

REVISTA DE REVISTAS

HISTORIA DEL DERECHO ..... 1195

toria de las doctrinas procesales"; a estas últimas se les ha estudiado, hasta ahora, sin tener en consideración el tipo de estructuras que el poder judicial ha asumido en la historia política de cada ordenamiento. Como excepciones a esta situación general, Denti recuerda el ensayo de Tarello sobre la obra de Chiovenda y el de Nobili sobre el principio del libre convencimiento. Pero se trata de una relación que debe ser adecuadamente estudiada tanto por los historiadores como por los juristas. En opinión del profesor italiano,

mientras los historiadores se han concentrado en el estudio de la evolución de las instituciones judiciales, precisamente en la época en la que se verifican los eventos reformadores determinantes para la historia contemporánea, los juristas han construido sus catedrales conceptuales en el desierto, sin preocuparse de que eran los jueces quienes habían manejado sus perfectos mecanismos. Unos y otros han comenzado a caminar una calle diversa; es necesario continuarla, con el rigor y la profundidad de investigación que la nueva perspectiva comporta (página 231).

José OVALLE FAVELA

## HISTORIA DEL DERECHO

ARROM, Silvia Marina, "Cambios en la condición jurídica de la mujer mexicana en el siglo XIX", *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 493-518.

Silvia Arrom, joven profesora de la afamada Universidad de Yale, tiene en su haber una serie de trabajos sobre la mujer y la familia en el siglo XIX mexicano. Entre ellos destacan su tesis doctoral, presentada en Stanford University en 1978, denominada "Women and the family in Mexico City, 1800-1857", y *La mujer mexicana ante el divorcio eclesiástico (1800-1857)*, publicada en la colección Sepsetentas, México, 1976. Síntesis y resultado de estos estudios es el artículo que ahora reseño y que presentó la autora como ponencia al II Congreso de Historia del Derecho Mexicano.

Comienza la articulista señalando los cambios que en la vida jurídica mexicana se produjeron como resultado de la Independencia y de las posteriores convulsiones políticas que acontecieron a lo largo del siglo XIX. Esto la lleva a preguntarse si esos cambios afectaron también a la mujer en su *status* jurídico. Para dar una debida respuesta, dice, es

necesaria una comparación entre el derecho republicano naciente y el viejo estatuto colonial que le antecedió. A buscar esa respuesta dedica esta monografía.

Maneja, como fuentes fundamentales de su investigación y con criterio centralista, los cuatro códigos típicos del siglo XIX mexicano: el Proyecto Justo Sierra, el Código del Imperio de 1866 y los códigos civiles para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1870 a 1884; intimamente influidos unos por otros. Así, dice Arrom, el Código de 1884 copia textualmente al de 70, éste sigue casi íntegramente el de 1866 y ése es una revisión del Proyecto Sierra. Por consiguiente, en un intervalo de un cuarto de siglo, difirieron poco las disposiciones respecto a la mujer. Utiliza también la más destacada doctrina decimonónica encaminada a interpretar la legislación que en la época se iba codificando.

En las primeras páginas de su monografía Arrom adelanta las conclusiones. Éstas son:

1. La situación jurídica de la mujer en el México independiente siguió una línea continua con respecto a la de la época colonial. O, en otras palabras, el derecho colonial privado que estableció la inferioridad legal de la mujer siguió generalmente vigente en México hasta la promulgación de los códigos civiles de la segunda mitad del siglo. Esto le parece a la autora "sorprendente", calificación demasiado enfática a mi manera de ver, si se tiene en cuenta que los cambios políticos que sufrió México en las primeras décadas a partir de su independencia afectaron profundamente su derecho público; pero no el privado, que siguió las pautas de los estatutos castellanos. Hay que recordar que el derecho privado es menos permeable a los cambios producidos por los movimientos independentistas y revolucionarios.

