

**Historia del derecho. . . . . 365**

detalladamente, la cuestión de la libertad bajo caución, en cuyo marco, en primer lugar, examina el período o momento procedimental en que debe solicitarse y puede obtenerse tal libertad, subrayando la contradicción existente entre, por un lado, la citada disposición constitucional, y, por el otro, la legislación secundaria y la práctica de los tribunales; en segundo lugar, analiza la determinación del término medio aritmético de la pena, tanto en los casos normales como en aquellos casos en que los delitos, o bien van acompañados de atenuantes, agravantes o circunstancias modificativas, o bien dan lugar a un concurso material o formal de los mismos, o, incluso, cuando la sentencia dictada ha sido objeto de apelación; en tercer lugar, trata sobre las diversas clases de cauciones admitidas por la legislación adjetiva.

Más adelante, el autor explica la procedencia y la actual problemática de la libertad bajo protesta, enumerando, al efecto, los requisitos para la procedencia legal de ésta, así como los diferentes delitos respecto de los cuales cabe su aplicación, pero, sobre todo, haciendo hincapié en la casi nula frecuencia con que jueces y abogados litigantes recurren a esta forma de libertad.

Zamora Pierce termina haciendo referencia y externando algunos comentarios en torno a la que denomina como "libertad previa o administrativa", introducida en el derecho mexicano apenas en 1971, mediante reforma al artículo 271 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Breve pero muy interesante trabajo. Claro y conciso en la exposición, agudo en la crítica y profundo en la reflexión, respecto de la más importante entre las medidas sustitutivas de la detención preventiva.

Jesús RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ

## HISTORIA DEL DERECHO

BARBA, Cecilia, "Francisco de Vitoria y Hernán Cortés: teoría y práctica del derecho internacional en el siglo XVI", *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, UNAM, México, 1981, pp. 125-132.

La autora comienza señalando la coordenada espacio-temporal y la temática de su trabajo. Esto es, el proceso de cambio ideológico que se produjo en el periodo comprendido entre el descubrimiento de Améri-

ca y la conquista de México, en el ámbito de las relaciones internacionales.

Esta transición cultural la analiza limitada a un tiempo la conquista de México, y a dos personalidades históricas, ligadas directa o indirectamente a ella: Hernán Cortés y Francisco Vitoria. Partiendo de esta limitación sustenta un controvertido punto de vista: los problemas de los justos títulos, la condición jurídica del indio, el dominio sobre los mares, que junto a otros preocuparon intensamente a los juristas y teólogos más destacados de la España imperial, obtuvieron su solución de un compromiso entre valores y conceptos preestablecidos (provenientes del medievo español) y la realidad de un mundo diferente y desconocido, que reclamaba transformaciones.

Más que una lucha por la justicia —dice Barba— se trató de una adecuación entre la práctica y la realidad. Las acciones de Hernán Cortés y los escritos de Vitoria ejemplifican el compromiso y la solución que se obtuvo, y que se tradujo en el inicio de una nueva época.

La autora sustenta que hay que tener una visión totalizadora del medievo europeo y entender los intereses en juego para poder valorar debidamente el resultado obtenido. Por ello, destaca, como una constante en las relaciones internacionales de la época, la amenaza musulmana. En la dialéctica cristiano-infiel de la Europa medieval se desarrollaron dos corrientes o concepciones teóricas; la sustentada por Enrique Susa en el siglo XIII que definía al derecho de gentes como ligado al derecho divino, lo que implicaba la soberanía universal del papa y el emperador sobre las tierras conquistadas, basada en su condición religiosa, y la tomista, fundamentada en el derecho natural, que alegaba la capacidad racional por sobre la razón religiosa. A la primera corriente correspondió el célebre "requerimiento" de Palacios Rubios. A la segunda, las famosas *Refacciones* de Francisco de Vitoria.

La parte más interesante de este artículo es aquella en que la autora compara —como vidas paralelas— la teoría de Vitoria, desde su cátedra de Salamanca, y la práctica de Cortés, con las acciones que lo llevan a la conquista del Anáhuac.

Vitoria y Cortés —dice— representaron teoría y práctica, los dos lados de un mismo momento histórico que luchaba por adecuar antiguos preceptos a nuevas realidades. Se trató de una crisis hábilmente resuelta en la acción y en el papel. Donde Vitoria invocaba la comunicación como principio fundamental de las relaciones entre los pueblos, Cortés justificaba su permanencia en las tierras de indios. Mientras Vitoria consideraba el gobierno civil sustentado en el bien público, Cortés apoyaba sus alianzas con los tlaxcaltecas y otros grupos; en una lucha común contra la tiranía.

Interesante, bien hilado y mejor escrito —aunque puede disentirse— es este discurso de Cecilia Barba, que nos invita a reflexionar sobre unos de los temas más debatidos de la conquista española en América.

Beatriz BERNAL GÓMEZ

BERNAL GÓMEZ, Beatriz, "Historiografía jurídica hispanoamericana en el siglo XX", *Historia del Derecho*, Guayaquil, núm. 1, mayo de 1982, pp. 33-50.

Dentro de los artículos que contiene esta nueva revista sobre historia del derecho destaca el de la profesora e investigadora Beatriz Bernal Gómez sobre la historiografía jurídica hispanoamericana del siglo XX. Este estudio fue elaborado para el coloquio sobre los XXV años del derecho, celebrado en México hace ya varios años, de ahí que su inclusión en esta revista sea oportuna, no sólo por el tiempo transcurrido sino por el casi nulo intercambio que en materia de publicaciones existe entre los países sudamericanos y el nuestro.

Por su origen, la versión original del artículo excluía el caso de México, encomendado al profesor Margadant. Por razones de enfoque, la autora dejó de lado las colonias inglesas, francesas y portuguesas a más de las islas Filipinas. Es pues un análisis dedicado a la América española.

En el trabajo se pasa revista al tema con gran acuciosidad y conocimiento. Se inicia la investigación en el período de transición del siglo XIX al XX. Es en esa época cuando comenzaron a publicarse, aunque en forma desarticulada y sobre todo con fines prácticos, los primeros trabajos de historia del derecho en América, plasmados, sobre todo, en la reproducción de fuentes del pasado inmediato comentadas o anotadas. Es en esa misma época cuando surgen en México, Perú, Chile y Argentina las primeras figuras que se dedicaron profesionalmente al cultivo de la historia del derecho: Pallares, Alzamora, Letelier y Bunge. A partir de ese momento, el desarrollo de la historiografía jurídica en los distintos países americanos es muy desigual. Hacia la segunda década del siglo XX se perfila en forma definitiva el liderazgo de Argentina en estas tareas, el auge se vio propiciado por dos grandes figuras: Altamira y Levene.

Paulatinamente el cultivo de la historiografía jurídica va cobrando impulso en los demás países americanos apoyada en las cátedras que sobre la historia de los respectivos derechos patrios o nacionales se fueron fundando, sobre todo, entre 1930 y 1940. Por lo que toca a la

investigación, Argentina y Chile fueron pioneros al fundar en esa misma década las primeras instituciones para el cultivo sistemático de la historia del derecho.

Bernal Gómez pasa revista a las distintas corrientes de investigación que comenzaron a seguirse desde entonces. Asimismo analiza el enfoque que se le dio en cada país a la historiografía jurídica.

El apartado final del artículo está dedicado a trazar el panorama en la época contemporánea. Así pues, va señalando en apretada síntesis los distintos autores y trabajos que se han realizado en los últimos veinticinco años. Al igual que en el análisis dedicado a las épocas anteriores, en el que corresponde a esos últimos veinticinco años, Bernal Gómez da cuenta del apoyo que para la historiografía jurídica han significado las diversas cátedras sobre historia del derecho que se han creado en los países de la América española.

En este apartado final están también contempladas las diversas influencias anglosajonas o de la Europa continental que se han permeado en el cultivo de la historiografía jurídica hispanoamericana.

Por tratarse de una obra panorámica tan completa, recomendamos ampliamente la lectura de este artículo, el cual no habíamos podido comentar al tiempo de su primera publicación.

