

## DERECHO ROMANO Y CODIFICACIÓN. LAS SENTENCIAS DE LOS JUECES MEXICANOS EN UNA ÉPOCA DE TRANSICIÓN, 1868-1872\*

José Antonio CABALLERO JUÁREZ\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El ambiente previo a la llegada de los códigos*. III. *Sentencias en El Derecho*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

A finales del verano de 1868, Luis Méndez, miembro de la comisión para la elaboración del Código Civil para la ciudad de México y los territorios federales, advertía sobre la necesidad de sustituir el orden jurídico novohispano. En su opinión, la diversidad de ordenamientos existentes, así como su falta de actualización constituían importantes obstáculos para la correcta marcha de la vida jurídica del país.<sup>1</sup> Como es bien sabido, la situación a la que alude Méndez estaba en proceso de resolverse. Varios estados de la República se encontraban trabajando en la elaboración de códigos civiles.<sup>2</sup> En buena medida, se esperaba que la sustitución del antiguo derecho por los códigos produjera mayor seguridad jurídica. Se presumía que los códigos serían capaces de colmar las lagunas de la legislación y acabar con la incertidumbre de la doctrina.

Pero a pesar del creciente optimismo sobre los beneficios que traería la codificación, era necesario preguntarse por los efectos que tendría sobre

\* Una versión de este trabajo fue presentada en el Congreso Internacional Mundos Novus, América, Sistema Jurídico Latinoamericano. Asimismo, agradezco a los profesores Bernardino Bravo Lira y Víctor Tau Anzoátegui por sus amables comentarios.

\*\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> *El Derecho. Periódico de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, núm. 1, 29 de agosto de 1868.

<sup>2</sup> Véase González, M. d. R., *El derecho civil en México, 1821-1871. Apuntes para su estudio*, México, UNAM, 1988.

la cultura jurídica mexicana. Es decir, la forma en que la sustitución del antiguo orden jurídico afectaría la práctica del derecho. Evidentemente, esto implicaba no sólo el cambio de las herramientas utilizadas para acceder al derecho, sino eventualmente, también, la transformación de la profesión jurídica. El cambio exigió la modificación de los planes de estudio de las escuelas de derecho, la transformación de las técnicas de argumentación tanto de abogados como de jueces y, en general, el distanciamiento del derecho común como fuente de primera mano para el tratamiento de problemas jurídicos. Es decir, lo que aparentemente podría leerse como el alejamiento de la tradición.

El estudio de los cambios producidos por la llegada de la codificación puede abordarse desde distintos ángulos. Por una parte, se puede hacer un análisis sobre la forma en la que el cambio impactó diversas áreas del qué hacer jurídico como la escuela, la abogacía o la judicatura. Por otro lado, se puede revisar desde una perspectiva cronológica, la manera en la que la cultura jurídica, en su conjunto, se transformó. En este trabajo he optado por concentrarme en el estudio del momento preciso en el que el cambio se produjo. De esta manera, mi interés se centra en revisar de qué forma se modificaron los patrones de conducta de jueces y abogados con motivo de la entrada en vigor de los códigos. Para tal efecto, he optado por comparar las sentencias y alegatos emitidos por jueces y abogados en los años previos a la expedición de los códigos (1868 y 1869) con aquellos emitidos en los años inmediatamente posteriores (1871 y 1872). La comparación puede resultar un método útil para establecer de qué manera se recibió en el medio jurídico mexicano lo que terminará por convertirse en un cambio en la forma de hacer y usar el derecho. En ese sentido, conviene preguntarse si los jueces y abogados fueron capaces de sustituir con relativa facilidad el antiguo orden jurídico. Es decir, la velocidad con la que se abandonó el empleo de la legislación antigua, el derecho común y la doctrina como fuente de autoridad. En términos generales, interesa saber qué tan convincente resultó para los actores jurídicos el nuevo orden jurídico para hacerlos abandonar el anterior. Aunque también es pertinente cuestionar el papel del antiguo orden jurídico en el proceso de adopción del nuevo derecho. Después de todo, es necesario considerar que los abogados de aquellos días habían sido formados bajo la tradición del antiguo orden jurídico.

El presente trabajo se divide en tres partes. En la primera establezco algunas consideraciones sobre el contexto de la cultura jurídica en Méxi-

co durante el siglo XIX. En segundo lugar analizo las sentencias y alegatos publicados en *El Derecho*. Finalmente, presento algunas conclusiones que pretenden ser útiles para generar hipótesis adicionales sobre los efectos de la llegada de la codificación.

El material analizado para la elaboración de este trabajo fue tomado principalmente de la revista *El Derecho. Periódico de Legislación y Jurisprudencia*. Se trata de una publicación semanal que apareció a mediados de 1868 y se mantuvo en circulación hasta finales del siglo XIX. El formato característico de la revista es la presentación de artículos doctrinales, la publicación de alegatos y sentencias considerados relevantes por los editores de la revista, comentarios sobre el diario acontecer, una sección dedicada al estudio de la legislación extranjera, otra sección en donde se publican curiosidades históricas y, finalmente, una breve sección en donde se publica legislación. Por lo que respecta a los alegatos y sentencias publicados, las materias son variadas. En ese sentido, es posible encontrar tanto sentencias de derecho constitucional (amparo), como de juicios civiles y penales. Cabe mencionar que si bien el punto de partida del trabajo es el análisis de los efectos de la entrada en vigor del Código Civil para el Distrito Federal (1o. de marzo de 1871), he optado por revisar sentencias emitidas en juicios de otras materias con el objeto de ilustrar mejor la manera en la que los jueces trabajaban.

## II. EL AMBIENTE PREVIO A LA LLEGADA DE LOS CÓDIGOS

El artículo 12 de los Tratados de Córdoba permite que el orden jurídico colonial permanezca vigente en México después de la independencia. Como es bien sabido, las implicaciones de dicha medida no se centran únicamente en la prórroga de la vigencia de los ordenamientos dados por los monarcas españoles durante el régimen colonial, sino que también implicaba la supervivencia de una práctica jurídica en la que la ley se mezclaba junto con muchas otras fuentes en los procesos cotidianos de construcción del derecho.<sup>3</sup> En ese sentido, no existía un sistema jerárquico de fuentes que permitiera ordenar el proceso de selección de normas o criterios aplicables a un caso determinado.

<sup>3</sup> Caballero, J. A., “La codificación y el federalismo judicial”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XI. Este trabajo contiene algunas consideraciones sobre las características del orden jurídico colonial y la transición hacia la codificación.

Bajo este esquema, el papel de los jueces resultaba fundamental, toda vez que a ellos correspondía la labor de integración del derecho. Por ello, se suele sostener que los jueces tenían el llamado arbitrio judicial. Es decir, los jueces contaban con amplio margen de maniobra para elaborar sus resoluciones con base en las múltiples fuentes existentes. De esta manera, las sentencias incluían junto con las referencias a la legislación real, citas de la doctrina sobre la propia legislación real, de los antiguos ordenamientos españoles y sus comentaristas, así como del derecho romano y el canónico con sus respectivos comentaristas. Ahora bien, esto no implicaba que los jueces tuvieran absoluta libertad para formular sus resoluciones. Por el contrario, si bien el marco jurídico existente permitía que un asunto pudiera tener una multiplicidad de posibles soluciones, también lo era que los jueces debían ajustarse en todo momento a los criterios generales reconocidos por la práctica jurídica. Es decir, las sentencias tenían que ser el resultado de la aplicación de criterios y métodos reconocidos como válidos por la práctica jurídica existente en sus tiempos.<sup>4</sup>

Por lo que respecta a los criterios que se estimaban válidos en el periodo que me ocupa, es necesario realizar algunas consideraciones. Como es bien sabido, los orígenes de la tradición jurídica castellana se pueden clasificar en tres grandes líneas: en primer lugar, una línea de naturaleza consuetudinaria con una influencia directa del llamado derecho romano vulgar. Esta línea se encuentra representada por los fueros y demás ordenamientos alto medievales, destacando especialmente el Fuero Juzgo. La segunda línea es la que se identifica con el derecho común. Se divide en dos grandes campos: el derecho romano proveniente de la compilación justiniana y el derecho canónico. En atención a su contenido, las Siete Partidas pertenecen a esta línea.<sup>5</sup> No obstante, es necesario aclarar que su origen es real. Finalmente, la tercera línea es la que representa al derecho real como un fenómeno surgido a propósito de la consolidación del absolutismo. En es-

<sup>4</sup> Bravo Lira, B., “Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa Continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”, *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, núm. 28, 1991, pp. 9 y 10. Harold Berman se refiere a la formación del conocimiento jurídico como el producto de un proceso evolutivo en el que las aportaciones de los juristas a lo largo del tiempo se van acumulando para formar juntas un cuerpo de conocimientos y prácticas reconocidos como válidos. Berman, H., *Law and Revolution*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983 (trad. al español de H. Berman, *La tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica).

<sup>5</sup> Guzmán Brito, A., “La penetración del derecho romano en América”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 18, pp. 203-211.

ta línea se pueden agrupar las Partidas, por su origen, la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla y con la Novísima Recopilación de Leyes.

Precisamente desde que el poder del rey empieza a consolidarse va a iniciar un largo enfrentamiento entre el derecho común y el derecho real. El objetivo de los reyes fue sustituir al derecho común con legislación emitida por ellos mismos. Aunque debe reconocerse que, en buena medida, el contenido del derecho real tiene su origen en el derecho común.<sup>6</sup> En realidad, el ejercicio iba mucho más allá de la sola búsqueda de un orden normativo uniforme que produjera seguridad jurídica en el reino. Los monarcas también aspiraban a convertirse en la única fuente legítima para emitir legislación en el reino.<sup>7</sup> Pero dicho enfrentamiento no sólo se presentó en el ámbito normativo, también repercutió sobre la doctrina. De esta manera, los textos dedicados a comentar cuestiones relacionadas con la compilación justiniana serán paulatinamente sustituidos por trabajos dedicados al estudio del derecho foral, pero principalmente del real.<sup>8</sup> Incluso se presentan cambios en el idioma, toda vez que las obras dejan de ser redactadas en latín y empiezan a escribirse en castellano.<sup>9</sup> Otro efecto en la doctrina consistió en que la misma empezó a perder fuerza como criterio sustantivo para la resolución de los asuntos para tener un mayor peso como herramienta para la interpretación de las normas. Es decir, dejó de ser empleada como ley para constituirse en material útil para la determinación del sentido de las normas.<sup>10</sup>

En el caso de las Indias, la situación presentaba ciertas particularidades. Las características concretas de la realidad indiana y el proceso de su ocupación por la Corona de Castilla produjeron el nacimiento del derecho indiano. Un orden normativo especializado destinado al gobierno

<sup>6</sup> Esta paradoja se explica al considerar que los abogados empleados por los reyes para elaborar derecho real se formaron estudiando derecho común.