2. Contemplando la situación internacional de aquella época, los mexicanos podían concluir que sus leyes respecto a la mujer eran eminentemente razonables. Por lo general, los derechos de la mujer mexicana no se hallaban más restringidos que los de la mujer de Estados Unidos o Europa. En algunos aspectos, la mujer mexicana gozaba de mayor protección legal que sus contemporáneas extranjeras y la legislación hispana le concedía derechos que otras leyes negaban a sus ciudadanas. Conclusión acertada en parte, ya que la legislación castellana y la indiana se caracterizaron por su carácter proteccionista enfocado a los sectores más débiles de la población entre los que incluían a las mujeres.

3. La comparación favorable del derecho hispano colonial en lo relativo a la mujer explica en parte que se conservara tanto de él después de la Independencia. Es quizás ésta una de las razones por la cual

el movimiento feminista, que en otros países abogaba por una reforma legal, fuera tan débil a mediados del siglo XIX en México. Sin embargo, esta conclusión, válida en cuanto al derecho privado se refiere, es discutible en cuanto al público. La misma autora señala el retraso de las constituciones mexicanas en lo relativo al otorgamiento de la ciudadanía a la mujer en la misma época en que las sufragistas inglesas luchaban ya con denuedo por conseguir sus derechos políticos.

No obstante lo anterior, pueden señalarse cambios en la condición jurídica de la mujer que quedaron plasmados en la legislación decimonónica y que reflejaron una nueva mentalidad producto del pensamiento ilustrado. Por ejemplo, se acrecentó la autoridad de la madre con respecto a sus hijos y a finales del siglo ésta podía ejercer la patria potestad y la tutela aunque limitadamente. Es interesante observar, por una parte, cómo la doctrina se adelantó a la legislación, y por otra, cómo los códigos de 70 y 84 constituyeron un retroceso con respecto al código del liberal emperador Maximiliano en esta cuestión.

Otra modificación fue la relativa a la administración de los bienes gananciales. A partir de 1870 se declara que el dominio y posesión de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal. Aunque no se les concedieron derechos iguales a ambos (el marido podía enajenar los bienes muebles sin permiso de la mujer y ésta no), se redujo la desigualdad en comparación con las normas vigentes en el derecho colonial.

Otro caso que registra la profesora Arrom fue el de la determinación de la mayoría de edad a los 21 años. Según el Proyecto Justo Sierra la hija mayor de esa edad, pero menor de 25 años, debía permanecer en la casa paterna hasta contraer nuevo matrimonio, salvo licencia de los padres o nuevas nupcias de ellos. El Código del Imperio extendió esta sumisión doméstica hasta los 30 años y esta decisión, más discriminatoria, fue la recogida por los códigos del 70 y 84.

Las páginas dedicadas al estudio de las modificaciones reflejadas en la legislación con respecto al divorcio voluntario son de sumo interés. En ellas la autora demuestra el manejo preciso que hace de las fuentes, así como una aguda capacidad de interpretación de la doctrina y la ley. La aceptación del mutuo consentimiento como causa de divorcio (recogida en el código del Imperio y los códigos liberales de fines del XIX, pero no en la Ley de matrimonio civil de Juárez), junto a la disminución de la mayoría de edad, van acordes con los principios liberales de la época que propugnan por una mayor libertad individual. La controversia sobre el divorcio indica también la creciente importancia que empieza a tener en la época la felicidad individual, aun en aras del deber familiar, así como el interés y la presión de los juristas por re-

conciliar los deberes sociales con los derechos de libertad individual.

Muy discutida también fue la materia relativa al régimen patrimonial del matrimonio. Así, la opción de casarse bajo el régimen de separación de bienes quedó aceptada, sin calificación alguna, en los códigos civiles de 1870 y 1884. La materia se prestaba a discusión porque, si bien es cierto que beneficiaba a la mujer que ganaba un salario y hasta cierto punto a aquella que tenía bienes propios, como contrapartida perjudicaba a las mujeres que no se encontraban en los anteriores presupuestos, ya que representaba una pérdida de su protección en caso de viudez o divorcio. No hay que olvidar que en la *ratio legis* de las ganancias va implícito un reconocimiento de las labores no remuneradas del ama de casa. La reforma fue considerada por los tratadistas como una innovación en beneficio de la mujer, y en parte era cierto, pues el nuevo sistema convivía paralelamente con la sociedad conyugal.