María del Refugio GONZÁLEZ

**BRAVO LIRA, Bernardino**, "Manuel Montt y los ideales de la Ilustración", en *Revista de Derecho Público*, núm. 28, julio-diciembre de 1980, pp. 87-99.

En este artículo Bravo Lira analiza la figura de uno de los hombres del siglo XIX argentino que, a su juicio, refleja el sentir dominante de la época en varios aspectos. Para revisar cuáles habrían sido los ideales de aquel tiempo, estudia la figura de Manuel Montt alejándose de la imagen convencional que de este personaje se ha tenido hasta la fecha, la cual lo contempla exclusivamente como presidente de la República en el decenio 1851-61, uno de los más dificultosos de la historia argentina. De esta manera se propone revisar la actividad y los ideales de Manuel Montt a la luz de los principios de la Ilustración en el contexto histórico que le tocó vivir.

Lo primero que salta a la vista es que el desarrollo de los principios de la Ilustración no fue igual en los diversos países americanos. Así, mientras en algunos desembocó en un liberalismo que entre otras mu-

chas cuestiones pretendía la laicización del Estado y las instituciones, como sería el caso de México; en otros, no se alejó del dogma católico, por más que se asumieran otros de los postulados que se proponía esta corriente de pensamiento en materia económica o de administración de justicia. La difusión de las luces no fue igual en todas partes. Los distintos contextos políticos, sociales y económicos en que habían de ser difundidas estas luces fueron los condicionantes definitivos de su difusión y ulterior desarrollo.

El caso específico de Manuel Montt es el de un regalista convencido que sin embargo defendió los derechos del patronato, consagrados en la constitución argentina de 1833 y vigiló el cumplimiento de los deberes del Estado para con la Iglesia. Es un hecho conocido que no todos los que se afiliaron a las doctrinas iluministas procedieron de la misma manera.

A juicio de Bravo Lira, la figura de Manuel Montt destaca sobre todo, en la cuestión relativa a las relaciones de la Iglesia y el Estado y en su actuación —tanto teórica como práctica— en el terreno de la administración de justicia. Manuel Montt fue un hombre que perteneció al mundo del derecho, en él se desempeñó como gobernante y como magistrado judicial. A Montt se debe el restablecimiento del principio de la inamovilidad de los magistrados, consagrado en la ley sobre nombramiento de los jueces de 1842. Este principio ha sido y será requisito *sine qua non* para una administración de justicia desvinculada de las presiones del poder público y en consecuencia más independiente.

Bravo Lira señala que lo más destacado en el decenio del gobierno de Manuel Montt fue el surgimiento de los partidos políticos, los cuales dotaron a la vida institucional argentina de una perspectiva distinta a la habida hasta entonces. El estado constitucional de la nación sufrió un reajuste muy amplio como consecuencia de ese hecho.

Es interesante el trabajo de Bravo Lira porque muestra a un gobernante que ocupó la presidencia de su país durante un período bastante amplio, en el cual culminaron algunas de las manifestaciones políticas de la Ilustración. En el caso concreto de Argentina los resultados de ese proceso están vinculados al mantenimiento del dogma religioso como factor importante para la constitución del nuevo Estado. En otros países no fue así, de ahí el interés que reviste el estudio de Bravo Lira ya que permite analizar semejanzas y diferencias en el proceso de constitución del estado de derecho en las diversas naciones americanas. Sólo a través de este tipo de investigaciones podrá llegarse, con el tiempo, a perfilar un esquema que haga posible la

comprensión de las causas de la gran diversidad que existe entre los países de América.

María del Refugio GONZÁLEZ

D'ORS, Alvaro, "Un caso del llamado *ius praeoccupationis*", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. LI, 1981, pp. 651-657.

El autor nos ofrece aquí una interesante exégesis del discutido texto de Papiniano (3 resp. D 41, 3, 45, pr), que dice:

*Praescriptio longae possessionis ad opitinda loca iuris gentium publica concedi non solet, quod ita procedit, si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat aut dereliquerat aedificium alterius postea eodem loco extracto, occupantis datam exceptionem opponat,...*

No suele concederse la prescripción de larga posesión para conseguir terrenos públicos por derecho de gentes, lo que sí procede cuando derribado totalmente un edificio que alguien había puesto en la playa, quizá por haberlo derruido o abandonado, y construido luego en el mismo lugar el edificio de otra persona, opone ésta la excepción que se da al ocupante.

El texto es de difícil lectura. En la traducción transcrita arriba, hecha por el mismo D'Ors en su edición del *Digesto*, se sigue una conjetura de Mommsen, según la cual alguien construye un edificio en la playa y luego ese edificio desaparece, quizá por haberlo derruido o abandonado el mismo constructor. Si luego alguien construye en el mismo lugar, se plantea una controversia entre el ocupante original y el nuevo constructor, que el texto soluciona dando una excepción al ocupante. Este planteamiento, advierte D'Ors, no tiene sentido pues no hay ninguna acción o interdicto que el supuesto nuevo constructor puede entablar contra el ocupante (página 652).

En el presente artículo el autor corrige esa interpretación, entendiendo el texto desde el punto de vista del *ius praeoccupationis*, esto es del derecho que tiene una persona a un uso exclusivo de un lugar público. Piensa que *praescriptio longae possessionis* es una sustitución compilatoria de una *usucapio* que procurara el uso exclusivo (*ius praeoccupationis*) de lugares públicos. Por virtud de esa *usucapio*, el usuario tiene una excepción contra aquel que pretenda recuperar la plenitud

del libre uso público, demandando con el interdicto *ne quid in loco publico*. Siguiendo este enfoque, el autor sugiere que en el texto se planea una controversia entre un ocupante y alguien que pretende defender la plenitud del uso libre de la playa. El caso sería el de alguien que construye en la playa, y luego derriba lo construido para fabricar un nuevo edificio. Al otorgarle al ocupante la excepción contra el interdicto, Papiniano quería aclarar que la *usucapio* ganada por la construcción y uso del primer edificio no cesaba por el hecho de su demolición, sino que continuaba en tanto que el ocupante no abandonara el lugar.

Jorge ADAME GODDARD

HANISCH, Hugo, "Fuentes de las 'Instituciones de derecho romano' compuestas por Andrés Bello y publicadas sin nombre de autor", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, núm. VI, 1981, pp. 403-470.

Es éste un muy interesante estudio sobre una obra de *Instituciones* que ha sido, con certeza, atribuida a Andrés Bello y que tuvo una gran importancia en la docencia jurídica del siglo XIX en Chile. El título del artículo es poco expresivo de la riqueza del material que contiene. No se reduce el autor a hacer un análisis de las fuentes de este texto de *Instituciones* sino que estudia muchas más cosas. Es esta la razón por la que conviene señalar qué es lo que realmente contiene el artículo antes de hacer una valoración general sobre el texto. Se inicia con una breve introducción en la que explica lo que pretende hacer, que es, no sólo el análisis del contenido del libro de *Instituciones* de Andrés Bello, sino también precisar el sistema de elaboración de la obra para conocer las influencias que en la redacción influyeron y así poder ubicarla en el contexto del pensamiento jurídico de la época. El objetivo se realiza cabalmente y en esto estriba la importancia de este artículo. No basta señalar que siempre se han hecho libros de *Instituciones* hay que aclarar cómo se hizo cada uno, en qué condiciones, qué fuentes influyeron y dentro de qué corriente está cada autor.

Para lograr su objetivo el profesor Hanisch en primer término explica por qué se adhiere a la corriente de investigación que atribuye esta obra a Bello. Una vez explicadas sus razones va exponiendo la formación iusromanista de este autor a partir de los testimonios de lo que fue su biblioteca. A continuación, y dado que el autor prefe-

rido de Bello era Vinnio destaca la importancia de las obras de éste en la enseñanza del derecho en España y la influencia que tuvieron en otro autor presente en la biblioteca de Bello, Heineccio.

