

Tercera Parte. El derecho de transición . . . . .	115
I. Introducción . . . . .	115
II. La transición en sentido amplio . . . . .	119
1. La ley . . . . .	121
2. Los jueces y el arbitro judicial . . . . .	123
3. La motivación de la sentencia . . . . .	127
III. La transición en sentido restringido . . . . .	130
1. El problema de la retroactividad . . . . .	132
2. Algunos ejemplos . . . . .	134
IV. A modo de corolario . . . . .	136

## TERCERA PARTE. EL DERECHO DE TRANSICIÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La transición en sentido amplio*; 1. *La Ley*; 2. *Los jueces y el arbitrio judicial*; 3. *La motivación de la sentencia*. III. *La transición en sentido restringido*; 1. *El problema de la retroactividad*; 2. *Algunos ejemplos*. IV. *A modo de corolario*.

### I. INTRODUCCIÓN

Era la legislación vigente en México hasta febrero, un compuesto de los elementos más heterogéneos: legislación romana, legislación goda, legislación española, legislación mexicana. Dentro de ella giraban en sombra mezcla los principios ultramontanos y los de las regalías: los principios del feudalismo así como los del derecho divino de los reyes y la soberanía de los pueblos: los principios de la inquisición y los de la libertad de conciencia: los principios de la obediencia pasiva y los principios del derecho de rebelión...

Sánchez Gavito, *El Derecho*, 1871.

Esta parte se titula “derecho de transición” y alude al periodo comprendido entre 1821 y 1871, al igual que el resto de los estudios recopilados. El lector verá adelante qué se quiere decir con la expresión “derecho de transición”. Cabe señalar que los juristas del siglo XIX la utilizaron para aludir al periodo inmediatamente posterior a la expedición del código.<sup>1</sup> En muchos artículos señalan la necesidad de expedir una “ley de transición”, para hacer frente a los problemas derivados de la puesta en vigor de la nueva legislación. Pero, aunque así procedieron los juristas decimonónicos, no parece que sea este el único significado que pueda dársele a la expresión “derecho de transi-

<sup>1</sup> *Vid., infra*, apartado 3 en el cual, a pie de página, se citan los trabajos que dieron origen a este ensayo.

ción”, ya que si bien es cierto que con la expedición del código se inicia una transición hacia la sustitución del derecho anterior en la práctica de los tribunales, también es cierto que la sustitución no es sólo de leyes sino más profunda, ya que debió modificarse la forma misma de impartir y administrar la justicia.

La transición hacia el nuevo orden jurídico se apoyaba en una serie de premisas, algunas de las cuales dieron lugar al fenómeno de la codificación, explicado en la segunda parte de este libro. Así pues, la transición puede contemplarse, por lo menos, en dos vertientes: la sustitución del orden jurídico y la de la manera de administrar la justicia. Esto último implicaba también modificar leyes y redactar nuevos cuerpos jurídicos; aquí se contemplan separados los dos modos en que se presenta la transición, para poder explicarlos mejor. Sobre el fenómeno de la transición, cabe agregar que las ideas que la inspiraron surgieron en Europa mucho tiempo antes de la independencia de México y fueron adoptadas a lo largo del siglo XVIII por un grupo de vasallos novohispanos como propias.

A consecuencia del movimiento independentista se interrumpió un proceso de modernización, del que quizá el propio movimiento es producto; la interrupción dificulta el análisis de los fenómenos que se originaron en el virreinato y se desarrollaron, después, en el México independiente. Es más que probable que el constitucionalismo y la codificación se hubieran producido también sin independencia porque la propia España se hallaba inmersa en ellos. Sé bien que entrar en el terreno de las conjeturas es poco útil para aclarar una interrogante histórica, pero en este caso es necesario pensar en la posibilidad de que esto hubiera podido suceder así y que el hecho de haberse producido la independencia —como se dijo— hace más complejo para el investigador el análisis del proceso, pero no modifica la circunstancia de que la modernización se había iniciado en la metrópoli y había sido “recibida” en las colonias por una parte de la población. En esa modernización, al lado de muchos otros, se hallaban dos hechos estrechamente vinculados, relacionados ambos, tanto con la sustitución del orden jurídico como con la manera de administrar justicia.

Cabe señalar que la sustitución implicaba el fenómeno de la codificación, el cual, a su vez, se apoyaba en una forma diversa de administrar justicia que se generaliza en los países europeos antes de la independencia de América. Los códigos que se elaboraron conforme a las ideas que generaron el proceso codificador no podían seguir los

patrones que habían existido hasta entonces, ni en cuanto a su sistemática ni en cuanto al contenido. Los códigos son el último eslabón de una serie de modificaciones sobre el modo mismo de concebir la administración pública, en general, y la de justicia, en particular. Al igual que sus modelos europeos, los códigos mexicanos, entre ellos el civil, constituyen el último eslabón de una serie de modificaciones al orden jurídico que se generaron desde antes de la independencia y que se aceleraron después de ella.<sup>2</sup> El decreto de 9 de octubre de 1813 expedido por las Cortes de Cádiz para organizar la administración de justicia en la monarquía española, y la ley del matrimonio civil dictada por el presidente Juárez son dos ejemplos significativos, pero no únicos, del desarrollo del proceso de codificación del derecho positivo a la luz de las nuevas ideas.<sup>3</sup>

Así, pues, en 1871, al expedirse el Código civil para el Distrito y Territorios Federales concluyen dos aspectos distintos de un mismo proceso de transición. Ambos se iniciaron antes de la independencia, en la época que Roberto Moreno ha llamado “la última Nueva España”<sup>4</sup> y se corresponden con la presencia de los mismos fenómenos, desarrollándose en la metrópoli. Con la independencia los procesos se separan y, a partir del movimiento emancipador, en buena medida apoyado en todo el bagaje que dio lugar al proceso de transición señalado, se inició otro proceso de transición que es el de la sustitución del orden jurídico colonial.

La sustitución tenía que realizarse por dos razones: a) porque el derecho colonial era el de la metrópoli y había sido dictado por el rey, y b) porque buena parte de ese derecho ya no se correspondía con las ideas de un numeroso grupo de mexicanos, el cual, a lo largo del siglo, tuvo ocasión de dictar leyes y hacerlas ejecutar. El proceso de sustitución se inicia inmediatamente después de la independencia, pero no era posible que tomara su perfil definitivo mientras no se definieran con claridad los marcos dentro de los que tenía que operar. Esos

<sup>2</sup> *Id.*, *infra*, “Bibliografía”.

<sup>3</sup> Para consultar un amplio catálogo de la legislación civil del siglo XIX puede verse la obra de Pallares, Jacinto, *Legislación Federal complementaria del derecho civil mexicano. Colección formada por los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México: José Vázquez Tagle, Héctor Díaz Mercado, Justino Fernández Castello, José Romero y Manuel R. Uruchurtu, bajo la dirección y con un estudio preliminar del Lic...., Obra adoptada como texto en la expresada escuela*, México, “Tipográfica Artística” de Ramón F. Riveroll, 1897 [varias paginaciones].