<sup>7</sup> De hecho el caso del Fuero Real y, más tarde, de las Siete Partidas son claros ejemplos tempranos de esta tendencia.

<sup>8</sup> Víctor Tau Anzoátegui habla del desplazamiento de los autores de derecho común por los autores castellanos. Tau Anzoátegui, V., “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 17, 1989, p. 358.

<sup>9</sup> En el caso de las Indias, el ejemplo más claro es el de Juan de Solórzano Pereira con su *Indiarum Iure* de 1629 y la traducción al castellano: *La política indiana*. En derecho castellano, el primer ejemplo, desde luego temprano e innovador es el caso de las Siete Partidas. Desde aquellos tiempos, los reyes insistieron en la promulgación de sus normas en castellano.

<sup>10</sup> Tau Anzoátegui, V., *op. cit.*, nota 8, p. 372; Adame, J., “Agustín Rodríguez, como abogado postulante”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 17 (17), 1993, p. 10.

de las posesiones ultramarinas de Castilla. Sin embargo, el derecho indiano fue incapaz de proporcionar todo el aparato jurídico necesario para el gobierno del continente americano, por lo que fue necesario complementarlo con la aplicación de las normas vigentes en Castilla. Pero también en este caso, no se importaron todas las normas vigentes en aquel reino. Las autoridades castellananas tuvieron cuidado de no importar los fueros<sup>11</sup> y se concentraron en la importación de legislación real. Consecuentemente, las Siete Partidas van a tener una amplia vigencia en las Indias.<sup>12</sup>

Una arena adicional en donde se presentó el enfrentamiento entre derecho común y derecho real fueron las universidades. Los esfuerzos para sustituir el derecho común con el derecho real, se vieron continuamente afectados por los métodos de enseñanza del derecho. Los programas de las escuelas de derecho típicamente se habían centrado exclusivamente en el estudio del derecho romano y del canónico. Hacia 1819, la Universidad de México seguía empleando los estatutos expedidos en 1649 para la integración del programa de estudios de derecho. Dichos estatutos establecían exclusivamente el estudio del derecho romano.<sup>13</sup> De esta manera, a pesar de los esfuerzos realizados desde la Monarquía para modificar la enseñanza del derecho mediante la introducción de cátedras en las que se explicara el derecho real, los resultados habían sido limitados.<sup>14</sup> Hubo que esperar hasta mediados del siglo XIX para que el panorama presentara algunas importantes transformaciones. Por ese tiempo, el derecho

<sup>11</sup> Los fueros son el resultado de la negociación política entre una población y su monarca. Por lo general, la mayor parte de los fueros tuvieron sus orígenes en el proceso de reconquista español, en el que los reyes aceptaban aplicar la legislación de las propias ciudades para su gobierno. En América, por el contrario, el proceso fue dominado fundamentalmente por el poder real, con lo cual la mayor parte de la legislación fue expedida por los reyes de España o autoridades con poder real delegado.

<sup>12</sup> Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 5, pp. 203-211; *id.*, “Mos latinoamericanus iura legendi”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, núm. 1, 1996, pp. 15-20.

<sup>13</sup> Mendieta y Núñez, L., *Historia de la facultad de derecho*, México, UNAM, 1975.

<sup>14</sup> Arenal Fenochio, J. del, “El estudio de los derechos real e indiano en el Colegio de San Ildefonso de México a principios del siglo XIX”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, núm. I, 1991, pp. 241-250. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 12, p. 16. Ambos autores expresan que si bien el estudio del derecho romano se mantuvo, los contenidos de las clases empezaron a modificarse bajo la influencia de autores más cercanos al *mos gallicus*.

romano pierde su tradicional preeminencia. Los programas de estudios de las escuelas de jurisprudencia combinaban su enseñanza con la del derecho natural, el constitucional, el administrativo y el internacional, entre otros.<sup>15</sup>

Otro frente de batalla entre el derecho común y el romano se presentó con las críticas emanadas de los autores racionalistas a los métodos para la elaboración del derecho. En su opinión, el derecho común era una fuente de inseguridad jurídica para el orden jurídico imperante. La diversidad de autores y criterios en el derecho común difícilmente podía construir un sistema jurídico armónico, completo y sin contradicciones.<sup>16</sup> Las aspiraciones racionalistas esperaban poder crear un orden jurídico que proporcionara seguridad jurídica a los ciudadanos.<sup>17</sup> Originalmente, la expectativa fue que la legislación real sería capaz de generar un orden normativo de mayor calidad. Sin embargo, la Independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución francesa, cambiaron radicalmente el panorama y encomendaron a la soberanía popular, a través de las cámaras de representantes, la tarea de legislar. Asimismo, se empezó a crear una ideología basada en la aplicación estricta de la ley sobre todas las demás fuentes.

Precisamente, a propósito de estas últimas reflexiones, cerraré el presente apartado refiriéndome a los métodos para la elaboración de sentencias judiciales vigentes en México con la aparición de los códigos.

Como ha quedado establecido con anterioridad, los Tratados de Córdoba dieron lugar a un complejo sistema de prelación de fuentes. De esta manera se optó por dotar a las leyes emanadas de los congresos mexicanos con la máxima preeminencia. Sin embargo, la actividad legislativa de los congresos mexicanos fue muy escasa durante los primeros cincuenta años de vida independiente. En consecuencia, las normas vigentes durante el periodo de la dominación española siguieron siendo empleadas para dirimir controversias y, en general, para regular a la sociedad mexicana. Es decir, un sistema en el que conviven fuentes de diversos orígenes sin una jerarquía que necesariamente los oriente. La doctrina mexicana, siguiendo una tradi-

<sup>15</sup> Mendieta y Núñez, L., *op. cit.*, nota 13. Este autor presenta un cuadro con la evolución de los programas de derecho entre 1867 y 1907.

<sup>16</sup> Tau Anzoátegui, V., *op. cit.*, nota 8, pp. 351-408.

<sup>17</sup> Coing, H., "Sobre la prehistoria de la codificación. La discusión en torno a la codificación en los siglos XVI y XVII", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 9, 1989, pp. 249-261.

ción castellana que se remonta al Ordenamiento de Alcalá de 1348, optó por generar un orden de prelación para la legislación existente.<sup>18</sup> No obstante, los esfuerzos por establecer una prelación indican claramente que en la cultura jurídica de la época prevalecen concepciones del derecho en las que la legislación real no es ni la única ni la suprema fuente del derecho. Esta situación se ejemplifica claramente con el decreto expedido por Antonio López de Santa Anna en su carácter de presidente provisional de la República en 1841, por el que se fijaba la obligación de los jueces de fundar sus resoluciones en ley, cánón o doctrina.<sup>19</sup>

El constitucionalismo mexicano de mediados del siglo XIX<sup>20</sup> dio el primer paso para establecer un orden jurídico positivo en el país. Al efecto, se planteó la idea de que el apego a la ley, en tanto producto de la voluntad popular, es el mejor argumento para legitimar la acción de las tres ramas del gobierno. Esta convicción también se traslada a los ciudadanos en forma de obligación en el entendido de que deben ajustarse al mandato legislativo. Precisamente, al lado de este postulado llegó la codificación.<sup>21</sup> El texto del artículo 14 de la Constitución fijó claramente los parámetros que delimitaban al nuevo sistema jurídico. Al efecto, establecía lo siguiente: “No se podrá espedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y esactamente aplicadas á él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley”. Posteriormente, en 1861, Benito Juárez, presidente interino de la República, expidió un decreto por el que establecía que las sentencias de todos los tribunales del país debían fundarse en ley expresa, bajo pena de responsabilidad de los juzgadores.<sup>22</sup> Si bien, la Constitución ya establecía el marco adecuado, y los decretos del presi-

<sup>18</sup> El orden de prelación planteaba que en primer lugar se aplicaría la legislación expedida por los Congresos mexicanos. En segundo lugar, la Constitución de Cádiz y las leyes expedidas conforme a la misma. Tercer lugar, la Novísima Recopilación. Cuarto lugar, la Recopilación de Indias. Quinto lugar, la Nueva Recopilación de Castilla de 1567. Sexto lugar, las leyes del Fuero Real y del Fuero Juzgo. Séptimo lugar, las Siete Partidas. *Op. cit.*, nota 2, pp. 25 y ss.

<sup>19</sup> Decreto de 18 de octubre de 1841 por el que se establece que los jueces pueden fundar sus sentencias en ley, en cánón o en doctrina de autores. Véase Dublán, Manuel y Lozano, José María, *Legislación mexicana*.

<sup>20</sup> Me refiero a la Constitución de 1857.

<sup>21</sup> Sobre la Codificación pueden consultarse: González, M. d. R., *op. cit.*, nota 2. Coing, H., *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.

<sup>22</sup> Decreto de 28 de febrero de 1861. Véase Dublán, Manuel y Lozano, José María, *op. cit.*, nota 19.

dente de la República confirmaban la disposición constitucional, todavía era necesario que se promulgaran los códigos. Pero incluso cuando estos fueron promulgados, fue necesario modificar los patrones de conducta de jueces y abogados para adaptarlos al nuevo sistema.<sup>23</sup> Una editorial de *El Derecho* describía el orden jurídico imperante:

Era la legislación vigente en México hasta Febrero, un compuesto de los elementos mas heterogéneos. Legislación romana, legislación goda, legislación española, legislación mexicana. Dentro de ella giraban en sombría mezcla los principios ultramontanos y los de las regalías: los principios del feudalismo así como los del derecho divino de los reyes y la soberanía de los pueblos: los principios de la inquisición y los de la libertad de conciencia...<sup>24</sup>

Por otro lado, un autor mexicano contemporáneo a la época de la codificación explica los efectos de la misma en la función judicial al concentrarse en explicar cómo la nueva legislación limita el arbitrio judicial. Los jueces debían dejar de recurrir a la doctrina o a otras fuentes distintas a la ley para resolver los conflictos que se les plantearan.

Respecto del arbitrio judicial, él existe y existirá siempre; pero con el contrapeso que le puso el auto acordado<sup>25</sup> ...y el del artículo 14 de nuestra Constitución en la parte que dice al juez: que no juzgará sino con arreglo á las leyes que sean exactamente aplicadas al caso que sirve de materia al juicio. Por lo demás, el Código civil deja al arbitrio del juez la calificación de la culpa en la materia civil, y en la penal la aplicación del máximum y del mínimum de la pena, según las circunstancias del caso.<sup>26</sup>

La obligación de fundar y motivar las resoluciones es una cuestión que los propios jueces reconocían. Una sentencia fechada en 1868, en la cual se discuten los alcances del derecho de propiedad en términos del artículo 27 constitucional, recuerda que el artículo 16 de la Constitución obliga a los jueces a fundar y motivar sus resoluciones.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 12, p. 18.

