o colecciones de leyes que forman la legislación de la República".²⁶ Principiando con las de los *códigos* españoles (Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes de Estilo, Siete Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento Real, Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación) continuó con los indianos: la Recopilación de Leyes de Indias, la Ordenanza de Intendentes de

²⁴ Así lo hemos podido comprobar en los cursos de Historia de las ideas e instituciones jurídicas y políticas que hemos impartido Rafael Diego Fernández, Andrés Lira y el que esto escribe en El Colegio de Michoacán desde hace varios años.

²⁵ Cfr. Mariano PESET, "Sala mexicano: un libro jurídico para una transición", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (México), Año II, N° 4, enero-abril de 1987, pp. 62-67.

²⁶ México, Imprenta de Galván, a cargo de Mariano Arévalo, 1831, t. I, p. 1.

1786, los Autos Acordados y la Ordenanza de Minería y no sin olvidar las Ordenanzas de Bilbao dio noticias de los decretos de las Cortes españolas antes de pasar a estudiar brevemente los "Cuerpos legislativos de México": el Acta Constitutiva y la Constitución de 1824. Esta primera historia del Derecho patrio finalizó dando conocimiento de la colección de leyes mexicanas que comprendía los derechos expedidos por la Junta Soberana, los dos primeros congresos constituyentes y los dos primeros constitucionales y que se había impreso en cuatro tomos en 1829. A toda esta legislación habría que agregar, desde luego, la dictada por los congresos respectivos de los estados de la federación.

Esta "Historia" no dejó de mencionar los principales comentaristas y prologuistas de los cuerpos analizados, cuando los había (Juan Antonio Llorente, José Joaquín Pacheco, Fermín de la Puente, Alfonso Acevedo, Martínez Marina), pero en su parte final indicó el destino que debería aguardar a las autorizadas opiniones de cualquier comentarista o intérprete. Al exponer el orden de prelación que dichos cuerpos tendrían entre sí para decidir las controversias de los mexicanos sentenció que, "a falta de leyes patrias" no se podía "apelar al derecho romano o a las opiniones de los intérpretes".²⁷

La sentencia transcrita revela, sí, la decidida inclinación de la propia doctrina en favor de un derecho exclusivamente emanado del Estado (no obstante que implícitamente reconocía la importancia de los glosadores y comentaristas de los tradicionales cuerpos legales; de aquí la preocupación por dar noticia de algunos de esos autores y de las mejores y más autorizadas ediciones de aquéllos), pero por otro lado también comprueba la subsistencia del viejo y tradicional método de argumentación para solucionar los conflictos jurídicos basado en la utilización de autoridades. Tan es así, que la sentencia conminaba en forma tajante al iniciado en el estudio del Derecho y a los futuros abogados y jueces a no aplicar dichas autoridades en la solución de los conflictos y casos que ante ellos se ventilaran, puesto que ninguna validez y eficacia se les debería de dar como derecho positivo y vigente. Esta frase expresa la intención del Estado en formación para que su derecho fuese el único aplicable dentro de su territorio. Había, pues, que formar a toda costa una nueva generación de juristas que olvidando los antiguos métodos de argumentación jurídica estudiaran y aplicasen en forma exclusiva la ley del Estado, a la cual deberían

²⁷ *Idem*, p. 19.