Pero no todos los cambios fueron favorables a la mujer. El adulterio en la legislación decimonónica mexicana, siguiendo la tradición romana y civil, se sancionó más fuertemente en la mujer que en el hombre. Esto se basaba en el principio de que sólo la mujer podía hacer entrar sangre extraña a la familia; consideraciones de carácter social más que moral. Con ello se manejó un doble estándar en el tratamiento jurídico de los sexos en contraposición al derecho canónico que castigaba a ambos cónyuges con iguales sanciones.

Por último, la autora analiza ciertas medidas que directa o tangencialmente perjudicaron a la mujer en la liberal legislación del siglo XIX al eliminar medidas proteccionistas del derecho colonial. Éstas fueron la supresión de la *portio legitima* del código de 1884 y la omisión, primero, y supresión, después, de la dote en el proyecto Justo Sierra y en el código del Imperio, respectivamente.

Como conclusión, Silvia Arrom relaciona los cambios que se produjeron en el periodo estudiado y que afectaron a la mujer. Demuestra que aunque las variaciones no son profundas en comparación con el derecho colonial, sí implican un cambio ideológico producto de las ideas liberales tendentes al debilitamiento de la autoridad patriarcal y al reforzamiento de la autonomía individual.

En resumen, se sucedieron cambios, que aunque no fueron orientados específicamente a eliminar la discriminación por razón de sexo, hicieron que la mujer adquiriera ciertos derechos, aunque como contrapartida sufriera una merma en la protección que la antigua ley le concedía.

Sólo me resta recomendar muy ampliamente este minucioso y bien estructurado trabajo de la profesora Arrom, que ofrece al interesado

en estas cuestiones una exégesis de la legislación y la doctrina mexicana del sig'lo XIX en lo relativo a la situación social y jurídica de la mujer.

Beatriz BERNAL

GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Historia del referimiento legislativo", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, t. VI, 1981, pp. 13-76.

En este trabajo Alejandro Guzmán Brito ofrece una historia del referimiento al legislador en el derecho romano. Por *referimiento legislativo* o *referimiento al legislador* el autor entiende: "el envío de una cuestión de oscuridad o ambigüedad en la norma, o bien de insuficiencia o laguna en ella, por el juez que conoce del litigio donde tales cuestiones se han presentado, a un órgano de creación o interpretación oficiales del derecho, a fin de que éste provea una solución que en seguida el juez deberá aplicar en su sentencia" (página 13). Destaca el autor, que el envío ha de hacerse a un órgano oficial de creación o interpretación, lo cual distingue el referimiento al legislador de la consulta privada que se hace a un jurista.

El autor hace la historia de esta institución a lo largo de las épocas clásica (con sus etapas: inicial, alta y tardía) y posclásica, con particular referencia a la etapa de Justiniano. Resulta muy interesante la conexión que descubre el autor entre la institución del referimiento legislativo y los modos de creación e interpretación del derecho. En efecto, en la época clásica, en sus etapas inicial y alta, cuando hay una variedad de instancias creadoras e interpretadoras del derecho, incluso algunas oficiales (juristas, jueces, pretores, emperadores, senado, etcétera), el referimiento al legislador no es necesario, ya que los jueces tienen la posibilidad de consultar a intérpretes no oficiales o aun de interpretar ellos mismos la ley. El referimiento al legislador aparece, en la etapa clásica tardía, junto con una tendencia creciente a establecer el monopolio de creación del derecho en manos del emperador; en esa etapa el referimiento al legislador se da en forma facultativa; y lo hacen los magistrados espontáneamente presentando al emperador una consulta (*consultatio, relatio*), la cual decide éste por medio de un *rescripto* que el magistrado habrá de tener en cuenta al dictar la sentencia (páginas 39 y 40).