<sup>4</sup> Moreno, Roberto, “La última Nueva España”, *La formación del Estado Mexicano*, México, UNAM, 1984, pp. 15-22.

marcos sólo quedaron claros después de la derrota de Maximiliano, así pues, el proceso de sustitución tomó su perfil definitivo con la expedición del Código civil para el Distrito y Territorios Federales en 1871, y pudo considerarse concluido en la primera década del siglo XX, ya que es hasta 1909 cuando se expidieron los códigos Federal y de Procedimientos Civiles y Federal de Procedimientos Penales, con los cuales quedó completa la sustitución del orden jurídico colonial, y la Constitución de 1857, a la que se incorporaron las leyes de Reforma en 1873.<sup>5</sup> Son estos textos los que condensaron el llamado “ideario liberal”, y los que fijaron el marco dentro del que debía operar la sustitución.

Planteada así la cuestión parecería que el derecho del siglo XIX, por una razón o por otra, es todo de transición. Esto en alguna medida es cierto, pero hay que insistir en que puedan diferenciarse dos tipos de transición. Una de ellas alude, pues, a la modificación y transformación de un modo de ver el mundo del derecho y se basa en la existencia de una manera diferente de ver y concebir la acción estatal y la propia sociedad, y la otra se refiere meramente a los problemas planteados en la propia administración de justicia a consecuencia de haberse realizado la primera transición. A la primera, para poder diferenciarlas, prefiero llamarla *amplia*, y a la segunda, *restringida*. Cabe señalar que ambas se dieron a un lado y otro del Atlántico, aunque en el caso que nos ocupa, en España y en México se transitó de diversa manera hacia la modernización.

La transición en sentido *amplio* tiene sus raíces allá por el siglo XIII, fecha en que comenzó a perfilarse un nuevo orden político, social, jurídico, económico y religioso. En la España borbónica del siglo XVIII el proceso iniciado en el siglo XIII había alcanzado una amplia consolidación, a consecuencia de la cual sus características se habían permeado hacia la Nueva España en donde encontró el clima propicio para seguir su propio desarrollo. Este proceso de transición hacia la modernidad —como se dijo— sobrevivió a la independencia y se aceleró con ella, y comenzó a abrirse paso, sobre todo, a través del proyecto llamado liberal.

La transición en sentido estricto o restringido, se inició con la expedición del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y fue haciéndose realidad en cada área del derecho con la expedición del código respectivo.<sup>6</sup> En qué consistió una y en qué la otra irá quedando

<sup>5</sup> González, Ma. del Refugio, “Historia del derecho mexicano”, *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM, 1981, vol. I, pp. 58-66 y 82-88.

<sup>6</sup> *Idem*, pp. 84-88.

señalado en los apartados siguientes, aunque luego se centre la explicación en la materia civil.

## II. LA TRANSICIÓN EN SENTIDO AMPLIO

Cual sea el inmediato efecto de esas nuevas legislaciones [los códigos], fácil es predecirlo. Las reglas que durante tres siglos y hasta hoy han servido de norma a las relaciones sociales van a desaparecer; la transición más grave se va a operar: las últimas tradiciones de la Colonia van a quedar borradas, y antes de que la voz de la nueva ley se haga escuchar; antes de que su precepto se encarne en las costumbres y aun se haga comprender en la esfera especulativa, grave confusión y trastorno van a sobrevenir y, con ellos, una de esas crisis que no se dominan sino con la fe en el porvenir, y con la perseverancia en el estudio de los intereses sociales.

*El Derecho*, 1871.

En el texto de las constituciones o códigos políticos debían consagrarse las facultades de los gobernantes y los derechos de los gobernados, estableciendo claramente los límites de la acción de los primeros. En los códigos particulares se desarrollaban en forma clara, sencilla, ordenada y pormenorizada los principios consagrados en las constituciones que protegían y garantizaban el ejercicio de las libertades del hombre, individualmente considerado.<sup>7</sup> El modelo seguido por los países de América se inspiró en la Constitución norteamericana y en los Códigos franceses, sin que pueda decirse que siguieran estos textos literalmente.<sup>8</sup> De cualquiera modo, en el articulado de constituciones y códigos habían de estar presentes: la división de poderes; la igualdad de todos ante la ley; el respeto a la propiedad individual; la seguridad de los individuos y las diversas libertades que podían ejercerse: de prensa,

<sup>7</sup> En los manuales de historia del derecho español se aborda este tema. Para una síntesis clara puede verse: Alejandro García, Juan A., *Temas de historia del derecho: derecho del constitucionalismo y de la codificación. II*. Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, 283 p. Para el caso de México ver la parte segunda de este libro.

<sup>8</sup> Cada vez más parece confirmarse que las afirmaciones de haber sido copiados textualmente códigos y constituciones extranjeras procede de los juristas de la República restaurada.

de circulación, de comercio, de industria y de culto.<sup>9</sup> El catálogo más amplio de todo lo anterior es el que está contenido en el texto de la Constitución de 1857, que es el marco jurídico de la República Restaurada.

A la luz pues, de las ideas y principios que inspiraron el tránsito a la modernidad se fueron modificando los modos de concebir y administrar la justicia. En palabras de Tau Anzoátegui:

El clásico concepto de justicia medieval, recogido en las Partidas, que la caracteriza como “arraigada virtud” y “guía de los gobernantes”, para sus actos de gobierno y de los jueces para resolver los pleitos, había presidido la organización judicial y política indiana. En el siglo XIX surgieron factores que tendían a recortar la extensión de aquélla. La separación de la moral y la religión del derecho; el triunfo de las concepciones individualistas; la aceptación del régimen político de la división de poderes; y el absolutismo de la ley, contribuyeron cada una con su aporte y todas juntas a aminorar sustancialmente aquel antiguo concepto. Se nos presenta así en la centuria una justicia meramente externa, legal, propia sólo de un poder del Estado, ausente de los actos de gobierno, y que más que el bien de la comunidad apuntaba a la defensa de la seguridad individual.<sup>10</sup>

Aunque siguiendo estas pautas prácticamente todas las bases y el entramado mismo de la idea de justicia y de su administración se modificaron, en este ensayo quiero referirme sólo a las que están más vinculadas con el acto de administrar la justicia, a saber, el que realiza el órgano aplicador. En este sentido se pueden revisar los cambios operados en la noción misma del sentido y el significado de la ley; los que se operaron respecto de las calidades y funciones de quienes administraban la justicia; y por último, los que hubo respecto de la forma de ver a la luz de todo lo anterior las decisiones de los jueces, esto es, las sentencias, o en expresión contemporánea, la norma particular.

El planteamiento de estas cuestiones no se dio en una fecha precisa; pero puede afirmarse que corre paralelo con: el fenómeno de la consolidación del poder real y de su posterior limitación, la forma-

<sup>9</sup> El texto de obligada consulta es Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1975*, 6a. ed., México, Porrúa, 1975, 1011 pp. En sus páginas se encuentran buena parte de los textos constitucionales del siglo XIX, tanto los que se promulgaron como los que fueron proyectos o votos particulares.