en lo futuro consagrar todos sus estudios y comentarios sin pretender por ello que sus opiniones tuviesen fuerza vinculatoria para los jueces nacionales. La *potestas* triunfaría sobre la *auctoritas*. La *Ilustración* de Sala impulsaba de esta forma el imperio de la legislación —característico de nuestro siglo— y el triunfo de la codificación que por aquellos años se comenzaba a llevar a cabo en nuestro país.²⁸ El fantasma de la *autoridad* que por entonces todavía rondaba en la vida jurídica mexicana debía de ser del todo eliminado. Si la obligatoriedad del Derecho le venía de ser el resultado de la acción de un legislador que traducía en norma positiva lo que dictaba el Derecho natural, o que expresaba el sentir de un pueblo soberano, nada tenía que hacer una jurisprudencia cargada de siglos cuya obligatoriedad descansaba en la mera opinión de unos juristas que dudosamente podían aducir en su favor ser los representantes de ese pueblo ni ser los conocedores exclusivos del Derecho natural. Desalojada con esta fórmula la base fundamental de la obligatoriedad de la jurisprudencia no tenía por qué enseñarse más el contenido de tan variadas y contradictorias doctrinas, ni por qué diseñarse una historia del Derecho que recordase épocas del todo superadas donde la formulación del Derecho fue, es cierto, más rica, compleja y plural pero menos “racional”. Las historias del Derecho que se escribieran deberían afirmar la supremacía indiscutible de la legislación sobre las otras fuentes de aquél, tanto en el presente como en el pasado, y coadyuvar a olvidar otros tiempos en los cuales los hombres rigieron sus conductas y dirimieron sus conflictos sobre los cauces de una variada normatividad dentro de la cual la jurisprudencia tuvo un papel destacadísimo. En los nuevos tiempos ésta —como la definió el *Sala Mexicano*— será simplemente la “ciencia de entender las leyes y aplicarlas a casos concretos” y cuyo único objeto serán “las leyes y el derecho que ellas producen”.²⁹

El año de 1852, en una postrera edición de la *Ilustración*, se actualizó la “Historia” que incluía la edición de 1831, incorporando ahora noticias acerca de las constituciones de 1836 y 1843, del Acta de Reformas de 47 y de las colecciones de leyes posteriores a 1832: las de Mariano Galván Rivera, Basilio Arrillaga y José Mariano Lara, así como de las *Pandectas Hispano-Mexicanas* de Juan N. Rodríguez de

²⁸ Vid. Ma. del Refugio GONZÁLEZ, *op. cit.*, y *El Derecho civil en México 1821-1871*, México, UNAM, 1988, pp. 57-114.

²⁹ Juan SALA, *Sala Mexicano ó sea La Ilustración del Derecho Real de España*, México, I. Cumplido, 1845, t. I, p. 232.

San Miguel publicadas en 1836. En todo lo demás ambas historias son idénticas.³⁰

Por su parte, la edición del *Sala Hispano-Mejicano* (París, 1844)³¹ fue antecedida por una “Breve Historia del Derecho de España” en la que, con base en el *Arte de la Historia Legal* de Mesa, en la *Historia del Derecho Español* de Juan Sempere, en Franckenau, en la *Librería de Jueces* de Febrero, en Asso y de Manuel, en Manuel Lardizábal, en el P. Burriel y en Martínez Marina, entre otros, dio cuenta de la marcha de la legislación vigente en España desde el dominio romano hasta la *Novísima Recopilación*, incluyendo los principales fueros locales y señalando las ediciones de cada ley o recopilación y de sus principales comentaristas o glosadores, pero sin dar ninguna noticia de la vigencia en España del *ius commune* europeo.

De la misma manera que lo hicieron las *Ilustraciones del Derecho Real de España* respecto de la jurisprudencia, el *Sala Hispano-Mejicano* precisó el papel de la costumbre frente a la legislación: No se permitiría el uso contrario a la ley vigente.³²

Un producto muy tardío de esta visión sobre la Historia del Derecho dentro del género de los *Salas* lo constituye el *Novísimo Sala Mexicano* publicado en México en 1870 por los licenciados Manuel Dublán y Luis Méndez.³³ En efecto, ese año —el de la codificación civil del Distrito Federal— los dos volúmenes de la obra fueron antecidos por una “Reseña histórica de la legislación de México” elaborada sobre el modelo de sus precedentes, de suerte tal que nuevamente desfilaron ante los ojos del estudiante y jurista curiosos la Ley Romana de los Visigodos, el Fuero Juzgo, el Fuero de Castilla y todos los demás cuerpos del Derecho español, acompañados obviamente de las noticias relativas a la Recopilación de Indias, las Ordenanzas de Intendentes, de Minería y —ahora sí— las de Bilbao. Respecto de la legislación mexicana daba noticias de las muchas colecciones de leyes que desde 1831 a 1870 se habían publicado en la República: a las mencionadas

³⁰ Cfr. Juan SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*. (Reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del Derecho novísimo y del patrio, y publicadas hasta 1850), México, Antigua Librería del Portal de Agustinos, 1852, 2 vols.