<sup>24</sup> *El Derecho... cit.*, nota 1, segunda época, t. I, núm. 12, 25 de marzo de 1871, p. 145.

<sup>25</sup> Auto Acordado de 4 de diciembre de 1713 citado en la Ley II, título 2o. libro 3 de la Novísima Recopilación, dirigido a las audiencias y demás autoridades judiciales.

<sup>26</sup> Montiel y Duarte, I., *Tratado de las leyes y su aplicación*, México, UNAM, 1978, pp. 150 y 151.

<sup>27</sup> *El Derecho... cit.*, nota 1, pp. 7 y 8.

No obstante, el problema no se resolvía únicamente con el establecimiento de la norma aplicable. También era necesario determinar cuál era su correcta interpretación. Montiel y Duarte establece cuál es la postura prevaleciente en aquellos años:

...en nuestro foro hay una completa libertad, para seguir ó no la interpretación de los autores; y que la obligación de seguirla solo puede venir de la evidencia de las razones en que se apoye y del concepto que en el foro disfrute su autor. En cuanto a la interpretación usual, ella no llega á formarse sino en virtud de las ejecutorias que, uniformándose en la aplicación de la ley, lleguen a dar consistencia y uniformidad á una sola doctrina respecto del punto en que hayan venido recayendo las sentencias de los tribunales.<sup>28</sup>

Como puede observarse, para este autor, la autoridad legitimada para realizar interpretaciones vinculantes de las normas es el Poder Judicial. En ese sentido, el cambio se refleja no sólo en el hecho de que lo único susceptible de ser interpretado es la norma, sino también en que los jueces se convierten en los principales intérpretes de la ley, sustituyendo a las *autoridades* de la doctrina e incluso a los legisladores.<sup>29</sup> No obstante, a pesar del énfasis en la jerarquía de la interpretación judicial, es necesario considerar que los jueces debían necesariamente consultar a la doctrina para realizarla. En ese sentido, los textos de derecho común mantendrán su importancia como fuentes para el conocimiento de los alcances del derecho.<sup>30</sup>

Asimismo, se presentaron discusiones en torno a los alcances de algunos artículos del Código. El artículo 20 del Código Civil<sup>31</sup> disponía que a

<sup>28</sup> Montiel y Duarte, I., *op. cit.*, nota 26, p. 153.

<sup>29</sup> No obstante, este autor no resiste la tentación de afirmar que cuando el jurista se enfrenta a una ley oscura se requiere forzosamente interpretarla y que para hacerlo correctamente es necesario emplear los principios del derecho natural. Su argumentación continúa afirmando que esos principios se encontraban por lo general en el derecho romano y que éste es el ascendiente del inglés, del francés y, desde luego del mexicano. En consecuencia, concluía que era viable utilizar el derecho romano como herramienta de interpretación de la norma vigente, especialmente cuando ésta fuera oscura. *Op. cit.*, nota 26, p. 161.

<sup>30</sup> Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 12, p. 19. En ese mismo sentido, Zimmermann habla de una especie de tercera vida del derecho romano. Zimmermann, R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>31</sup> Artículo 20. “Cuando no se pueda decidir una controversia judicial ni por el texto ni por el sentido natural, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”.

falta de ley se debe acudir a los principios generales del derecho. El problema era determinar cuáles eran los principios generales del derecho a que se refería el artículo 20 del Código Civil. Dicho artículo se había planteado debido al reconocimiento de la comisión codificadora de la imposibilidad de generar un Código susceptible de ser aplicado a todos los casos posibles. Ante tal circunstancia, consideraron necesario dar una salida. Por ello recurren a los principios generales del derecho. Quedaba únicamente por determinar cuáles eran éstos. Montiel y Duarte también plantea una solución a este problema. En primer término sostiene que los principios generales del derecho a que se refiere el artículo 20 del Código Civil no pueden ser los del derecho romano, toda vez que estos son legislación extranjera y el artículo 14 de la Constitución prohíbe su aplicación. Después de eliminar la posibilidad de que los dichos principios puedan ser definidos libremente por los juristas o deban ser tomados de la legislación extranjera, concluye que es necesario encontrarlos en el derecho vigente en México, mismo que se construye con el derecho mexicano y el castellano que tuvo vigencia durante el periodo colonial.<sup>32</sup> En consecuencia, la búsqueda de los principios generales del derecho permitía a los juristas remontarse a las fuentes clásicas del derecho.

### III. SENTENCIAS EN *EL DERECHO*

En esta sección me voy a ocupar del análisis de algunas sentencias aparecidas en el periódico *El Derecho* publicadas entre 1868 y 1872.<sup>33</sup> Las sentencias y los alegatos seleccionados se dividen en dos grupos. El primero corresponde a aquellas publicadas en *El Derecho* entre 1868 y 1869. El segundo grupo contiene documentos aparecidos entre 1871 y 1872. Los casos no son transcritos en su totalidad, sino que se presentan resúmenes de los mismos. En primer lugar, se proporciona información sobre la naturaleza del asunto. Posteriormente, se dan a conocer los argumentos da-

<sup>32</sup> Montiel y Duarte, I., *op. cit.*, nota 26, p. 177.

<sup>33</sup> El periódico *El Derecho* apareció por primera vez en agosto de 1868. Su publicación se mantuvo semanalmente hasta 1870. Posteriormente, reapareció en 1871 y se mantuvo hasta mediados de 1872. Hacia mediados de la década de los setenta, el periódico se volvió a editar. Para la elaboración de este trabajo revisé los tomos correspondientes a 1868, 1869, 1870 y 1871. La muestra incluye unas 35 sentencias. No obstante, el periódico publicó muchas más durante el periodo que me ocupa. El criterio para la selección del material se basó principalmente en los contenidos de las sentencias.

dos por las partes y las autoridades que intervienen. Finalmente, de estimarse necesario, se presenta un breve comentario.

### 1. *Sentencias dadas antes de la entrada en vigor de los códigos*

En un artículo sobre la necesidad de una codificación penal, Manuel Dublán argumenta que dicha necesidad no es tan apremiante en materia civil:

No expondremos los fundamentos de esta necesidad por lo que mira á la legislación civil ...porque la reforma no es tan urgente en esta materia; pues como ha dicho un elocuente escritor, á pesar de haber transcurrido quince siglos: “La instituta de Justiniano ha sido y es todavía el libro más elemental de las legislaciones de Europa. Considerando el derecho civil en sus principios, en sus disposiciones capitales, en el espíritu con que aquellas se aplican y desenvuelven, no es ni mas ni menos que el derecho romano, tal como existía mil y quinientos años ha...Y cuando las naciones de nuestros días, tan orgullosas por su ciencia y civilización, se proponen redactar nuevos códigos, no tienen otro recurso que el de acudir á aquellos eternos principios, y de copiarlos con mas ó menos acertada forma para su gobierno y dirección”.<sup>34</sup>

Las anteriores palabras ilustran claramente la situación imperante.

#### A. *Casos resueltos con doctrina y ley antigua*

a. *La vigencia de las reglas del derecho.* En una sentencia dada el 24 de septiembre de 1868 el juez resuelve un asunto en el que se plantea la responsabilidad del demandado por haber dado un consejo al actor en forma dolosa. En los considerandos, el juez menciona la existencia de la regla 47 de las reglas del derecho.<sup>35</sup> Al efecto, estima que dicha regla es aplicable al caso concreto. De manera adicional, cita la Ley 2a. párrafo último de las Pandect. Mandat vel. cont.<sup>36</sup> y a Cicerón (Lib. 16 ad. Aticum. Epist. 18). Finalmente, funda en leyes 23 título 12 part. 5a. al fin, y 3a. título 15 part. 7a.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> *El Derecho...*, cit., nota 1, núm. 17, 19 de diciembre de 1868, p. 268.

<sup>35</sup> “Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: caeterum si dolus, et calliditas intercessit, de dolo actio competit”.

<sup>36</sup> Se refiere al Digesto 17.1.0. Mandati vel contra.

<sup>37</sup> *El Derecho...*, cit., nota 1, núm. 8, 17 de octubre de 1868, pp. 117 y 118.

Este caso, ejemplifica claramente la forma en la que los jueces abordan los problemas que se les presentan. El caso en particular involucra la aplicación directa de una de las reglas del derecho. El juez se refiere en el primero de sus considerandos a la existencia de dicha regla y su aplicación al caso. Los considerandos siguientes refuerzan la posición adoptada en el primer considerando hasta llegar a los puntos resolutivos en los que el juzgador opta por citar leyes de las Partidas. La sentencia sintetiza en buena medida algunos capítulos de la historia de la recepción al aludir directamente al Digesto, para después pasar por la opinión de un comentarista y finalizar con la cita de la legislación que se estima vigente. En buena medida, la fundamentación de la sentencia es el resultado de la mezcla de autoridad y potestad.

b. *Ley y doctrina como fundamento de sentencias*. Tercera Sala Tribunal Superior del Distrito. Juicio sobre el cobro de una deuda de la que el demandado tiene recibo. El juicio inicia con la demanda del actor en la que exige el pago de una deuda. El actor alega que expidió al demandado un recibo por el total de la deuda, pero que éste no pagó inmediatamente, sino que se le dio un plazo que incumplió. En la contestación el demandado niega la acción y sostiene además que la actora no puede actuar en representación del titular de la acción por ser mujer. Sentencia de 1a. instancia del Juez 5o. de lo Civil, de 21 de noviembre de 1868. En el considerando primero el juez establece que “por derecho, la mujer no puede representar el papel de apoderado judicial, sino por los parientes en línea recta...” cita a Guim, Diccionario de Escriche artículo “procurador judicial”.<sup>38</sup> En este caso se trata de una madre en representación de su hijo menor de edad, por lo que admite tácitamente la representación. En los considerandos siguientes el juez entra al estudio del fondo del asunto. Cita la ley 1a. título 14 Partida 3<sup>a</sup> para indicar que el demandado debe ser eximido de su deuda si el actor no prueba su acción y la ley 1<sup>a</sup> título 7 libro 2 del Fuero Real que establece que una vez obtenida una confesión, no es necesario aportar pruebas adicionales. Con estos fundamentos niega la acción. El actor apela la sentencia. La apelación se resuelve el 21 de febrero de 1871. La Sala establece que el juez falló con fundamento en Escriche, las Partidas y el Fuero Real. En los considerandos la Sala sostiene que la actora en sus alegatos modificó la naturaleza de la acción para tratar de emplear la excepción de *non numerata pecunia* en vía de acción. Al efecto se basó en la ley

<sup>38</sup> Escriche y Martín, Joaquín y Guim, Juan Bautista, en Guim, Juan B. (ed.), *1804-1882: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Ch. Bouret, 1885.