Da cuenta de las traducciones de la obra de Heineccio ya que durante mucho tiempo se pensó que el texto de Bello era una simple traducción de ese autor. Para demostrar lo contrario analiza el posible conocimiento que tuvo Bello de las traducciones de Heineccio y llega a la conclusión de que siguió sobre todo la obra intitulada *Recitationes*, pero sin utilizar las traducciones existentes en su tiempo.

Después analiza la posibilidad de que Bello estuviera influido por la obra de Juan Sala, de la cual afirma que de las *Institutiones Romano Hispaniae* tomó Bello las referencias al *Digesto*, *Código* y *Novelas*. Pasa a considerar la metodología del propio Bello, de la cual afirma que con variantes partió de la obra de Heineccio. Después de señalar que este tipo de textos no son originales, y que en efecto unos se basan en los anteriores y al final prácticamente todos derivan de las *Institutiones* del propio Justiniano se dedica a analizar sistemáticamente los vínculos entre Bello y Heineccio. En este análisis el autor continúa su propio trabajo iniciado en épocas anteriores, ya que no es la primera vez que se ocupa de la influencia de Heineccio en Bello. Para lograr su objetivo el profesor Hanisch recurre al cotejo directo de ambos textos, eligiendo las partes de la obra de Bello que le parecen más esclarecedoras para confirmar su posición de que por más que Bello siga a Heineccio, su obra no carece de originalidad y actividad creadora. Para poder deslindar con todo cuidado esta cuestión, el autor recurre al cotejo de la obra latina de Heineccio con dos traducciones decimonónicas de ella realizadas por Saco y Collantes, de los *Elementa* y las *Recitationes*, respectivamente. Todo lo anterior, comparado, por supuesto, con las *Institutiones* de Bello.

El profesor Hanisch coteja la obra de Bello con la de los autores referidos en el párrafo anterior. En forma cuidadosa va revisando cada uno de los títulos de los cuatro libros de las *Institutiones*. No recurre al sistema de efectuar el cotejo mediante columnas en las que se señalan las diferencias. En esto actuó bien el profesor Hanish, porque es más clara la exposición en la forma que eligió hacerla, a saber, ir señalando en párrafos correctamente elaborados las principales semejanzas y diferencias entre una y otra obra. Tengo para mí que a esta redacción debió de preceder una amplísima tarea de ir vaciando a tarjetas todos y cada uno de los títulos de cada libro, de ahí que piense que la labor debió de haber sido de romanos. De cualquier modo el resultado es mucho más atractivo para los lectores que si se hubiera

procedido conforme al sistema de columnas, las cuales a veces lejos de esclarecer la cuestión la complican.

Por todo lo dicho es claro que se recomienda ampliamente el estudio del profesor Hanisch a todos aquellos interesados no sólo en la historia del derecho en general, sino a los que se dedican al estudio de las fuentes y del derecho privado.

María del Refugio GONZÁLEZ

LAVALLE PAVÓN, José María, "Reseña histórica del cooperativismo", *Derecho Pesquero*, México, núm. 5, noviembre de 1982, pp. 43-68.

El título de este artículo desorienta un tanto al lector respecto al contenido principal del mismo, formado por una serie de resoluciones constitutivas de lo que podrían ser criterios y jurisprudencia federal en materia de cooperativismo pesquero. Lo de reseña histórica es más que nada una breve referencia a la aparición del fenómeno cooperativo en Alemania y Francia, por ejemplo, y en México, que el autor utiliza como introducción de la parte central de su trabajo.

En esta breve alusión histórica y por lo que respecta a México, Lavalle Pavón, en efecto, recuerda cómo se inicia el movimiento gremial y cómo aparecen las primeras cooperativas allá por los años de 1873, para resaltar el auge y el extraordinario impulso que este movimiento adquirirá en el periodo del presidente Lázaro Cárdenas, con la promulgación de la todavía vigente Ley General de Cooperativas de 1938.

A raíz de la aparición del cuerpo legal mencionado, otros ordenamientos jurídicos hicieron suya esta misma preocupación de fomentar las formas sociales del cooperativismo, a veces violentando un tanto la naturaleza de las cosas, como cuando se pretende llevarlo a los ejidos, que de por sí son entes que gozan de muy amplias prerrogativas sociales, aun más amplias que las de las cooperativas. El hecho sin embargo, contribuyó al fomento de las cooperativas que pronto se multiplicaron, en el campo de la producción con las cooperativas de productores; en el campo del consumo con las cooperativas de consumidores; en el campo oficial con las cooperativas de intervención oficial y cooperativas de participación estatal; en materia educativa con las cooperativas escolares, además de la materia agraria y la propia de pesca.

Pese a esta intensa actividad del cooperativismo siguen haciendo falta los estudios científicos que permitan valorar su desarrollo y su mis-

ma actividad, apenas entrevista precisamente por medio de las resoluciones emitidas en respuesta de los conflictos originados y que alcanzaron a plantearse en términos jurídicos ante la jurisdicción competente. Como decíamos, el acopio que este trabajo hace de resoluciones relativas a conflictos del cooperativismo constituye la parte principal y la aportación más interesante que hace Lavalle Pavón.

Es cierto que el autor se limita a ordenar y transcribir simplemente dichas resoluciones. Sin embargo este hecho ya permite al lector detenerse y analizar cuidadosamente el contenido de tales resoluciones para penetrar en la esencia de los problemas que prácticamente ha afrontado dicho cooperativismo, cubierto casi totalmente por la fronda de la mala política y de la demagogia, que era lo único que se podía apreciar desde el exterior.

En efecto, las resoluciones versan sobre temas muy diversos: lo mismo se refieren a aspectos de la naturaleza, la composición jurídica de los distintos órganos de gobierno y representación que acerca de la validez de los actos de estos órganos; acerca de la condición y calidad de los socios; acerca de la responsabilidad de la cooperativa, en cuanto unidad, así como la responsabilidad de los socios y de los apoderados.

A través de esta jurisprudencia se puede llegar a una visión distinta del fenómeno cooperativa, a un enjuiciamiento global y certero de su funcionamiento, diagnóstico indispensable para la correspondiente evaluación y revisión de que constantemente son objeto.

Como se sabe, el gobierno mexicano no deja de fomentar el cooperativismo pesquero. En los últimos años ha emprendido la tarea de comprar o de mediar en la compra que hacen las cooperativas de las embarcaciones pesqueras, que venían operando, propiedad de los armadores, a fin de dotarlas verdaderamente de plena independencia técnica y financiera que les permita actuar con responsabilidad y con provecho a dichos cooperativados. Como se sabe, mediante la creación del Departamento de Pesca, primero, y posteriormente con su elevación a Secretaría de Estado, el gobierno mexicano intenta también aprovechar más cabalmente los incalculables recursos pesqueros de su mar patrimonial, en momentos en que padece el país severa crisis económica, cifrada en el aumento creciente del número de desempleados, de la desigual distribución de la riqueza pública, así como del no menos grave problema de la alimentación.

Sería bueno, pues, que se insistiera en este tipo de trabajos, de análisis de la realidad del fenómeno cooperativo pesquero desde el planteamiento que ofrece su actividad diaria, desde la perspectiva de la aplicación del derecho que se lleva a buen término a través de los

tribunales, desde las resoluciones judiciales o a la luz de la jurisprudencia, claro está entre otros enfoques científicos posibles, para conocer mejor sus problemas, para acertar en su solución.

José BARRACÁN

LEDESMA, José de Jesús, "La jurisdicción agraria en Roma", *Memoria del Octavo Congreso Nacional de Derecho Procesal*, México, Secretaría de la Reforma Agraria, 1980, pp. 773-786.

El autor se propone analizar si hubo en Roma un verdadero "derecho agrario", derivado de una jurisdicción agraria. Reconoce que la romanística no se ha ocupado de este tema, en parte, porque el derecho agrario apenas ha alcanzado su autonomía científica en los últimos años.

Después de dar alguna noción sobre el concepto de jurisdicción, el autor pasa a estudiar lo que él llama "jurisdicción agraria", siguiendo un orden cronológico.