³¹ Librería de D. V. Salvá, 2 tomos.

³² *Idem*, t. I, p. 12.

³³ México, Imprenta del Comercio de N. Chávez, a cargo de J. Moreno, 1870, 2 tomos. Vid. Mariano PESET, “Novísimo Sala Mexicano o el final del viejo derecho hispano”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1988, t. II, pp. 895-913.

en la edición de 1852 añadía las formadas por el *Constitucional*, por Juan R. Navarro, por Vicente García Torres "bajo el título de *Archivo Mexicano*", y por el supremo gobierno publicada en el Diario Oficial, sin olvidar la colección de leyes "conservadoras" formada por Arri-llaga. Esta reseña fue escrita aprovechando la "Historia" de la *Ilustración* de 1852, algunos de cuyos párrafos transcribió textualmente aunque enriqueciéndola con las obras de otros autores (por ejemplo la *Historia del Derecho Real de España* de Prieto Sotelo) y con la men- ción de los principales comentaristas y glosadores de los códigos espa- ñoles: Sancho Llamas, Gregorio López, Antonio Gómez y Alfonso Acevedo. Al igual que sus modelos, la "Reseña histórica" del *Novísimo Sala* concluyó con el tradicional orden de prelación de los diversos cuerpos del Derecho vigentes en nuestro país, orden que precisamente a partir de ese año dejaba de tener razón de ser, como tampoco la tendr- ía la sentencia que una vez más y por última ocasión se repetiría: "La falta de leyes patrias no autoriza para la aplicación del derecho romano o de las opiniones de los comentadores".³⁴ El triunfo de la Codifica- ción era un hecho y ante éste la suerte de la jurisprudencia y de la costumbre estaba decidida. Ambas no se avenían al nuevo orden de cosas ni a la forma de gobierno adoptada por el Estado mexicano: si las viejas leyes —como afirmó el *Novísimo Sala*— no podían absoluta- mente "estar en armonía con las ideas y necesidades de hoy" porque habían sido dadas "para otras épocas, para otras necesidades, para otras costumbres", menos el parecer y la opinión de unos juristas cuyos pareceres se habían desarrollado prácticamente desde el siglo XII al XVII frente a otras realidades, necesidades y formas de pensar.

Un elemento más en el que coinciden estas protohistorias del Dere- cho mexicano es el hecho de que únicamente analizaron los cuerpos legislativos emanados del poder del Estado —sea de la monarquía vi- sigoda, de la castellana o de la española, o de la república mexicana— olvidándose de la legislación canónica plenamente vigente en nuestro país por los años en que esos libros se publicaron. Esto puede expli- carse por el hecho de que esas historias anteceden a exposiciones (en este caso *institutas*) del llamado derecho civil o patrio, encontrándose en los textos destinados al conocimiento del Derecho canónico las no- ticias históricas correspondientes a éste. Al fin y al cabo aquéllas no pretendieron sino dar noticia del "derecho patrio", de la "legisla-

³⁴ *Idem*, t. I, p. 23.

ción de México", o del "derecho de España", aunque no debe sos- layarse la posible intención de hacer prevalecer estos derechos por en- cima de las otras fuentes e instituciones creadoras de normas jurídicas (todo dentro de las polémicas Derecho Real vs. Derecho Romano que se levantó en el siglo XVIII y la decimonónica entre el Derecho Patrio y el Derecho Canónico).