9 título 1o. Partida 5a. A continuación la Sala sostiene que la incorporación de este nuevo argumento en la acción es ilícita por haberse realizado con posterioridad a la contestación de la demanda. Funda lo anterior afirmando que Peña y Peña manifiesta lo anterior y su opinión se ajusta a la del común de los prácticos<sup>39</sup>. A continuación la Sala sostiene que aun cuando la acción hubiera sido procedente, la ley de partida invocada por la actora no es aplicable al caso, toda vez que la misma es aplicable únicamente “del contrato literal, es decir, del en que se promete prestar una suma de dinero ú otras cosas fungibles, sin que su disposición pueda extenderse a la paga”. Cita a Magro y Beleña elucidaciones Instit. Lib 3o. título 22, número 6<sup>40</sup> (sobre los límites de la ley de Partida citada). Asimismo, indica que los comentarios de Gregorio López a dicha ley de Partida establecen que la regla de la partida opera así porque en los préstamos es más fácil dar recibo de lo que no se ha recibido que en los demás casos. En consecuencia, salvo en el caso de los préstamos, la confesión o recibo prueba contra el confesante a menos que el confesante pruebe lo contrario. Es decir, en estos casos, la carga de la prueba corresponde al confesante o el otorgante del recibo. Cita a Arnoldo Vinio<sup>41</sup> lib. 3o. tit. 22 núm. 2 Instit. en el mismo sentido. En el siguiente considerando establece que aunque el actor hubiera intentado ejercitar en vía de acción la excepción *non recepti debiti* la misma no hubiera sido procedente. Sostiene que dicha excepción sólo puede oponerse dentro de los 30 días posteriores a la confesión o la expedición del recibo. Cita a Molina De Justitia et de jure, tract 2o. disp 257 núm. 3<sup>42</sup> y a Gregorio López (glosa a la misma ley de Partida) en el mismo sentido. La resolución concluye confirmando la sentencia.<sup>43</sup>

La anterior resolución tiene prácticamente a una sola ley de Partida como fundamento legal. Los demás fundamentos son sacados de la doctrina, ya sea comentando a dicha ley de Partida o refiriéndose a otras situaciones conexas a la demanda. Tal es el caso del considerando primero de la Sala en el

<sup>39</sup> Peña y Peña, Manuel, *Lecciones de práctica forense mejicana*, México, Imprenta de Juan Ojeda, 1836-1839.

<sup>40</sup> Magro, Jacobo y Ventura Beleña, Eusebio, *Elucidaciones ad quator libros institutionum imperatoris Justiniani: opportunè locupletatae legibus decisionibusque juris hispani / a ...Jacobo Magro ...auctore, ...D. D. Eusebius Bonaventura Beleño...*, Reimpres. Matriti, apud viduam Joachimi Ibarra, 1792, t. I.

<sup>41</sup> Vinnius, Arnold, *In quattuor libros Institutionem imperialium comentarius academicus et forensis*, 1642.

<sup>42</sup> Molina, Luis de (R. P. Lodovici Molinae), *De justitia et jure: opus in sex tomos divisum...*, Moguntiae: sumpt. haered. Joh. Godefredi Schönwetteri...: excudebat Nicolaus Heyll, 1659.

<sup>43</sup> *El Derecho...*, cit., segunda época, t. I, núm. 17, 29 de abril de 1871, pp. 206-211.

que desecha la modificación del contenido de la acción fundándose en Peña y Peña. Por otro lado, es importante resaltar la forma en la que el empleo de autoridades trata de ser respaldado con otras autoridades. De esta manera, al referirse a Peña y Peña se dice que los prácticos lo apoyan, en el caso de Gregorio López cita a Vinnio y posteriormente a Molina. Parece ser que dicho esfuerzo se encuentra encaminado a establecer que el criterio sustentado es efectivamente una *opinión común*.

c. *Ley y doctrina como fundamento de sentencias*. Tercera Sala Tribunal Superior de Distrito. Daños al bien arrendado. El arrendador actor demanda daños al demandado por el incendio del local arrendado. Inicia una acción *ad exhibendum*, entre otras, para hacer que el demandado presente las pólizas de seguro del local y la mercancía. Funda su petición en el título 8o. de Partida 5a. en decreto de 14 de mayo de 1862 y en Dig. Romano Ispano de Sala<sup>44</sup> y ley 17 título 2o. Partida 3a. La sentencia de primera instancia se dicta el 27 de junio de 1866. La sentencia es condenatoria y se funda en las leyes 6a. y 8o. título 8o. Partida 5a. 18 título 16 Partida 3a. Enciclopedia de derecho y administración, tomo 3o. artículo “Arrendamiento y ley 56 título 6 Partida 5a.”. Resolución de segunda instancia de 17 de marzo de 1871. La sala, siguiendo a Mascardo “De probationibus conclusio” 894 núm. 19,<sup>45</sup> sostiene que existe una presunción de culpa en los arrendatarios en relación con los incendios en bienes arrendados “incendium praesumitur factum culpa inhabitantium”. Sin embargo indica que la presunción se desvanece si los inquilinos muestran diligencia. “Octavo limitatur, sed conclusionis nostrae praesumptio, non habet locum, quando habitatores consueverunt esse vigiles atque diligentes; quia tales esse praesumuntur, et propterea in eos nulla est conferenda culpa, nisi negligentiae indicia ostendantur”. También refiere a Menochio “De praesumptionibus núm. 138 lib 5o. Proesumptio 3a.<sup>46</sup> y Altimor de “Nullit contract” núm. 78 Pars 2 Quaest 23.<sup>47</sup> Quienes sostienen que “en duda siempre debe

<sup>44</sup> Sala, Juan (Joannis Sala), *Digestum romano-hispanum ad usum tirunum hispanarum oridinatam*, Tertia, Valentia, In officina Fratrum de Orga, 1794.

<sup>45</sup> Mascardi, Giuseppe (Iosephi Mascardi), *De probationibus: conclusiones probationum omnium, quae in vtroque foro quotidie versantur*, Lugduni, apud Gulielmum Rouillium, 1589.

<sup>46</sup> Menochius. Menochio, Jacobo, *Commentariorum de praesumptionibus*, Lugduni apud Stephanus, Michaellem, 1590.

<sup>47</sup> Aldimari, Biagio, *De nullitatibus contractuum, quasi contractuum, distractuum, ultimarum voluntatum, et quorumcumque actuum extrajudicialium tractatus amplissimus in plures tomos divisus: In quo, ferè, tota materia legalis, quo ad contractus, ultimas voluntates, & actus extrajudiciales, latè, & luculenter tractatur, & explicatur: Avtore dom. don Blasio Altimario*, Nápoles, ex typographia Caroli Porpora, & Nicolai Abri, 1700-1709.

adoptarse aquella interpretación, por la cual se excluya la presunción de culpa”. En cuanto a las tachas al testimonio de los empleados del arrendatario demandado, la sala sostiene que si bien en principio es aplicable lo dispuesto por la ley 18 tit 16 part 3a., que descalifica el testimonio de quienes pueden verse involucrados en el asunto, también lo es que la doctrina ha establecido excepciones a dicho principio al no haber en el caso otros testigos idóneos. Cita a Antonio Gómez tomo 3o. cap 12 núm. 21 “Testes domestici, familiares, admitentur super facto vel delicto domo commissio, quia verisimiliter per alios veritas haberi non potest”.<sup>48</sup> En el mismo sentido y glosando la ley 3a. tit. 2o. Part 5a. a Hermosilla<sup>49</sup> quien considera viable el testimonio de dependientes criados y familiares. Cita a Menochio “De præsumtionibus núm. 137 lib 5o. Proesumptio 3a.”<sup>50</sup> para sostener que quien afirma culpa debe probarla. Se absuelve al demandado.<sup>51</sup>

El caso anterior se construye fundamentalmente con opiniones de autores. Si bien los juzgadores tienen como marco de referencia las fuentes legislativas, su contenido parece limitado a la luz del desarrollo efectuado por la doctrina. En particular, destaca la labor de los comentaristas en relación con cuestiones de derecho procesal. De hecho, en materia procesal, se aprecia la forma en la que la doctrina dicta reglas específicas sobre el valor de las pruebas y la forma en la que operan las presunciones. De esta manera, esta resolución muestra cómo en ocasiones la legislación no es más que un marco de referencia lejano sobre el que se elaboran múltiples elucubraciones.

## B. Casos resueltos con ley moderna, la antigua y la doctrina

a. *Constitución, doctrina y derecho antiguo*. Denegación de Amparo. Primera sala del tribunal de justicia del distrito actuando como sala de circuito, 20 de enero de 1869. El quejoso ha sido condenado a pena capital. Los

<sup>48</sup> Gómez, Antonio. D. Antonii Gomezii... *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii: tribus tomis distinctae*... Matrili: typis Petri Marin: sumptibus Regiae Societatus Typographorum Bibliopolarumque, 1780. Editio novísima, cui praeter annotationes Emanuelis Suarez a Ribera accesserunt illustrationes, sive additiones Joannis de Ayllon Laynez... 3 v.

<sup>49</sup> Hermosilla, Gaspar de, *Additiones, notae, resolutiones ad partit. glossas et cogita de Gregorii Lopetii / auctore L. D. D. Gaspare à Hermosilla, eius[que] filiis D. D. Ioanne Gaspare, et D. D. Sebastiano de Hermosilla ; cum quadruplici indice*, Beata [Baeza]: sumptibus et expensis authorum in eorumque domo venditur, 1634

<sup>50</sup> Menochius. Menochio, Jacobo, *op. cit.*, nota 46.