Durante la monarquía, corresponde a los reyes la facultad de asignar tierras públicas a los particulares. En cierto momento alguno de ellos nombró tres funcionarios (*arbitri tres*) encargados de resolver los problemas de deslinde y aprovechamiento de tierras rústicas. Esta sería "la primera magistratura investida con una jurisdicción propia y exclusivamente agraria".

En la época republicana, ocupan un lugar importante en materia agraria los *censores*. Estos magistrados tienen la facultad de asignar a los particulares tierras del *ager publicus* en arrendamiento. Los *cuestores* tienen facultad de enajenar tierras públicas y resolver las cuestiones que de ello puedan derivarse. Cuando se fundaba una colonia, debía expedirse una ley que fijase los límites territoriales de la colonia y los criterios para asignar las tierras entre los colonos; los encargados de realizar las asignaciones de tierras y dirimir las controversias respectivas eran los llamados *triumviri coloniae deducendae agroque dividendo*. Para asignar las tierras que los cónsules dieron en pago a los acreedores del erario público, se crearon los *tres viri mensarii*.

En el Imperio, el emperador concentra todas las facultades en materia de asignación y deslinde de tierras, pero ante la imposibilidad de practicarlas él mismo, las fue delegando en los gobernadores y en los procuradores. Para la provincia de Egipto, que tenía un tratamiento

administrativo particular por ser el principal proveedor de granos de Roma, se designó un funcionario especial, llamado *iuridicus alexandriae*, encargado de dirimir las controversias agrarias. Al prefecto del pretorio confió el emperador la resolución de cuestiones delicadas sobre esta materia.

El autor concluye sacando algunas lecciones de la práctica administrativa agraria romana que ilustren la forma de organizar en México una jurisdicción agraria específica.

A mi juicio, el autor ofrece aquí un elenco de funcionarios encargados de asignar tierra del *ager publicus* y dirimir las controversias que se susciten por ese motivo. Hace falta explicar si los actos que ellos realizan son verdaderamente jurisdiccionales, aun entendiendo la jurisdicción en sentido lato. La asignación de tierras no es, en principio, un acto jurisdiccional, aun cuando para realizarla sea necesario agotar un procedimiento. De la facultad que los funcionarios aquí nombrados tienen para resolver controversias, habrá que especificar a qué controversias se refiere y si puede considerarse realmente una facultad jurisdiccional. Cabe añadir que muchos de los problemas que suscita el aprovechamiento y explotación de tierras rústicas se resuelven por las vías jurisdiccionales ordinarias. Piénsese, por ejemplo, en los arrendamientos a largo plazo de fincas rústicas (*ius in agro vectigalis* o *enfiteusis*) que encontraron tutela jurisdiccional en el edicto pretorio y luego en los jueces cognitorios. Lo mismo se puede decir de las servidumbres rústicas y de otros problemas que surgen entre propietarios de predios rústicos vecinos.

El autor me parece que pierde perspectiva histórica al tratar de aplicar a la realidad jurídica romana conceptos que le son totalmente extraños, como el de "derecho agrario" o de "jurisdicción agraria". Quizás esta deficiente perspectiva ha influido para que el autor no dé, salvo algunas excepciones, los textos en que se fundan sus afirmaciones.

Jorge ADAME GODDARD

LÓPEZ PADILLA, José A. y Manuel Cossío, "Legitimidad de la propiedad entre los indios según las *Relaciones* de Vitoria y su negación por Esquivel Obregón", *Revista Jurídica Veracruzana*, núm. I, t. XXXI, enero-marzo de 1979, pp. 41-63.

La primera parte de este artículo —un tanto deshilvanada— intenta encuadrar el momento en que se produce el descubrimiento de Amé-

rica. Así, ofrece un marco histórico de la monarquía española en el paso de los siglos XVI al XVII, época de gestación del modernismo y de consolidación del imperio. Pretende también ofrecer una periodización del desarrollo del derecho indiano, hablando de una primera etapa de oscurantismo (sería más adecuado llamarla de indecisión) y una segunda de consolidación.

Por otra parte, hace referencia a la política colonizadora de Cortés a su llegada a México y a la significación de las órdenes religiosas (en especial de los jesuitas) en la evangelización y protección de los indios.

En resumen, se trata de una miscelánea, poco estructurada, que hace decir a los propios autores al finalizarla: "Es hora ya de retomar la secuencia de nuestra exposición, penetrando en el estudio de la personalidad jurídica y religiosa del indígena en la Colonia, en conjunción con las tesis jurídico-filosóficas que Francisco de Vitoria asienta en sus *Relecciones de Indias*".

Y pretenden hacerlo —en el segundo apartado del estudio— plantea el problema de la personalidad jurídica del indio, para de ahí pasar a estudiar el sistema de sujeción de los mismos al trabajo, a través de dos instituciones de gran alcance en Indias: el repartimiento y la encomienda.

Sin expresarlo claramente, llegan los autores al meollo de la cuestión. Esto es, plantear la necesidad que tuvieron las autoridades españolas de resolver —legislativamente— una aparente contradicción, que resultaba de la declaración de los indios como hombres libres y vasallos de la Corona de Castilla, por un lado, y la necesidad de sujetarlos a un régimen de trabajo que asegurase la producción en la colonia, por el otro.

Acto seguido, López Padilla y Cossío entran, aunque superficialmente, a analizar el problema de la personalidad de los indios y su derecho a la propiedad de la tierra, con base en la obra de Vitoria. Es de todos conocida la solución que ofreció el teólogo salmantino. Los indios tenían derecho a la propiedad de sus tierras, pero por su inexperiencia y falta de capacidad, debían estar sujetos a una legislación tutelar que los protegiese; solución que prevaleció en la legislación indiana y que se hizo sentir con gran intensidad en el libro VI de la *Recopilación de Leyes de Indias*, dedicado al buen tratamiento de los naturales.

Por último, los autores entran en lo que ellos llaman "nuestro objeto de estudio". Este es un análisis comparativo entre el régimen de propiedad prehispánico y el que quedó posteriormente contenido en el derecho indiano. Con ello pretenden invalidar la tesis de Toribio Esquivel Obregón, quien niega la existencia de la propiedad entre:

los indios, basándose en que éstos —dado su propio régimen, básicamente comunitario— carecían de la *proprietas*, en el sentido romano de la misma. Por ello, los autores analizan los diversos tipos de propiedad agraria prehispánica y la comparan con la española, llegando a una inicial conclusión en el sentido de reconocer la primera y subrayando su influencia en la segunda.

Concluyen también que la estructura jurídica de la propiedad en la Nueva España no poseía otro título legitimador que el de la fuerza. Sobre la primera conclusión no hay duda, aunque no se toma en cuenta la analogía entre el régimen de propiedad medieval de la reconquista y el prehispánico comunitario. Sobre la segunda, las dudas son muchas, los autores omiten toda la polémica sobre los justos títulos que se desarrolló teológica y jurídicamente durante la primera mitad del siglo XVI en España, con vistas a establecer los derechos que ésta tenía sobre los territorios americanos conquistados. Con estas dos conclusiones pretenden los autores refutar la tesis de Esquivel Obregón.

Desde el punto de vista de la forma el artículo es confuso y disperso, cuenta con más adjetivos de los necesarios y tiende a incluir aseveraciones tajantes, no demostradas, sobre todo en el enmarque histórico inicial. Resultado quizás de la pluma de jóvenes apasionados, no muy diestros en el arte de prescindir de frases hechas y palabras altisonantes. Sin embargo, su enfoque y la manera en que tratan el problema a través de dos textos tan lejanos y distintos, resulta interesante.

Por otra parte, el hecho de que en la Escuela Libre de Derecho sigan trabajando en estos temas de instituciones jurídicas indianas es motivo de regocijo para todos los estudiosos de la historia del derecho patrio.

Beatriz BERNAL

MORENO DE LOS ARCOS, Roberto, "Los territorios parroquiales de la ciudad arzobispal 1325-1981", *Gaceta Oficial del Arzobispado de México*, v. XXII, núms. 9-10, septiembre-octubre de 1982, pp. 152-173.