V. UNA VISIÓN MÁS AMPLIA PERO IGUALMENTE LEGALISTA

La excepción la representaría el *Sala Mexicano* publicado por Ma- riano Galván Rivera en 1845, que sí incluyó "noticias oportunas del Derecho romano" y del canónico y dividió su relación histórica en tres sendos "estudios" dedicados, respectivamente, al Derecho roma- no, a la "legislación española" e "hispano-mexicana" y al Derecho canónico.

Este *Sala* contiene la primera gran exposición histórica del Derecho mexicano impresa en nuestro país. Aunque muy elemental y formada casi toda con textos de otros autores y libros representa un notable avance respecto de las historias de los *Salas* antes mencionados e impresos previa y posteriormente al de Galván Rivera. Hasta la publi- cación del muy poco conocido *Compendio histórico sobre las fuentes del Derecho* de Gregorio Castellanos en 1896³⁵ y la más difundida *His- toria del Derecho* de Jacinto Pallares de 1901, los juristas mexicanos no contaron con una síntesis histórica acerca de su Derecho tan com- pleta, sistemática y de fácil lectura como la formada por los tres estu- dios citados. *El Libro de los Códigos* de Florentino Mercado, aun con toda su originalidad, indudable valor y superior factura, no sería la excepción debido a una complicada estructura interna que hizo difícil su manejo.³⁶

El anónimo autor del *Sala Mexicano* estaba convencido "de la necesi- dad de la historia en la jurisprudencia" (aunque la entendiera como hemos visto arriba) y, apoyándose en Rieger, afirmó que "El que se dedica a la jurisprudencia tiene que investigar con curiosidad los orí- genes y las causas, principalmente de las constituciones, continuar por

³⁵ San Juan Bautista de Tabasco, Tip. y Encuadernación de M. Gabucio M., 1896.

³⁶ *Libro de los códigos o prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857.

siglos sus progresos, vicisitudes y alteraciones, y también los motivos, ocasiones y tiempos de ellas. El que observa todo esto justamente es reputado por buen jurisconsulto".³⁷ Por estas razones no se conformó con dar noticia de los antecedentes peninsulares de nuestro Derecho, sino que amplió el espectro histórico de éste a los precedentes romano y canónico, justificando su elección de la siguiente manera:

"Convencidos —se lee en el prólogo de la obra— de la necesidad de la historia de la jurisprudencia, a lo menos de aquella que da a conocer las circunstancias en que la ley fue dada, y el lugar que ésta ocupa para valorar su fuerza, nos pareció que deberíamos anticipar algo sobre la del derecho romano y la del derecho patrio, materia en la que la pluma no puede ser ligera..." La importancia de la historia del Derecho era tal que, según el anónimo prologuista, era ella la que precisamente servía para distinguir al "buen jurisconsulto" del "leguleyo".³⁸ Por otro lado, para justificar el estudio del derecho canónico el *Sala Mexicano* afirmó pertenecer al número de los que creían que ese derecho era "una parte de la jurisprudencia, o mejor dicho, que sin su conocimiento tal como el del derecho civil" nadie podía "aspirar al título honroso de jurisconsulto".³⁹

Con estas ideas, la edición del *Sala* de 1845 se separaba de sus precedentes y contrastaría notablemente con el *Novísimo* al brindar al estudioso del Derecho una visión más rica del mismo, en la cual la ley real (o patria) no agotaba en sí la normatividad que dicho estudioso debía de conocer para considerarse como jurisconsulto, ni para pretender solucionar los conflictos que —en su calidad de juez o de abogado— tendría por fuerza que conocer. Pero, este reconocimiento a otros órdenes normativos (el canónico y el romano) no implicó la expresa aceptación de la jurisprudencia como fuente autónoma del Derecho. Tanto el derecho patrio como el canónico y el romano (nada se dice del *ius commune*) fueron estudiados desde la óptica legalista, aun cuando los estudios transcritos aportaran noticias sobre los principales jurisconsultos romanos, medievales y renacentistas y de algunos editores y comentaristas del *Corpus iuris canonici*.