<sup>51</sup> *El Derecho...*, *cit.*, nota 1, segunda época, núm. 8, 6 de mayo de 1871, pp. 223-228.

hechos establecen que el quejoso entró a una vivienda con la intención de robar. Al ser sorprendido trató de fugarse. En la calle hubo quienes intentaron detenerlo. En la fuga mató a dos hombres hasta que finalmente lo detuvieron. La polémica se centra en determinar si los homicidios cometidos por el quejoso se realizaron con premeditación, alevosía y ventaja. La importancia de acreditar esta cuestión radica en que la Constitución mexicana de 1857 prohibía la pena de muerte, salvo excepciones, siendo una de ellas, el homicidio con premeditación, alevosía o ventaja. El abogado de la defensa considera que no hubo premeditación en el caso, por lo que estima que la condena a muerte es inconstitucional. El tribunal cita el proyecto de Código Penal español artículo 10 fracción II, para establecer los alcances de la frase “premeditación, alevosía o ventaja” Asimismo, cita a Pacheco en su comentario al Código Penal<sup>52</sup>. Cita el Febrero para establecer que la alevosía no es sinónimo de traición, en el mismo sentido refiere al Fuero Real ley 2 título 17 libro 4o. El tribunal también rechaza la opinión del abogado defensor en el sentido de interpretar de acuerdo con la jurisprudencia francesa al indicar que dicha jurisprudencia “no puede fijar entre nosotros su valor jurídico, sobre todo cuando ese significado es tan diverso, conforme á la legislación Española vigente en México...”. Al cuestionarse sobre la definición de las palabras contenidas en el artículo 23 de la Constitución mexicana de 1857: premeditación, alevosía o ventaja, la sala indica que debe recurrirse a la legislación y a la doctrina para determinar sus alcances. Para hablar de alevosía invoca la ley 2o. título 21 libro 12 de la Novísima Recopilación. Citan la ley 11 título 29 partida 7a. para establecer que lo sufrido por el reo en la cárcel no puede ser tenido como parte de la pena. El tribunal concluye rechazando el recurso del reo.<sup>53</sup>

Llama la atención el comentario de la Sala en relación con la negativa al empleo de la legislación francesa para interpretar los alcances del derecho mexicano. A pesar de que existe coincidencia en los conceptos, la Sala estima que los significados en cada orden jurídico son diversos. Aunque no proporciona ningún argumento adicional para fortalecer la posición. Asimismo, es interesante observar cómo las diferencias en el derecho no son consideradas si éstas provienen de legislación tan antigua como el Fuero Real. Lo anterior revela el destacado papel de la tradición en la construcción del derecho. Se trata de una tradición que distingue las características de los derechos nacionales, pero que no duda en aden-

<sup>52</sup> Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 3a. ed., Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 1867.

<sup>53</sup> *El Derecho...*, cit., nota 1, t. II, núm. 5, 30 de enero de 1869, pp. 83-86.

trarse a las raíces del derecho castellano para explicar los alcances de las instituciones. No obstante, dentro del discurso de la Sala, la tradición parece presentarse como el producto de un desarrollo nacional y no de una evolución orgánica del derecho en Europa occidental.<sup>54</sup>

b. *Auto de juez de distrito declarando libertad bajo fianza*. Juez de Distrito de Tabasco, 8 de diciembre de 1868. El auto empieza por analizar las penas aplicables a los delitos de los que se acusa a los reos. Posteriormente, con fundamento en el Febrero de Tapia<sup>55</sup> capítulo 3 número 9 tomo 6o. la Curia mexicana<sup>56</sup> número 73, tratado de la prisión del reo; Escriche, palabra prisión y las leyes 10 título 29 y 16 título 1o. partida 7a. y sus glosas, decreta que es viable conceder a los reos libertad bajo fianza. En tercer lugar emplea el artículo 19 de la Constitución para sostener que los reos han estado presos nueve y diez días de cárcel respectivamente, en violación a dicho artículo y que la observancia de dicho artículo “está recomendada por la suprema circular de 8 de Abril del presente año”. Consecuentemente decreta la libertad bajo fianza.<sup>57</sup>

Es interesante apreciar aquí cómo el juez, a pesar de tener una norma constitucional expresa que resuelve el caso planteado, opta por revisar la legislación antigua y la doctrina para resolver el asunto. Es decir, el artículo 19 de la Constitución establecía con claridad que la detención no podía prolongarse. Al informarse al juez que la detención de los indiciados ha superado el término constitucional, éste opta por revisar la legislación antigua para fundar con mayor precisión su determinación de dejar en libertad a los reos. De esta manera, se observa claramente cómo a la llegada de la codificación, los criterios para interpretar el derecho vigente provienen de la tradición y no de las discusiones del legislador como la técnica exegética lo exige.

<sup>54</sup> Por otro lado, es importante destacar el papel relevante de la doctrina francesa en la enseñanza del derecho en México. Sobre este particular, es posible ver las frecuentes citas que, entre otros, realiza Mercado, Florentino, *Libro de los códigos o prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

<sup>55</sup> Tapia, Eugenio de, *Febrero Mejicano o sea La librería de jueces, abogados y escribanos que refundida, ordenada bajo nuevo método, adicionada con varios tratados y con el título de Febrero novísimo dio a luz Eugenio Tapia, nuevamente adicionada con otros diversos tratados y las disposiciones del Derecho de Indias y del Patrio, por el licenciado Anastasio de la Pascua*, Méjico, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1834.

<sup>56</sup> Rodríguez de San Miguel, Juan, *Curia filípica mejicana*, México, siglo XIX.

<sup>57</sup> *El Derecho...*, cit., nota 1, t. II, núm. 5, 30 de enero de 1869, p. 92.

c. *Pena de muerte por robo en despoblado. Apelación contra la resolución del amparo interpuesto en contra la sentencia que condena a muerte.* Tribunal de Circuito de Puebla, 28 de diciembre de 1868. El tribunal sostiene que Antonio Gómez,<sup>58</sup> Salgado<sup>59</sup> y otros tratadistas explican la ley 2a. título 13 partida 3a. y argumentan que la confesión judicial del reo no basta para imponerle la última pena por el delito que la merezca. Sin embargo, reconoce que existe una ley de 26 de marzo de 1868 dada por el Congreso del Estado que debe ser cumplida por los funcionarios judiciales siempre que no se oponga a la Constitución. El Tribunal reflexiona que a pesar de las corrientes existentes orientadas a acabar con la pena capital (entre las que incluye los debates del constituyente) la inestabilidad del país ha hecho que se les observe poco. En todo caso, sostiene que “las estrictas cuanto penosas atribuciones de un juez, no deben de ir mas allá de lo que la ley, norma de sus actos públicos, le prescribe”. A continuación establece que las leyes del derecho español se estiman como derecho común. Continúa afirmando que dichas leyes propugnaban por el respeto a la vida. Cita la ley 18 título 14 partida 7a. y el comentario de Gregorio López para indicar los casos en los que procede la pena de muerte por robo. De lo que concluye que para el caso que le ocupa la pena de muerte es procedente. Se refiere a Beccaria<sup>60</sup> y Benthan (*sic*) (t. III, p. 55)<sup>61</sup> para hablar de abolicionistas. Concluye que “entre doctrinas y el tenor espreso de la ley, los deberes del juez los marca esta y no aquellas... nunca le es lícito a la autoridad judicial el proceder con arreglo a sus juicios peculiares, apartándose de la rigidez de los preceptos legales: *Judex non de legibus sed secundam leges debet judicare...*”. Cita a Gutiérrez<sup>62</sup> y a Villanueva para establecer las características del robo cometido por el reo y con ello rechazar un argumento de la defensa en el sentido que el tipo empleado no se adecuaba a la conducta del acusado. Al entrar al análisis sobre la aplicación del artículo 23 de la Constitución para beneficiar al reo, sostiene que al no haber ley reglamentaria de dicho artículo y el Congreso al ser in-

<sup>58</sup> *Op. cit.*, nota 48.

<sup>59</sup> Salgado de Somoza, D. Francisci, *Tractatus de regia protectione vi oppressorum appellantium a causis & indicibus ecclesiasticis... cum summaris, ac duplici indice...*, Lugduni: sumptibus Laurentii Anisson, 1654.

<sup>60</sup> *De los delitos y las penas.*

<sup>61</sup> Bentham, Jeremy, *Tratados de legislación civil y penal obra extractada de los manuscritos del señor Jeremias Bentham / por Esteban Dumont*, trad. de Ramón, Madrid, Imprenta de don Fermin Villapando, 1821-1822.

<sup>62</sup> Gutierrez, D. Joannis, *Praxis criminalis civilis et canonica, in librum octavum novae Recopillationis Regiae: sive Practicorum quaestionum criminalium tractatio nova*, nova editio, Coloniae Allobrogum, Perachon & Cramer, 1730.

térprete del mismo, no se puede pensar en extender sus alcances. En consecuencia, no se puede evitar el cumplimiento de lo que dicho artículo prescribe. Finalmente, concluye que en todo caso, la ley impugnada no plantea contradicciones con el precepto constitucional invocado por el quejoso.<sup>63</sup>

La anterior resolución es un claro ejemplo de las dificultades enfrentadas por los jueces para conciliar su bagaje jurídico con la legislación contemporánea y las teorías políticas que la sostenían. El juzgador inicia recurriendo a la doctrina para determinar cuáles son los requisitos para establecer que hay culpa. No obstante, se aparta de ese planteamiento al establecer que hay una ley que debe ser aplicada sobre la doctrina. De esta manera se observa que el juez expresamente se pronuncia por la vigencia de la ley sobre la doctrina. Aunque dicho planteamiento se torna menos nítido cuando interpreta los contenidos de la ley a la luz de la legislación y la doctrina antigua castellana a la que denomina “derecho común”.

Cuando aborda aspectos de interpretación constitucional, el juez es especialmente cauto. Reconoce expresamente que no es competente para realizar una interpretación del texto constitucional, sosteniendo que la autoridad competente es el Congreso. En ese sentido, destaca especialmente la actitud del Tribunal que se caracteriza por la subordinación a la ley como producto de la voluntad popular. El juez no debe ir más allá de la ley y menos aún de la Constitución. Bajo esta caracterización, la función legítima del juez parece constreñirse a un proceso automático de aplicación de las leyes a los casos que reúnan las hipótesis normativas. No obstante, la posición no es del todo consistente, toda vez que como ya se ha mencionado, la argumentación del juez es producto no sólo del empleo de la ley vigente y los textos españoles como legislación supletoria, sino que también se refiere a la doctrina. Finalmente, otro elemento que cabe destacar de la anterior resolución es la referencia a la caótica situación prevaleciente en el país. Con ello, el juez parece sentirse más cómodo para confirmar una sentencia de muerte.

d. *Prueba de uso*. La sentencia dictada por la 2a. sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito el 24 de agosto de 1868, es especialmente interesante para conocer la forma en la que los jueces consideraban viable la aplicación del derecho antiguo. En este caso se trata de determinar si el

<sup>63</sup> *El Derecho...*, cit., nota 1, t. II, núm. 7, 13 de febrero de 1869, pp. 114 y 115.

traidor puede ser albacea. Al efecto se considera necesario establecer los alcances de la ley 8a. título 5o. libro 3o. del Fuero Real. Sin embargo, la discusión, en primer término, se ocupa de establecer si el Fuero Real se encuentra vigente. La sentencia considera improcedente la aplicación de la citada ley del Fuero Real por considerar que el asunto que ocupa al tribunal no se ajusta al supuesto de la misma. La parte afectada opta por interponer el recurso de súplica. La súplica fue resuelta el 23 de noviembre de 1868 por la 1a. sala. En la resolución se sostiene que "...las leyes del Fuero Real no tienen fuerza obligatoria, sino en lo que están en uso, y no se ha probado el de la referida ley... por la parte que ha invocado la disposición que ella contiene". A continuación se establece que dicha ley se encuentra parcialmente derogada por la ley 2a. título 10 Partida 6a. La sala también condena en costas al suplicante con fundamento en las leyes 27 título 23 Partida 3a. y 7 título 17 libro 4o. de la Recopilación.<sup>64</sup>

La anterior sentencia permite ilustrar la forma en la que el llamado "derecho común castellano" era aplicado. En ese sentido, la resolución establece que el requisito principal es la prueba de uso. De esta manera, la parte que alega la aplicación del precepto, debe probar el mismo no sólo es aplicable sino que también se encuentra en uso. Evidentemente, la prueba de uso se refiere fundamentalmente a las referencias que tanto comentaristas como jueces pueden hacer del precepto en cuestión.

