

PRÓLOGO

I

No es fácil, en muchos casos, titular una obra por breve y pequeña que ésta sea, pero conviene, sin embargo, dar un título a estos *Apuntes* que exprese, con su sólo enunciado, el contenido para el que están redactados; y, sin entrar en elucubraciones inútiles, creo que lo más concreto y eficaz para el título que se busca, sería llamar a estos *Apuntes* como *Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México*.

Dos elementos esenciales deberán aclararse o, si se quiere, recordarse, para fijar conceptos, a saber: conceptos de lo que es Historia, y conceptos fundamentales de lo jurídico. En primer lugar, qué debe entenderse por Historia. Sin pretender dar una definición, sino simplemente conceptos generales pero precisos, pudiera decirse que la Historia es el conocimiento y relato de la vida de la humanidad a través del tiempo y del espacio, en todas las esferas de su actividad, pero preferentemente en los de su vida psíquica y social (Renke).

Pudiera decirse también con Bernheim, que Historia es la ciencia que investiga y expone los hechos relativos a la evolución, en el espacio y en el tiempo, de los seres huma-

nos en sus actividades colectivas, y la relación psicofísica de causalidad que entre ellas existe, según los valores de cada época.

Es por lo tanto la Historia un conocimiento y una exposición de carácter científico y no una simple enumeración de hechos que serían propios de la estadística o de simples anales. El carácter científico de la Historia impone relación de causalidad de los hechos entre sí a través del tiempo y del espacio, sin lo cual no habría ciencia. En esta virtud, para que haya Historia es indispensable encadenar los hechos, de suerte que unos se vinculen a otros por relación de causalidad. Para ello, basta con un estudio somero de las épocas primitivas, para poder deducir las razones de los acontecimientos históricos, y la vinculación de unos respecto de otros. Esto, nos lleva prácticamente a los albores de la vida del hombre, ya que muchos de los fenómenos históricos o de los hechos de que se ocupa esta ciencia, tienen su origen en las épocas más remotas; y especialmente por lo que hace al Derecho, bien sabido es de todos que los pueblos y naciones que actualmente constituyen la humanidad tienen, en su gran mayoría, como antecedentes de sus instituciones jurídicas a los principios y doctrina elaborados en Roma. Es indispensable, por lo tanto, abordar nuestro tema desde épocas remotas, para que la investigación científica que la Historia pide, sea lo más completa posible.

El segundo concepto básico es el de lo jurídico, o, en otros términos, el concepto de Derecho. En primer lugar,

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

debe recordarse que el Derecho es norma o conjunto de normas; pero no es eso sólo, tiene también el significado de facultad o capacidad de acción. Conviene recordar, además, la íntima relación que existe entre estos dos conceptos expresados con el mismo símbolo. Además, Derecho significa ciencia, que los romanos identificaban con el término de *Jurisprudencia*. Los romanos también, dentro de aquella clásica definición que Ulpiano tomó de Celso y que consideraba elegante, expresaban que el Derecho era un arte.

La Historia del Pensamiento Jurídico o la *Historia del Derecho*, no solamente puede referirse a las normas que a través del tiempo han regido a un pueblo, sino a la relación que ha existido o que debió existir entre las normas y las facultades a las que aquéllas se aplican. Pero, además, las normas jurídicas son informadas por la doctrina, que en muchos casos las crea y en otros las interpreta o corrige; por lo tanto, comprende también el estudio de las ciencias del Derecho dentro de la doctrina expresada por los autores de más valía y de reconocida capacidad. Por último, es el Derecho no una ciencia teórica sino eminentemente práctica, o, en otros términos, es una técnica, vale decir, un arte.

Ni por el nombre ni por el espíritu, este libro es capaz de abarcar la Historia Universal del Derecho, sino que, concretamente, se refiere al Derecho o pensamiento jurídico en México y a sus antecedentes, ya que al desvincular al Derecho mexicano de sus antecedentes carecería

de un elemento básico que explique la razón de ser de nuestras instituciones y de nuestras normas; de esta manera, en más de una ocasión habrá que abordar temas que salen de la esfera mexicana, para buscar los antecedentes en sus lugares de origen.