Para el caso del derecho romano se escogió el estudio de M. Dupin, "abogado de París", titulado "Compendio histórico del Derecho ro-

³⁷ *Sala Mexicano*, t. I, p. XX; cita las *Instituciones de jurisprudencia eclesiástica* del canonista J. A. Rieger, autor también de una *Bibliotheca juris canonici* (1761).

³⁸ *Idem*, pp. XIX y XX. El subrayado es nuestro.

³⁹ *Idem*, pp. XXI.

mano desde Rómulo hasta nuestros días" (pp. 29 a 74) el cual, como los dos siguientes, fue debidamente enriquecido por los editores del *Sala* con notas a pie de página que se identifican mediante el uso de la abreviatura "EE" puesta al final de la nota respectiva.⁴⁰ Este estudio se divide en ocho capítulos que dan cuenta de la historia de ese derecho desde los tiempos de los reyes hasta "el derecho romano en el siglo XIX", ponderando, desde luego, la "Composición del Cuerpo del Derecho" y a los jurisconsultos del *Mos gallicus* a quienes se consideró superiores respecto a los italianos del siglo XIV. En las notas añadidas por los editores destaca la utilización del libro del español Miguel García de la Madrid (*Historia de los tres derechos, romano, canónico y español*).⁴¹

La "reseña histórica de la legislación española" fue tomada literalmente de la obra de los doctores Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, *Elementos del derecho civil y penal de España* (pp. 75 a 143).⁴² A la introducción siguen cuatro capítulos divididos en su vez en artículos en los que, conforme a las concepciones dominantes, se dan noticias acerca del origen del contenido de los principales "cuerpos" legislativos españoles pero añadiendo interesante información sobre las contribuciones germánicas, los concilios toledanos y los fueros municipales. Los editores mexicanos —basándose en Bermúdez de Castro (*Derecho de los hijos naturales*), en Lardizábal (*Discurso preliminar del Fuero Juzgo*), en Morales (*Crónica de España*), en Llorente (*Discurso preliminar a la edición del Fuero Juzgo*), en las *Antigüedades españolas* del Padre Berganza y en los diversos trabajos de los doctores Asso y de Manuel (*Notas al Ordenamiento de Alcalá, Discurso preliminar a su edición del Fuero Viejo*) así como en las obras del doctor Álvarez sobre las Leyes de Estilo, Lucas Gómez y Negro, Sempere, Martínez Marina y Juan Sala; y sin dejar de tener a la vista muchos de los cuerpos analizados— añadieron extensas y valiosísimas noticias con las que enriquecieron y corrigieron en forma

⁴⁰ Andrés Ma. Juan Jacobo DUPIN (1783-1865), publicó un *Compendio histórico del Derecho romano* en 1824. El *Sala* debió basarse en el *Manual del legista o colección de diversos opúsculos de jurisprudencia* por Mr. Dupin... traducida al castellano con varias adiciones y correcciones, acomodadas a nuestras leyes por Gregorio Morales Pantoja, Madrid, Imprenta de P. Sáenz, 1829, que contiene el "Compendio histórico del derecho romano desde Rómulo hasta nuestros días".

⁴¹ Madrid, Imprenta de Don Pedro Sáenz, 1831.

⁴² Hemos tenido a la vista la rara edición mexicana de 1852, impresa por Cumplido dentro de su colección "Librería del Abogado", tomo I.

considerable la reseña de Gómez de la Serna y Montalbán. Estas notas mexicanas señalan el buen conocimiento que algunos juristas nacionales de la primera mitad del siglo pasado tenían acerca de la historia española y, particularmente, de la de su derecho. Constituyen por sí mismas una valiosa y desconocida aportación a la historiografía jurídica mexicana que valiera la pena rescatar. Una de éstas es particularmente útil para los fines del presente ensayo: en las páginas 141 y 142 se puede leer, refiriéndose al Auto acordado promulgado en 1713 que ordenó la puntual observancia de las leyes patrias por encima de las romanas y canónicas que éstas no podían "tener mayor fuerza que la de una recomendable autoridad, sólo digna de seguirse en defecto de ley, en cuanto auxilién el derecho natural, y sean conformes con el derecho real, único digno del nombre de derecho común". La sustitución de los contenidos conceptuales quedaba fatalmente consumada.