## 2. Sentencias dadas con posterioridad a la entrada en vigor de los códigos

La introducción al ejemplar primero del tomo primero de la segunda época de *El Derecho* se ocupa de la inminente llegada de la codificación. Los editores consideraban que la vieja legislación colonial estaba a punto de desaparecer. No obstante, advierten que el proceso de sustitución de la legislación no será fácil. Precisamente, por esa razón, consideran necesario comprometerse con el éxito de la empresa. Para tal efecto, optan por modificar el estilo del periódico en su segunda época desechando la publicación de trabajos doctrinales sobre el antiguo derecho y privilegiando la publicación de artículos relacionados con el nuevo derecho.<sup>65</sup>

Entre los primeros temas que ocuparán la atención de los juristas mexicanos, a propósito de la entrada en vigor de los códigos, será la situa-

<sup>64</sup> *Ibidem*, t. I, núm. 15, 5 de diciembre de 1868, pp. 240-242.

<sup>65</sup> *Ibidem*, segunda época, t. I, núm. 1, 7 de enero de 1871, pp. 1 y 2.

ción relativa a la transición. Diversos artículos de *El Derecho* insisten sobre la necesidad de expedir legislación que establezca un régimen transitorio. También se habla de la importancia de promulgar en breve un código de procedimientos civiles.<sup>66</sup>

Finalmente, el primero de marzo de 1871 entró en vigor el Código Civil para el Distrito Federal. Desde hace algunos años otros estados de la República ya contaban con códigos vigentes.

### A. Casos resueltos con ley antigua y con ley moderna

a. *Juicio sobre declaración de hijo natural*. Juzgado 4o. de lo Civil, 20 de octubre de 1871. La actora aporta pruebas testimoniales. El juez estima que la acción se encuentra suficientemente probada y la declara procedente. La sentencia se funda en la ley 32 título 16 Partida 3a.<sup>67</sup> y en los artículos 365<sup>68</sup> y 371<sup>69</sup> del Código Civil y declara que la actora probó su acción.<sup>70</sup>

b. *Sentencia de apelación*. Segunda Sala del Tribunal del Distrito, marzo 22 de 1871. Filiación y alimentos. La sala determina que la filiación debe probarse en términos de lo establecido en la ley 1a. título 5 libro 10 de la Novísima Recopilación.<sup>71</sup> Entre las consecuencias que deriva por la falta de prueba de la filiación establece que de acuerdo con el artículo 383 del Código Civil la hija no puede llevar el apellido del padre si no ha sido reconocida. Concluye fundando en la Novísima Recopilación y en el Código Civil.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> *Ibidem*, segunda época, t. I, núm. 8, 25 de febrero de 1871, pp. 97-99.

<sup>67</sup> Ley 32, título 16, Partida 3a. “Quantos testigos ha menester para probar en cada pelyto”.

<sup>68</sup> Artículo 365. “Para el reconocimiento por uno solo de los padres, bastará que el que reconoce haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte días que precedieron al nacimiento. La ley presume para este caso que el hijo es natural”.

<sup>69</sup> Artículo 371. “Este (el hijo) sin embargo puede reclamar la paternidad únicamente en el caso de hallarse en posesión de su estado civil...”.

<sup>70</sup> *El Derecho...*, cit., nota 1, segunda época, t. I, núm. 44, 4 de noviembre de 1871, pp. 537 y 538.

<sup>71</sup> Ley 1a., título 5, libro 10 “Porque no se pueda dudar quales son hijos naturales, ordenamos y mandamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascieron, ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensación, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola; ca concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos, que se hijo natural”.

<sup>72</sup> *El Derecho...*, cit., nota 1, segunda época, t. I, núm. 16, 22 de abril de 1871, pp. 202 y 203.

Las dos sentencias anteriores muestran claramente las características de la transición. En lugar de constituirse en la fuente única del derecho, el Código Civil aparece simplemente como la fuente más novedosa. Los jueces parecen emplearlo sin resistencia, pero no están convencidos de que se debe utilizar en forma exclusiva. En otras palabras, consideran necesario reforzar la aplicación del Código con el empleo de otras autoridades. Por otro lado, la última sentencia adelanta un problema que ocupará en los próximos meses a todos los juristas. Se trata de la determinación de los alcances del Código Civil a la luz de su posible aplicación retroactiva. En ese sentido, los debates no sólo se ocuparán de las vías idóneas para interpretar la nueva legislación o complementarla con la legislación antigua, sino que también se tendrán que establecer estándares para definir cuándo un caso debe ser resuelto con la nueva legislación.

### B. Casos resueltos con ley moderna, ley antigua y doctrina

a. *Aplicación armónica del Código con otras fuentes. Interpretación del Código con doctrina.* Incumplimiento de pago de réditos y la exigibilidad del principal derivada de dicho incumplimiento. Juzgado 3o. de lo Civil, marzo 23 de 1872. El actor-acreedor reclama el cumplimiento de toda la obligación por mora. El deudor sostiene que pagó tarde, pero lo hizo antes de ser interpelado. El juez establece que las cláusulas de los contratos “se interpretan las unas por las otras”. Cita como autoridades a Gómez de la Serna<sup>73</sup> y Reus García, anotación al artículo 249 del Código de Comercio español;<sup>74</sup> Escribiche voz “interpretación de los contratos”. Para establecer si el deudor ha incurrido en mora cita a Gothofredo (Not in l. 13, b. De solut et liberat)<sup>75</sup> quien afirma que “Quando mora committatur, melius intelligi potest scribi”. A continuación sostiene que a pesar de que la ley 8a. título 14 Partida 5a. establece que una vez vencido el plazo se incurre en mora sin necesidad de interpelación, dicho precepto no es aplicable por estar vigente el Código Civil [Este argumento es especialmente ilustrativo. Nos permite

<sup>73</sup> Gómez de la Serna, Pedro, *Elementos del derecho civil y penal de España: precedidos de una reseña histórica*, 5a. ed., Madrid, Sánchez, 1855.

<sup>74</sup> Miguel y Rubert, Ignacio y Reus y García, José, *Código de Comercio español concordado y anotado, precedido de una introducción histórico-comparado, y seguido de las Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios de Comercio por...*, Madrid, Santa Coloma, 1855.

<sup>75</sup> Godefroy, Denis, *Corpus Iuris Ciuilib / a Dio. Gothofredo I. C. recognitum; tomus I continens Pandectarum seu Digestorum libros quinquaginta additus est index MCCCXXV regulas iuris continens*, 4a. ed., Génova, ex typographia Iacobi Stoer, 1625.

entender la forma en la que se recibe el Código. El juez sustituye los ordenamientos empleados con anterioridad con el Código, pero sigue empleando la doctrina como fuente del derecho. Es decir, el efecto de la entrada en vigor del Código para el juez en este caso, fue la sustitución de la ley pero no del derecho]. A continuación sostiene que el artículo 1428 del Código dispone que si se estipula una pena por falta de cumplimiento no hay lugar a indemnización por daños y perjuicios. Según el artículo 1549 del Código es necesaria la interpelación del acreedor para que se incurra en mora. En el siguiente considerando, el juez sostiene que las Partidas permitían purgar la mora siguiendo en eso al derecho canónico y separándose del rigor del derecho romano. Asimismo, sostiene que la jurisprudencia siguió ese mismo camino (cita a C. 4, D. Locat et conduct;<sup>76</sup> y C. 9 de Poenis;<sup>77</sup> Gregorio López gl 2a. fin, in l. 8 título 14 Partida 5a. Noguero Allog. VI, n. 76;<sup>78</sup> Cancer. Var. Resol. Lib. 2 c5 núm. 136).<sup>79</sup> Finalmente, en el último considerando establece que la consignación hecha por la deudora antes de que se iniciara el juicio, y a pesar de la oposición del acreedor, tiene el efecto de purgar la mora, lo cual funda en los artículos 1678 y 1680 del Código Civil.<sup>80</sup>

El caso anterior permite observar claramente la forma en la que normas y doctrina se entremezclan para formar un argumento jurídico. Si bien, en la parte final de la resolución el Tribunal opta por fundar la sentencia en el Código, no puede dejar de reconocerse que el origen de dicho fundamento es mucho más complejo que la sola interpretación de los artículos citados del Código. En este caso, llaman especialmente la atención las referencias a autores del *mos italicus* y las citas del *Corpus Iuris Civilis*.

b. *Competencia de un juez mexicano para conocer sobre el cobro de un pagaré suscrito en el extranjero por un extranjero y a favor de otro extranjero (ambos ingleses)*. Sentencia del Juzgado 5o. de lo civil fechada el 6 de marzo de 1871. El juez inicia estableciendo que de acuerdo con la ley

<sup>76</sup> Cita el Código 4.65.0. De locato et conducto.

<sup>77</sup> Cita el Código 9.47.0. De poenis.

<sup>78</sup> Díez de Ribadeneira Noguero, Pedro, *Allegationum iuris tomos primus: in quibus quamplures quaestiones summe necessariae in supremae Hispaniarum curiae tribunali-bus disceptatae ad praxim vsunque forenses spectantes enucleantur: opus novum*.

<sup>79</sup> Cancer, Jaime (Iacobi Cancerii), *Variarum resolutionum Iuris Caesarei, pontificij & municipalis Principatus Cathalauniae...*, pars prima [secunda], Lugduni: sumpt. Laur, editio nouissima aucta et a mendis expurgata, Lyon, Francia, Arnaud et Petri Borde, 1670.

<sup>80</sup> *El Derecho... cit.*, nota 1, segunda época, t. II, núm. 15, 13 de abril 1872, pp. 131 y 132.