<sup>10</sup> Tau Anzoátegui, Víctor, “La administración de justicia en las provincias argentinas (1820-1853). Planteo preliminar para su estudio”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, vol. I. 1973, p. 211.

ción de un cuerpo de técnicos encargados de la administración de la justicia, primero real y luego nacional, y la necesidad de reconocer a diversos grupos sociales, derechos que sólo habían ejercido los propios reyes en su carácter de soberanos. A la luz de las nuevas ideas sólo “el pueblo” era soberano.

No es mi intención describir en forma pormenorizada los fenómenos anteriores, no sería posible dentro de los estrechos márgenes de este ensayo. Simplemente busco presentar, y más bien en forma impresionista, las características de lo que se llamó anteriormente, la transición en sentido amplio.<sup>11</sup>

## I. LA LEY

“...ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento y castigo que liga e apremia la vida del home que non faga mal e muestra e enseña el bien que home debe facer e usar: e otrosi es dicha ley porque todos los mandamientos della deben ser leales e derechos e complidos segun Dios et segun justicia.

Ley 4a, título 1o, Partida 1a.

...ley es la manifestación de un poder delegado por el pueblo a los diputados y senadores que conforme a la Constitución y a sus reformas son los que ejercen el poder legislativo.

...ley es el precepto impuesto a la sociedad civil por las cámaras de diputados y senadores, comunicado al ejecutivo y promulgado por éste en la forma establecida por la Constitución.

Isidro Montiel y Duarte, *Tratado de las Leyes y su aplicación*, 1877.

Los textos antes transcritos buscan mostrar el cambio en la concepción de la ley entre los siglos XIII y XIX. Sin entrar en todas y cada una de las transformaciones del concepto, podrían señalarse como definitorios los cambios operados en la idea que sustenta la autoridad de la ley, y la que se refiere a sus fines. En el primer sentido la ley XII del título I de la Primera Partida explica quién tiene el poder de hacer las leyes:

Emperador o rey pueden fazer leyes sobre las gentes de su señorío, e otro ninguno ha de poder delas fazer en lo temporal: fueras ende, si lo fizieren con otorgamiento dellos. E las que de otra manera

<sup>11</sup> En otros trabajos me ocupo de temas de transición también, pueden verse: González, Ma. del Refugio, “La práctica forense y la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de México (1834-1876)”, *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, pp. 281-308 y “Las reglas del derecho en México durante el siglo XIX”, *Anuario Jurídico*, XI, México, UNAM, 1984, pp. 341-356.



fueren hechas, no han ni fuerça de leyes, ni deven valer en ningún tiempo.

Por lo que toca a sus fines, el texto alfonsino señala en la ley I, del mismo título y libro; que:

Estas leyes son establecimientos, porque los homes sepan bivar bien, e ordenadamente, segun el plazer de Dios: e otrosi segund conviene a la buena vida deste mundo, e a guardar la de nuestro señor Iesu Christo cumplidamente, assi como ella es.

En el siglo XIII, el compilador de las *Partidas* —Alfonso X *el Sabio*— afirmaba en el proemio del título I de la Primera Partida, que el texto se hacía “a servicio de Dios e a pro comunal de las gentes”. En esta expresión está condensada la esencia de la legitimidad y fines de la ley. El rey, a quien Dios hizo “señor de tantas buenas gentes, e de tan grandes tierras, como el quiso meter so nuestro señorío”<sup>12</sup> dictaba las leyes, para que los hombres conocieran a Dios, lo amaran y le temieran, y “se amen unos a otros, guardandose de la non fazer, lo que no querría que le fiziesen a el”.<sup>13</sup>

Los reyes consolidaron su poder apoyándose, entre otros, en los miembros de la burguesía, la cual poco a poco comenzó a demandar igualdad de derechos frente a los poderes tradicionales. A medida que pasaba el tiempo se fue poniendo cada vez más en entredicho la conveniencia de la identidad de objetivos entre la Iglesia y el Estado. La primera fue perdiendo prestigio y poder político en la medida y proporción que los iba consiguiendo el segundo. Mucho tiempo pasó, y muchas ideas se generaron, aprovecharon o rechazaron, antes de que en el texto de la Constitución de 1857, expedida en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano, se expresara en el artículo lo. que:

El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objetivo de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

En el camino, la soberanía transitó del rey, al pueblo, y el derecho de iniciar las leyes, expedirlas y promulgarlas se otorgó al presi-

<sup>12</sup> Prólogo al título I, de la Partida I.

<sup>13</sup> Ley X, título 1, partida I.

dente de la Unión, a los diputados, al Congreso Federal y a las legislaturas de los estados. En 1873 se incluyó entre los que tenían facultades para participar en el proceso legislativo al Senado. Las Constituciones, a partir de la de 1812 consignaron como su objetivo la protección de la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de los individuos<sup>14</sup> a través de las leyes que se iban dictando, no obstante que no contuvieron una definición de ley.<sup>15</sup> Habían cambiado por completo las bases de la legitimidad y los fines.

Muchas otras cuestiones no cambiaron, solamente se llevaron hasta sus últimas consecuencias; hubo conceptos o principios que se “ilustraron”, esto es, no se modificaron, pero recibieron la “luz de la razón”. En tal situación se encuentra lo dicho por Jeremías Bentham sobre la promulgación de las leyes, por ejemplo. Este autor afirmaba que:

Para conformarse con una ley es preciso conocerla, y para hacerla conocer es menester promulgarla; pero promulgar una ley no es hacerla publicar en una ciudad a son de trompeta, no es leerla al pueblo congregado, no es aún el mandar que se imprima; porque todos estos medios pueden ser buenos, pero pueden emplearse sin que se logre el objeto esencial. Promulgar una ley es presentarla al entendimiento de los que deben gobernarse, es hacer de modo que esté habitualmente en su memoria, y darles a lo menos toda la facilidad posible para consultarla, si tienen alguna duda sobre lo que se percibe.<sup>16</sup>

En su contenido no se distingue fácilmente lo dicho por Bentham y lo que sobre el particular se afirma en las *Partidas*; pero el filósofo “ilustró” el concepto con las luces de la época.

## 2. LOS JUECES Y EL ARBITRIO JUDICIAL

En la judicatura de este Estado existe un mal que aunque remediable, arredra a los más constantes, y es, la ausencia de profesores en la ciencia del Derecho en los Juzgados y Tribunales ocupados casi siempre por hombres legos que en lo general son *absolutamente legos* en la práctica forense y en el conocimiento

<sup>14</sup> Tena Ramírez, *op. cit.*, *passim*.

<sup>15</sup> Lalinde Abadía, Jesús, *Derecho histórico español*, Barcelona, Ariel, 1974, p. 56.

<sup>16</sup> Bentham, Jeremy, *Tratados de la legislación civil y penal*, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 575. (Edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil.)

de las leyes de administración de justicia. ¡Cuántos desafueros se consuman, de buena fe tal vez, sólo por la ignorancia de un juez! ¡Y a cuántos abusos no da lugar la justicia en manos de tales, cuando se procede con deliberación e intención torcida!