A partir del número diez del artículo VIII (dedicado a la "Historia de la Nueva y de la Novísima Recopilación") del capítulo IV, los editores mexicanos añadieron dos numerales más para analizar la fuerza legal de la Novísima Recopilación en la República y todo un capítulo V —dividido en dos artículos— destinados a informar "De la legislación Hispano-Mexicana y meramente Mexicana, desde la conquista de este país hasta su independencia de la corona española, y desde la independencia hasta nuestros días" (pp. 144-159); título, éste, de dicho capítulo y que por sí mismo explica su contenido que sigue con mayor detalle el tradicional contenido de las *Ilustraciones* anteriores. La novedad del capítulo estriba en que dio a conocer noticias acerca del proyectado nuevo Código de Indias, de la *Guía de Hacienda* de José Ignacio Esteva, de la Ordenanza Militar de 1768 y de la Declaración de milicias de 30 de mayo de 1767. Pero no por esto el capítulo V es importante sino por el sistema de prelación que propuso en todo su artículo segundo; sistema muchísimo más detallado que el señalado en los *Salas* anteriores. Este detalle se observa en los tres últimos numerales del capítulo, uno de los cuales —el siete— señaló tajantemente la suerte de la costumbre y de la jurisprudencia frente a la legislación:

...Contra ninguna de estas leyes puede alegarse el no uso... Decidir las dudas que ocurrieran sobre su interpretación ó inteligencia es sólo del legislador; sin que legislación alguna extraña,

ni opinión de intérprete, pueda servir de norma en los casos no previstos ú oscuros.⁴³

El estudio del Derecho canónico (pp. 160-220) se dividió en dos partes: la primera, relativa a las "Nociones generales", fue tomada "en gran parte" de la obra del alemán Jorge Segismundo Lackis (1739-1819) *Derecho Público eclesiástico*,⁴⁴ pero con aportaciones de los editores mexicanos. Ella integra un primer capítulo. La segunda forma un "Compendio histórico del Derecho canónico de ambas iglesias, Griega y Latina", tomado de la obra de Miguel García de la Madrid y completado por los editores con un apéndice relativo a los concilios celebrados por la Iglesia desde el año 34 hasta el de Trento, y con un cuarto capítulo en el que se pretendió dar una "Breve idea del Derecho Canónico mexicano".

Como en los casos anteriores, la perspectiva legalista domina en la visión histórica de este derecho, en la cual se mencionan los nombres de los autores de las diferentes colecciones canónicas y se expone con cierto detalle el contenido y vicisitudes de cada una de éstas. Por su parte, el editor mexicano añadió pocas pero útiles notas en las cuales demuestra, ahora, su conocimiento de los cánones y de sus expositores. Dichas notas complementan y enriquecen al texto y a las notas puestas por La Madrid y al igual que las relativas a la legislación patria merecen un estudio detenido.

En las breves noticias del derecho canónico mexicano el *Sala* se refirió a los cuatro concilios provinciales celebrados en México en 1555, 1565, 1585 y 1771, respectivamente, y a algunas de las colecciones de cánones, edictos, juntas diocesanas promulgadas y verificadas en nuestro país a partir de la independencia. Entre las primeras destacó la *Colección Eclesiástica Mexicana* publicada por el propio Galván Rivera en 1834, colección a la que remitía a todo joven estudioso interesado.