Es este ensayo un resumen muy comprimido de un libro que sobre el tema de la división parroquial de la ciudad de México prepara el autor. La división parroquial tiene gran importancia en la historia de México porque es un tema en el que confluyen la historia del gobierno

espiritual y la historia del gobierno temporal; en ella, por ejemplo, se reflejan el regio patronato y los problemas de coexistencia de las dos repúblicas, la de indios y la de españoles. Asimismo el tema tiene que ver con la historia del clero regular y el clero secular, y además, obviamente, con la historia de la propia ciudad de México; de ahí el interés del tema del trabajo que ahora comentamos.

El artículo está dividido en cuatro apartados, a saber: la ciudad de Tezcatlipoca, la ciudad cristiana de la separación racial, la ciudad normalizada y su estancamiento: 1772-1902 y la ciudad del siglo XX. En estos apartados el autor va revisando la secuencia que siguió la división parroquial de la ciudad de México hasta 1981. Para ello parte de la división por barrios que había antes de la llegada de los españoles en México. La planta de la ciudad, trazada por los antiguos mexicanos de acuerdo con su milenaria cosmovisión fue respetada por los conquistadores y los primeros evangelizadores después de 1521. Desde 1524 hasta 1772 la Corona autorizó la creación de parroquias respetando la división tradicional de las dos repúblicas. En esa etapa coexistieron dos divisiones paralelas, y se encargó a los regulares la atención de los indios, en tanto que a los seculares se les permitió atender a los indios y a todos los demás grupos raciales. La división ideal de la ciudad nueva contemplaba la existencia de una parroquia para la ciudad española y cinco doctrinas para los indios, pero la realidad fue distinta ya que de hecho nunca se pudo mantener la estricta división física de las dos repúblicas. El Sagrario, que estaba en la traza de la ciudad española, pronto fue insuficiente para atender su población y el rey autorizó la erección de dos parroquias más para españoles, pero ya fuera de la traza correspondiente a la república de los españoles. Hacia 1690 ya existían cuatro parroquias de españoles y seis de indios ubicadas indistintamente dentro de los territorios de las antiguas repúblicas. Sin embargo, en el seno mismo de las parroquias sí había separación racial ya que unas eran de indios y otras de españoles. Paralela a esta evolución se da la lucha entre regulares y seculares por el dominio de las parroquias.

Por edicto de 3 de marzo de 1772 con motivo de la total secularización de las doctrinas de la ciudad, se dio a conocer la nueva división parroquial, previamente aprobada por el rey, en la que desaparecía la segregación racial —aunque los libros de indios y españoles se mantenían separados— ordenándose la división de la ciudad de México en 13 parroquias, a las que se les asignaban nuevos límites territoriales. La medida ponía fin al modelo bicentenario que se había seguido en la Nueva España. No hubo variantes a este esquema durante el siglo XIX, y hay que esperar hasta 1902 para contemplar una división

parroquial y una nueva redistribución de límites. En adelante, los cambios se fueron sucediendo con mayor celeridad. Entre 1964 y 1967 se dio una reorganización pastoral. Otro cambio de gran importancia fue que en 1964 el arzobispado de México se vio reducido a todo y solo el Distrito Federal.

Para los estudiosos de la historia urbana el artículo que nos ocupa es de utilidad; lo es también para el estudioso de la historia colonial en general. Sin embargo, para el estudioso de la historia del derecho el tema es de verdadero interés pues es de los pocos en que confluyen los más diversos aspectos de la vida institucional novohispana relativos al gobierno contemporáneo tanto en su aspecto temporal como espiritual.

María del Refugio GONZÁLEZ

PARICIO SERRANO, Javier, "En torno al concepto clásico de *opus novum*", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. LI, 1981, pp. 595-605.

El propietario de un inmueble, o el titular de una servidumbre, tiene el derecho de prohibir que en un fundo vecino se construya una obra que pueda causarle daños. Este derecho lo ejercita haciendo al constructor la *operis novi nuntiatio*, es decir una declaración, quizá formal, de su inconformidad con la obra nueva. ¿Qué es lo que los juristas clásicos entienden concretamente por *opus novum*? Ésta es la cuestión que trata el autor.

Juzga el autor que por *opus novum* se entiende "la alteración de la fisonomía primitiva del lugar", sea construyendo una obra nueva, sea demoliendo una ya existente (Ulp. 52 *ad ed.* D 39, 1, 1, 11). Ulpiano dice (52 *ad ed.* D 39, 1, 1, 13) que no hay obra nueva cuando se hace una restauración. Entonces, ¿qué diferencia hay entre restauración y edificación o demolición? El autor opina que cuando se llega a cambiar algo fundamental de la construcción original, estamos en presencia de una obra nueva y no de una restauración (p. 597). Aclara que hay dos supuestos en que, a pesar de haber *opus novum*, no cabe hacer la *nuntiatio*: la reparación y limpia de cloacas y acueductos de la ciudad, y las obras de reparación necesarias y urgentes (Ulp. 52 *ad ed.* D 39, 1, 5, 11).

Más problemático resulta precisar en qué momento puede decirse que hay *opus novum*. El autor confronta dos textos de Ulpiano: 52

*ad ed.*, D 39, 1, 5, 2 y 81 *ad ed. eod. tit.* 21, 3. En el primer texto se dice que cabe la denuncia cuando alguien está construyendo o comienza a construir (*sive aedificavit sive inchoet aedificare*). En el otro se dice que la denuncia sólo se da respecto de una obra que ya tiene apariencia de tal, es decir que ya está en un estado relativamente avanzado de construcción. La antinomia entre estos textos la resuelve el autor, a mi juicio acertadamente, diciendo que el primero se refiere a la obra susceptible de ser denunciada, y el segundo a la obra cuya ejecución se prohíbe por haber sido previamente denunciada. De aquí concluye que se puede denunciar una obra que apenas va a comenzarse. Critica la opinión de Bonfante de que se puede denunciar cuando hay sólo el intento de construir, y la de Olivier-Martín que admite la denuncia sólo cuando la obra ya se está ejecutando. Propone que el momento inicial para hacer la denuncia es cuando se acomodan los materiales que servirán para la ejecución de la obra; es un momento en que ya se manifiesta objetivamente la intención de hacer la obra. Esta hipótesis la funda en Ulp. 52 *ad ed.* D 39, 1, 5, 2 que dice que la *nuntiatio* se puede hacer cuando se va a comenzar la obra. Se puede saber que una obra va a ser comenzada cuando se han colocado los materiales requeridos donde habrá de realizarse. También interpreta en apoyo de su hipótesis Ulp. 81 *ad ed.* D 39, 1, 21, 3. Aquí Ulpiano dice que para impedir la ejecución de una obra previamente denunciada se requiere, no la mera presencia de materiales, sino que ya haya algo construido. El autor interpreta que Ulpiano, al decir que para tal caso no basta la sola acumulación de materiales, reconoce implícitamente que eso sí basta, en cambio, para hacer la denuncia de obra nueva.

El trabajo propone una hipótesis aceptable, que el autor no logra demostrar. Es forzada la interpretación de que Ulpiano (81 *ad ed.* D 39, 1, 21, 3) acepta implícitamente la hipótesis propuesta. El autor no hace trabajo crítico sobre sus textos; no tiene en cuenta, por ejemplo, que el citado texto de Ulpiano Beseler lo considera interpolado.

Jorge ADAME GODDARD

PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, "El derecho mixteco-zapoteco", *Revista de la Escuela de Derecho*, México, año 1, núm. 1, verano de 1982, pp. 321-348.

En esta ocasión el profesor Pérez de los Reyes nos entrega el producto de sus investigaciones sobre una de las culturas prehispánicas que

menos atención han recibido por parte de los historiadores del derecho, los mixteco-zapotecos. Este autor ha realizado también estudios semejantes para los tarascos, de ahí que el artículo que comentamos se inscriba en lo que ya conforma una línea de investigación, la de los pueblos prehispánicos a partir de las fuentes tanto impresas como códices.

