

Primera Parte. La aplicación del derecho civil	5
I. Introducción	5
II. El orden jurídico en el seno de la sociedad colonial	8
III. Pervivencia de las características de la sociedad en el Mé- xico independiente	14
IV. El nuevo orden jurídico	21
1. La sustitución del antiguo derecho	22
2. El orden de prelación	25
3. Los códigos españoles	31
4. El derecho colonial en la práctica mexicana	35
V. Sujetos de derecho en el siglo XIX	40
1. El concepto	42
2. Los autores	43
VI. Clasificación del derecho de acuerdo con los autores de la época	47
1. El concepto “derecho civil”	48
2. El concepto de costumbre	55

PRIMERA PARTE. LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El orden jurídico en el seno de la sociedad colonial*. III. *Pervivencia de las características de la sociedad colonial en el México independiente*. IV. *El nuevo orden jurídico*; 1. *La sustitución del antiguo derecho*; 2. *El orden de prelación*; 3. *Los códigos españoles*; 4. *El derecho colonial en la práctica del México independiente*. V. *Sujetos de derecho en el siglo XIX*; 1. *El concepto*; 2. *Los autores*. VI. *Clasificación del derecho de acuerdo con los autores de la época*; 1. *El concepto "derecho civil"*, a) *José María Álvarez*, b) *El Nuevo Febrero y el Febrero Mexicano*, c) *El Novísimo Sala y el Sala Mexicano*; 2. *El concepto de "costumbre"*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho civil es entre todas las ramas de la legislación la que tiene menos atractivo para los que no estudian jurisprudencia por oficio; esto aún no es decir bastante: el derecho civil inspira una especie de terror. La curiosidad se ha dirigido mucho tiempo con ardor a la economía política, a las leyes penales, y a los principios de los gobiernos... Pero el derecho civil nunca ha salido del recinto oscuro del foro: los comentadores duermen en el polvo de las bibliotecas al lado de las controversias y el público ignora hasta el nombre de las sectas en que se dividen...

Jeremías Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*.

Las siguientes páginas están dedicadas al planteamiento de algunas cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho civil durante los primeros cincuenta años de la vida de la nación mexicana que no suelen ser tomadas en cuenta por los estudiosos y que tienen estrecha relación con otras ramas del derecho. Presenta una primera aproximación al tema de la supervivencia del derecho colonial. Asimismo, proporciona al estudioso un panorama de los libros de doctrina jurídica de la época y de los órdenes de prelación para la aplicación del derecho que se contienen en estas obras. También recoge, de estas mismas

fuentes, la noción de persona y las limitaciones que existían para el disfrute de la plena capacidad de goce y de ejercicio. Finalmente, consigna las diversas clasificaciones del derecho que realizaron los autores de aquel tiempo.

Para la mejor comprensión de los temas anteriores y de los factores que influyeron en el comportamiento de los órganos aplicadores del derecho, me ha parecido interesante presentar una visión esquemática de la composición de la sociedad colonial y la forma en que dicha composición se mantuvo en las primeras décadas de vida independiente. Ambas son importantes, y deben ser tomadas en cuenta por quien pretenda analizar la forma en que fueron aplicadas las leyes en la solución de problemas concretos, los cuales nunca pueden ser vistos en forma totalmente objetiva por el juzgador. En palabras de Alf Ross, se puede afirmar que "...la administración de justicia, aun cuando su camino resulta preparado por procesos cognoscitivos, es por su naturaleza propia, sin lugar a dudas, una decisión, un acto de voluntad".¹ Esto debe ser considerado al emprender el estudio de la aplicación del derecho —en este caso civil— para que se realice con mayor rigor, a fin de que los frutos que se obtengan sean más esclarecedores.

Antes de entrar en materia, conviene recordar algunas de las características del orden jurídico novohispano, ya que a raíz de la independencia se carecía de códigos nacionales, por lo cual, para resolver los problemas que se planteaban en la administración de justicia se tenía que acudir, por un lado, al corpus de derecho colonial y, por el otro, en materia doctrinaria, a las obras de autores españoles y, alguna vez, americanos.

Al estudiar el derecho novohispano no debemos perder de vista que éste puede encuadrarse dentro de lo que Basadre llama *concesión* al referirse a los modos de influencia de un derecho sobre otro. Este autor señala que en la "concesión" se impone desde arriba, sobre el sistema jurídico existente, un nuevo derecho, fundamentalmente en los órdenes administrativo y penal, interfiriendo en el civil sólo cuando afecta los intereses de la metrópoli. Al producirse la independencia política, generalmente aquélla lega un derecho técnicamente superior al que existía en el territorio antes de la dominación política, al cabo de la cual dicho territorio queda unificado jurídicamente. En la mayoría de los casos, el derecho de la metrópoli sigue influyendo aún después de

¹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió), Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 132.

terminado el ligamen político que lo generó.² En el México independiente se presenta con claridad este hecho. En varias materias las leyes españolas siguieron teniendo vigencia (en lo que no se contrapusiera con lo establecido por los congresos mexicanos) y se conservaron hasta que paulatinamente se fueron sustituyendo por leyes y códigos nacionales. Este fenómeno se consolida hacia el último tercio del siglo XIX.

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

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

Existe, entonces, un derecho propiamente indiano, al lado del cual se aplicaron supletoriamente las normas del derecho castellano. Situación que en ciertas materias se mantuvo, con algunos matices, hasta la promulgación de los códigos nacionales. De otra parte, los "pueblos de indios" contaban con un régimen jurídico mixto, es decir, ordenamientos criollos basados en el derecho castellano y en aquellas materias que no contravinieran los preceptos de la Iglesia católica ni fueran contra la moral, utilizaban su propio derecho.

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

² Basadre, Jorge, *Historia del derecho peruano*, 2a. ed., Lima, Edigraf, 1984, pp. 271 y ss.; *vid, infra*, pp. 57-61.

la formación paulatina de un derecho nacional, a través de las diversas influencias recibidas, todas ellas susceptibles de considerarse extranjeras en el momento de su aparición, hasta que al enraizar o no en la sociedad y al sufrir la acción del medio, pasan o no por un proceso de nacionalización.³

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

...Por ende, por la presente aprobamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros aveis tenido y teneis para vuestro buen regimiento y policía, y las que aveis hecho y ordenado de nuevo todos vosotros, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro señor, y nuestro y a vuestra conservación y policía christiana, no perjudicando a lo que vosotros teneis hecho, ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros que fueren justos y buenos...

Carlos V a los caciques de indios de la Vera paz, 1555.

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

En función de que la realidad americana no se ajustaba al modelo de gobierno existente en España, los monarcas tuvieron que proceder para fijar las nuevas reglas, en buena medida con el método de ensayo y error, tomando como base las instituciones peninsulares. El Estado español no siempre siguió la misma política respecto de un problema, sino que fue adecuando sus puntos de vista a la siempre cambiante realidad. Esto se reflejó en todos los campos. Zavala y Miranda⁴ señalan, por ejemplo, que el tratamiento de los indígenas presentó actitudes variadas e incluso contradictorias, lo cual parece enteramente comprensible.

³ Basadre, *op. cit.*, p. 41.

⁴ Zavala, Silvio y José Miranda, "Instituciones indígenas en la colonia", *Métodos y resultados de la política indigenista en México*, México, I.N.I., 1954, p. 33.

En el año de 1821, la población del virreinato de la Nueva España estaba constituida por una sociedad de tipo estamental, la cual a través de los siglos de dominación colonial, se había tornado cada vez más rígida. Su movilidad social era escasa, tanto en el sentido horizontal como en el vertical, y dentro de esta sociedad se presentó siempre un elemento *sui generis* que fue el indígena. La sociedad, sin embargo, era semejante a la europea, sus estratos sociales eran definidos por la ley o la costumbre.⁵

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

Se podría pensar que una sociedad organizada de esta manera, no podía ser una sociedad justa. Alf Ross señala que la idea de justicia no ha sido nunca absoluta, en el sentido de que todos, cualesquiera sean las circunstancias, “deberán hallarse exactamente en la misma posición que los demás (a cada uno lo mismo)”. La justicia entendida de esta manera, significaría que no deben intervenir factores como “la edad, el estado civil, si se ha cometido un asesinato o no, si se ha celebrado un contrato o no”. Este autor agrega que no se ha pretendido nunca que la justicia se entienda así: uno de los requisitos de la existen-

⁵ Sierra, Catalina, *El nacimiento de México*, México, U.N.A.M. 1960, p. 59. Mörner, Magnus, en su obra *La mezcla de las razas en la historia de América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, en las páginas 55, 61 y 66, señala que al hacerse una evaluación de la política, político-racial en la América hispana durante el periodo colonial, no se puede considerarla, por ser injusto y anacrónico, como racista, tampoco se puede decir que fue generosa y tolerante. La evalúa en el contexto de la concepción jerárquica de la sociedad prevaleciente antes de la Revolución francesa, que tuvo que aplicarse a un mundo interracial. Es pues, un tipo de sociedad *sui generis*, que obedeció el trasplante de la sociedad corporativa jerárquica de Castilla en la Edad Media tardía, en una situación colonial multirracial.

Propone dos cuadros para clasificar a la población de acuerdo a la condición legal y al *status social*.

Condición legal

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

Status social

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

cia de la justicia es que se hagan distinciones de manera tal que “las ventajas y las cargas, los derechos y deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta las circunstancias condicionantes”.⁶

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

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

Es claro, entonces, que la actitud de los monarcas, respecto del tratamiento de los sujetos que habitaban la Nueva España, obedeciera a las circunstancias condicionantes propias de la realidad que tuvieron que enfrentar. Del paternalismo que privó durante los siglos XVI y XVII se pasó, a consecuencia de las ideas progresistas de la Ilustración, a una actitud diversa.⁹

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

Refiriéndose a los indígenas, Zavala y Miranda¹⁰ explican que duran-

⁶ Ross, Alf, *op. cit.*, p. 262 y ss.

⁷ *Ibidem*, Los otros criterios son: a cada uno según su mérito; a cada uno según su contribución; a cada uno según sus necesidades; a cada cual según su capacidad.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Miranda, José, *Las Ideas y las Instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820*, México, UNAM, 1952, pp. 94-100 y 145-146.

¹⁰ Zavala y Miranda, *Instituciones...*, p. 33. A pesar de que me interesaría refe-

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

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

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

La idea de separar a los indígenas del resto de la población tuvo por objeto ejercer un control mayor para la cristianización y proteger a los indígenas de los malos ejemplos. La separación fue tajante en la legislación.¹³ De cualquier manera, la separación absoluta de los grupos étnicos no se realizó totalmente; el comercio, la agricultura y la ganadería imponían, de hecho, la penetración. Los españoles vivieron en los pueblos de indios y éstos pudieron entrar a aquéllos con el objeto de comerciar o pernoctar. Sin embargo, puede decirse que la existencia de estos “pueblos de indios” determinó la coexistencia de, por lo menos, dos regímenes jurídicos distintos.