Casi al finalizar este estudio el autor anónimo indicó cuáles eran las obras que debían observarse y consultarse para la resolución de los problemas canónicos surgidos en México: "Además de estos concilios mexicanos existen y se observan los Concordatos con la silla apostó-

⁴³ *Sala Mexicano*, t. I, p. 159.

⁴⁴ *Juris publici ecclesiastici pars generalis*. . . Editio prima matritensis. Typis Societatis, praela regente Joanne Josepho Sigüenza et Vera, 1822. Traducción castellana de Jacobo Gallegos Fajardo, Valencia, Mallen y sobrinos, 1842.

lica, las bulas especiales de Mariell, las leyes de Indias, las ordenanzas de intendentes relativas al gobierno económico de bienes eclesiásticos y cabildo de las catedrales, el cuerpo del derecho eclesiástico por Murillo y el Itinerario para párrocos por el Dr. D. Alonso de la Peña Montenegro".⁴⁵

Como quiera que sea, tanto este derecho como el romano (más aún el Derecho común que se negaba o desconocía e incluso se le quitaba su contenido y entidad) debían ajustarse y supeditarse al imperio del legislador nacional. Hacia la primera mitad del siglo XIX el triunfo de la legislación no era del todo definitivo en la práctica pero sí en la teoría, e incluso daba pie a la construcción de historias del derecho donde lo único que interesaba estudiar era la marcha de la legislación, como si en el pasado ésta hubiera sido la única fuente del derecho capaz de resolver por sí misma los conflictos de una sociedad emergente caracterizada por sus antagonismos étnicos, culturales, lingüísticos y económicos; historias que, por ende, desconocían la fuerza de las costumbres y la *auctoritas* de una jurisprudencia centenaria que en mucho habían colaborado antaño (y seguían colaborando en el presente) para resolver los cotidianos problemas de justicia dentro de una sociedad plagada de injusticias que parecía continuarse en el México independiente. Paradójicamente, el tiempo de los juristas había llegado a su fin en el siglo de los abogados. Éstos ya no tendrían ni la capacidad ni la autoridad suficiente para oponerse al impulso imponente del legislador que reclamaba para sí el monopolio en la determinación del derecho y de lo justo. El *Sala*, recogiendo la tradición legislativa española desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima, sentenció una vez más:

Las leyes romanas no son ni deben llamarse leyes en España [ni en México], sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de la ley, y en cuanto se ayudan por el Derecho natural,

⁴⁵ Se trata de la obra de Pedro MURILLO VELARDE, *Cursus iuris canonici. Hispani et Indici*, Madrid, 1743, 1763 y 1791, 2 vols., y del muy difundido *Itinerario para parrocos de indios, en que se tratan las materias más particulares tocantes a ellos para su buena administración*, Madrid, 1668, y muchas más. Las bulas de "Mariell" no son otras que el *Fasti novi orbis et ordinationum apostolicarum ad Indias pertinentium breviarium* de Domingo Muriel S. J. (1734-1795), apodado Cyriaci Morelli, impreso en Venecia, por Antonio Zatta, en 1776. "Obra utilísima para los tribunales tanto eclesiásticos como civiles, de América" (*Enciclopedia Universal Espasa-Calpe*, t. 37, p. 504).

y confirman el real, que propiamente es derecho común, y no el de los romanos, cuyas leyes ni las demás estrañas no deben ser usadas ni guardadas.⁴⁶