S. San Juan Bautista, 1869.

Con el fortalecimiento del poder real se modificaron las bases que habían sustentado a la administración de la justicia. El rey-juez de la época medieval fue sustituido por un cuerpo de funcionarios que ejercían la jurisdicción en nombre del rey. Estos sujetos debían ser concedores del derecho que dictaba el monarca; su misión consistía en administrar la justicia real con base en los ordenamientos concedidos y sancionados por el soberano. Desde el siglo XIII se comienzan a sustituir los jueces populares en todos los dominios reales por jueces técnicos, cuyos conocimientos, muchas veces adquiridos en las facultades de derecho, hacían que no les fuera necesario asesorarse de letrados o concedores de derecho para dictar las sentencias. Con la presencia de estos jueces técnicos se abrió el camino para la constitución de la magistratura moderna.<sup>17</sup>

No fue fácil orillar a los jueces a seguir el texto de las leyes en sus decisiones, ya que por mucho tiempo no estuvieron obligados a apearse a algún ordenamiento en concreto al “decir el derecho”. Los que administraban justicia disponían de un amplio margen de libertad, el cual constituía su “alvedrío” (*sic*) o “arbitrio”. En sus decisiones debían ponderar los principios generales del derecho, la equidad, la idea de justicia y las sentencias de los sabios y tener a la vista el texto de la ley. Al ser sustituidos a partir del siglo XIII los jueces legos, hombres buenos o árbitros arbitradores, por jueces técnicos, comenzó, también, la tarea de sujetar a los jueces al texto legal. Tanto en materia penal, como en materia civil, el juez había sido “el señor del proceso”.

Poco a poco se fue imponiendo la idea de que los jueces superiores o inferiores eran “ramos de un tronco y arcaduces de una fuente, que

<sup>17</sup> García-Gallo, Alfonso, “Jueces populares y jueces técnicos en la historia del derecho español”, Conferencia pronunciada el día 4 de diciembre en la Academia de Jurisprudencia y Legislación [s.p.i.], *passim*, y González, Ma. del Refugio y Teresa Lozano, “La administración de justicia, *El gobierno provincial en la Nueva España 1570-1787*, México, UNAM, 1985, pp. 75-105. (Obra coordinada por Woodrow Borah.)

es el príncipe”.<sup>18</sup> En torno a esta idea se fueron articulando tanto el sistema judicial como los medios para controlar el desempeño de los administradores de justicia.<sup>19</sup>

En la Nueva España se recibieron y trasplantaron estos principios e instituciones, y es bien sabido que al comenzar a operar en el seno de una sociedad distinta, adquirieron perfiles propios. En el terreno de la administración de justicia, las instituciones, ya para entonces francamente modernas, no pudieron funcionar igual que en España por diversas razones. En primer lugar, por el hecho claro de ser el mundo americano diverso del castellano, y en segundo lugar, por ser los españoles muy pocos, en relación a los naturales. Por eso, fuera de las ciudades en que había una amplia población española o criolla, en el resto del territorio la administración de justicia novohispana era muy semejante a la que se practicaba en los principios de la baja Edad Media en la península. En las fundaciones españolas, americanas, había funcionarios de cuño moderno como los alcaldes mayores, los corregidores e incluso los gobernadores. Para administrar justicia, estos sujetos cuando eran legos debían solicitar el consejo de un asesor letrado. Esto no siempre se llevaba al cabo y la función de administrar justicia no fue correctamente realizada por ellos. Resurgieron así los “hombres buenos” y los árbitros-arbitradores, como administradores de justicia. Asimismo, se fortaleció, por la ausencia de letrados, el arbitrio judicial ejercido por los oficiales reales encargados de administrar justicia.<sup>20</sup> En el virreinato, los conocedores del derecho se asentaron, sobre todo, en las ciudades importantes.

A la luz de los principios que inspiraban la modernización de las instituciones mexicanas en el siglo XIX, tanto los jueces legos como la propia administración de justicia por “hombres buenos” debían ser sustituidos por un cuerpo eficaz de funcionarios judiciales que siguieran el texto de la ley para dictar sus sentencias. La tarea no era fácil ya que a lo largo de la época colonial habían arraigado maneras muy arcaicas de administrar justicia. Con todo, desde antes de la independencia, tanto en el texto de la Constitución de Cádiz como en el Decreto Constitucional de Apatzingán se consagraron los principios básicos para ingresar de lleno a la modernidad.

<sup>18</sup> Castillo de Bovadilla, citado por Tomás y Valiente, Francisco, “Castillo de Bovadilla (c. 1547 - c. 1605) Semblanza personal y profesional de un juez del antiguo régimen”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid., 1975, tomo XLV, pp. 212-217.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> González y Lozano, *op. cit.*, pp. 93-96.

Sin embargo, a pesar de que se admitían los principios que servirían de apoyo a las nuevas instituciones, los cambios no fueron drásticos en todos los aspectos. Así, aunque se preconizaban en los textos constitucionales las pautas para una administración de justicia con sólo tres instancias, sin torturas ni apremios y a través de un procedimiento acusatorio,<sup>21</sup> también se admitía la presencia de jueces legos en los juzgados de paz y de primera instancia.<sup>22</sup> A más de factores de otra naturaleza, parece probable que la falta de sujetos capacitados y conocedores del derecho jugara un papel importante en esta decisión. Al respecto, en el *Derecho*, al hacer referencia al asunto se afirmaba que:

...produce además el mal [la ausencia de profesores en la ciencia del Derecho], de que los trámites de los juicios, y a veces las decisiones, no puedan considerarse ni como doctrinas, ni como hechos autorizados, para fundar la verdadera práctica judicial; porque los abogados andamos como los relojes, sin estar de acuerdo en tan interesantes puntos, dictando cuando funcionamos de asesores, estrañas y aun contradictorias evidencias! Así por ejemplo, un juez aplica en un asunto de la federación, leyes del Estado, y otro en negocios del Estado leyes generales dictadas por los tribunales de la Unión. Otro juez declara ejecutiva una acción, que otro, con consulta de asesor suspende y declara ordinaria. Esto es monstruoso...<sup>23</sup>

Con el fin de paliar esta situación los jueces de lo civil de la ciudad de México se reunían para tratar de uniformar la práctica y “ponerse de acuerdo en los puntos que ellas [las leyes] tengan oscuros o sean de varia interpretación, lo que hará que los negocios marchen con mayor violencia y regularidad en beneficio del público”.<sup>24</sup> Estos jueces ya estaban renunciando a ejercer lo que había caracterizado su función: el amplio arbitrio judicial con base en los consejos del asesor letrado o la experiencia propia. Para la sexta década del siglo, el arbitrio judicial y la intervención de los abogados en la elaboración de las sentencias constituían un serio obstáculo para la recta administración de justicia. En un discurso pronunciado en 1862 en la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica se describe en forma precisa el hecho:

<sup>21</sup> Tena Ramírez, *op. cit.*, *passim*.