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

La tercera, o sea, las congregaciones y reducciones, tenía por objeto cristianizar y urbanizar o “civilizar” a los indígenas que vivían en pequeños grupos, muy alejados y desligados de las grandes comunidades indígenas. Se trató de hacer esto sin violencia y, debido a la reticen-

irme a los otros grupos étnicos, más ampliamente, la información es escasa, ya que lo que ha despertado fundamentalmente el interés de los investigadores ha sido el grupo indígena, quizá por un residuo de paternalismo heredado de aquellas épocas, y por ser el elemento *sui generis* de la historia de México.

¹¹ *Vid.* nota 9.

¹² Zavala y Miranda, *Instituciones...*, p. 38.

¹³ *Idem*, p. 39.

cia de los naturales, se fueron transformando los medios en algunas regiones. Sin embargo, en los lugares pacificados se volvió a la congregación suelta y voluntaria.

También señalan Zavala y Miranda¹⁴ el establecimiento de pequeños pueblos indígenas, al lado de las villas o ciudades españolas.

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

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

Por lo que toca a otros grupos de la sociedad novohispana, desde el punto de vista jurídico, el último lugar de la pirámide social estaba ocupado por las diversas castas, mezcla de español, indio y negro y grupos asiáticos.¹⁷ El primer lugar lo ocupaban los españoles nacidos en España y junto a ellos los criollos o nacidos en América.¹⁸ Al margen del derecho, las diferencias entre peninsulares y criollos se hicieron cada día más amplias. Los mestizos, por su parte, se encontraban marginados en todos los órdenes, “tanto por lo que se refiere al *status* del español como al del indio”. Llegaron a constituir el grupo numérico más grande y desde el principio se les vio como fuente de problemas. Legalmente su situación era como la del español, sin embargo, sólo cuando había reconocimiento como hijo legítimo pasaban por criollos.¹⁹

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

¹⁴ *Idem*, p. 42.

¹⁵ *Idem*, p. 31.

¹⁶ Sierra, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷ *Idem*, pp. 79 y ss.

¹⁸ *Idem*, pp. 72 y ss.

¹⁹ *Idem*, p. 81, sobre vinculaciones y mayorazgos.

ros, universitarios, eclesiásticos, militares, etcétera, gozaron de fueros y privilegios diversos derivados de su pertenencia a una corporación.

Han sido atendidas las diferencias de carácter étnico, pero la fundamental de todas fue la de carácter económico, no siempre derivada de la primera y más importante. Las de carácter étnico tendieron a disminuir con el mestizaje, las de índole económica persistieron y fueron factor importante en la creación de oligarquías que gobernaban sobre todo en su propio beneficio.²⁰

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

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

Los “grupos” privilegiados eran el clero y el ejército, pero dentro de ellos se daba una especie de bajo clero y bajo ejército, constituidos en buena medida por criollos. Ambos grupos fueron factor decisivo en la lucha por la independencia.²²

Las diferencias señaladas se mantuvieron a lo largo de la época colonial. Los indígenas —señalados como elemento *sui generis*— no perdieron importancia, y al final de la época colonial algunas de las repúblicas de indios fueron invitadas por el virrey Iturrigaray a discutir las medidas que habían de tomarse por el confinamiento de los soberanos españoles. Asimismo, fueron convocadas por insurgentes y realistas a participar de un lado u otro de la lucha.²³

La conclusión que se puede extraer de lo que se lleva dicho es que, durante la época colonial coexistieron en la Nueva España diversos estatutos jurídicos que formaban parte de un mismo sistema. La resultante puede llamarse orden jurídico novohispano, el cual los com-

²⁰ Borah, Woodrow *et al.*, *El gobierno provincial en la Nueva España, 1570-1787*, México, UNAM, 1985, 249 pp.

^{20 a} Zavala y Miranda, *Instituciones...*, p. 112.

²¹ Sierra, *op. cit.*, p. 65, Borah, *op. cit.*, *passim*, y capítulo de la administración de justicia.

²² Sierra, *op. cit.*, pp. 84 y 87.

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

prendía. Las disposiciones que se iban dictando, estaban dirigidas a los distintos grupos de la población, en razón del *status* que tenían dentro de la sociedad novohispana. Para resolver problemas concretos y para planear los rumbos del gobierno y la administración, estos hechos fueron siempre tomados en cuenta tanto por las autoridades locales como por las metropolitanas. Las reglas generales debían siempre matizarse con peculiaridades que obedecían a múltiples condicionantes.^{23a}

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

Una revolución que se genera por un gran pueblo, necesariamente se dirige contra un orden de cosas, que no pueden bastar ya a las necesidades de la sociedad; mas como ésta no puede subsistir sin bases, es necesario sustituirse otras nuevas, al paso que se destruyen las antiguas; sin esta operación el edificio se desploma; he aquí en pocas palabras el secreto de las revoluciones y explicada la falta decisiva en que incurrieron los primeros jefes de la independencia: el estado arrancado de sus quicios no podía sostenerse en el espacio; su propio peso lo volvió a sus antiguos ejes.

Manifiesto que el Soberano Congreso hizo a los pueblos... 31 de enero de 1824.

Para revisar este tema se parte de la hipótesis de que la sociedad mexicana posterior a la independencia debe ser contemplada, en términos generales, como una prolongación de la existente en la última fase del dominio colonial en casi todos los órdenes. En ese contexto, la actividad legislativa de los primeros años se centró en la materia constitucional y en menor grado administrativa y de administración de justicia. En el terreno del derecho civil, sólo se modificaron aquellos aspectos que incidían en los temas relativos a la igualdad de los ciudadanos, o se derivaban del nuevo *status* que producía la soberanía.

Al triunfo de la independencia se presentó el problema de la organización política, el cual se ligó paulatinamente a una compleja contien-

^{23a} González, Ma. del Refugio, "Derecho novohispano", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1983-84. vol. III, pp. 189-192.

da entre principios federalistas y unitarios o centralistas.²⁴ Los fenómenos acarreados por la presencia de estos principios han sido estudiados entre otros, por historiadores como O'Gorman, Villoro, Reyes Heróles, Miranda... y en su época por Alamán, Mora y Zavala,²⁵ y no serán analizados en este capítulo. Por ahora, baste señalar que de los historiadores modernos, todos están de acuerdo en que el resultado de las discrepancias existentes fue la anarquía política y social que dislocó al Estado, desorganizó a la sociedad y condujo a sangrientas luchas civiles. Los gobiernos de diversa tendencia se sucedieron uno a otro, y no bien llegaban al poder, cuando ya se estaba conspirando para derribarlos.²⁶

El historiador del derecho — eminentemente hispanista— Toribio Esquivel Obregón, atribuye esto al deslumbramiento que sufrieron los legisladores que se “dieron a la tarea de buscar en otras legislaciones preceptos de cuya observancia hasta la fecha podemos dudar”.²⁷ La explicación no es tan sencilla, ya que se deben analizar fenómenos de muy diversa naturaleza para buscar, y encontrar, una explicación satisfactoria que sirva para entender el comportamiento de los diversos grupos de presión,²⁸ y las razones por las que se optó por el sistema federalista²⁹ y no por el centralista, a pesar de que, en buena medida, hasta la actualidad México presenta caracteres centralistas muy acusados.

Con este objeto se deben revisar algunas de las características sociales del México Independiente. La literatura es muy abundante³⁰ y de ella sólo se tomarán los datos esenciales para describir el fenómeno.

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

En 1810, el obispo Abad y Queipo había señalado que de triunfar

²⁴ Melo, Carlos R., “Hispano-América y la lucha por la organización política”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, No. 12, 1961, pp. 27-39; Rodríguez O., Jaime E., *El nacimiento de Hispanoamérica. Vicente Rocafuerte y el hispanoamericanismo, 1808-1832* (trad. de Roberto Gómez Ciriza), México, Fondo de Cultura Económica, 1980, 331 pp.

²⁵ *Id.*, bibliografía general.

²⁶ Melo, *op. cit.*, p. 35.

²⁷ Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 4 vols., México, Editorial Polis, 1937, vol. I, pp. 275 y ss.

²⁸ Para mayor información sobre grupos de presión, *vid.*, Margadant, Guillermo Floris, *Introducción a la historia del derecho Mexicano*, México, UNAM, pp. 162-164; y Noriega Elío, Cecilia, *El Constituyente de 1842*, México, UNAM, 1986, 253 p.

²⁹ Sobre este tema debe verse el libro de Villoro, Luis, *El proceso ideológico de la Revolución de Independencia*, 2a. ed., México, UNAM, 1967, *passim*.

³⁰ González Navarro; Miranda; López Cámara; Hansen; Margadant; Mendieta y Núñez; Reyes Heróles; *vid.* bibliografía.

los insurgentes, la “enorme masa de indios, mestizos y criollos pobres, que constituían las nueve décimas partes de la población, se lanzarían inmediatamente contra las clases acomodadas”³¹ Así sucedió, en parte, pero no por ello dejaron de establecerse nuevas “clases acomodadas” que mantuvieron en cierta medida el *status quo*. Sobre esto, la explicación más aceptable parece ser la que ofrece Villoro³² en el sentido de que los criollos sustituyeron al pueblo en la consumación de la independencia. Este movimiento permitió que llegaran al poder las “clases” medias. A pesar de esto, dice Villoro,³³ el orden colonial subsistió en el alto clero, el ejército y los grandes terratenientes. Todos ellos siguieron actuando en la vida política.

Las esperanzas de mejorar en todos los órdenes que muchos creían conseguir con la independencia se vieron, una vez consumada ésta, derrumbadas. La nación atravesó por una época de guerra fratricida, en la que el futuro se veía poco claro.

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

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

Villoro señala que la idea de igualar jurídicamente a los ciudadanos prosperó en forma amplia entre criollos e insurgentes; esta igualdad no sería en términos económicos y sociales, sino exclusivamente “la paridad de todos los ciudadanos ante la ley”.³⁶ A tal fin se tomaron diversas medidas, por ejemplo, el mandamiento del Soberano Congreso Constituyente, el 17 de septiembre de 1822, para hacer efectivo el artículo 12 del Plan de Iguala, en el sentido de que en todos los documentos públicos o privados, al sentar los nombres de los ciudadanos, se omitiera clasificarlos por su origen.³⁷ Esta igualdad jurídica tuvo conse-

³¹ Alperovich, M. S., *Historia de la Independencia de México (1810-1824)* (trad. de Adolfo Sánchez Vázquez), México, Editorial Grijalbo, 1967, p. 125.

³² Villoro, *op. cit.*, pp. 104-108, 113-114 y 116-117.

³³ *Idem*, p. 219.

³⁴ *Idem*, p. 221.

³⁵ *Idem*, p. 232.

³⁶ *Idem*, pp. 110 y 111.

³⁷ González Navarro, Moisés, *Instituciones indígenas en el México independiente*, México, INI, 1954 (Memorias del Instituto Nacional Indigenista), p. 116.

cuencias más bien negativas que positivas, por lo menos en lo que a los indígenas se refiere, como veremos después.