15 título 14, Partida 3a., el juez es competente para conocer el caso. No obstante, reconoce que el punto ha sido discutido en ocasiones anteriores. Para hacer más sólida su argumentación sostiene que el artículo 20 del nuevo Código Civil establece que los jueces no pueden demorar el despacho de los negocios por duda u oscuridad, sino que en esos casos deben fallar conforme a los principios generales del derecho. Cita también a Story a través de Carlos Calvo,<sup>81</sup> para establecer que los poderes judiciales son competentes para conocer asuntos sobre derechos reales o personales que se promuevan por residentes en el país, aunque los actos hayan tenido su origen en el extranjero. Asimismo, el juez sostiene que no encuentra en la legislación nacional ningún principio que le obligue a rechazar el conocimiento del asunto. Para terminar de consolidar su argumentación cita el artículo 24 del Código Civil que establece que mexicanos y extranjeros residentes en el Distrito o en California pueden ser demandados ante tribunales mexicanos por las obligaciones contraídas dentro o fuera de la república. Asimismo sostiene que si se declara incompetente cuando en realidad lo es, se daría inicio a un nuevo pleito y es obligación de los jueces no adoptar ese tipo de resoluciones, cita a Carleval.<sup>82</sup> Para determinar el domicilio del demandado cita la ley 32 título 2 Partida 3a. El demandado alega sobre la validez del documento base de la acción. Introduce una consideración sobre el carácter de dicho documento estimando que al no ser objetada la firma por la demandada, el documento vale como hecho ante escribano. En consecuencia, "...el instrumento notariado, «habet pro se tres præsumptiones, scilicet quod sit verum, solemene, et quod in eo conscripto sunt adhibita de voluntate partium»" (cita Parexa, De univers inst. Edic tit. 1 Resol III parr 2, núm. 7);<sup>83</sup> También para fundar el fallo indica lo siguiente: "Considerando: que «exempla instromentorum fidem facere et plenam probationem inducere adversus eum qui illa produxit» (Parexa. Ibid, Resol III, parr 3o. núm. 46). Cita a Parlador de rer quotid lib 2 cap fin Part 1. parr 12 limit 4 núm. 29<sup>84</sup> para indicar que a pesar de que la me-

<sup>81</sup> *Derecho internacional*, t. I, núm. 191.

<sup>82</sup> Carleval, Tomás, *Disputationum juris variarum, de judiciis, ad interpretationem regiarum legum Rogni Castellac...*, tit 2, disp. 8, núm. 3, 1726.

<sup>83</sup> Pareja y Quesada, Gabriel (Gabrielis de Parexa et Quesada), *Praxis edendi siue Tractatus de vniuersa instrumentorum editione, tam a praelatis, quam iudicibus ecclesiasticis, et saecularibus, litigatoribusque in iudicio praestanda...*, Lugundi, Sumptibus Anisson, & Posuel, 1726.

<sup>84</sup> Yañez Parladorio, Juan (Ioannis Yañez Payladorii), *Rerum quotidianorum libri duo et Quotidianarum differentiarum sesquicenturia cui accesserunt eiusdem auctoris questiones duodeviginti...*, Vallisoleti et Panormi: apud Ioannem Baptistam Maringum, 1628 (1627).

didada provisional de embargo se hizo por una cantidad superior a la debida, ello no anula la diligencia sino que debe corregirse el exceso en la sentencia de remate. (cita a Pérez de Lara, *De Annivers et Capellan* lib 1 cap. 10 núm. 69<sup>85</sup> y Curia Filip Part II parr. 8 núm. 1). Considera que la defensa del ejecutado ante el exceso en la ejecución lo libera de obrar con temeridad (Febrero Reformado por Carar, A. 4. núm 890). El juez concluye indicando que por las consideraciones dadas falla con fundamento en el artículo 111 de la ley de 4 de mayo de 1857, la acción ha procedido.<sup>86</sup>

En este caso, es importante destacar que la cita del artículo que expresamente resuelve la controversia no se hace de manera aislada, sino que el juez considera necesario complementarlo con citas a doctrina y legislación española. En lo relativo a la determinación del domicilio del demandado, llama la atención que el juez cita las Partidas en lugar del Código Civil que se supone que es el ordenamiento vigente que debe resolver el problema. Asimismo, debe destacarse el tipo de fuentes empleado. Los autores son tanto contemporáneos como antiguos. En ese sentido, el juez reconoce la misma autoridad a la doctrina de sus días que a la que ya tiene algunos años de antigüedad. Además es importante mencionar que el empleo del latín en las resoluciones se contraponen a la idea de accesibilidad de la ley que postula la codificación.

c. *El Código Civil refuerza argumentos*. Juzgado 4o. de lo Civil, 20 de febrero de 1872. El arrendatario ha realizado mejoras en la casa arrendada y quiere retenerla hasta que el arrendador le pague las mejoras. En primer lugar, el juez aclara que el arrendatario no es poseedor con título traslativo de dominio como lo invoca al citar las leyes 41 y 44 título 28 Partida 3a. El arrendatario también cita la ley 9a. título 2 Partida 5a. que dice que el comodatario que realiza mejoras en la cosa comodada puede retenerla. El juez establece que dicho contrato es gratuito y no puede aplicarse a uno que es de distinto género. Pero incluso si dicha ley fuera procedente, como lo sostienen los autores citados por el arrendatario, no es posible hacerlo porque el artículo 2801 del Código Civil sostiene que el comodatario no tiene derecho para retener la cosa. El juez también desecha los argumentos

<sup>85</sup> Pérez de Lara, Alonso, *De anniuersariis et capellaniis libri duo: quibus vltra generalem anniuersariorum [et] capellaniarum materiam, specialiter disputatur de annuo relict.... / authore.... Illephonso Perez de Lara...*, Matriti, ex typographia Illephonsi martin, expensis Illephonsi Pérez ..., 1608 (apud Ioannem de la Cuesta).

<sup>86</sup> *El Derecho... cit.*, nota 1, segunda época, t. I, núm. 12, 1 de abril de 1871, pp. 159-161.

que consideran que la regla 152<sup>87</sup> del derecho y la ley 17 título 34 Partida 7a. que dispone que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro, son aplicables. Al efecto, sostiene que el hecho que niegue la retención de la cosa arrendada no significa que el arrendatario pierde su derecho a reclamar por otra vía lo que considere pertinente. El juez cita a Escriche quien admite que hay autores que sostienen que el arrendatario puede retener la cosa cuando reclama el pago de mejoras útiles o necesarias. Pero niega su procedencia al citar el artículo 3126 del Código Civil que establece que el arrendatario no puede rehusarse a hacer la entrega del bien arrendado. El juez sostiene que dicho artículo aclara el sentido de la ley 24 título 8o. Partida 5a. que establece el derecho del arrendatario a reclamar el pago de mejoras, pero no el de retener (el cual fue construido por la doctrina). El juez introduce adicionalmente algunas consideraciones sobre la retroactividad en la aplicación del Código Civil y cómo dicho ordenamiento es aplicable en los casos pendientes. La sentencia se funda en el Código Civil y en la ley 24 título 8 Partida 5a.<sup>88</sup>

Este caso plantea varias cuestiones. Por una parte, el juez, atacando los argumentos del actor, cita el Código Civil para indicar que sus fundamentos se encuentran derogados. Sin embargo, cuando emite su fallo, se funda en una ley de Partidas que reconoce el derecho del arrendatario para cobrar al arrendador por mejoras hechas al inmueble arrendado, pero niega el derecho a retener el inmueble por no permitirlo el Código Civil. Es decir, el Código se emplea para atacar argumentos doctrinales y para definir los alcances de una ley de Partida. Cabe añadir, que las cuestiones procesales son fundamentalmente resueltas a través del empleo de la doctrina.

#### *D. Casos en los que se usa el derecho antiguo como derecho supletorio*

a. Segunda Sala del Tribunal Superior del Distrito. Se rechaza una tercería de dominio en un juicio sobre pesos. El juicio de origen es para el cobro de una deuda sobre los bienes del demandado. El demandado tiene su propio caudal pero además administra el caudal dejado por su cónyuge al morir. La tercería es interpuesta por los herederos del cónyuge del demandado

<sup>87</sup> “Observamos este derecho, que absolutamente por todo lo que se hace con violencia se incurre en delito, ó de violencia pública, ó de violencia privada”.

<sup>88</sup> *El Derecho...*, cit., nota 1, segunda época, t. II, núm. 13, 30 de marzo de 1872, pp. 108 y 109.

alegando que no es posible embargar el caudal hereditario que les pertenece y que está en poder del cónyuge supérstite. El juez determina que el demandado (cónyuge supérstite) es el administrador de una sociedad tácita que se formó entre los herederos y el propio cónyuge supérstite. En consecuencia, los actos del administrador (cónyuge supérstite) pesan tanto sobre sus bienes como sobre los del caudal hereditario. El juez rechaza la tercería y los herederos apelan. La Sala consideró que los herederos consintieron tácitamente la sociedad. La resolución cita el Fuero Real ley 6a. título 4o. libro 3o. que habla del establecimiento de la sociedad tácita cuando los bienes del cónyuge que muere quedan en poder del cónyuge supérstite sin practicarse la división. En consecuencia, sostiene que el caudal hereditario está sujeto a las pérdidas y ganancias del acervo común. A continuación, la Sala justifica el empleo del Fuero Real al establecer que el Código Civil no regula el caso planteado por lo que con fundamento en el artículo 20 del propio Código Civil, procede recurrir a la doctrina. Finalmente, la Sala sostiene que decide con arreglo a lo establecido en la ley 3a. título 19 libro 11 de la Novísima Recopilación y desecha la tercería.<sup>89</sup>

El caso anterior muestra una forma más avanzada de la recepción de la codificación. La Sala sostiene que en primer lugar es necesario aplicar el Código, no obstante, ante la insuficiencia de éste, pero con fundamento en el mismo, decide recurrir a la doctrina. Es decir, parece ser que desde la perspectiva de la Sala, la antigua legislación y la doctrina han quedado derogadas por igual por las normas del Código. Sin embargo, cuando las normas del Código no alcanzan, es posible acudir a todo es cuerpo de normas y opiniones para encontrar solución al caso planteado. Bajo este punto de vista, no parece haber distinción entre normas antiguas y doctrina. Pero a pesar de todo ello, no deja de sorprender que la Sala emplea como fundamento para resolver la Novísima Recopilación. La anterior mezcla de criterios no es más que el resultado de las dificultades que enfrentaron los jueces por aquellos días para conciliar su formación con las exigencias del nuevo orden jurídico.