<sup>22</sup> 16 de diciembre de 1853. Decreto del Gobierno. Ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común. *vid.*, artículo 6.

<sup>23</sup> S. en *El Derecho*, 1a. época, tomo II, núm. 2, p. 291.

<sup>24</sup> Actas de las reuniones periódicas celebradas por los jueces de lo civil para uniformar la práctica. I, 1o. de septiembre de 1868; II, 1o. de octubre de 1868, en *El Derecho*, tomo I, núm. 7, 7 de noviembre de 1868, p. 180.

...Por otra razón pueden considerarse los abogados como auxiliares de la judicatura. Con mucha frecuencia se les nombra árbitros para que determinen las diferencias que existen entre particulares, autorizándolos con amplias facultades, porque se ha creído que este medio de terminarlas, es el que ofrece menos inconvenientes. Por esta causa casi todas las legislaciones lo han protegido hasta el punto de conceder al laudo [h]omologado de los árbitros la misma respetabilidad, la misma fuerza que a una sentencia judicial, de manera que bajo este aspecto puede decirse que los abogados desempeñan funciones judiciales.<sup>25</sup>

Dicha práctica también fue combatida. Paralela a todo lo que se viene describiendo se da la modificación en la forma de decidir los jueces el contenido de su sentencia. Este proceso también se desarrolla en forma paulatina y sólo se consolida —al igual que los demás— al lograrse la expedición y permanencia de los códigos. Sin ellos no podía el juez atenerse al claro texto de la ley y dejar de lado su arbitrio.

Tiempo después Isidro Montiel y Duarte en el *Tratado de las leyes y su aplicación* explicaba la forma en que también la doctrina fue cediendo frente a la ley como fuente de derecho. Este proceso se inició en España antes que en el resto de Europa, pues ya el *Fuero Juzgo* obligaba a reducirse al texto de la ley para dictar sentencia. El mismo principio se repitió casi siempre en los ordenamientos españoles,<sup>25a</sup> y debió ser trasplantado a América al igual que todo el conjunto de leyes, reglas de derecho, principios, etcétera. Sin embargo, no podría señalar el alcance de su aplicación, aunque sí, por lo menos, que en la mayor parte de los textos y alegatos jurídicos e incluso las sentencias del siglo XIX he visto citada la doctrina jurídica del derecho común y del castellano de la baja Edad Media. Así, por lo menos en la Nueva España y en México hasta 1871, la doctrina fue utilizada en apoyo de las diversas tesis que sostenían las partes involucradas en un juicio.

### 3. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

¿Pero deberán los jueces fundar sus fallos? Indudablemente, cuando la legisla-

<sup>25</sup> Cuevas, José de Jesús, *Discurso pronunciado en la apertura de las Academias de Jurisprudencia Teórico-Práctica, el día 19 de enero de 1862, por su alumno...*, México, Imprenta de M. Murguía, 1862, p. 10.

<sup>25a</sup> Montiel y Duarte, Isidro, *Tratado de las Leyes y su aplicación*, 2a. edición, México, UNAM, 1978, pp. 312-322. (Presentación de Diego Valadés.) La primera edición es de 1877.

ción esté reformada, y no peque por defecto, ni por desorden. Aún así será a veces no poco difícil cumplir con esta prescripción; porque los casos que se presentan son varios y de una naturaleza tan irregular, que es bien difícil hacerlos caer dentro de las palabras o el sentido de la ley.

*Discurso sobre el derecho, 1841.*

Sólo resta agregar algunas reflexiones sobre esta cuestión para dejar completo el panorama de la transición en el sentido amplio que aquí se le ha dado. El fenómeno de la motivación o la fundamentación de la sentencia va paralelo a los otros que se han descrito anteriormente. En palabras de Tau Anzoátegui:

La penetración de la concepción racionalista en el campo del derecho [y la] aplicación de nuevas pautas racionales en la ordenación del proceso judicial [llevaron] pues a desplazar el mero criterio de autoridad en la solución de las controversias y a imponer al juez la obligación de exponer los motivos que determinan su decisión.<sup>26</sup>

Todo esto resulta congruente con lo que venía sucediendo en el campo del derecho. La motivación de la sentencia se halla también vinculada a la polémica derecho real *vs.* derecho romano, y con ella al fenómeno de la consolidación del poder real.<sup>27</sup> Al rey le interesaba que el juez apoyara su decisión en un texto de derecho real. Pero al entrar en juego las cortes o los parlamentos, sigue siendo de gran importancia constatar que el juez había actuado en el sentido deseado por la comunidad al elaborar las leyes y no solamente en el que deseaba el juez.

El análisis de documentación judicial de la época colonial muestra que no se deja de lado por completo el texto de la ley, se invoca, en efecto, para fundamentar las posiciones del actor y del demandado.<sup>28</sup> Pero el juez no estaba obligado a fundamentar sus decisiones. A veces

<sup>26</sup> Tau Anzoátegui, Víctor, "Acerca de la fundamentación de las sentencias en el derecho patrio", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 13, 1962, pp. 270-271.

<sup>27</sup> García-Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1971, vol. 1, pp. 400-406. y Pérez Prendes, José Manuel, *Historia del derecho español. Parte general*. Madrid, Ediciones Darro, 1973, pp. 434-437.

<sup>28</sup> González y Lozano, *op. cit.*, *passim*.

lo hace, y muchas otras veces no.<sup>29</sup> Incluso en alguna ocasión se prohibió fundamentarlas.<sup>30</sup> A juicio de Tau Anzoátegui:

La motivación de las sentencias no fue atendida en el derecho anterior al siglo XVIII, por considerarla innecesaria, cuando no perjudicial. A lo más se le apreció como una medida de orden interno de la organización judicial, sin trascendencia exterior. En efecto, dentro de un mundo en el que prevalecía el criterio de autoridad sobre el de razón, se daba mayor relevancia a la autoridad emergente del fallo que a los razonamientos que podían fundarlo.<sup>31</sup>

No tengo testimonios de lo que en las primeras décadas del siglo XIX se dijo sobre este asunto. Ignoro incluso si la cuestión llegó a ser bandera de algún partido. No se si otros problemas más graves desviaron la atención de algo que parece de menor envergadura que, por ejemplo, buscar sujetos idóneos para todos los juzgados y tribunales que habían de establecerse conforme a los textos de la nueva legislación. El hecho cierto es que la primera disposición que he localizado sobre este particular fue promulgada en 1841. Antonio López de Santa Anna la dictó, y muy probablemente, Teodosio Lares, la concibió. El 18 de octubre de ese año, se estableció que:

1. Todos los tribunales y juzgados, tanto civiles como militares y eclesiásticos, de cualquier clase y categoría estrán obligados a expresar la ley, canon o doctrina en que funden sus sentencias definitivas e interlocutorias que tengan fuerza definitiva o causen gravamen irreparable.
2. La parte resolutive de las sentencias se expresará por medio de proposiciones claras, precisas y terminantes, de modo que no quede duda sobre cuál ha sido la disposición del juez acerca de cada uno de los puntos controvertidos...<sup>32</sup>

La contravención de las disposiciones anteriores daba lugar a que se demandara la responsabilidad de los tribunales o jueces que incumplieran. Estas mismas disposiciones fueron el contenido de un decreto del gobierno de Benito Juárez, de 28 de febrero de 1861, aunque reduciendo la observancia de la ley a los tribunales y juzgados de la

<sup>29</sup> Levaggi, Abelardo, "La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano", *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 6, 1978, pp. 45-47.