Mendieta y Núñez³⁸ señala las características que tenían las tres “clases” sociales en la época de la revolución de Ayutla (1854): la “clase” popular la integraban los 4’000,000 de indígenas y gran parte de los 2’000,000 de mestizos, según los datos que Brantz, secretario de la Legación de Estados Unidos de América en México, calculó entre 1841 y 1842.

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

La “clase” alta estaba integrada por un reducido número de criollos ricos, españoles capitalistas, extranjeros dueños del comercio, alto clero y militares de alto rango.³⁹

Siguiendo a Alamán, Villoro explica que

la máquina gubernativa y administrativa, planeada racionalmente, se encuentra en contradicción con la infraestructura de la sociedad, no porque esté en retraso respecto de ella, sino justamente porque se adelanta a su tiempo.⁴⁰

Por su parte, Molina Enríquez opina que

“la infraestructura” carecía de unidad, no había unidad de origen, ni de religión, ni de tipo, tampoco había unidad de costumbres, ni de lengua, ni unidad de desarrollo evolutivo y se carecía de la unidad de propósitos y de aspiraciones que determinan en conjunto la unidad del ideal.⁴¹

Por medio de la idea de unidad como requisito para constituir una patria, este último autor señala que los mestizos por tener más identificación entre sí, eran los indicados para construirla.⁴² En ellos existía

³⁸ Mendieta y Núñez, Lucio, “La revolución de Ayutla desde el punto de vista sociológico”, *Plan de Ayutla, conmemoración de un Primer Centenario*, México, UNAM, 1954, p. 11.

³⁹ Puede verse también López Cámara, Francisco, *La estructura económica y social de México en la época de la Reforma*, México, Siglo XXI Editores, 1967, pp. 196-231.

⁴⁰ Villoro, *op. cit.*, p. 237.

⁴¹ Molina Enríquez, A., *Los grandes problemas nacionales*, México, Imprenta de Carranza e hijos, 1909, p. 292.

⁴² *Idem*, p. 306.

la unidad de origen, de religión, de tipo, de lengua y de deseos, propósitos y aspiraciones, que sin ser absoluta en estos aspectos, resultaba bastante amplia.⁴³ Para este autor, igual que para muchos otros, es la Reforma la que permitió constituir a México como nación.⁴⁴

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

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

Los indígenas y los mestizos continuaron siendo los grupos mayoritarios y sus condiciones, a pesar de lo que decían las leyes, siguieron siendo más o menos las mismas. Constituían las nueve décimas de la población y al triunfo de la independencia se lanzaron contra las clases acomodadas,⁴⁵ hecho previsto por los criollos, quienes supieron conservar el control canalizando el odio acumulado hacia los peninsulares.⁴⁶

Así en un principio fueron los criollos los que se encontraron en mejor situación. Sin embargo, no lograron conservar el liderazgo mucho tiempo, perdiéndolo —a juicio de diversos autores— en beneficio de los mestizos.⁴⁷

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

Al lograrse la independencia no desaparecieron los problemas que habían conducido a ella. De entre ellos, vale la pena detenerse en los efectos que este movimiento trajo a los grupos menos favorecidos eco-

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Idem, passim.*

⁴⁵ Alperovich, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁶ Mörner, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁷ Hansen, Roger, *La política del desarrollo mexicano* (trad. de Clementina Zamora, México, Siglo XXI Editores, 1971, p. 184.

⁴⁸ Mörner, *op. cit.*, p. 292.

nómicamente, que eran en su mayoría indígenas. Varios autores están de acuerdo en que éstos, lejos de ganar, perdieron.⁴⁹

Margadant⁵⁰ dice que los “proletarios” perdieron con la independencia la protección que les proporcionaba la Corona; las nuevas clases privilegiadas los podían tratar a su antojo. El igualitarismo les resultó peor que el paternalismo cristiano de los reyes de la casa austriaca y el “benevolente despotismo ilustrado” de los Borbones.

Chávez Orozco⁵¹ también señala que con la independencia el estatuto jurídico de los indígenas se equiparó al de criollos, mestizos, etcétera, y así obtuvieron, en teoría, mayor libertad, pero se abolieron las leyes que los protegían y quedaron en definitiva desventaja, pasando a ser ciudadanos de segunda categoría.⁵² Desaparecieron sus instituciones democráticas y se incorporaron vagamente al país. Las repúblicas de indios dejaron de existir formalmente y sus tierras fueron codiciadas por todos y poco a poco las perdieron en beneficio de otros grupos de la población.

González Navarro⁵³ se pronuncia en este mismo sentido. Dice que con la nivelación legislativa se pretendía hacer del indígena un hombre moderno, un cabal sujeto de derechos y obligaciones, igual que los demás. Se pretendía además que satisficiera sus necesidades por sí mismo. Pero este nuevo *status* jurídico del indígena, protegido con sólo el escudo de la igualdad jurídica, tenía el enorme contrapeso de la lucha por la vida en el seno de una sociedad crecientemente individualista. Se pretendió que todas las desigualdades que habían existido desaparecieran y que la única que persistiera fuera la de pobres y ricos.⁵⁴

López Cámara⁵⁵ explica este fenómeno de manera clara. Afirma que desde el punto de vista externo y superficial las estructuras de la socie-

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

⁵⁰ Margadant, *op. cit.*, p. 168.

⁵¹ Chávez Orozco, *op. cit.*, p. 36 y ss.

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

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

⁵³ *Idem*, p. 117.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ López Cámara, *op. cit.*, p. 191 y ss.

dad mexicana no parecían haber sufrido transformaciones durante la época independiente. En 1855 era todavía posible hablar de la sociedad de los últimos años del periodo colonial. La estructura social de la época anterior no sólo se mantuvo, sino que acusó rasgos permanentes en aquellos sujetos que por no haber podido lograr un mínimo de movilidad social permanecieron dentro de los grupos marginados. La independencia liberó del control español a todas las clases privilegiadas (clero, terratenientes, propietarios de minas y del comercio) que acrecentaron sus riquezas con las que habían pertenecido al grupo peninsular. Los indígenas, por el contrario, perdieron las pocas ventajas y garantías jurídicas que les aseguraba la monarquía española, a más de sufrir las consecuencias de la guerra.

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

Es interesante señalar otro de los factores que colaboraron a este divorcio entre los marcos formales y la realidad. Antes y después de la independencia, la incapacidad gubernamental para proporcionar una red de caminos adecuada hizo que el país se encontrara fragmentado en miles de comunidades aisladas y pequeñas. Como tampoco existía un sistema ferroviario el aislamiento era casi total (en 1860 había sólo 24 kilómetros de vías férreas utilizables).⁵⁷

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

González Navarro⁵⁸ cita un caso advirtiendo que se trata de una excepción legislativa:

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

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Hansen, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸ González Navarro, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

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

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

IV. EL “NUEVO” ORDEN JURÍDICO

...En este caso está la América. Ya pasó de su infancia, ya la naturaleza le avisa que pasó de la minoría, tiene fuerzas y arbitrios para vivir por sí, quiere emanciparse, quiere ser nación soberana, darse leyes y no recibirlas, influir en el equilibrio de la Europa con sus inconocibles riquezas, poblar sus mares de bajeles, fomentar su comercio, agricultura, industria, etcétera.

José Joaquín Fernández de Lizardi. *Diálogo Jocosero sobre la Independencia de la América*, 1821.

Hasta muy entrado el siglo XIX logró consolidarse el proceso de sustitución del orden colonial. Con la restauración de la República se sentaron las bases para la constitución de un nuevo Estado que sólo pudo existir bajo el signo del laicismo. De alguna forma, esta característica peculiar de la constitución del Estado mexicano sólo se puede comprender si tenemos en cuenta todo lo que significaba y representaba la Iglesia en la época colonial. Solamente cuando el Estado pudo asumir las funciones que por siglos había desarrollado la Iglesia, garantizó su propia supervivencia.

En materia de derecho civil se puede percibir con claridad el impacto de la Reforma en instituciones como el matrimonio, el mutuo con interés, o la propiedad. Algunos de estos asuntos se analizan en la segunda parte en los apartados correspondientes al proceso de la codificación. Por ahora, se centra la explicación en la descripción de algunos fenómenos relacionados con la sustitución del antiguo derecho y la formación de uno “nuevo”.

EL "NUEVO" ORDEN COLONIAL

I. LA SUSTITUCIÓN DEL ANTIGUO DERECHO

No resta poco para completar el cuerpo de nuestras instituciones, habiendo sido inevitable dejar en pie mucha parte de las antiguas. El poder legislativo las reformará oportunamente y dictará las que se desearan, limitándose, como se ha hecho en las demás, al tiempo y circunstancias funestas de la guerra...

Los Diputados de las Provincias Mexicanas a todos sus conciudadanos, Apatzingán, 1814.

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

En la Constitución de Cádiz (1821), se otorgaba validez a las normas que venían rigiendo y lo único que se puede encontrar sobre este particular, es que en el artículo 258 se especificaba:

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

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

⁵⁹ Cfr., Gamboa, José M., *Leyes constitucionales de México durante el siglo XIX*, Oficina del Secretario de Fomento, 1901, p. 178.

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

⁶¹ *Febrero Mexicano*, p. V, I y IV. (Vid. en bibliografía: Pascua, Anastasio de la.) En la segunda parte se describe pormenorizadamente el proceso codificador.

⁶² Alamán, Lucas, *Historia de Méjico*, 5 vols., México, Editorial Jus, 1942; vol. V, p. 438.

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

Se tendrán como iniciativas de ley o decreto: 1o. Las proposiciones que el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos tuviere por convenientes al bien de la sociedad y como tales las recomendaré precisamente a la Cámara de Diputados.