Pasa revista a las características más generales del asentamiento de estos pueblos en el área geográfica en que se desarrollaron. La primera parte del estudio comprende el análisis de las principales instituciones zapotecas y la segunda, sigue las mismas líneas pero respecto de los mixtecos.

Las instituciones que revisa en primer término son las de su estructura política, las relativas a la administración de justicia y las que se refieren a su vida de relación con los pueblos vecinos, es decir, relativas a la guerra y la paz. Después da cuenta de las cuestiones relativas al derecho de familia, las costumbres funerarias y la religión. Siguen las instituciones que se refieren a la vida económica como serían las de la moneda y tributación, y finalmente hace algunas consideraciones sobre la estratificación social del pueblo zapoteca.

En la segunda parte, es decir, la relativa a los mixtecos, da cuenta de las fuentes en que se puede ahondar el conocimiento sobre este pueblo. Después revisa las cuestiones relacionadas con la vida pública de los mixtecos: en primer lugar, sus relaciones con los mexicas de los cuales eran tributarios, de ahí que señale los tributos que debían hacer llegar a la capital del dominio mexica. En segundo lugar, perfila la organización política de los mixtecos, y señala sus principales instituciones de gobierno, justicia y guerra. Pasa a considerar las instituciones relativas a su vida económica, sobre todo las cuestiones que se refieren a la tenencia de la tierra. Agrega algunas consideraciones sobre la división del trabajo y el comercio. Finalmente revisa lo relativo a su vida familiar.

Es éste un estudio panorámico en que se contienen las cuestiones más significativas de cada una de las instituciones de los dos pueblos referidos. El interés que tiene este artículo, a más de la novedad dentro de la historiografía jurídica, radica en el amplio campo que se abre a la investigación a partir de los datos proporcionados por el profesor Pérez de los Reyes. Si bien es cierto que los mixtecos y zapotecos han sido estudiados ampliamente por antropólogos de todo tipo, no había ningún trabajo realizado por un historiador del derecho sobre estas culturas. Es de gran interés el estudio del profesor Pérez de los Reyes porque es nuestra primera visión sobre el tema que hace hincapié en los aspectos jurídicos.

La primera impresión que uno tiene al leer este texto es que son más las semejanzas que las diferencias en relación a otras culturas del área mesoamericana que sí han sido estudiadas, como serían los mexicas y los mayas. En efecto, comparten muchas características en cuanto a su organización política, la tenencia de la tierra y la división del trabajo. Naturalmente que respecto de su estructura política debe ser considerados en relación al dominio mexica. Por lo demás, otras cuestiones no aparecen todavía demasiado claras en virtud de que este estudio es sólo un panorama general. De esta manera, las cuestiones relativas a la organización de la familia, sólo aparecen en un primer perfil, aunque por los datos que se aportan parece que habría también muchas semejanzas entre todos los pueblos mesoamericanos a este respecto.

En el estudio que comentamos se hacen algunas transcripciones de fuentes, sobre todo, de las costumbres matrimoniales que son de gran interés. Otros temas, apenas quedan apuntados, y esperamos que este trabajo del profesor Pérez de los Reyes sirva para despertar el interés sobre los mixtecos y zapotecos, para que a mediano plazo podamos conformar, finalmente un cuadro preciso sobre el derecho en el área mesoamericana.

María del Refugio GONZÁLEZ

REYNOLDS, Susan, "Law and Communities in Western Christendom, c. 900-1140," en *The American Journal of Legal History*, Philadelphia, vol. XXV, núm. 3, julio, 1981, pp. 205-224.

En este artículo la profesora Reynolds plantea la necesidad de reconsiderar la influencia de las comunidades medievales en la formación de las monarquías, en contra de la tradición de atribuir al pensamiento académico el desarrollo de la doctrina política de los siglos XI a XIII, la cual es comúnmente aceptada como el origen de la monarquía. A su juicio la fuerza que cohesionaba a las comunidades de manera más firme se derivaba de las prácticas jurídicas y los valores que tenían gran arraigo desde antes del siglo XII. Los escritores de ese siglo y los siguientes reflejan en sus trabajos valores tradicionales en forma mucho más estrecha de lo que se ha querido ver hasta ahora. En alguna medida la autora propone que la recepción del derecho romano arraigó porque había materia sobre la cual podía hacerlo. En este mismo or-

den de ideas en el libro de Tigar y Levy sobre el derecho y el ascenso del capitalismo publicado en 1977 se manejan ideas parecidas.

Para comprobar lo que afirma la autora pasa revista primero de buena parte de la historiografía que critica y después de fuentes, por lo general impresas, en las que se recoge la práctica jurídica y consuetudinaria de los siglos intermedios de la Edad Media. Su atención se centra en demostrar la importancia de las comunidades en la elaboración de la ley y la costumbre. Al desarrollar su estudio analiza la estructura de diversos tipos de comunidades y el modo en que se hallaban estructuradas en relación a la toma de decisiones y la decisión de los conflictos entre partes. Los sujetos encargados de la administración de justicia son estudiados por la autora.

El trabajo no se refiere a algún país en particular ya que da por supuesta la existencia de una cierta uniformidad, en la mentalidad jurídica y la estructura social de buena parte de la Europa cristiana. Para ubicar mejor al lector advierte que tanto la práctica judicial como la creación de normas y de costumbres se realizaban en el seno de una sociedad mayoritariamente iletrada.

Una cuestión en la que pone el acento en su investigación es la relativa a la designación de los sujetos encargados de la administración de justicia, es decir los jueces. Revisa la amplia gama de posibilidades que a este respecto había, incluida la jurisdicción señorial. Asimismo señala algunas de las diferencias regionales en torno a esta cuestión.

Respecto a los grupos de sujetos que después fueron considerados como corporaciones, la autora propone que actuaban jurídicamente como un *auniversitas* y que la responsabilidad era compartida por todos. A este respecto afirma que en aquella época no hubo lugar para las profundas disquisiciones entre los normalistas y realistas, y no porque los miembros de esas sociedades no fueran inteligentes, sino porque "su derecho no era el objeto de categorías abstractas para el estudio académico".

El desarrollo de núcleos centrales de poder desde el siglo XII trajo muchos cambios y transformaciones: se perfilaron nuevas formas para castigar las infracciones, la paz de los reyes sustituyó a la paz colectiva de las asociaciones, el entramado de cortes con jurisdicciones cada vez más definidas comenzó a cubrir el territorio europeo. La ley se hizo cada vez más diferenciada y menos difusa. Por otro lado, la difusión de la escritura hizo posible que se llevaran registros de los procesos con lo cual el terreno de la costumbre se fue reduciendo. Asimismo, la Europa cristiana comenzó a cuestionarse sobre la jurisdicción del Papa y su inherente validez. Como último factor que determinó los profundos cambios que luego pueden percibirse a partir del siglo XIII,

la autora señala el hecho de que el estudio del derecho romano y el derecho canónico le dio a toda la cuestión jurídica un carácter mucho más académico. Las relaciones entre la ley y la costumbre, la legislación y el arbitrio judicial, y la naturaleza de las diferentes clases de prueba comenzaron a aflorar en las discusiones de los hombres vinculados al mundo del derecho. Sobre el impacto o la influencia que todas estas cuestiones tuvieron en la práctica judicial la autora hace una afirmación que nos parece de gran interés repetir:

parecería que el efecto de los grandes desarrollos intelectuales de los siglos XII y XIII hubiera sido menos para crear formas jurídicas nuevas que para clarificar las distinciones entre las antiguas.

La tesis de la autora es sumamente atractiva, se inscribe—como ya habrá podido percibir el lector—dentro de la corriente historiográfica que intenta demostrar que la Edad Media no es el oscuro paréntesis entre la cultura clásica y el renacimiento que han contemplado algunos de los autores más destacados desde los tiempos de la Ilustración hasta nuestros días.

María del Refugio GONZÁLEZ

SEOANE, María Isabel, "Instituciones protectoras del menor en el derecho argentino precodificado (1800-1870)", *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 7, 1980, pp. 175-209.