En la época posclásica el referimiento al legislador se hace más fre-

cuenta como consecuencia de que se llega a establecer que el emperador es el único productor e intérprete de la ley. Constantino (CT 1, 2, 3 [316]) declara expresamente que el emperador es el único que puede interpretar el derecho en relación con la equidad, o sea que es el único que puede modificar el derecho por razones de equidad. De esta suerte el emperador priva a los juristas de hacer esa *interpretatio iuris* que fue su obra creadora más característica. Posteriormente, los emperadores Valentiniano y Marciano (Nov. Val. 4 [454]) declaran que cuando hay algo oscuro en las leyes, la aclaración debe ser hecha por el emperador; aquí se establece nada más que el emperador tiene esa facultad, y no la obligación a cargo del juez de consultarle cuando encuentra alguna oscuridad legal.

León y Zenón, emperadores, disponen (CT 1, 14, 15 [474]) que cualquier duda que aparezca en la aplicación del derecho nuevo creado por los emperadores tiene que ser resuelta por la misma autoridad imperial, con lo cual establecen el monopolio imperial de interpretación del derecho en un determinado sector jurídico.

Justiniano, enseña Guzmán Brito, consolida el monopolio de interpretación jurídica, al establecer (C-J 1, 1-14, 1-12, 1-3 [529]) que "toda interpretación del emperador a las leyes, ya formulada con ocasión de una petición, o en un juicio o de cualquier otro modo, sea tenida por válida e indudable. Pues, si en el presente sólo pertenece al emperador dictar las leyes, también debe ser sólo digno del imperio el interpretarlas."

A medida que se fue estableciendo el emperador como intérprete oficial del derecho se fue generalizando la práctica del referimiento al legislador. En la etapa posclásica el referimiento al legislador sigue siendo facultativo, como en la etapa clásica tardía, ya que no se considera al emperador como única (y excluyente) instancia interpretativa. Cuando Justiniano establece definitivamente el monopolio de interpretación jurídica, entonces fue posible establecer (como se estableció) un referimiento al legislador obligatorio: en las constituciones (*Tanta y Cordi*) por las que publicó el *Digesto* y el *Codex*, este emperador dispuso que toda duda que surgiera con respecto a la aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en el *Digesto*, o de las constituciones imperiales coleccionadas en el *Codex*, tenía que ser consultada a él, y él la resolvería.

Hace reflexionar ésta bien escrita y documentada historia del referimiento legislativo que nos ofrece Guzmán Brito en tanto que muestra que el referimiento legislativo, y más cuando es obligatorio, se da en una organización política tendente, como la actual, al absolutismo. También da que pensar el resultado que tuvo el referimiento obligatorio

al legislar: las oficinas imperiales se recargaron de asuntos judiciales, por lo que quince años después de haberlo establecido, Justiniano lo suprimió (Nov. 125 del año 543):

Mandamos que ningún juez, de ningún modo y en ningún tiempo, comunique a nuestra serenidad las causas de que conociere; por el contrario, los jueces deben examinar perfectamente el litigio y resolverlo conforme con lo que les pareciere ajustado al derecho y a la ley.

Jorge ADAME GODDARD

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, "La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)", *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. II, 1979, pp. 7-42.

El autor comienza delimitando el tema en una coordinada espacio-temporal más amplia y a su vez más restringida de la prevista en función del evento al cual está dirigido el estudio: celebrar los 75 años de evolución del derecho en el mundo. Así, abarca no sólo el siglo XX hasta la fecha tope de 1975, sino también, el XIX con vistas a observar su tránsito en el que sigue. Por otra parte limita su estudio a Alemania, Francia, España e Italia en el ámbito continental, aunque alude también a Gran Bretaña en el extracontinental.

"Todos somos conscientes —dice— que ni hay que tomar con rigidez las fechas del calendario... ni hay que pensar que el periodo así delimitado posea una homogeneidad interna suficiente como para que los historiadores futuros lo admitan como tal". Estoy de acuerdo con ello y también con su cautela en reconocer que, al menos en la historia del derecho, no hubo en esos setenta y cinco años un compás de cambio idéntico en todos los países europeos, ni siquiera en los que el autor atendió en este estudio.

Al analizar la historiografía alemana decimonónica, Tomás y Valiente plantea problemas que no por conocidos dejan de ser candentes. ¿Qué es la historia? La realidad humana fluyente en el tiempo (*res gestae*) o la narración o análisis del acontecimiento histórico, esto es, la ocupación científica (*rerum gestarum*).