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

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

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

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

En la Constitución de 1857, tampoco se encuentra nada al respecto. Pero, poco antes, la situación había empezado a cambiar. En Ayutla se gestó el fenómeno que dio origen a lo que es propiamente la nación mexicana. Desde esa época comenzaron a perfilarse y a dictarse las normas derivadas del proyecto liberal. Con la implantación del régimen liberal, camino del que, con matices, ya no se apartaría del país, las normas dictadas en los años previos a la Guerra de Reforma pudieron —por fin— consolidarse. Edmundo O’Gorman opina que “la victoria republicana de 1867 resolvió el dilema en que se venía debatiendo el ser nacional”, también apunta que:

el actual pueblo mexicano sea cual fuere su composición étnica y espiritual, está tan lejos de ser el de Moctezuma como el de don Antonio de Mendoza o cualquier otro de los virreyes. México es un ente

⁶³ *Cfr.*, Gamboa, *op. cit.*, p. 327.

distinto que surgió a consecuencia de una serie de sucesos ocurridos en el seno del virreinato, del mismo modo que éste surgió a su vez y en su día, de otra serie de sucesos ocurridos en el seno de aquel imperio [el español].⁶⁴

La lucha entre dos posibles maneras de ser se resuelve de alguna manera en Ayutla. A juicio de O’Gorman fue precisamente esta lucha la que originó el “triste rosario de asonadas, cuartelazos, rebeliones, planes políticos y cartas constitutivas que exhiben los anales de los primeros 50 años de nuestra biografía nacional”.⁶⁵ La independencia —dice— no fue un movimiento que se realizara en una sola línea. “Desde sus albores hubo vacilaciones, oscilaciones y pugnas en torno”.⁶⁶ Los hombres que la hicieron posible se encontraban ante la disyuntiva del régimen tradicional y el nuevo, cualquiera que éste fuera, y la decisión de optar por uno u otro es consecuencia de la realidad histórica en un momento dado. El propio Hidalgo —dice O’Gorman— “revela al dualismo de las convicciones que animaron la lucha contra el poder virreinal”. Él, como todos, fue monárquico y republicano, pues pesaba mucho la tradición colonial y el respeto del trono, en pugna con las modernas tendencias democráticas. Finalmente se inclinó por el republicanismo. a diferencia de Iturbide. Pero vale la pena destacar esta dualidad, ya que no es artificiosa, sino producto de la “realidad circunstancial y constitutiva de aquel momento”.⁶⁷

En este orden de ideas, el Decreto Constitucional de Apatzingán (1824) y el Plan de Iguala (1821), constituirán los monumentos visibles de dos posibilidades en conflicto. El primero representa la tendencia democrática republicana de inspiración americanista y el segundo la corriente del tradicionalismo monárquico hispano-europeo.⁶⁸ A la postre triunfó el primero, pero sin que esto quisiera decir, como se ha hecho aparecer a veces, que se hubiera tratado de una lucha toda verdad de un lado y toda mentira del otro. Negando la existencia misma de los vencidos, el triunfo de la República queda reducido a una victoria contra unas sombras.⁶⁹

A la vista de lo anterior no debe extrañarnos que sea a partir de

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

⁶⁵ *Idem*, p. 13.

⁶⁶ *Idem*, p. 12.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Cfr.*, *ibidem*.

⁶⁹ *Idem*, p. 15.

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

En el campo jurídico los fenómenos que se han señalado ocasionaron que no obstante haberse roto los vínculos con España, no pudieron quedar sin vigor las leyes que regían los derechos y deberes de los que habían compuesto la antigua sociedad y ahora componían la nueva. Para renovar las leyes se requería tiempo y su repentina abolición hubiera producido la anarquía, cuando lo que más falta hacía era el orden. Sólo las que chocaron con el nuevo estado de cosas se rechazaron, pero siguieron vigentes muchísimas de las que habían emanado de los reyes de España.⁷⁰

Mientras no se consolidó el proceso de la codificación, en todo el territorio se siguió aplicando, con ajustes, el derecho conforme a los patrones coloniales.

2. EL ORDEN DE PRELACIÓN

Por ende, queriendo poner remedio conveniente a esto, estableceremos e mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que nos falláremos que se debe mejorar e enmendar, e en lo que son contra Dios e contra la razón o contra las leyes que en este nuestro libro se contienen. Por las quales leyes deste nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos civiles e criminales; et los pleitos e contiendas que se non pudieron librar por las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas...

Alfonso XI, *Ordenamiento de Alcalá*, 1348.

Si como se ha venido diciendo el *corpus* jurídico de la época colonial sobrevivió hasta el último tercio del siglo XIX, es preciso señalar aho-

⁷⁰ Esta idea fue la que prevaleció entre los autores de la época; *vid.*, segunda parte de este volumen: A) la vigencia del sistema federal.

ra algunas de las características de su aplicación. La más significativa y poco conocida es la que se refiere al orden de prelación, el cual señalaba el orden en que habían de aplicarse los cuerpos jurídicos de la época anterior, al momento de tener que dictarse una sentencia. Este orden había sido fijado por Alfonso XI, en 1348, con el objeto de establecer qué secuencia debía seguirse al consultar la legislación para aplicarla. A partir de esta fecha, todos los ordenamientos castellanos fijaron el orden de prelación para la aplicación del derecho.

La existencia de estos órdenes se basaba en la necesidad de saber cuáles ordenamientos contenían el derecho que los monarcas reputaban vigente. En el tiempo de la dispersión legislativa anterior a la codificación no era fácil adentrarse en el derecho vigente. El fenómeno de dar a conocer el derecho dictado por los órganos locales de creación del derecho se inscribe en la lucha por consolidar el poder real frente al de las corporaciones y localidades. En la Nueva España dicha contienda no tuvo las características de la metropolitana, pero el orden de prelación pasó el Atlántico con todo el conjunto de derecho y cuerpos jurídicos que se implantó en los territorios americanos.

Los órdenes de prelación dejaron de ser necesarios al tiempo en que se promulgaron los códigos nacionales. En los años que van de la independencia a la promulgación del Código civil del Distrito y Territorios Federales se siguió recurriendo para conocer el derecho aplicable a las prácticas de la época colonial, en las cuales se había establecido, por lo menos formalmente, que los jueces habían de ocurrir, conforme a un "orden de prelación", a la consulta de los cuerpos jurídicos vigentes. Prácticamente todo el derecho que había estado en vigor hasta 1821 continuó aplicándose, de ahí que los autores de la naciente doctrina jurídica mexicana se dieran a la tarea de establecer en sus textos jurídicos el "orden de prelación" para la aplicación del derecho.

Las variantes que se produjeron en el derecho aplicable en materia de derecho civil entre, por decir algo, 1789 y 1840 fueron muy pocas y no todas se reflejaron en todo el amplio terreno de la administración de justicia. Por citar sólo algunos ejemplos, se puede señalar la ausencia de modificaciones sustanciales en el texto de los testamentos.⁷¹

⁷¹ Archivo General de Notarías, protocolos respectivos a los años siguientes:

- 1825 Notario Dn. Luis Calderón
- 1829 Notario Dn. Miguel Galindo
- 1831 Notario Dn. José Cisneros

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

Por lo que toca a la legislación, propiamente dicha y en relación al orden de prelación para la aplicación de los códigos españoles, los autores están de acuerdo en que a falta de cuerpos legislativos nacionales se aplicarían los códigos españoles. Sobre este punto no hay discrepancias. La república se regía aún en defecto de leyes propias, por los códigos españoles. La aplicación de los códigos castellanos, se entiende que era el punto de partida para la resolución de los negocios jurídicos, pues hay que recordar que para las instituciones que podríamos llamar propiamente indianas y las novohispanas habían existido normas especiales. Así pues, sobre la base de la producción jurídica colonial, se buscaba un común denominador a partir del cual, con las variantes introducidas por los gobiernos nacionales, se pudiera actuar.

El panorama completo de la forma en que los diversos textos jurídicos consignan el orden de prelación puede verse en el cuadro que aquí se incluye. Para los efectos de la explicación se toma como prototipo el que se encuentra en la obra de José Ma. Álvarez,⁷² por ser la única realizada por un autor americano. No es otra la razón, y el lector podrá percibir en el cuadro las semejanzas y diferencias que hay en los órdenes de prelación. Pues bien, Álvarez consigna el siguiente orden:

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

Los demás autores siguen, en términos generales, este mismo orden, con ligeras variantes. En todo caso, creo que el resultado fue la imposibilidad de atenerse a un solo cuerpo de leyes y que, al no haber un

⁷² *Vid.*, bibliografía. Las obras doctrinarias que se revisaron fueron las que se registran en el cuadro del orden de prelación. Su ficha completa puede consultarse en la bibliografía. En el texto se mencionan fundamentalmente —salvo que se diga otra cosa— la edición mexicana de Álvarez, el Sala Mexicano y el Febrero Mejicano adicionado y puesto al día por Anastasio de la Pascua. Para ampliar el conocimiento sobre la literatura jurídica ver la cuarta parte de este libro y el trabajo de Peset, Mariano, "Sala Mexicano: Un libro jurídico para una transición", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año II, núm. 4, enero-abril de 1987, pp. 61-78.

criterio único, las dificultades que se presentaban para manejarlo eran muy grandes. [Vid., cuadro de los órdenes de prelación.] En la cuarta parte de este libro hay un amplio panorama sobre el surgimiento, la evolución y la posible clasificación de la doctrina jurídica mexicana. Remito, pues, al lector a dicha parte para los efectos de adentrarse en el conocimiento de los cuerpos jurídicos doctrinarios del siglo XIX. Pero, para explicar algunos puntos relativos al orden de prelación, conviene señalar en este mismo apartado algunas de las características más generales sobre los textos enlistados en el cuadro adjunto en cuya elaboración se atendió a dos criterios. Por un lado, se incluyeron las obras que mayor divulgación tuvieron como: Álvarez, Sala, Febrero y Roa Bárcena. Por el otro, se incluyó una obra que es curiosa por haber sido publicada en un territorio que fue de la Nueva España: Schmidt.

De las ediciones mexicanas de la obra de José Ma. Álvarez, originalmente publicada en Guatemala en 1820, se tomó el listado del orden de prelación que se encuentra en la edición de 1826. Por lo que toca a la obra de Juan Sala, originalmente publicada en Valencia en 1803 y reimpressa por primera vez en México antes de la independencia en 1807, se acudió a las ediciones de 1831-33, 1845-49 y 1870. El lector podrá percibir fácilmente que, a pesar de tratarse de la misma obra —aunque adicionada por diversos autores—, el orden de prelación que contienen se presenta con ligeras variantes. Del Febrero mexicanizado se revisaron las ediciones de 1834 y 1850, y sólo en la primera se pudo consultar el orden de prelación ya que la segunda no lo incluye. El Roa Bárcena se incluyó para contar con una muestra de lo que ocurría en el terreno de la práctica forense.

Las obras consultadas tienen muchas características comunes y algunas diferencias. Como ya se señaló, forman parte del conjunto de obras doctrinarias "mexicanizadas", incluida la de Álvarez. Cada edición introducía las modificaciones necesarias para adaptar la obra a la legislación vigente. Algunas incluyen índices y referencias que aclaran los diversos temas, y el Febrero incorpora formularios para que el usuario pueda fácilmente elaborar los instrumentos jurídicos.

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

El *Nuevo Febrero* de 1850 no comparte estas características, ya que

carece, como se dijo, del orden de prelación y de la introducción con las acostumbradas referencias a los códigos españoles.

Por lo que se refiere a los estados de la Federación, Anastasio de la Pascua⁷³ dice que deberá estarse primero a lo dispuesto en sus respectivas legislaturas; en defecto de resolución de éstas se ocurrirá a las de los congresos mexicanos, pero no de los constitucionales, pues sus disposiciones no pueden tener ninguna fuerza con respecto a los estados, sino en aquellas materias en que pueden legislar para toda la República. Después se ocurriría a las de las Cortes de España y se seguiría el mismo orden que queda incluido.

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

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

Antes se dijo que el texto de Gustavus Schmidt merecía un comentario más extenso por varias razones, entre las cuales no es la menos importante que no se estudia en el apartado relativo a la literatura jurídica mexicana. Este texto fue publicado con el título: *The civil*

⁷³ *Febrero Mejicano*, vol. I, pp. 26 y 27.