VI. EPILOGO

La tendencia legalista dominante en la historiografía jurídica nacional escrita en la primera mitad del siglo XIX y el creciente desinterés por ocuparse de la vigencia de la costumbre y de la historia de la jurisprudencia como fuentes del Derecho en la Nueva España y en los años iniciales de la vida independiente constituyen una especie de pecado original para la posterior historiografía jurídica mexicana. Salvo, quizá, con la relativa excepción de *El Libro de los Códigos*, el resto de las historias del derecho escritas en México hasta la primera década del siglo XX están afectadas por ese vicio de origen y desde ahí llega y se mantiene en nuestros días. Los casos de la *Génesis del Derecho Mexicano* de Ortiz de Montellano, subtitulada *Historia de la legislación de España en sus colonias americanas y especialmente en México*, escrita en 1874, de la *Historia de la Legislación Española* de Indalecio Sánchez Gavito Jr.,⁴⁷ del *Compendio* citado de Gregorio Castellanos, del breve discurso pronunciado por Isidro Rojas sobre *La Evolución del Derecho en México*⁴⁸ y los *Estudios históricos sobre la antigua legislación española* de Isidro Montiel y Duarte,⁴⁹ no hacen sino continuar el modelo establecido en las ediciones del *Sala* durante la primera mitad del siglo XIX, y que incluso sirvió para explicar el pasado jurídico prehispánico, como lo demuestra el *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos* de Francisco León Carbajal.⁵⁰ Ya en el siglo XX, la *Historia del Derecho* de Jacinto Pallares, *La Evolución Jurídica* de Vera Estañol⁵¹ y *La Evolución del Derecho civil mexicano desde la independencia hasta nuestros días*

⁴⁶ *Sala Mexicano*, t. I, p. 159.

⁴⁷ Publicada en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (México), N° 11, 1889.

⁴⁸ En *Boletín de la Sociedad de Geografía y Estadística de la República Mexicana*, 4a. época, tomo IV, 1897, pp. 290 y ss. Volvió a publicarse en el *Anuario Jurídico* (México), tomo X, 1983, pp. 705-171.

⁴⁹ En *Boletín de la Sociedad de Geografía y Estadística de la República Mexicana*.

⁵⁰ México, Imp. de Abadiano, 1864.

⁵¹ Publicada en *México, su evolución social*, tomo I, segundo volumen, México, J. Ballezá y Compañía, sucesores, 1901, pp. 725 y ss.

de Mateos Alarcón,⁵² entre otras historias, perpetúan y transmiten el modelo para la realización de historias posteriores, como las de Macedo y Esquivel Obregón, indiscutiblemente mejor concebidas y consuetudinadas, pero incapaces de superar ese pecado original de nuestra historiografía jurídica.

¿ES OPORTUNA UNA TEORÍA SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO EN MÉXICO?

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. I. Lo público como hemisferio dependiente: 1. Lo "privado" como dato fuerte. 2. Dominio del Estado y estado del dominio. 3. Tres matrices para las relaciones de apropiación. II. El comedido: 1. El Estado-Sujeto. 2. Los bienes "dominiales". III. El dominio público mexicano: 1. Las fórmulas constitucionales. 2. Los ejercicios legislativos. 2.1. La Ley del 18 de diciembre de 1902. 2.2. 1944: año de la primera Ley General de Bienes Nacionales. 2.3. La Ley de 1969: un ajuste veinticuatro años después. 2.4. Apuntes sobre la Ley vigente. IV. Una recapitulación crítica.*

INTRODUCCIÓN

Una de las grandes zonas de abandono por la doctrina mexicana del derecho público es, justamente, la institución del *dominio público*. Salvo las referencias con fines didácticos de Gabino Fraga y de Andrés Serra Rojas en sus respectivos textos de *Derecho Administrativo*, no existe ningún estudio monográfico de origen nacional sobre esta materia. Las causas de la omisión pueden ser muchas, entre ellas, la dificultad que plantea el teorizar con categorías especiales, porque en este caso la dogmática eurocéntrica del derecho público no puede simplemente transponerse. Es necesario desarrollar un instrumento analítico especial que explique las peculiaridades que presenta la propiedad pública, si es que así puede calificarse, en un país donde la tradición patrimonialista domina el curso de la historia.

En el presente ensayo hemos tratado de ubicar la reflexión justo a partir de la forma peculiar en que la sociedad mexicana corta sus espacios entre las dimensiones pública y privada. Para ello, acudimos a una recreación del pensamiento de algunos juristas europeos y, par-

⁵² México, Tip. Vda. de F. Díaz de León, Sucs., 1911.