<sup>30</sup> Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1768.

<sup>31</sup> Tau Anzoátegui, "La fundamentación...", p. 20.

<sup>32</sup> Decreto de 18 de octubre de 1841 de Antonio López de Santa Anna, por el que se manda fundar las sentencias. *Vid., supra*, pp. 116-117.



federación, distrito y territorios de cualquier clase o categoría, y aludiendo exclusivamente a la ley.<sup>33</sup>

No tengo datos muy precisos sobre la ejecución de estos textos legales, sólo la noticia de una demanda de Juan B. Alamán contra un juez por no fundamentar las sentencias.<sup>34</sup>

### III. LA TRANSICIÓN EN SENTIDO RESTRINGIDO

Mas si esto sucede hoy en esas cuestiones que apenas afectan, por explicarnos así, la epidermis de la sociedad, ¿qué será mañana, cuando en una hora dejen de regir esas leyes que promulgadas hace muchos siglos para otros pueblos, fueron sin embargo la base sobre la que se fundó esta sociedad que pretende romper cada día una de las ligaduras que la atan a las tradiciones de su origen?

*El Derecho*, 7 de enero de 1871.

Antes se explicó que la transición en sentido restringido tomó su perfil definitivo con la promulgación del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Este Código no fue el primero en dictarse tras la restauración de la República; lo precedieron los del Estado de México y Veracruz.<sup>35</sup> Ambos contenían disposiciones para hacer frente al periodo de transición,<sup>36</sup> lo cual significa que no todo lo que aquí se explica es útil para analizar el fenómeno en esos estados. Por esta razón, y porque los testimonios que he recogido son del Distrito Federal, es lo que sucedió en esta entidad lo que se analiza en este ensayo. Espero, sin embargo, que pueda ser útil para el estudio del mismo proceso en otros estados de la República.

El Código civil del Distrito y Territorios Federales comenzó a regir el 1o. de marzo de 1871. Desde poco antes de su promulgación fueron

<sup>33</sup> 28 de febrero de 1861, Decreto del gobierno. Que se funden en ley expresa las sentencias definitivas... 1. Todos los tribunales y juzgados de la federación, Distrito y Territorios, de cualquier clase o categoría que sean, fundarán precisamente en ley expresa sus sentencias definitivas, determinando con claridad en la parte resolutive cada uno de los puntos controvertidos. 2. La falta de observancia de las disposiciones del artículo anterior, será caso de responsabilidad.

<sup>34</sup> *El Derecho*, tomo III, núm. 13.

<sup>35</sup> *El Derecho*, 2a. época, tomo I, núm. 1, 7 de enero de 1871.

<sup>36</sup> Siliceo, M., "Derecho transitorio. Retroactividad de las leyes. Principios generales", *El Derecho*, 2a. época, tomo I, núm. 14, 8 de abril de 1871, p. 174.

apareciendo los artículos en los que se planteaba la transición.<sup>37</sup> En ellos se analizan —como se dijo— algunos de los problemas concretos de la aplicación del Código, y se da cuenta de ciertos casos que se ventilaban en los tribunales, en los que se discutían asuntos relativos a la aplicación de las nuevas disposiciones. Son pues estos artículos los que sirven de apoyo al apartado último de este trabajo.

Antes de entrar en materia conviene recordar al lector en qué términos se planteó el asunto de la transición en sentido restringido, ya que como se advirtió en la “introducción” de este artículo, el Código fue sólo el último eslabón de una serie de modificaciones, por un lado, y el paso definitivo para la sustitución del antiguo derecho colonial, por el otro. Así pues, no debe sorprendernos que en la elaboración del texto del Código, la comisión redactora aprovechara e hiciera suyas una serie de disposiciones que ya formaban parte del orden jurídico mexicano,<sup>38</sup> o que, en su caso, descartara soluciones dadas a algún asunto en el pasado.<sup>39</sup> En el primer supuesto no se planteaban problemas para la aplicación del texto del Código; no sucedía lo mismo en el segundo supuesto, al cual, deben agregársele todas aquellas materias que tradicionalmente se regularon de una manera, y a partir de 1871, comenzaron a tener un contenido diferente.<sup>40</sup> En este orden de ideas, el primer asunto a discernir fue, por supuesto, el de la no retroactividad de la ley; principio de indiscutible validez desde los más antiguos tiempos, pero que había cobrado mayor vigencia a la luz de los postulados que inspiraban los nuevos regímenes jurídicos y de gobierno. Del alcance que se le diera al principio de no retroactividad, dependía la naturaleza de los problemas que se plantearían. Esto es, justamente lo que se discutió en la prensa jurídica de la época.

<sup>37</sup> Son los que se enlistan en este apartado; las notas a pie de página dan cuenta del autor y la fecha de publicación.

<sup>38</sup> Méndez, Luis, “Derecho transitorio. Retroactividad de las leyes. De las leyes que se refieren al estado y capacidad de las personas” (3a. parte), *El Derecho*, 2a. época, 24 de junio de 1871, p. 302. Señala la mayoría de edad a los 21 años fijada por la ley de 5 de enero de 1863. Es uno de los tantos ejemplos.

<sup>39</sup> Tal es el caso de haber repuesto la *In integrum restitutio*, abolida por el Código civil del Imperio de 1866. El asunto lo trata J. H. R. “La restitución *in integrum* por el Código civil del Distrito”, *El Derecho*, 2a. época, tomo I, núm. 39, 30 de septiembre de 1871, pp. 469-471.

<sup>40</sup> No hay un catálogo completo que trate el asunto, pero sí muchos trabajos sobre unos y otros supuestos. Pueden consultarse varios de estos estudios en: *Un siglo de derecho civil mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil)*, México, UNAM, 1985, *passim*.

## I. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD

Si sobre pleito, o postura, o donación o yerro que fuese fecho en algún temporal que se juzgaban por el fuero viejo, fuese hecha demanda en juycio en tiempo de otro fuero nuevo que es contrario al primero; sobre tal razón como éste debe ser probado é librado del pleyto por el fuero viejo e non por el nuevo. E esto es, porque el tiempo en que son comenzadas, e fechas las cosas, debe ser siempre catado, maguer se faga demanda en juycio en otro tiempo sobre ellas.

Ley 15, título 14, Partida 3.