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

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

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

⁷⁵ *Vid.*, Margadant, Guillermo F., *Introducción a la historia...*, pp. 51 y 125.

law of Spain and Mexico, en Nueva Orleans en 1851.⁷⁶ Su interés radica en lo siguiente:

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

2o. Su fecha de publicación es posterior a la de la separación de esta provincia de la Nueva España y al 1803 en que Napoleón había suprimido las instituciones españolas, aunque poco después la entregara a Estados Unidos. Puede tratarse de la obra de un historiador, sin embargo, no se descarta la posibilidad de que aún cuando hipotéticamente la Louisiana ya debería tener sus propias leyes civiles, siguiera rigiéndose todavía por el derecho colonial. Franklin⁷⁷ y otros autores⁷⁸ han estudiado el alcance de la penetración del *Common Law* y el peso de la tradición romano canónica en algunos lugares de Estados Unidos. Estos estudios nos pueden ayudar a esclarecer la presencia del texto señalado.

3o. Propone definiciones diferentes en la descripción de algunas de las fuentes formales del derecho de la época colonial, dando mayor peso a la autoridad eclesiástica.⁷⁹

4o. En el orden de prelación que incluye se observan variantes importantes que lo distinguen de los demás textos, a más de que es el único que incluye la *Novísima Recopilación*, cuya vigencia en la América hispana es ampliamente discutida.

5o. Incluye una lista de las personas que por sus condiciones especiales, en un momento dado, pueden argüir la ignorancia de la ley como excluyente de responsabilidad. Esto sólo se encuentra en el proyecto de Código civil de González Castro de 1839, de filiación conservadora.⁸⁰

6o. Se refiere a la legislación civil de España y "más especialmente a la de México".

⁷⁶ Schmidt, Gustavus, *The civil law of Spain and Mexico*, New Orleans, Printed for the author by T. Rea, 1851, VII (9) pp. 102, 372. Los capítulos que se refieren al derecho que se estudia se agrupan bajo el rubro de: *Colonial Legislation of Spain and more specialy of Mexico*.

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

⁷⁸ Billias, George Athan, *Law and authority in Colonial America*, New York, Dover Publications, Inc., 1965, pp. XI-XXI.

⁷⁹ Schmidt, *op. cit.*, estas definiciones se encuentran en la p. 93 de la primera numeración, nota 1.

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

Este libro merecería un análisis más cuidadoso, sobre todo por lo que se refiere a las causas de su aparición. Sin embargo no es este el lugar para ahondar en la cuestión, ya que falta presentar un panorama de los cuerpos jurídicos españoles, a que se hace referencia en los órdenes de prelación.

3. LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES

...Su doctrina, su método y las materias que abraza[n, las Partidas] son el cuadro en que se pintan con los más vivos colores las virtudes y la ciencia de su autor. La Recopilación de Castilla cuya autoridad ha querido desconocerse por algunos, no sólo es la regla más firme de los letrados, sino el más respetable alcázar donde la antigüedad conserva la ciencia de sus contemporáneos... El redactor de la Novísima Recopilación será siempre acreedor al reconocimiento de los que le sucedan, como fue digno del aprecio de su soberano.

Luis María de la Torre, *Discurso...*, 1838.

No quisiera pasar al punto siguiente sin hacer una brevísima relación de los códigos españoles, en función de que el orden de prelación tantas veces señalado remite a ellos. Hablar de la importancia de los códigos españoles en el derecho español no es tarea fácil, ya que son muchos los historiadores del derecho que han realizado estudios muy amplios sobre ellos; pero no es esto —no podría serlo— el objetivo de este apartado en el que sólo se pretende perfilar algunas características de los que rigieron en América para que el lector tenga una idea general sobre ellos y sobre la medida de su influencia en la Nueva España y concretamente en México, en las primeras décadas del siglo XIX.

Con el libro de Ots Capdequí, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*⁸¹ y la edición de los *Códigos españoles*⁸² a la vista, se intenta señalar las características fundamentales de estas obras, sin adelantar demasiadas hipótesis sobre

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

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

su influencia en México. En el apartado relativo al derecho de transición, algo más se dice sobre los códigos españoles, pero con otra perspectiva. Vamos al tema.

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

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

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

La ley en todos estos códigos, se inspira en los ordenamientos de Dios, su contenido en términos generales es de tipo moral, entendiendo por moral lo que es justo y virtuoso, criterios que se van fijando paulatinamente por un proceso de absorción de los usos y costumbres preexistentes. El derecho representa un código de conducta a seguir, en el que está establecido lo que es justo. La ley es territorial, pues no se hacen distinciones entre godos y españoles; es general porque se aplica a todo aquel que se encuentre dentro de los presupuestos normativos que ella establece con las solas distinciones que ella misma fije. No se presume, debe hacerse saber a todos, sigue los cánones impuestos por la costumbre, ya que es producto de la observancia de ésta, la cual se

⁸³ *Febrero Mejicano*, vol. I, p. 28.

⁸⁴ *Los códigos españoles...*, p. XXX.

⁸⁵ *Idem*, pp. XLV y ss.

vuelve jurídica al ser paulatinamente incorporada a los textos legales por los monarcas. A pesar de ser en su mayoría preceptos de tipo moral eran coercitivos, el texto mismo nos dice “que la maldad de los hombres sea refrenada por el miedo de la pena”. En este texto se aprecia que todavía el núcleo familiar era la forma esencial de asociación.⁸⁶ Existe una delegación del poder jurisdiccional en el pater familia, que se puede considerar como una de las formas de autodefensa. Si se sorprendía una falta *in fraganti*, actuaba el pater familia y si lo que existía era una sospecha, se ocurría al juez.⁸⁷ También estaba contemplado que el acusado quedara a disposición del ofendido.

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

Al *Fuero Juzgo* sigue cronológicamente, en la edición de los *Códigos españoles*, el *Fuero Viejo de Castilla*.⁸⁹ Tampoco se realizó en corto tiempo, es el producto de muchas variaciones y aumentos que se hicieron a su redacción original, que de acuerdo con Asso y Manuel, fue realizada por el “celebrado conde de Castilla don Sancho García”. Sin embargo, la versión que nos presenta el libro citado es una muy aumentada, por el tiempo transcurrido, que se atribuye al rey don Pedro y data de 1356. Esto lo hace posterior a la edición del *Fuero Real* por don Alfonso X (1255), a las *Partidas* e incluso, al ordenamiento de Alcalá. Sancho García, conde de Castilla muerto en 1017, conocido por los fueros, es a quien se atribuye esta primera versión del *Fuero Viejo*. Este texto se puede considerar como “no dado por leyes municipales a estos pueblos, sino como un código legal, único y general a toda Castilla la Vieja”.

Desde la época de don Alfonso *el Noble* (muerto en 1207), se pidió que se reunieran los fueros para corregirlos y enmendarlos, esto no se pudo realizar por las guerras de la época. Es hasta el tiempo de don Alfonso *el Sabio* (1284) que se trata de poner en vigor el *Fuero Real* (su antecedente es *el Viejo*), que tendía a unificar todas las leyes y a que desaparecieran los fueros municipales. Se hace en el 1255, pero no todas las provincias lo aceptaron, Anastasio de la Pascua, en el *Febrero*

⁸⁶ Vid., Alcalá-Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed. México, UNAM, 1970, pp. 35-70.

⁸⁷ Vid., “Fuero Juzgo”, *Los códigos españoles...*, p. 128, VI, II; p. 129, I, II; p. 130, V, VI, IX, XII, por lo que se refiere a la autodefensa; p. 129, VIII, III; p. 131, XVIII, por lo que se refiere a la intervención del juez.

⁸⁸ *Idem*, p. 114.

⁸⁹ “Fuero Viejo de Castilla”, *Los códigos españoles...*, p. 221.

Mejicano,⁹⁰ plantea los problemas mencionados y afirma que "muchas ciudades siguieron gobernándose por sus antiguos Fueros", y el que mencionamos sólo rigió en los tribunales de la corte y en aquellos pueblos que lo recibieron como gracia o merced. También menciona este autor las *Leyes del Estilo*, pero las califica como una simple colección de leyes sin ninguna clasificación y probablemente sin ninguna sanción real. De la consulta de *Los códigos españoles*,⁹¹ se obtiene la misma impresión.

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

Las *Partidas* representan la culminación de toda esta actividad jurídica. En cuanto a la fecha de publicación, todos coinciden en atribuírsela a Alfonso X *el Sabio*, pero no están de acuerdo en cuanto a la fecha de la primera edición o en torno a cuál es la versión original. García Gallo,⁹³ después de un amplio estudio sobre las semejanzas y discrepancias de las *Partidas*, el *Espéculo*, el *Doctrinal*, el *Setenario*, el *Libro de las Leyes*, y el *Fuero Real*, en el cual de manera cuidadosa encuentra las relaciones entre unos manuscritos y otros, llega a la conclusión de que todas las ediciones de las *Partidas* son insuficientes y que la edición más antigua de ellas es el *Espéculo*. Obviamente, las *Partidas* reciben este nombre con posterioridad por encontrarse precisamente divididas en siete partes. Este autor considera que aquél, más que un borrador o proyecto de éstas, es su redacción originaria. Al referirse a las ediciones más famosas de las *Partidas* —o sea, las de Montalvo, Gregorio López, Academia de la Historia— nos dice que sirven únicamente para conocer lo que éstas eran en los siglos XIV y XV.

En términos generales, estos son los ordenamientos castellanos que sobrevivieron hasta el último tercio del siglo XIX. El texto más utilizado fue, como ya se ha señalado, el de las *Partidas*. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que también son muy numerosas las referencias a la

⁹⁰ *Febrero Mejicano*, vol. I, p. 30 y ss.

⁹¹ *Los códigos españoles...*, p. 305.

⁹² García-Gallo, Alfonso, *El libro de las leyes de Alfonso el Sabio*, Madrid, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1951 (ediciones especiales del *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXI, 30), p. 21.

⁹³ *Idem*, p. 106.

Recopilación de Castilla, de 1567, y finalmente a la de *Indias* de 1680. Aunque en materia de derecho civil, ambos textos se utilizaron en menor proporción por su contenido ya que no comprenden tanto de ese derecho como las *Partidas*.

4. EL DERECHO COLONIAL EN LA PRÁCTICA MEXICANA

Leda la mosa recibió la carta,
Pero non contestar juzgó oportuno
Nueva ley al amante al punto ensarta;
E seyendo ella ardiente, el importuno
con las razones de la ley Novena,
se ayuntaron al fin ambos en uno...

De horrosos latines empedrado
Cuando a hablar castizo descendía,
Las Partidas tomaba por dechado.

Ignacio Ramírez, *Los mexicanos pintados por sí mismos*, 1854.