### E. *Casos de transición*

a. Segunda sala del Tribunal Superior de Justicia. Resolución de 15 de abril de 1872. En primera instancia se encuentra culpable al apelante del

<sup>89</sup> *Ibidem*, t. I, núm. 49, 9 de diciembre de 1871, pp. 604 y 605.

delito de estupro. Con fundamento en las Decretales se le condena a casarse con la víctima o, en su defecto, a darle dote. De no hacerlo iría 4 meses a la cárcel. La apelación se basa en que el nuevo Código Penal no contempla el delito de estupro en la variedad en la que fue condenado el apelante. No obstante, que la Sala reconoce que el delito no se encuentra en el nuevo Código, se plantea que la víctima tiene derechos adquiridos sobre la indemnización. En consecuencia, se le libera de la posibilidad de ir a prisión, pero se mantiene la condena a pagar o a casarse.<sup>90</sup>

Esta resolución muestra las dificultades existentes para conciliar el cambio en el orden jurídico con situaciones que vienen del anterior estado de cosas. Estos temas serán abordados en múltiples ocasiones sobretodo a la luz de la prohibición constitucional de la aplicación retroactiva de la ley.

#### IV. CONCLUSIONES

La codificación no puede observarse como un movimiento integral. Dentro del fenómeno de la codificación se agrupan diversas aspiraciones y propuestas de innovación técnica. En el campo de las aspiraciones encontramos en primer término el movimiento por la unificación de las fuentes del derecho bajo una sola autoridad emisora que se encuentra estrechamente relacionado con los movimientos centralizadores de las monarquías europeas iniciados en el siglo XVI y antes inclusive. En segundo lugar, con la codificación llegan ideas que tienen que ver con la transformación política de la sociedad. En este aspecto destacan especialmente cuestiones como la soberanía popular y la reivindicación de derechos como la propiedad, la seguridad, la libertad y la igualdad. En tercer lugar y como resultado del racionalismo, aparecen planteamientos que establecen la posibilidad de generar órdenes normativos completos y susceptibles de proporcionar una regulación adecuada para todas las necesidades sociales de manera apriorística.

En cuanto a las innovaciones técnicas, los cambios también tienen diversos orígenes. Por una parte, el orden jurídico del antiguo régimen había enfrentado una importante serie de críticas, particularmente desde la perspectiva humanista y del racionalismo. Destacan en particular los planteamientos críticos hacia la ausencia de una sistematización adecuada de las normas. Por otra parte, las aspiraciones de cambio y renovación en

<sup>90</sup> *Ibidem*, segunda época, t. II, núm. 17, 27 de abril 1872, pp. 157-159.

la sociedad introdujeron a la discusión de temas relacionados con la forma en la que las normas se producen, se conocen y se aplican en la sociedad.<sup>91</sup>

De esta manera, una evaluación del impacto de la codificación debe necesariamente atender a áreas específicas y no puede hacer a un lado las líneas ideológicas que alimentaron el proceso. Es decir, la llegada de la codificación no puede verse como un proceso uniforme, sino que tiene que verse como un conjunto de procesos y etapas. Por estas razones, este trabajo no pretende plantear una explicación general sobre el fenómeno codificador, sino que se concentra en el análisis de una de sus etapas. En ese sentido, intento proporcionar algunas ideas útiles para discutir la forma en la que los jueces y los abogados enfrentaron la llegada de los códigos.

La aparición de los códigos plantea varios problemas a jueces y abogados. A pesar de que los intentos por desaparecer la influencia del derecho común y su sustitución con el derecho real tuvieron sus orígenes varios siglos atrás del inicio de la codificación, es importante resaltar que en México, a mediados del siglo XIX, la tradición del derecho común todavía tenía bastante vitalidad. La tarea no era sencilla. Por una parte se requería desvincular a la clase jurídica de la tradición, y por la otra era necesario imponer el dogma de la legitimidad de la ley como producto de la soberanía popular para normalizar su aplicación. Sin embargo, otro problema adicional a la sustitución de las fuentes consistió en probar la efectividad del nuevo orden normativo como único instrumento de regulación social. Es decir, ¿en qué medida los códigos serían capaces de sustituir satisfactoriamente al orden jurídico del *antiguo régimen*?

La lectura de las sentencias publicadas en *El Derecho* revela algunas claves que pueden contribuir a explicar los problemas que se presentaron por aquellos días. En primer lugar, es necesario reconocer que la mezcla jurídica es todavía muy rica a mediados del siglo XIX. Alegatos y sentencias contienen citas directas de la compilación justiniana, referencias al derecho real, incluso algunas menciones del antiguo derecho foral, y, desde luego, el derecho generado durante la vida independiente. No obstante, destaca fundamentalmente el empleo del derecho común a través de las Partidas y el derecho real a través de la Novísima Recopilación.

Por lo que respecta a la doctrina, los jueces emplean fundamentalmente la doctrina de origen nacional y en segundo término la doctrina espa-

<sup>91</sup> Muchas de las anteriores ideas han sido discutidas por Coing, Helmut, *op. cit.*, nota 17, pp. 249-261.

ñaola sobre el derecho real. No obstante, el empleo de comentaristas anteriores no es desechado. El caso más claro es el de las citas a los comentarios de Gregorio López a las Partidas. Lo anterior revela claramente la vigencia del derecho común en la mentalidad de los juzgadores. Las citas de otros autores del derecho común son mucho más limitadas. Por lo general, las referencias son indirectas.<sup>92</sup> Sin embargo, cabe destacar que la forma en la que se les cita sigue dando la sensación que se les emplea como autoridades. En ese sentido, su presencia en las sentencias y, particularmente, en los alegatos de los abogados, prueba la vigencia de un método de argumentación jurídica que se resiste a desaparecer.

Los esfuerzos de la doctrina por establecer un orden de prelación, lo que indudablemente aparece como parte de un proyecto regalista, no fueron del todo exitosos. Los jueces mantienen el interés por referirse a la doctrina. El peso de la misma es trascendental en la primera época de la llegada de la codificación, y con ella, el del derecho común. Esto es especialmente notorio en el derecho procesal. Pero en realidad, el apego a la doctrina no parece ser más que una manifestación de la subsistencia de una tradición jurídica que se resiste a desaparecer. Las referencias directas a la compilación justinianea y el frecuente empleo del latín en las resoluciones representan un claro ejemplo de esta situación.

A pesar de las críticas al orden de cosas prevaleciente antes de la codificación, los modelos propuestos por los codificadores no fueron suficientes para modificar todos los vicios que criticaban. La nueva legislación tuvo importantes deficiencias. Por una parte, su contenido no se ajustaba a las necesidades sociales imperantes.<sup>93</sup> Por otro lado, los nuevos ordenamientos no fueron completos, con lo cual dejaron muchas lagunas. Como consecuencia de lo anterior, el arbitrio judicial necesariamente subsistió, aunque ciertamente fue mucho más moderado.

<sup>92</sup> Incluso cuando las referencias son directas da la impresión que los jueces no han tenido frente a sí los textos citados. El trabajo de Javier Barrientos sobre la cultura jurídica en la Nueva España es muy útil para conocer qué textos se encontraban en las bibliotecas novohispanas. Barrientos, J., *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM. Esto puede ayudar a hacer algunas inferencias sobre el tipo de fuentes que pudieron tener a la vista los jueces. No obstante, semejante tarea rebasa los alcances del presente trabajo.

<sup>93</sup> Cabe destacar especialmente los intentos de adopción acrítica de códigos extranjeros y sus diferencias con el contexto nacional. Quizá el ejemplo más destacado sea el del Código Civil de Oaxaca de 1828.

Es precisamente este último punto el que conviene analizar con más detenimiento. En realidad, lo que se busca explicar es la forma en la que opera la transformación en la práctica judicial al pasarse de un juez que se funda en la doctrina y el derecho antiguo a un juez exegeta que suele ser poco proclive a emitir un fallo cuyo contenido no se encuentre claramente fundado en la ley vigente. Es decir, una vez que se publica el Código Civil, el efecto debió consistir en el olvido del antiguo derecho. No obstante, los jueces no se adaptaron inmediatamente a los dictados de los codificadores y siguieron recurriendo a la doctrina y al antiguo derecho. Después de todo, su formación académica y la práctica representaban importantes obstáculos para la adopción del nuevo modelo. La calidad de los nuevos ordenamientos también debió jugar también un papel importante durante este periodo.

Ante la anterior perspectiva y visto el comportamiento de jueces y abogados en la primera etapa de la adopción de los códigos, es posible generar una hipótesis provisional sobre la manera en la que se produjo el cambio en la forma de fundamentar la sentencias y consecuentemente, en la cultura jurídica. El cambio debió ocurrir en tres etapas. En la primera, los códigos fueron aceptados como una fuente adicional dentro del catálogo de fuentes existente en la época. En una segunda etapa, los códigos empezaron a ser usados como fuente principal para el conocimiento del derecho. No obstante, fue necesario complementar sus disposiciones con los conocimientos provenientes de la tradición. De esta manera, los códigos fueron leídos y, probablemente reescritos, a la luz de la tradición. En ese sentido, es necesario reconocer que la llegada de los códigos marca el principio de la última etapa de existencia de la tradición. Finalmente, en una tercera etapa los códigos se convirtieron en el referente único del derecho. Es decir, el verdadero cambio ocurre cuando los juristas aceptan la supremacía de la “voz del legislador” como criterio de interpretación de la ley. Es hasta ese entonces cuando la tradición quedará efectivamente derogada. La codificación como un asunto técnico, no afecta al derecho desde el punto de vista de la tradición, simplemente lo reforma. El cambio real se produce con el dogma de la soberanía popular y su aceptación acrítica por la clase jurídica. Es decir, surgirá una nueva forma de hacer y entender el derecho.

El estudio de los alcances de la hipótesis anterior, quedará para posteriores trabajos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME, J., “Agustín Rodríguez, como abogado postulante”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 17(17), 1993.
- ARENAL FENOCHIO, J. DEL, “El estudio de los derechos real e indiano en el Colegio de San Ildefonso de México a principios del siglo XIX”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano Actas y Estudios*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1991, t. I.
- BARRIENTOS, J., *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, 1993.
- BERMAN, H., *La tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BRAVO LIRA, B., “Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”, *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 28, 1991.
- CABALLERO, J. A., “La codificación y el federalismo judicial”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XI, 2001.
- COING, H., “Sobre la prehistoria de la codificación. La discusión en torno a la codificación en los siglos XVI y XVII”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 9, 1989.
- , *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.
- GONZÁLEZ, M. d. R., *El derecho civil en México. 1821-1871. Apuntes para su estudio*, México, UNAM, 1988.
- GUZMÁN BRITO, A., “La penetración del derecho romano en América”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 18, 1988.
- , “Mos latinoamericanus iura legendi”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, núm. 1, 1996.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, L., *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1975.
- MERCADO, F., *Libro de los códigos o prenociones sintéticas de condificación romana, canónica, española y mexicana*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992.
- MONTIEL Y DUARTE, I., *Tratado de las leyes y su aplicación*, México, UNAM, 1978.

TAU ANZOÁTEGUI, V., “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 17, 1989.

ZIMMERMANN, R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University Press, 2001.