Aunque la no retroactividad de las leyes ha sido universalmente aceptada desde los más remotos tiempos, no en todas las épocas ha sido tratada de la misma manera.<sup>41</sup> Por eso en algunos cuerpos jurídicos el principio de la no retroactividad fue considerado absoluto, en tanto que en otros se expresa que la ley podría tener efecto retroactivo si así lo disponía el legislador.<sup>42</sup>

Conforme a los principios filosóficos adoptados en los códigos que recibieron la influencia del francés, el asunto de la no retroactividad adquirió gran importancia por haberse proclamado la seguridad como uno de los pilares del nuevo sistema jurídico.<sup>43</sup>

El primer texto constitucional mexicano que consagró el principio de la no retroactividad de las leyes fue el Acta Constitutiva de la Federación de 1824. En su artículo diecinueve se especificaba que “ningún hombre sería juzgado en los Estados y territorios de la Federación sino por leyes dadas y tribunales establecidos antes del acto por el cual se juzgara”.<sup>44</sup> No todos los textos constitucionales anteriores al de 1857 consagraron tan clara y vigorosamente este principio, ya que tanto en el texto de 1837, como en el de 1843 se establecieron algunas restricciones para su aplicación.<sup>45</sup> De cualquiera manera, en términos generales su aceptación fue unánime. De modo tal que, tras la publicación del Código, lo único que debía averiguarse era el alcance que había de tener el principio.

<sup>41</sup> Montiel y Duarte, Isidro, *Tratado de las leyes...*, pp. 327-367.

<sup>42</sup> El primer ejemplo se encuentra en el texto de las *Partidas* y el segundo en la *Novísima*, en Montiel y Duarte, *op. cit.*, pp. 330-331.

<sup>43</sup> Siliceo, *op. cit.*, pp. 171-172.

<sup>44</sup> Montiel y Duarte, *op. cit.*, p. 335. Cabe agregar que la Constitución de Apatzingán [no comprendida en el texto de Montiel y Duarte citado] ni lo menciona.

<sup>45</sup> *Idem*, pp. 336-338.

En un artículo de gran interés aparecido en *El Derecho*, el abogado Manuel Siliceo analizaba las fuentes y la razón filosófica de la no retroactividad de las leyes, y proponía una serie de reglas para su aplicación práctica.<sup>46</sup> A juicio de este autor, el problema radicaba en la correcta apreciación de una serie de hechos que resultaban de gran dificultad tanto para los abogados como para la autoridad judicial.

El punto de partida para la aplicación de las leyes estaba suficientemente claro:

1. Los hechos que estaban enteramente *completos, concluidos, consumados* al promulgarse la ley nueva, y que habían producido todos los efectos jurídicos de que eran susceptibles, se rigen exclusivamente por la ley de la época en que tuvieron lugar.
2. Los hechos que no habían comenzado al expedirse la Nueva ley, están fuera de la influencia de la antigua.<sup>47</sup>

Con todo y ser tan clara la cuestión, en la práctica habrían de surgir problemas que no siempre sería fácil resolver por carecer el Código de unas reglas que señalaran los casos en que podía aplicarse la ley nueva, como lo había hecho el Código del Imperio.<sup>48</sup> De la lectura de una serie de autores, Siliceo llega a la conclusión de que la ley nueva podía ser aplicada a las consecuencias de hechos anteriores si no causaba perjuicio alguno, y si con su aplicación se hacían desaparecer expectativas vagas o débiles esperanzas. No podía suceder lo mismo si las expectativas eran sólidas, ya que entraban en el terreno de los *derechos adquiridos*, contra los cuales no podía aplicarse la nueva ley.

Estos derechos se consideraban como parte del patrimonio de un sujeto y su privación era vista como una iniquidad legal.<sup>49</sup> Anuncia, pues, Siliceo, una serie de estudios que serían escritos por los más distinguidos juristas y que tratarían de los problemas de la transición.

La temática de estos artículos abarca tanto los casos en que una ley puede ser retroactiva porque no afecta derechos adquiridos, como aquéllos en que sí se consideraban afectados esos derechos. En el primer supuesto se hallaban también las leyes que beneficiaban al sujeto; las que remitían o minoraban su responsabilidad; las que confirmaban disposiciones anteriores; las que versaban sobre materias graciosas; y las relativas tanto al procedimiento como a la organización de tribunales.<sup>50</sup> De todas ellas se ocuparían los autores de los números siguien-

<sup>46</sup> Siliceo, *op. cit.*, *passim*.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 172.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 174.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 173.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 174.

tes de *El Derecho*. En esta empresa colaboraron Jesús Aguilar, Juan Careaga, Manuel Dublán, Sabás García, José Linares, Luis Méndez, Manuel Siliceo e Indalecio Sánchez Gavito, juristas todos que se habían formado en el mundo del arbitrio judicial, los asesores letrados, los intérpretes de las leyes, y la necesidad del abogado de conocer además de la ley positiva, la doctrina jurídica, y por lo menos, el derecho romano.

## 2. ALGUNOS EJEMPLOS

Y en verdad, que si algo hay que pueda suavizar la rudeza del empuje que se hace sentir en la transición de las antiguas a las nuevas legislaciones, es el análisis razonado de éstas; es la aplicación de las bases eternas de la ciencia a sus preceptos; es la investigación de sus elementos racionales; es, por último, la asimilación con las costumbres, que no se alcanza sino con la luz que brota de la discusión tranquila e independiente.

*El Derecho*, 7 de enero de 1871

Aunque el problema de la retroactividad era el más delicado, la transición abarcaba también otras cuestiones. Una de ellas, muy importante, era “la urgente necesidad” de que se expidiera el Código de procedimientos. Muchos de los nuevos preceptos sólo podían hacerse realidad con su presencia.<sup>51</sup> Otros de los problemas se derivaban de la abrogación de instituciones reguladas por leyes expedidas poco antes. En tal caso se encuentra el registro de la adopción y la adrogación que había establecido la Ley del registro civil de 1856,<sup>52</sup> y que no fue incluido en el Código de 1871. Asimismo, pero en sentido contrario se puede señalar la inclusión en dicho Código de la restitución *in integrum*, abrogada por el Código del Imperio en 1866.<sup>53</sup> Por último, cabe señalar que desaparecieron del texto de la ley instituciones que por mucho tiempo habían formado parte del orden jurídico, como

<sup>51</sup> Careaga, Juan O., “El nuevo Código. Urgente necesidad de que se expida el de procedimientos. Importancia de una ley de transición”, *El Derecho*, 2a. época, tomo 1, núm. 8, 25 de febrero de 1871, pp. 97-99.

<sup>52</sup> García, Sabás, “Observaciones sobre algunos puntos omisos en el Código civil, libro 1, título[s] IV y V”. *El Derecho*, 2a. época, tomo 1, núm. 17, 29 de abril de 1871, pp. 205-206.