La simple revisión de las colecciones de leyes, decretos, circulares, etcétera, muestra que, durante las primeras décadas de vida nacional, en materia civil fue bien poco lo que se legisló. Se pueden encontrar cuestiones sobre requisitos para contraer matrimonio y en manos de quién se hallaba el permiso para celebrarlo, así como diversas disposiciones en relación con los hijos expósitos y algunas sobre sucesiones, pero no comprenden cabalmente cada uno de dichos temas.⁹⁴ Por otra parte, de la consulta de cualquiera de los textos: Sala, Febrero, Alvarez, se obtiene la clara confirmación de la presencia del derecho castellano y de la importancia que habían llegado a adquirir las *Partidas* como texto básico para el conocimiento del derecho privado. Por ejemplo, cada capítulo de Sala señala qué Partida se está siguiendo:

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

Del propio Sala a manera de ejemplo, se pueden extraer las citas o referencias a las leyes de *Recopilación*, *Novísima* y *Partidas* y la balanza se inclina fuertemente hacia las últimas. Esto no significa que este texto

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

fuera aplicado exclusivamente, pues había una gran cantidad de leyes que se dictaron para América, a más de algunas de las leyes de las *Partidas* eran inoperantes. A lo que se hace referencia es a los principios de las *Partidas*, esto es, lo que ha sido denominado por Vázquez Pando como la “vulgarización del derecho castellano” a través de las *Partidas*.⁹⁵ En apoyo de la idea de la “vulgarización del derecho castellano” a través de las *Partidas*, se pueden señalar dos hechos: el primero es la edición, en 1835, de un folleto en que se realizaría un compendio de las leyes de Partida que se hallaban vigentes. La distribución de dicho folleto se habría de realizar a través de diversas agencias situadas en casi todas las capitales de los estados de la República.⁹⁶

El otro hecho significativo se halla en los testimonios de los practicantes de derecho que acudían a la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica. En sus trabajos, exámenes o simplemente discursos, difunden conceptos generales que sobre las instituciones tienen las *Partidas*.

Pero aunque las *Partidas* hayan sido el texto más utilizado, la supervivencia de los demás cuerpos jurídicos que se habían aplicado durante la época colonial y las instituciones de ellos derivadas, es evidente.

Otras fuentes muestran la lucha entre lo español y lo “nuevo” muchas veces, francés o incluso inglés. De cualquier modo queda claro el patrón castellano. En esta línea se encuentra el *Discurso sobre el derecho con algunas observaciones acerca de las reformas que deben hacerse en nuestra legislación*. Su autor comienza por la obvia propuesta de que para lograr la recta administración de justicia se requieren buenas leyes. En los códigos españoles se encuentra —a su juicio— “arsenal bien servido de excelentes leyes”, favorables a la libertad civil, las cuales están dispersas en multitud de cuerpos, a los que es preciso darles “homogeneidad y método”, excluyendo lo inútil y adicionando lo que la situación demanda.⁹⁷

Agrega que existen trabajos hechos por el legislador español que, por la similitud entre los hábitos mexicanos y españoles, se podrían aprovechar. Se cuenta —añade— con el depósito de la legislación “no enteramente desacertada ni desaplicable absolutamente a la nueva situación”.⁹⁸

⁹⁵ Vázquez Pando, Fernando Alejandro, “Derecho español en América, derecho castellano vulgar y derecho indiano (una posible interpretación histórica)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXVI, núms. 101-102, enero-junio de 1976, pp. 785-794, especialmente p. 790.

⁹⁶ *Compendio de las Leyes de las Siete Partidas...*, *vid.*, bibliografía.

⁹⁷ *Discurso sobre el derecho con algunas observaciones acerca de las reformas que deben hacerse en nuestra legislación*, México, Imp. de Vicente García Torres, 1841, 60 p.; editado en *Anuario Jurídico, III-IV*, México, 1976-1977, p. 415, por Ma. del Refugio González.

⁹⁸ *Idem*, pp. 415 y ss.

Todo ello bajo el sello de la omnipotencia de la ley civil. Propugna porque se acaben los fueros y que “clérigos, militares, empleados grandes y pequeños, todos deben acatar a esta soberana de los tiempos modernos”.⁹⁹

Parece referirse al hablar de los textos españoles, tanto a los que se señalaron en el apartado anterior como a los que vieron su segunda o tercera edición en México, adicionados con las leyes coloniales y las provenientes de los congresos mexicanos. Estos últimos se estudian en el capítulo de la literatura jurídica mexicana en este mismo volumen.

Hace referencia en particular, a algunas de las instituciones y en sus opiniones se refleja un pensamiento avanzado acorde con los principios en boga.¹⁰⁰ Del matrimonio,¹⁰¹ dice que por ser la base de la familia debería estar legislado, en cuanto contrato, por el Estado y santificado por la Iglesia.¹⁰² Esta cuestión fue una de las más debatidas a lo largo del siglo XIX¹⁰³ y sólo quedó resuelta después de la incorporación de las leyes de Reforma al texto de la Constitución de 1857.¹⁰⁴

Sobre las herencias, el autor del *Discurso*, considera que quitados los vínculos contaban con una legislación adecuada.¹⁰⁵ Para él, la legítima¹⁰⁶ materia peculiarmente española, sí debía ser revisada, y considera que sería prudente disminuirla para ponerla más en armonía con el tipo popular de la equidad, que no difiere del de la naturaleza. Señala que la nueva generación debería estar en posibilidad de disponer, en vida o en muerte, del producto de su industria o de su fortuna,¹⁰⁷ agrega que el punto relativo a peculios debería ser completamente revisado.

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

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Idem*, p. 418.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Mateos Alarcón, Manuel, *La evolución del derecho civil mexicano, desde la independencia hasta nuestros días*, México, Tip. Vda. de F. Díaz de León, Sucs., 1911, p. 8 y ss.; *vid.* en bibliografía general hay varios trabajos sobre la cuestión.

¹⁰⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1957*, México, Porrúa, 1957.

¹⁰⁵ *Discurso*..., p. 18.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 19.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 19.

¹⁰⁹ *Los códigos españoles*..., volumen correspondiente a Partida IV, p. XXXIV.

que se da a los hijos ilegítimos sin ser ellos los culpables.¹¹⁰ De la situación de la mujer, dice que debe quedar intacta y que los gananciales son una feliz invención. Los privilegios de la dote parecen exorbitantes y la parte de reservas complicada.¹¹¹ Finalmente, dice que sería necesario fijar la suerte de los huérfanos y de los menores con mayor cuidado y disminuir los "privilegios terribles de restitución" que en el momento existían.¹¹²

Este texto es significativo por varias razones, la más importante es que permite percibir la forma en que pretendían obrar los juristas de la época: amalgamando lo nuevo con lo viejo. No es fácil encontrar referencias de juristas que pretendan sustituir en bloque el *corpus* de derecho antiguo.

Sobre la base de este *corpus* se fijaron distintos patrones para la celebración de instrumentos públicos, el *Febrero* incluye los siguientes: escritura de pupilo, de palabra de casamiento o esponsales de futuro, de apartamiento y disolución de esponsales, de licencia de padre a hijo para casarse, capitulaciones matrimoniales, la carta de pago y recibo de dote, escrituras de arras, de adopción, memorial pidiendo la legitimación, escrituras concernientes a la materia de testamentos, etcétera. Por otra parte, a pesar de que existían varios libros de práctica forense, Gómez y Negro,¹¹³ autor español, se queja de la ausencia de un buen libro de práctica que guíe a estudiosos y maestros por el intrincado camino de las leyes que existían.¹¹⁴ Sin embargo, señala que los procedimientos eran claros, no eran enredosos ni embrollados, sino para los que querían abusar de ellos.¹¹⁵

Durante la época colonial habían existido diferencias prácticas entre los instrumentos públicos de diversos grupos étnicos. Aunque en repetidas ocasiones las leyes habían establecido la igualdad de los mexicanos, en la práctica notarial debió resultar útil el texto de Murillo Velarde¹¹⁶ quien explica las diferencias entre los testamentos cerrados en los que deberían intervenir en la firma siete testigos y un escribano,

p. 4a., leyes 2, tít. XIII y 3 tít. XV.

¹¹⁰ *Idem*, p. XXXII.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Discurso...*, p. 20.

¹¹³ Gómez y Negro, Lucas, *Elementos de práctica forense*, México, Casa de Galván, 1830, pp. 20-21.

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

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

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

y los testamentos de los indígenas en los cuales bastaban dos testigos, hombres o mujeres, aunque no asistiera escribano público. En este texto se incluyen esquemáticamente los testamentos más usados, así como las cláusulas de uso común.

Si se busca en la jurisprudencia de la época se robustecen las hipótesis señaladas. Existen diversas colecciones donde se puede encontrar este tipo de información.¹¹⁷ Se han seleccionado algunos tomos de *Varietades de Jurisprudencia*,¹¹⁸ pero en las otras colecciones se pueden encontrar los mismos datos.

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

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

Tomo II, 1851 (página 130). Laudo pronunciado por un árbitro de derecho sobre la cuestión siguiente: Un nieto, hijo natural de un hijo natural, ¿puede pedir alimentos a la testamentaria de su abuelo? El caso se ve y se resuelve de acuerdo con las leyes correspondientes a las *Partidas* 3a. y 4a.; Covarrubias (*De Matrimonio*), *Ley 9 de Toro*...

Tomo IV, 1852 (página 3). Escrito de alegato contestando la acusación que se halla a fojas 412 del tomo IV, sobre falsificación de un testamento. Se atiende frecuentemente en el texto del alegato a: *Partida* 4a., título 18, ley 116; *Partida* 4a., título 18, ley 18; *Partida* 3a., título 18, ley 118; *Partida* 3a., título 16, ley 21; *Partida* 7a., título I, ley 22.

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

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

¹¹⁸ *Varietades de jurisprudencia o colección de diversas piezas útiles para la ilustración del derecho*, México, Imprenta de J. M. Lara, 1850-1864, 9 vols.

Sobre las colecciones en general y no sólo en cuanto a jurisprudencia, el *Índice Alfabético de la Legislación Mexicana* de Don José Brito (*vid.*, bibliografía) contiene desde circulares hasta leyes expedidas durante el periodo comprendido entre 1821-1829. El autor, tras un breve enunciado, remite a la colección donde se puede encontrar la ley, reglamento, etcétera, por ejemplo: *Recopilación de Arrillaga*, *Archivo Mexicano*, *Navarro*, *Legislación Mexicana*, *Colección publicada por Lara*, *Soberano Congreso Constituyente*, etcétera.

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

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

Y más adelante nuevas referencias a las *Partidas*:

Leda la mosa recibió la carta,
Pero non contestar juzgó oportuno
Nueva ley el amante al punto ensarta;
E seyendo ella ardiente, el importuno
con las razones de la ley Novena,
se ayuntaron al fin ambos en uno...

De horrorosos latines empedrado
Cuando a hablar castizo descendía,
las Partidas tomaba por dechado.

El amante evidentemente era abogado...

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

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

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

Una investigación más minuciosa, sobre todo en los archivos eclesiásticos, municipales, etcétera, arrojaría mayor información sobre el tema. Por ahora, con estos ejemplos quedaría ampliamente probada la supervivencia del derecho colonial en el México independiente.

V. SUJETOS DE DERECHO EN EL SIGLO XIX

Los naturales de las Américas que no descendían de los españoles, y a quienes vulgarmente se les da el nombre de *indios*, eran reputados como menores, aun-

¹¹⁹ *Los mexicanos pintados por sí mismos*, por varios autores, México, Editora Nacional, 1970, Edición original de 1854, p. 140 y ss.