Pero es de origen mexicano, todo aquello que habiéndose realizado en este territorio, dentro del ámbito jurídico, se tiene que tomar como antecedente de nuestro sistema jurídico actual, y nuestra Historia, si pudiéramos estudiarla en sentido inverso al cronológico, nos hace encontrar una bifurcación en nuestros antecedentes, cuyos rumbos uno se remonta dentro de los antecedentes hispánicos y el otro dentro de los americanos prehispánicos, por lo que habrá que abordar uno y otro aspectos de tales antecedentes.

Por lo que hace a los antecedentes hispánicos, y yendo siempre en el sentido contrario al cronológico, atravesamos diversas épocas, períodos y eras, cuyo punto de partida tiene que ser el primitivo grupo social de los *celtíberos*, y arrancando de ahí en orden cronológico descender a través de las colonias fenicias, griegas, cartaginesas para estudiar, con más detenimiento, la España romana en su aspecto pagano primero, y luego cristiano. Desaparecido el Imperio Romano, se atravesará por el período de los godos hasta la invasión sarracena; y de ahí, a lo largo de siete centurias de lucha, período usualmente llamado como la *Reconquista*, se encontrará el Derecho plenamente elaborado que España aportó a América.

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

En este continente existía también Derecho, y la lucha de los dos pueblos, el europeo y el americano, ofrece características de gran interés para poder determinar qué elementos hispánicos perduran, y qué elementos aborígenes sobreviven al encuentro de las dos culturas. Convendrá recordar, sobre este particular, un hecho sagazmente dilucidado por el maestro don Toribio Esquivel Obregón, que es el relativo a la manera y causas como el indio deformó su propio Derecho ante el contacto del hispánico, y cómo el español en América deforma también su Derecho tradicional, ante usos y costumbres del medio indígena.

Durante un período de tres siglos, se elabora un sistema jurídico que, siendo predominantemente hispánico, no carece de elementos indígenas, y aparecen instituciones de raigambre tal, que las normas posteriores no han logrado desvincular, cuando en otros casos han sido plenamente aceptados por los sistemas del México independiente. Este último período, desde la iniciación de la Independencia hasta nuestros días, tiene seguramente un mayor interés práctico para quien desempeña la profesión de la abogacía, pero para llegar a él es necesario examinar las épocas anteriores que explican y dan la razón de ser de multitud de nuestras instituciones actuales, y en otras ocasiones explican el por qué de dificultades y trastornos de orden jurídico y político, debido a una interrupción caprichosa en la tradición que las normas han pretendido cortar, siendo que subsisten en el espíritu, en las costumbres y en el alma misma de la nación.

Antes de terminar esta breve introducción, y volviendo al tema de la Historia, conviene también recordar que esta disciplina científica ha sido considerada de diversos aspectos por los autores o, si se quiere, vista de distintos ángulos. En efecto, la narración de la vida de la humanidad ha pasado a través de diversas etapas. Originariamente la Historia era fundamentalmente narrativa; más tarde, y ya apuntando algunos autores o historiadores griegos y latinos, comienza a descollar el aspecto didáctico o pragmático; y finalmente, surge un tercer aspecto llamado evolutivo o genético.

Estos diversos aspectos no son de desdeñarse, especialmente cuando se recurre a las fuentes de conocimiento histórico, como tendremos ocasión de hacerlo; pero debe tenerse en cuenta, además, que en los últimos tiempos se han formado tendencias o escuelas diversas, según el punto de vista con que el historiador aborda sus temas, o la preferencia que da a las causas que los determinan, y nos encontramos frente a historiadores en quienes el elemento dominante es el medio ambiente, para otros la fuerza del espíritu, y para otros lo económico. Baste citar los nombres de algunos de los más famosos de la Edad Media a nuestros días: San Agustín, Osorio, San Isidoro, Bossuet, Voltaire, Turgot, Comte, Condorcet, Marx, Burckhardt, Hegel, etc. En la actualidad, el materialismo histórico parece dominar entre ciertos ambientes, y la exposición que los autores de una y otra escuela nos suministren, deberá tenerse en cuenta dentro de las investigaciones más o menos especializadas. Teniendo en cuenta los conceptos esenciales de Historia y de Derecho,

parece conveniente dejar apuntadas otras dos cuestiones previas, antes de entrar propiamente en materia. Dichas cuestiones son:

- La importancia de los estudios histórico-jurídicos; y
- Las fuentes para esos estudios.

II

Pudiera pensarse que esta clase de investigaciones sólo aporta un complemento a la cultura jurídica, sin más finalidad que adornar con un barniz de erudición a quienes se dedican a la abogacía: barniz que se sobrepone a los conocimientos del jurista, pero sin conveniencia práctica alguna. Parece necesario aclarar esta duda, y al efecto analizar la conveniencia y utilidad de los estudios histórico-jurídicos.

La Historia proporciona conocimientos de los hechos pretéritos, y mediante ellos la comprensión y razón de ser de los actuales; pudiera decirse que es la Historia una especie de examen de conciencia, que no sólo nos da a conocer lo que fue, sino que explica lo que es. En el terreno de lo jurídico, las Leyes e instituciones vigentes en un momento dado no podrían, en muchos casos, tener explicación si no se conocen sus antecedentes. Fundamentalmente en las normas y organismos de orden constitucional de cada pueblo, la Historia suministra su razón de ser, aclara y revela su ineficacia cuando, en este caso, en vez de ajustarse a las necesidades del medio, se crean,

como a menudo acontece, a virtud de conveniencias circunstanciales de carácter económico, político y de partidismos interesados, desvinculando al pueblo de su pasado, desconociendo su tradición que constituye una especie de mayorazgo espiritual.

Pudieran citarse numerosos ejemplos para comprobar estos asertos. La Constitución Política que nos rige podría suministrar no pocos. Por una parte, nuestro sistema constitucional se aclara notablemente mediante sus antecedentes históricos, y por la otra se descubren sus deficiencias cuando se consideran todas aquellas cuestiones o aspectos en que ese sistema nos desvincula del pasado. En menor escala, no faltarían tampoco ejemplos de esto en la rama del Derecho Privado.

En esta virtud ¿qué mejor elemento interpretativo de las Leyes, que el conocimiento de su Historia? Y sin duda alguna que una de las primeras, más importantes y más prácticas funciones del jurista, es la interpretativa, ya que es un elemento esencial de la técnica jurídica, es decir la aplicación exacta de la Ley estableciendo su alcance y fuerza frente al hecho concreto al cual debe regir. Es, por lo tanto, la Historia no sólo elemento de erudición, sino disciplina práctica que facilita la formación del criterio jurídico de manera eficaz.

Es pertinente hacer notar el auge alcanzado por los estudios de Derecho Comparado; y se comprende, pues este aspecto de la ciencia jurídica no es simplemente

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

especulativa sino pragmática, es decir, tiene una importantísima utilidad práctica, ya que no es un simple cotejo de legislaciones sino una valoración de ellas con miras, en unos casos, a su unificación, y en otros se busca la armonización de las diversas normas o de situaciones que caen bajo el imperio de diversos preceptos; o bien, se busca la adaptación por una legislación de normas de la otra. Este estudio se hace entre legislaciones de dos pueblos distintos pero contemporáneos. Pues bien, la comparación puede hacerse entre sistemas de un mismo pueblo pero de épocas distintas. La primera es la forma de especulación y estudio científico que se conoce como Derecho Comparado; la segunda no es sino la Historia del Derecho, y seguramente que ésta es por resultados más eficaz e importante que aquélla. En efecto, mediante la Historia del Derecho se investigan los antecedentes de un sistema jurídico que no sólo conducen al mejoramiento del vigente, sino que lo explican y descubren sus errores, debido a que existen relaciones de causalidad entre los extremos que se comparan, lo que no sucede usualmente en el llamado Derecho Comparado.