<sup>53</sup> J. H. B., *op. cit.*, *El Derecho*, 30-IX-1871.

el régimen de las hipotecas tácitas<sup>54</sup> y el sistema de tutores y curadores, heredado del derecho romano.<sup>55</sup>

No fueron estos los únicos problemas, y en el contenido de los artículos se pasa revista a las materias en que se esperaban los mayores desajustes, entre ellos destacan la ya mencionada materia de hipotecas<sup>56</sup> y la de sucesiones.<sup>57</sup>

Del amplio espectro de problemas planteados el único que se aborda de manera exhaustiva es el relativo al estado y la capacidad de las personas. De este tema se ocupa el distinguido jurista Luis Méndez. En el texto de los artículos que escribió sobre el asunto pasa revista a las modificaciones más importantes que se habían incorporado al texto del Código, advirtiendo que muchas de ellas recogían legislación recientemente dictada, como era el caso de la mayoría de edad.<sup>58</sup> La regulación sobre el *nasciturus*, por el contrario, difería de lo que hasta ahí se había consagrado en los textos jurídicos, por lo que se debían esperar —a juicio de Méndez— problemas en su aplicación.<sup>59</sup> A continuación refiere las principales modificaciones al régimen jurídico de la mujer, la cual —a su juicio— adquiriría igualdad jurídica con el hombre en el Código del 70, al establecer el artículo primero que “la ley civil es igual para todos; sin distinción de personas ni sexos”, y al conferírsele —al igual que al *pater*— la patria potestad, y en ciertos casos, la tutela de sus hijos y su marido.<sup>60</sup> También se ocupa de la forma en que el Código establecía la clasificación de las personas, una vez desaparecidas las odiosas distinciones entre amos y esclavos, y consa-

<sup>54</sup> A. “El Nuevo Código. Cuestiones transitorias”, *El Derecho*, 2a. época, tomo 1, núm. 7, 18 de febrero de 1871, pp. 85-87.

<sup>55</sup> Careaga, *op. cit.*, 25-II-1871, p. 98.

<sup>56</sup> Dublán, Manuel, “Derecho transitorio. Retroactividad de las leyes. ¿El artículo 1057 del Código civil es aplicable a las hoptecas anteriores a su promulgación?”, *El Derecho*, 2a. época, tomo 1, núm. 27, 8 de julio de 1871, pp. 325-327.

<sup>57</sup> A. “El nuevo código...”, p. 85. López Leocadio, “Derecho transitorio. Informe del señor juez 4o. de lo civil de esta capital, al Tribunal Superior del Distrito sobre aplicación del principio de no retroactividad de las leyes, en el cumplimiento del decreto de 21 de noviembre de 1867, relativo al pago de la pensión de herencias transversales”, *El Derecho*, 2a. época, tomo 1, núm. 24, 17 de junio de 1871, pp. 289-292 y del mismo autor, “Ampliación del informe del señor juez 4o. de lo civil, al Tribunal Superior del Distrito sobre la verdadera inteligencia del decreto de 21 de noviembre de 1867, relativo al pago de la pensión de herencias transversales”, *El Derecho*, 2a. época, tomo 1, núm. 36, 9 de septiembre de 1871, pp. 433-437.

<sup>58</sup> Méndez, Luis, *op. cit.*, 24 de junio de 1871.

<sup>59</sup> *Idem*, 6 de mayo de 1871 y 24 de junio de 1871.

<sup>60</sup> *Idem*, 24 de junio de 1871, p. 220.

grado el principio de la igualdad civil,<sup>61</sup> e incluso el reconocimiento de la patria potestad natural hacia los hijos ilegítimos reconocidos.<sup>62</sup>

De todos estos asuntos se ocupa, y pone el énfasis en los problemas que se derivarían de su aplicación, sugiriendo algunas de las soluciones, en base al reconocimiento de la no de retroactividad de las leyes planteada en los términos antes señalados.

Antes de concluir conviene llamar la atención del lector sobre el hecho de que las grandes modificaciones en materia de sucesiones y contratos no se produjeron en la fecha del Código que se comenta. En el texto de los artículos que se han venido señalando se puede ver que, en buena medida, el Código de 70 recogía modificaciones realizadas en la legislación precedente. El salto cualitativo de la materia civil se dio, pues, entre 1870 y 1884, aunque ya en el primer cuerpo jurídico se incluyeron los preceptos de las leyes de Reforma. Sin embargo, en la argumentación tanto de la comisión redactora del Código como de los juristas que analizan las modificaciones se percibe ya la inclinación hacia el liberalismo económico y social, respetando solamente las instituciones que se inspiraban en la ley de Dios, como es el caso del sacramento del matrimonio.<sup>63</sup>

#### IV. A MODO DE COLORARIO

El estudio pormenorizado de diversas instituciones irá marcando los momentos precisos en que se concluyó la transición, tanto en sentido amplio, como en sentido estricto, de las diversas cuestiones que aquí apenas se señalaron. A reserva de ofrecer resultados más precisos, puede decirse que la transición es además el partearguas entre dos maneras de concebir a los hombres de leyes. Los abogados y juristas de la época anterior a la culminación del proceso de transición necesitaban saber derecho para plantear y resolver los asuntos jurídicos, los de la época posterior sólo necesitaban saber el texto de los códigos. De las páginas de los periódicos jurídicos poco a poco fueron desapareciendo las largas transcripciones de expedientes judiciales que servían de pauta o de ilustración para la actuación de los jueces. La ley fue sustituyendo al arbitrio judicial, las sentencias debieron basarse en los textos legales, y el hecho de que el juez fuera lego representó un problema menor en

<sup>61</sup> *Idem*, 22 de abril de 1871.

<sup>62</sup> *Idem*, 24 de junio de 1871, p. 304.

<sup>63</sup> González, Ma. del Refugio, "¿Cien años de derecho civil?", *Un siglo de derecho civil mexicano (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil)*, México, UNAM, 1985, p. 38.

la administración de justicia. Bastaba conocer el código y citar el artículo correspondiente.

Sin embargo, no todo se consideró previsto por la ley, y a pesar de las grandes modificaciones, quedó un resquicio para la interpretación judicial conforme a los principios generales del derecho.<sup>64</sup> Se cumplía así con el anhelo de Portalis, expresado en el “Discurso preliminar” del proyecto del Código civil:

El oficio de la ley [—decía—] es fijar las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en consecuencias y no bajar al pormenor de las cuestiones que pueden hacer sobre cada materia. Al magistrado y al jurisconsulto toca, una vez penetrado del espíritu de las leyes, dirigir su aplicación.<sup>65</sup>

En nuestro país, la interpretación de las leyes para su adaptación a casos no previstos fue realizada solamente por los tribunales federales; la jurisprudencia —por estos mismos años que se estudian aquí— comenzó a ser el único modo de ajustar la ley a casos particulares.<sup>66</sup> Con ello se completó la transición, inspirada por las leyes del siglo y adaptada al caso concreto mexicano.

<sup>64</sup> González, “Las reglas del derecho...”, *cit.*, en nota 11.

<sup>65</sup> *Gaceta de los Tribunales*, tomo I, 1860, p. II.

<sup>66</sup> Guadarrama López, Enrique, *La jurisprudencia en el derecho mexicano*, México, 1986, 165 pp. (Tesis para obtener la licenciatura en derecho.)