En este estudio la autora revisa la situación del menor en la Argentina antes de la codificación. Su primera observación es contundente: no hay grandes diferencias en la regulación jurídica de las instituciones protectoras del menor en relación al llamado periodo hispánico. Esta afirmación puede ser repetida en casi todos los países hispanoamericanos con respecto al derecho familiar. Hemos de recordar que la actividad legislativa de los gobiernos nacionales se encaminó sobre todo a las áreas del derecho público, de ahí que no deba sorprendernos la afirmación que sirve de tesis a este artículo.

Sin embargo, algunas pequeñas diferencias pueden percibirse en la regulación protectora de los menores; a ellas dedica su investigación la profesora Seoane. La primera que encuentra es la diferenciación precisa que se establece entre tutela y curatela, las cuales en la época prece-

dente se hallaban mezcladas. Por otra parte, el menor estaba capacitado para elegir curador, llegado el caso. Pero veamos detalladamente el estudio de la profesora Seoane.

Por lo que toca al depósito, pocas diferencias se perciben ya que era una institución fuertemente arraigada. A través de la revisión de numerosos casos puede afirmar la autora que, en lo general, se constata la presencia de depósitos voluntarios y forzosos; judiciales y extrajudiciales; por caridad y por interés. En forma pormenorizada analiza multitud de ejemplos en los que se presenta toda la gama de posibilidades del depósito.

La profesora Seoane viene estudiando las instituciones de derecho familiar hace varios años, y en algunas de sus investigaciones anteriores ya se había ocupado de la "guarda" de menores. Sobre este tema, afirma que a pesar de que la legislación alfonsina establecía la diferencia clara entre tutela y curatela, en las mismas *Partidas* se originaba la confusión entre ambas instituciones. Esto se explica si admitimos que las *Partidas* no fueron elaboradas de una sola vez ni por un mismo autor. Al hallarse confundidas en la legislación la tutela y la curatela no debe sorprendernos que en Argentina, y probablemente en toda la América española, la práctica judicial usara indistintamente cualquiera de ellas para lo que la profesora Seoane ha llamado "el estatuto del guardador". No sucede lo mismo en el periodo anterior a la codificación ya que los jueces diferencian con claridad ambas instituciones. Para probar su afirmación, nuevamente la autora da cuenta de numerosos casos prácticos en que puede percibirse la distinción entre dichas instituciones. Otra diferencia importante que señala en relación al periodo anterior es la posibilidad de que el propio menor designara curador a voluntad, a pesar de que le hubiere sido designado otro previamente.

La autora dedica un apartado a señalar la importancia que la educación de los jóvenes de uno y otro sexos adquiere en la Argentina decimonónica. Esta sería la explicación para la supervivencia de la figura del depósito, ya que no todos los padres podían costear lo que dio en llamarse una "educación civil y cristiana".

Por último expone la autora el papel de los jueces de paz en la solución de los conflictos que son el objeto de su estudio. Este tipo de juez era el encargado de resolver los litigios de derecho de familia dentro de su jurisdicción. De sus resoluciones podía apelarse ante los jueces de primera instancia. En este último apartado se analiza el tipo de conflictos que se planteaban entre unos y otros jueces. El hecho de poder revisar las decisiones de los jueces de paz ante los de primera instancia posibilitó la impartición de una justicia más eficaz y expedita. De los casos que cita la autora se desprende que los jueces de paz se hallaban

menos capacitados para actuar en estos casos, y sus decisiones frecuentemente eran injustas. Las causas posibles de esta actitud no son analizadas en el estudio que comentamos.

El trabajo de la profesora Seoane viene a enriquecer sus aportaciones sobre el tema, pero además amplía la perspectiva de la investigación sobre derecho familiar. Este derecho no ha sido estudiado ni siquiera superficialmente en nuestro país, de modo que el trabajo de la profesora Seoane puede servir de modelo para el análisis de las instituciones de derecho familiar.

María del Refugio GONZÁLEZ

SILVA B., Carlos Enrique, "El derecho de superficie en el derecho romano", *Revista de la Escuela de Derecho*, México, año I, núm. 1, verano de 1982, pp. 381-92.

En este verano de 1982, ve la luz el primer número de la *Revista de la Escuela de Derecho* de la Universidad Anáhuac. Esta publicación periódica —me consta— corresponde a un proyecto acariciado desde hace varios años por los académicos de ese centro de estudios. Ahora, convertido en realidad a través de la materialización de este volumen, me congratulo en reseñarlo.

Se publica bajo muy buenos auspicios, pues interviene en él José López Portillo, expresidente constitucional de México y está dedicado a otro expresidente, Miguel Alemán Valdés. Por otra parte, queda también avalado por las plumas de destacados académicos de nuestros medios universitarios, como son los doctores Jorge Carpizo y Marcos Kaplan, por citar sólo un par.

La revista contiene un abanico de cuestiones jurídicas, entre ellas, un artículo relativo a la historia del derecho mexicano, "Derecho mixteco-zapoteco" de Marco Antonio Pérez de los Reyes, y otro dedicado al derecho institucional romano: "El derecho de superficie en el derecho romano", de Carlos Enrique Silva. A este último me referiré en las siguientes líneas.

Se trata de un estudio, muy bien sistematizado, del derecho real de superficie en las fuentes del derecho romano, con una breve referencia a su recepción en el derecho mexicano actual.

En la introducción, el autor precisa el método que sigue y el marco espacio-temporal que abarca. Con base en ellos, define y señala sus características. Establece después los derechos y deberes del superficial-

rio y su sanción; esto es, los recursos procesales (acciones, excepciones e interdictos) que puede hacer valer en caso de ver perturbado su derecho real. Termina su estudio esquemático señalando los modos de constitución y causas de extinción de la superficie.

Dos acápites del trabajo (VIII y IX) resultan muy prácticos para el lector familiarizado con las fuentes del derecho romano. En ellos, Silva Badillo (basándose en un esquema elaborado por el doctor Guillermo F. Margandant para la elaboración de ponencias relativas al estudio de una institución jurídica romana) relaciona la terminología utilizada y señala la ubicación del tema en las *Instituciones* de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis*, que son las fuentes que utiliza.

Por último, el autor dedica un apartado a la evolución de la superficie en el derecho castellano y el derecho mexicano decimonónico. IncurSIONa también —un poco— en el derecho comparado, al hacer referencia a la regulación de la institución en las legislaciones suiza, alemana y francesa, así como a la doctrina italiana y española. Este acápite es, sin lugar a dudas, el menos elaborado del estudio. Y si bien es cierto que el autor se justifica en la introducción, y además lo tituló “Evolución; brevísima relación”, no lo es menos que el estudio de la recepción de cualquier institución del derecho romano en nuestra legislación positiva a través de su evolución histórica, constituye —en mi opinión— la parte de mayor aportación de los trabajos histórico-institucionales.

De todas formas, he leído con gusto y recibo con beneplácito, este estudio de un joven profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac, que hace muy poco fue uno de mis más brillantes alumnos, cuando impartía cátedra en dicha institución.

Beatriz BERNAL GÓMEZ

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “La ley se obedece pero no se cumple”, *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano* VII, Quito, 1980, pp. 55-110.

Uno de los principios más debatidos y peor interpretados en la historia del derecho, especialmente en cuanto a su aplicación en la América colonial, es el de “obedézcase pero no se cumpla”. Inclusive en los orígenes de la moderna historiografía jurídica se le concibió, por influencia del positivismo, como una medida enderezada a provocar el desprestigio de la ley.

Sin embargo, en décadas recientes, se ha notado un cambio con respecto a la interpretación del susodicho principio. Historiadores del derecho de la talla de Rafael Altamira, Alfonso García-Gallo y Mario Góngora, al ocuparse del tema, lo han hecho con una perspectiva mucho más amplia y un conocimiento más profundo, sentando las bases teóricas de una nueva interpretación.