¹²⁰ Delgado, Rafael, *Angelina*, 2a. ed., México, Edit. Porrúa, 1964, p. 157.

que por edad fuesen mayores de 25 años... Todo esto estaba prevenido entre nosotros en el tiempo del gobierno absoluto de España; más adoptado en ella el liberal quedaron los indios iguales con los demás súbditos españoles; y mucho más lo quedaron con todos los ciudadanos mexicanos después que fue lograda nuestra independencia...

Curia Filípica Mexicana, 1850.

Ya se ha señalado que a lo largo de la época colonial no existió igualdad jurídica entre los habitantes de la Nueva España. Los españoles y criollos y los indios caciques no tuvieron el mismo *status* jurídico que los indígenas del común o los miembros de las diversas castas. A esta primera diferencia frente a la ley había que adicionarle las que se derivaban de la edad, el sexo, el estado mental o la pertenencia a una corporación por parte del sujeto justiciable, o el miembro de la sociedad que contraía derechos y obligaciones.

La clasificación de los sujetos de derecho que imperó a lo largo de la época colonial se basaba en la que existía en la España de esa época, la cual, a su vez, procedía en buena medida del derecho romano. La diferencia fundamental estriba en la inclusión de los indios, en calidad de menores de veinticinco años, y todavía con algunas especificidades respecto de los actos jurídicos que realizaban. Durante todo el periodo colonial existió también la categoría jurídica de “esclavo” o “siervo”, la cual desapareció en 1824, en tiempos de la primera República federal. Otra clasificación que no sobrevivió mucho tiempo fue la de los nobles; la nobleza indiana tuvo peculiaridades propias, y su importancia no es equiparable a la de la nobleza peninsular. Por último, cabe agregar que los habitantes de la Nueva España, sin importar su jerarquía, eran vasallos, en tanto que en la República Mexicana federal o central los habitantes eran ciudadanos, o no ciudadanos, lo mismo que en el primero y segundo imperios mexicanos. El tránsito del vasallo al ciudadano había quedado plasmado en el texto de la Constitución de Cádiz desde 1812, y la legislación posterior no se apartó de la línea entonces trazada.

En las páginas siguientes se presenta una visión panorámica de la forma en que los textos jurídicos doctrinarios, por lo general mexicanizados, consideraron a los distintos sujetos de derecho, en su forma de persona física, en sus diferentes estados: de libertad, de familia y de ciudad. Nada se explica sobre las personas morales.

1. EL CONCEPTO

El menor casado entrando a la edad de 18 años, puede administrar por sí sus bienes y los de su mujer, sin tener necesidad de pedir dispensa especial; mas no por eso puede por sí solo comparecer en juicio, porque aquel privilegio fue todo concedido en favor del estado de matrimonio; y no sería justo convertirlo en su perjuicio, como sucedería dando al menor personalidad competente en lo judicial...

Curia Filípica Mexicana, 1850.

Los autores de esta época consideraron de manera muy semejante la idea de sujeto de derecho, recurriendo a las nociones romanas.¹²¹ Tradicionalmente la persona o sujeto de derecho ha sido “todo ente capaz de tener facultades y deberes”.¹²² Se ha distinguido entre personas físicas y morales. Las primeras están constituidas por el “sujeto individual... en cuanto tiene obligaciones y derechos”.¹²³ Se ha dicho que “el hecho de que todo hombre sea persona, no significa que la personalidad jurídica del individuo se confunda con su realidad humana o derive de su personalidad moral”.¹²⁴

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

el concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho, expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de

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

¹²² García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Edit. Porrúa, 1967, p. 271.

¹²³ *Ibidem.*

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

¹²⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1965, pp. 125 y ss.

¹²⁶ *Idem*, p. 125.

normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos.¹²⁷

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

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

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

Una vez determinada la noción de persona o sujeto de derecho, se pasará al modo en que se consideraban en los textos que se han venido consultando.

2. LOS AUTORES

Hay, no obstante, algunos autores y otras razones poderosas, que por el extremo contrario pudieran presentarse para convencer, que los menores aun con dispensa de edad no tienen personalidad legítima para comparecer en juicio por sí mismos. Tales son entre aquéllos, Gutiérrez, Febrero y el Dr. José María Álvarez...

Curia Filípica, 1850

¹²⁷ *Idem*, p. 126.

¹²⁸ *Idem*, pp. 126 y 127 respectivamente.

¹²⁹ *Idem*, p. 126.

¹³⁰ *Idem*, p. 127.

El primer autor, como en otras ocasiones, será Álvarez,¹³¹ a pesar de que lo que sobre los sujetos del derecho dice, era aplicable más a la época colonial que a la posterior a la Constitución de Cádiz. El jurista guatemalteco establece la distinción entre *hombre* y *persona* en los siguientes términos: Hombre es “todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano” y, *persona* es el “hombre considerado con algún estado”. También distingue entre *naturales* y *extranjeros*, los primeros son “los que se miran con los respetos de traer su origen de una misma nación” y, los segundos, son “los que no tienen su origen en esta nación”.

Mucho más completo es lo que se dice en las diversas versiones del Sala.¹³² Las distinciones que en ellas se contienen son las siguientes:

Sujetos de derecho civil

De acuerdo con el estado natural hay:

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

De acuerdo con el estado civil, encontramos varias distinciones:

a) Desaparece la división tradicional romana de *esclavos* o *siervos* libres y aforrados (manumitidos) y *libertos*. El 13 de julio de 1824 se prohibió para siempre el comercio y tráfico de esclavos en toda la República.¹³³

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

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

¹³¹ Álvarez, José María, *Instituciones...*, pp. 65-68 y 82-89.

¹³² Las ediciones de 1831, 1845 y 1870 contienen los mismos conceptos sobre el tema.

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

d) En la distinción entre *vecinos y moradores* y *no vecinos y transeúntes*, la edición de 1845 difiere un poco de las otras versiones. Remito en primer término a las ediciones de 1807, 1831 y 1870 y en segundo, a la de 1845.¹³⁴

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

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

En la edición de 1845,¹³⁵ la distinción es entre *habitantes, ciudadanos* y *vecinos*.

Habitantes eran los hombres de toda la nación o sociedad y se identificaban por el uso de la lengua común (Constitución de 1824). Todos los que residen en puntos que la República reconoce por su territorio; lo mismo decían las Bases constitucionales en el artículo 7, título 2, (1836).

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

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

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

Para ser ciudadano se requería tener 18 años si se era casado y 21 si se era célibe, a más de una renta anual de 200 pesos procedente de capital físico, industria o trabajo personal honesto. Esto restringía la

¹³⁴ Sala, 1807, pp. 18-32; Sala, 1831, pp. 42-54; Sala, 1845, pp. 259-274.

¹³⁵ Sala, 1845, lecc. 4, tít. 2o.

¹³⁶ Los hijos espurios eran los nacidos de mujer pública o ramera, los adúlteros o nacidos de adulterio, los incestuosos o nacidos de personas con parentesco de consanguinidad o afinidad y los sacrílegos o sea, los habidos con clérigos.

calidad de ciudadano a las clases de cierto poder adquisitivo, con lo cual las de menor capacidad económica quedaban fuera de esta calidad.

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

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

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

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

En la edición del *Febrero mejicano* de 1834,¹³⁹ se dice que los sujetos de derecho civil son según el estado civil:

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

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

De acuerdo con todo lo anterior, se puede llegar a la conclusión de que la legislación posterior a la Independencia no estableció una igualdad jurídica total entre todos los habitantes de la República. Esto pue-

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

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

¹³⁹ *Febrero*.

de deducirse de la serie de restricciones que por razones económicas se imponen, para el ejercicio de la ciudadanía, sobre todo. La falta de capacidad jurídica, por estas razones, persistió, aunque en la ley se habían borrado las distinciones por el origen étnico y se había proclamado que todos los mexicanos eran iguales.

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

Derecho: La reunión o el conjunto de reglas que dirigen al hombre en su conducta para que viva conforme a la justicia: o el arte de lo equitativo y razonable, esto es, el arte que contiene los preceptos que nos enseñan a distinguir lo justo de lo que no lo es, para que en los diferentes negocios que ocurren todos los días podamos dar a cada uno lo que es suyo. . .

Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 1847

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

Durante la época de la colonia, la Iglesia había adquirido una posición muy importante, en lo económico y en lo político. A lo largo del siglo XIX defendió sus fueros y privilegios apoyando a los grupos que no pretendían arrebatarlos. Su participación en muchos de los actos de la vida civil fue cuestionada por los grupos liberales.¹⁴⁰ A estos grupos se les deben —entre otras cosas— los intentos que se hicieron por formar una legislación civil que no fuera una simple modernización de las leyes españolas, sino que implicara un cambio completo en la relación Iglesia-Estado, emulando las leyes francesas representadas fundamentalmente por el Código civil de Napoleón.¹⁴¹ Los intentos que se hicieron no fructificaron sino hasta 1870. Así pues, junto a ellos, durante los primeros 49 años de vida independiente, encontramos los tra-

¹⁴⁰ *Vid., infra.*, segunda parte.

¹⁴¹ *Ibidem.*

tados de los estudiosos, inspirados fundamentalmente en la tradición hispana, basada a su vez en la tradición romano-canónica.¹⁴²

1. EL CONCEPTO “DERECHO CIVIL”

Y lo que es más intolerable, creen que en los tribunales reales se deve dar mas estimación a las civiles y canónicas que a las Leyes, Ordenanzas, Pragmáticas, Estatutos y Fueros de estos reinos, siendo así que las civiles no son en España leyes, si deven llamarse así, sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de ley y en quanto se ayudan por el Derecho natural y confirman el real, que propiamente es el derecho común y no el de los romanos...

Autos acordados, 1777, 2, 1, 1.

El concepto de derecho civil atraviesa en Europa por diversas etapas, por lo que a su definición se refiere. En México, sucede lo mismo, pero solamente en cuanto a lo que correspondería a su última etapa de evolución, es decir, la previa al movimiento codificador que establece la definición de derecho civil que manejamos actualmente.

Thieme¹⁴³ dice que *jus civile* significa derecho estatal, derecho legislado o derecho positivo. Ferrandis Vilella,¹⁴⁴ por su parte, explica que el derecho civil sufre diversas transformaciones en cuanto a lo que el término significa. Durante el primer periodo de romanización de España, apenas se separa su contenido del romano. Posteriormente en el medioevo no es más que el derecho romano justiniano, al cual se busca diferenciar del canónico. En plena Edad Moderna la definición del derecho civil sigue dentro de la línea romana, aunque comienza a ser concebido como un derecho positivo estatal y distinguido de la ley positiva canónica. En el siglo XVIII seguía identificado con el derecho romano y en ese mismo siglo se produce finalmente la separación entre derecho civil y romano, y otro hecho muy importante, la separación del privado y del público. Este fenómeno significa que pasa a ser derecho privado y derecho nacional.

¹⁴² Siguiendo a Merryman, *The civil law tradition*, Stanford, 1969, pp. 11, 12 y 24.