En el Derecho Comparado se tiene como primordial razón la finalidad, en tanto que en la Historia del Derecho, sin descartar su fin, existen además razones de causalidad. Pudieran compararse estos dos aspectos de los estudios jurídicos, con los que se hagan respecto de las personas individualmente consideradas: ¿cuánto más importante es el conocimiento de sí mismo, que el conocimiento del prójimo? La Historia del Derecho, estudio

comparativo del Derecho a través del tiempo; mientras que el del Derecho Comparado se realiza a través del espacio.

Es verdad que, a menudo, resulta más atractivo seguir o adaptar las normas de otra legislación contemporánea, en lugar de readaptar las propias; pero ésto obedece, en primer lugar, a la ignorancia que un pueblo tiene de sí mismo, y que es más fácil prohiar lo que otro ha elaborado que investigar el propio pasado; es seguir la Ley del menor esfuerzo disfrazada con aparente erudición de lo ajeno, la ignorancia de lo propio; en segundo lugar, es condición humana el atractivo de las novedades y el menosprecio de lo que se considera envejecido, como acontece entre los individuos, que siendo por lo general más fuerte el ejemplo del padre o el del hermano frente al de un extraño, se sigue a éste con pretexto de amoldarse mejor a los tiempos en que se vive, desdeñando la experiencia y desinterés del padre por satisfacer mejor otra clase de instintos y apetitos.

En resumen, la Historia del Derecho es de importancia:

- Para conocer y apreciar la razón de ser de las instituciones jurídicas de un momento dado;
- Como medio eficaz de interpretación de la Ley;

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

- Como disciplina intelectual para la formación del criterio jurídico; y
- Como medio para conocer y valorizar la Historia General o Nacional.

En relación con este último punto, no cabe duda, como decía Ortolán, que todo historiador debe ser jurista y todo jurista debe ser historiador.

III

Al hablar de Fuentes del Derecho, dos clases de ellas se pueden tomar en consideración, a saber: fuentes formales y fuentes de conocimiento. Aquéllas constituidas por el conjunto de elementos de diversa índole, que crean o hacen surgir al Derecho, como son los documentos, informes y datos que nos hacen conocerlo. En el caso, sólo éstos nos interesan.

Hemos recordado que la palabra Derecho tiene diversas connotaciones: la de norma, la de facultad, la de ciencia y la de arte, y a cada una de éstas corresponde una serie de fuentes de conocimiento especiales. El Derecho como norma, nos es conocido por la Ley en sus diversos aspectos o denominaciones; éstas pueden ser las de la Ley propiamente dicha: constitución, decreto reglamento, pragmática, ordenanzas, etc., etc. Pero debe tenerse en cuenta que, además, existe la Ley no fijada por escrito sino de carácter consuetudinario, y en esta virtud, habrá

que considerar como fuente de conocimiento todo aquello que constituya la costumbre dentro del terreno jurídico.

El Derecho como facultad, encuentra sus fuentes de conocimiento en todo el conjunto de elementos que constituyen la vida de un pueblo o de una sociedad; es decir, en la Historia misma de su aspecto general. En cuanto al Derecho como ciencia, tiene como fuente el conjunto de obras de doctrina de los juristas a través de todos los tiempos. Por último, el Derecho en cuanto arte o técnica, se conoce en virtud de la aplicación práctica que de las normas hacen los jueces y tribunales, o en otros términos, por los funcionarios encargados de decir el Derecho, que es lo que constituye la Jurisprudencia con el significado usual actualmente.

De lo anterior, es fácil deducir la multiplicidad de fuentes para el estudio de la Historia del Derecho, de las cuales unas son fuentes jurídicas, en tanto que otras no tienen este carácter, sino que están constituidas por un conjunto de elementos históricos o auxiliares de la Historia que, como otras tantas ciencias, la informan.