Con claridad destaca la importancia de la entrada en vigor del BGB (precisamente en 1900) y sus consecuencias; entre ellas las crisis de los estudios del derecho romano en Alemania, así como la influencia de la

Escuela Histórica de Federico Carlos de Savigny y sus derivaciones (pandectismo y germanismo) y la vieja polémica, todavía no del todo resuelta, del dogmatismo y el historicismo en el quehacer del historiador del derecho. Resaltan a la vista, en una y otra corriente, las figuras señeras de Kochaker, Wietker, Mommsen, Lenel y Mitteis, entre otras. Sin embargo, junto a los cultivadores de la historia del derecho romano, estaban también los de la historia constitucional y las de otros temas de orientación más claramente germanista.

Este estudio panorámico, lo lleva también a incursionar por la historiografía jurídica decimonónica en Francia (destacando la obra de Violett y de la *Ecole de Chartres*) con orientación más historicista, siguiendo la tradición humanista; en España, con la Escuela de Hinojosa; en Italia, con su oposición romanismo contra germanismo y en Inglaterra, con sus peculiaridades historiográficas, donde la *legal history* predominó hasta fines del siglo.

Hasta aquí, un panorama general de la situación en el siglo XIX y de los problemas que se plantearon en torno a la historiografía, que sirven de punto de partida para el problema de fondo en el siglo que comienza. Este lo desglosa en el segundo acápite de su trabajo "Problemas de concepto y de método", con las siguientes interrogantes: a) ¿Qué *status* científico posee la historia, dada la dualidad de realidades a que alude su propio nombre?, y b) ¿Qué relación guardan y deben guardar el trabajo del historiador y el del jurista en cuanto dogmático del derecho? Y por último ¿son tales cuestiones tan vigentes en 1975 como en 1900 o en 1950? Con tino, Tomás y Valiente destaca la recíproca y estrecha relación de las dos primeras interrogantes y señala que el problema de la consideración de la historia del derecho como ciencia jurídica, como ciencia historiográfica o como ambas cosas, depende en gran medida de los conceptos de derecho, de ciencia jurídica y de historia (como ocupación científica) que en cada momento se postulen y admitan. Las posiciones contradictorias del inicio se atenúan con el transcurso del siglo y en los últimos cuarenta años los historiadores han buscado caminos para lograr que su disciplina, sin dejar de interesar a los juristas, sin dejar de formalizar jurídicamente la materia estudiada, no esté supeditada a la dogmática. El autor repasa las soluciones dadas y analiza nuevos planteamientos como la historia de los sistemas jurídicos y la orientación jurídica institucional, problemas derivados todos de la naturaleza bifronte de la historia del derecho.

Después de reseñar, con criterio historiográfico, los campos que actualmente se cultivan en la historia del derecho y las características de las más importantes y recientes empresas científicas colectivas dentro

del marco espacial señalado, pasa revista a la situación de la disciplina en su país: España.

Por último, Tomás y Valiente ofrece sus reflexiones finales. ¿Para qué sirve o puede servir la historia del derecho al jurista? Su respuesta queda resumida en las siguientes líneas:

Como método interpretativo, como vía hermenéutica para el jurista que profesionalmente debe interpretar un texto o resolver un problema. Los juristas anglosajones son ejemplo de ello. Pero también y de un modo más amplio, más especulativo y desligado de aplicaciones inmediatas, como realidad que está ahí y que nos concierne; el derecho en su conjunto necesita ser aplicado y comprendido históricamente. Razones también de carácter sociológico, cultural en general, lo justifican, si es que una justificación necesita.

El trabajo de Tomás y Valiente es enriquecedor e inquietante. De cada lectura se toma una idea nueva.

Hay que agradecer al autor que —como él mismo anuncia— huyera de la tentación (tan frecuente en los estudios historiográficos) de vaciar el fichero, y presentara, en vez de una pintura realista y minuciosa, un cuadro impresionista, con el esbozo de las líneas y problemas fundamentales de la historiografía jurídica europea de la época contemporánea.

Beatriz BERNAL