¹⁴³ Thieme, Hans, “El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del derecho natural”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, año XXXVIII, núm. 5, 448-449, julio-agosto, 1954, p. 599.

¹⁴⁴ Ferrandis Vilella, José, “Formación histórica del concepto de derecho civil”, *Estudios de Deusto*, Bilbao, Segunda época, vol. 18, fasc. 39-41, enero-diciembre, 1970, pp. 439 y ss.

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

La primera mención al derecho civil ya desvinculado del romano, se encuentra en las *Instituciones del derecho civil de Castilla*, de Jordán de Asso y de Manuel; sin embargo, su idea del derecho civil dista aún de la nuestra. La tesis de ambos autores sigue de cierta manera a la idea romana de que el civil es el que cada pueblo constituye para sí,¹⁴⁵ de ahí que para ellos el civil sea el que dicta el rey o sus órganos delegados, por eso en los textos de *Instituciones* todavía se incluían materias que, posteriormente, habrían de formar parte del derecho penal, e incluso del administrativo.¹⁴⁶

Añade Ferrandis Vilella¹⁴⁷ que no es sino hasta la iniciación del movimiento codificador, que la separación se produce de manera definitiva.

A. José María Álvarez

Dentro de este orden de ideas, Álvarez¹⁴⁸ define al derecho como el conjunto de leyes y según la calidad de que éstas sean, lo es también el derecho que constituyen. Para este autor el derecho natural está constituido por las leyes naturales, el divino por las leyes divinas y el civil por las civiles.

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

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

Distingue entre el derecho público y privado.¹⁴⁹ El primero comprende los negocios públicos (derechos de los príncipes acerca de la gue-

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Para ver la evolución de la lucha entre el derecho real y el romano, el significado de ella en América y el contenido de los textos de *Instituciones*, debe verse el estudio de Jorge Mario García Laguardia y Ma. del Refugio González, “Significado y proyección hispanoamericana de la obra de José María Álvarez”, en Álvarez, José Ma., *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias* (ed. facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826), 2 vols. México, UNAM, 1982.

¹⁴⁷ Ferrandis Vilella, *op. cit.*, pp. 439 y ss.

¹⁴⁸ Álvarez, José Ma., *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 43.

rra y de la paz, de las embajadas y de las alianzas). El público es, pues, el que dispone y arregla el estado y derechos de las repúblicas y el privado es aquel que pertenece a la utilidad inmediata de cada uno de los privados (ciudadanos).

La primera división del derecho, según el propio Álvarez,¹⁵⁰ es humano y divino. El primero constituido por las leyes impuestas por los hombres y el segundo por las leyes establecidas por Dios. A su vez, el divino se divide en *natural*, que es el que se conoce por la recta razón y *positivo*, o sea, el que por sola la revelación o escritura nos es manifiesto. El *natural* es el conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios a todo el género humano por medio de la recta razón y es inevitable.

El *derecho de gentes* es el mismo derecho natural aplicado a la vida social del hombre y a los negocios de las sociedades y de las naciones enteras.

Explica que no se trata de dos derechos divinos, sino uno mismo. El natural se aplica a los negocios y causas de las sociedades o de las naciones.

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

Finalmente, divide al *derecho humano* en *canónico* y *civil*. El primero es el que se ha establecido por los sumos pontífices y por los concilios para el gobierno de la Iglesia y, el segundo, es el que han constituido por sí o por sus jefes, cada uno de los pueblos absolutos e independientes para conseguir los fines de la sociedad. Cada nación establecerá normas que tendrán que respetar sus habitantes. Este último, el *civil*, se forma por el escrito, o sea, el que ha sido promulgado, y el no escrito, es decir, el que no lo ha sido. La promulgación puede ser por escritura, voz de pregonero o cualquier otro modo. El no escrito es el que se introduce con un consentimiento tácito de las supremas potestades y sin preceder promulgación.

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

Apunta el jurista guatemalteco¹⁵¹ que el *derecho* público es el que dispone y arregla el estado y derecho de las repúblicas, y que el *privado* es aquel que pertenece a la utilidad inmediata de cada uno de los privados.

¹⁵⁰ *Idem*, pp. 46 y ss.

¹⁵¹ *Idem*, p. 44.

La justicia civil (que es la contraria de la justicia moral) es aquella que hace al hombre arreglar sus acciones externas a las leyes, pero sin que esto nazca de amor a la virtud, ni de rectitud, de juicio, sino por miedo a la pena.¹⁵²

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

B. *El Nuevo Febrero y el Febrero mejicano*

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

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

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

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

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

El *derecho natural* es el que "Dios ha promulgado a la especie humana por medio de la recta razón". Este sería el que deduce el hom-

¹⁵² *Idem*, p. 3.

¹⁵³ *Febrero Mejicano*, vol. 1, p. 1.

bre de la observación de sus necesidades de acuerdo con su naturaleza, es decir, de su vida misma y se presume que es dictado por Dios.

Más adelante, explica¹⁵⁴ que el *derecho natural* arregla también la conducta de las naciones o Estados independientes entre sí y se llama *derecho de gentes*.

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

Derecho positivo es aquel que Dios ha querido manifestar a los hombres por medio de la revelación.¹⁵⁵

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

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

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

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

¹⁵⁴ *Idem*, p. 3.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 4.

¹⁵⁶ *Idem*, pp. 4 y 5.

utilidad pública, de aquí dimana que el uno sea invariable, a la vez que el otro sufre muy frecuentes mutaciones.

Al igual que los otros autores, divide el derecho civil en *escrito* y *no escrito*. El escrito es el que ha sido promulgado; el no escrito es aquel, que sin promulgación y sólo por el uso, se introduce en la República, recibiendo su confirmación del consentimiento tácito del legislador; aunque después, para conservar su memoria, se reduzca a escritura.

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

En una nota el autor señala que no siempre tiene el mismo significado la voz *derecho público*, a veces se llama así por tener su origen de la autoridad pública, en este sentido todo lo contenido en las leyes es derecho público y se entiende entonces por privado, el que cada particular adquiere para sí en las convenciones y contratos. Se da también el nombre de público al derecho común a todos los ciudadanos de un Estado, a diferencia del derecho particular o privilegio que compete a una sola persona.

C. *Novísimo Sala* y el *Sala Mexicano*

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

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

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

¹⁵⁷ *Novísimo Sala Mexicano* (con notas de Lacunza, corregido por Manuel Dublán y Luis Méndez), México, Imprenta del Comercio, 1870, 2 vol., p. 29.

Sala,¹⁵⁸ siguiendo a Ulpiano, dice que “el derecho es en su acepción natural, el deber que resulta o la relación que nace en las acciones para ser de tal o tal manera...”. Tiene por el uso otras acepciones: sinónimo de ley o leyes, o colección de leyes de un mismo género; natural, de gentes, civil.

La definición del *natural* está inspirada en la ley 2a., título 1o., Partida 1. “El que han en si los homes naturalmente é aun las otras animalias que han sentido”. El *de gentes* es un derecho comunal de todas las gentes, el cual viene “a los homes, e non a las otras animalias”. *Civil* es el establecido por los hombres comprendiéndose en esta parte el canónico.

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

La idea de considerar a los animales sujetos de derecho es muy antigua, la encontramos en todos los derechos primitivos¹⁵⁹ y en la tradición jurídica de todos los pueblos aunque no sean primitivos. De cualquier forma, la costumbre se pierde y es solamente en algunos lugares, apartados de la influencia directa de las doctrinas jurídicas modernas, que ha permanecido. Alcalá-Zamora¹⁶⁰ refiere algunos de estos casos en pleno siglo XX.

En Sala,¹⁶¹ al igual que en los otros autores citados, se encuentra la definición tradicional de *derecho civil*: el que las naciones han establecido en sí o por sus jefes, para conseguir los fines de la sociedad o sea, la felicidad temporal de los asociados que nunca debe procurarse sino conforme a la voluntad de Dios, que es el legislador supremo. La división del civil en *escrito* y *no escrito*, es la que dan los otros autores. El primero es la ley y el segundo, la costumbre legítima (ley 4a., título 1o., Partida 1a.; y ley 4a., título 2o., Partida 1a.)

Sobre el *derecho escrito* ya hemos visto que no sólo era el reducido

¹⁵⁸ Sala, Juan, *Sala Mexicano, o sea, La ilustración del derecho real de España*, 4o., México, impresa por I. Cumplido, 1845, p. 232.

¹⁵⁹ Cfr., Kelsen Hans, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1945, p. 509 y Niceto Alcalá Zamora, “Enjuiciamiento de animales y objetos inanimados en la segunda mitad del siglo XX”, sobretiro de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XX, julio-diciembre 1970.

¹⁶⁰ Cfr., Alcalá-Zamora, Niceto, *op. cit.*, *vid.*, bibliografía, *passim*.

¹⁶¹ Sala, *op. cit.*, p. 236.

a letras, sino el que ha sido promulgado. Álvarez¹⁶² anota que los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias y otras justicias, tenían facultad de “extender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que están a su cargo”. Esta facultad era usada para poner en ejecución alguna providencia del rey o para hacer observar las leyes que no estaban en uso, o para corregir algún abuso introducido contra leyes. A todas las que señala sólo debía obedecérselas si estaban intimadas o publicadas por pragmática, cédula, provisión, decreto, resolución, real orden, auto acordado, edicto, pregón o bando de las justicias o magistrados públicos.

2. EL CONCEPTO “COSTUMBRE”

Quando nos fuéremos servidos de informarnos, en respuesta de Consulta, “con lo que parece, siendo costumbre”: Declaramos, que ésta no se ha de entender en dos o tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupción, ni orden en contrario. Y para que hagan efecto las mercedes que hiciéremos con este presupuesto, se han de fundar en costumbre asentada, fixa, sin alteración ni prohibición en contrario, y con muchos actos en el mismo género, que la confirmen.

Felipe III, 1628

Sobre el derecho *no escrito*, o sea, la costumbre, Sala,¹⁶³ siguiendo lo que dice la Partida 4, dice que la *costumbre* es el “derecho o fuero non es escrito, el cual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas e en la razones, sobre que lo usaron”, y después da su propia definición de costumbre: “Derecho introducido por el uso frecuente y aprobado por el consentimiento tácito de la suprema potestad”. El pueblo interviene en la costumbre por el uso y el soberano por su tácita aprobación. Si llega a autorizarse un día, se convierte en ley.

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

¹⁶² Álvarez, *op. cit.*, (2a. ed.) p. 57.

¹⁶³ Sala, *op. cit.*, p. 248.

¹⁶⁴ Álvarez, *op. cit.*, p. 62.

Ambos autores¹⁶⁵ están de acuerdo en que el tiempo necesario para introducir la costumbre es de 10 años entre presentes y 20, entre ausentes.

Sala¹⁶⁶ agrega que debe ser repetición de actos positivos y no siempre negación del uso, sin omitir la división tradicional de la costumbre:

fuera de la ley
según la ley
contra la ley

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

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

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

¹⁶⁵ Sala, *op. cit.*, p. 251; Álvarez, *op. cit.*, p. 62.

¹⁶⁶ Sala, *op. cit.*, p. 251.