En esta monografía, Víctor Tau Anzoátegui, retoma la cuestión y nos ofrece el trabajo más completo e informado sobre el famoso principio. Con ello hace tabla rasa de las posturas anteriores, que según el autor (y estoy de acuerdo con él) no prestaron atención al verdadero significado que la fórmula tiene en el campo jurídico. Y es en éste, donde propiamente debe ser examinada, teniendo en cuenta, además, que en la realidad indiana, la ley era tan sólo uno de los elementos constitutivos del orden jurídico.

Para elaborar este estudio, Tau Anzoátegui consultó 76 casos que contenían la fórmula de "obedecer y no cumplir", en una coordenada espacio-temporal precisa; las gobernaciones del Río de la Plata y Tucumán en los siglos XVI, XVII y parte del XVIII. Su material de investigación estuvo compuesto, principalmente, de actas de cabildos, enriquecidas con otros testimonios. Tau analizó y valoró estos documentos, algunos muy importantes por su trascendencia social, económica y política, otros de menor alcance; en distintos momentos de su tramitación, con su olfato de experimentado indianista.

El conjunto de esos casos —dice— ofrece un sin fin de matices. No obstante ello —y cuidando de no hacer una elaboración artificial y dogmática, impropia de la realidad histórica de la época— ha sido posible extraer algunos principios que han servido para caracterizar la figura.

En aras de la delimitación de su trabajo, el autor precisa que estudiará fundamentalmente la estructura jurídica de la fórmula y no (aunque sin desdeñarlas) las implicaciones políticas, económicas o sociales contenidas en el caso donde la fórmula fue incluida.

Divide su trabajo en dos partes. En la primera se ocupa del origen y evolución de la figura y del recurso de suplicación a que da lugar, analizándolo a través de la legislación y la doctrina y subrayando los factores que ayudaron a su desenvolvimiento.

En la segunda se dedica a estudiar la tramitación del recurso de suplicación (configurado a través de la célebre fórmula) en sus diferentes etapas.

Durante los siglos XIV y XV surgió y se desarrolló en Castilla esta fórmula de "obedecer y no cumplir", referida a las cartas libradas por el rey contra derecho, fuero o que fueran perjudiciales a las partes,

dando lugar a recursos contra la ley o contra actos de gobierno. Esto quedó asentado en las *Partidas*, III, XVIII, 30.

Esta sólida y creativa figura del derecho castellano se extendió a Indias y como otras instituciones, alcanzó fisonomía propia y mayor amplitud, por la naturaleza del gobierno a que estuvieron sometidas estas tierras tan vastas, alejadas y desconocidas de la corte. Sólo el escaso conocimiento acerca de la proyección del derecho medieval en América ha hecho pensar durante un buen tiempo que el célebre aforismo correspondía a una situación particular del Nuevo Mundo.

En sus inicios, la aplicación del principio "obedécese pero no se cumpla" (consagrado para Indias en dos cédulas de 1508 y 1509) sufrió variaciones. La Corona no tardó en percatarse que había desencadenado algunos abusos. Fue entonces cuando se inició un movimiento tendente a restringir los efectos del recurso de suplicación, aunque sin afectar lo substancial del mismo. Esta restricción consistió en limitar la suspensión de la disposición legislativa a los casos de escándalo conocido o daño irreparable. Así, el principio pasó de "obedecer y no cumplir" a "obedecer y cumplir, sin embargo de cualquier apelación o suplicación".

Por otra parte, se aclararon los vicios que podían afectar intrínsecamente la disposición; obrepción y subrepción. Pero no todo fueron limitaciones y el obedecer y no cumplir, que al principio se limitó a las cédulas y cartas reales expedidas en España, se extendió también a las disposiciones dadas por las autoridades criollas.

En el siglo XVIII el movimiento legislativo sobre la materia fue escaso y poco sustancial. Los nuevos vientos que soplaban, con mayor intensidad en la segunda centuria, no eran propicios a figuras y recursos como éstos, pues estaban sustentados en principios que empezaron a revisarse. El absolutismo borbónico consideró que la mejor manera de servir al príncipe era obedeciendo con prontitud sus mandatos, sin suplicarlos.

Al margen de la evaluación histórica, Tau analiza también la elaboración del principio en las recopilaciones legislativas de la época (*Sumarios* de Aguiar y Acuña y *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680) y en la doctrina. Con respecto a esta última, su análisis se concentra en la famosa *Política de corregidores y señores de vasallos* de Jerónimo Castillo de Bovadilla y en otros juristas del XVII como Escalona y Agüero, Solórzano y Pereira, Alonso de Villadiego y Juan de Palafox.

La segunda parte de este trabajo —ya lo he dicho— se refiere a la tramitación del recurso de suplicación. Cuestiones formales y procedimentales vistas a través de los documentos analizados. El autor rela-

ciona las normas que podían ser suplicadas, ante quien se establecía el recurso, quienes lo hacían, las causas que podían ser invocadas y los efectos jurídicos que el mismo producía. En resumen, desde la notificación del despacho y su ejecución, hasta la firmeza del segundo mandado, con lo cual debía cerrarse el caso. Sin embargo, dice Tau, no faltan ejemplos, excepcionales por cierto, en lo que al parecer el segundo mandado fue también suplicado.

La monografía de Tau es un trabajo logrado (bien escrito y bien sistematizado) que no nos sorprende porque a ello nos tiene acostumbrados el autor, de tiempo atrás. Desde mi punto de vista, lo mejor que se ha publicado sobre el tema, dentro de los límites prefijados, del análisis estrictamente jurídico.

Beatriz BERNAL

ZAVALA, Silvio, "Algunas reflexiones sobre la historia del derecho patrio", en *Memoria del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, pp. 179-195.

Este trabajo ofrece algunas recomendaciones interesantes para el cultivo y fomento de la historia del derecho patrio en nuestras facultades y universidades. Considera el autor que esta disciplina aparece como parte de los programas de las facultades de derecho debido al interés que manifiestan los juristas, desde principios de este siglo, por ligar el estudio del derecho con el conocimiento del desarrollo y organización de la sociedad, que proporcionan las ciencias sociales y la historia. A ese interés por lo social, me parece que habría que añadir, como una razón más que explica el desarrollo de la historiografía jurídica en los dos últimos siglos, el interés del jurista de lograr una mejor comprensión de los conceptos jurídicos por medio del estudio de su dimensión histórica.

Recomienda Silvio Zavala que la historia del derecho patrio conserve la periodización usada por la historia nacional, que distingue etapa prehispánica, etapa colonial y etapa independiente. Esta periodización me parece que debe servir como punto de partida, pero con el desarrollo de los estudios histórico-jurídicos debe llegarse a una periodización que corresponda más a la evolución propiamente jurídica que a la política. Quizá pueda encontrarse, por ejemplo, que el fenómeno de

la codificación supuso para la historia del derecho mexicano un cambio de mayor trascendencia que la independencia política.

La mayor parte del trabajo la ocupa el autor para dar algunas orientaciones respecto al estudio del derecho indiano, que es su especialidad. El indianista, dice, debe tener en cuenta el carácter casuista de la legislación indiana, el cual explica "la abundancia de las disposiciones sobre una gran variedad de materias, en diferentes regiones y en distintos años, con repeticiones y cambios que el estudioso debe seguir si desea percatarse de la evolución de las normas y de las situaciones" (pp. 184-185). La multitud de disposiciones particulares hizo que fuera necesario proceder a recopilarlas. El autor ofrece aquí una sucinta relación de la historia de los trabajos para la recopilación de leyes de Indias.

Para facilitar el aprovechamiento de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680 a los historiadores de hoy, Silvio Zavala hace algunas advertencias. En primer lugar, tener en cuenta que "los recopiladores del Consejo no procedían como historiadores sino como auxiliares de una obra de legislación" (p. 190). Esta actitud hace que los compiladores no transcriban completas las leyes que recopilan, sino sólo un extracto de ellas; igualmente los mueve a hacer interpolaciones por las que amplían o restringen el alcance de las leyes, suprimen lo que consideran derogado o en desuso, añaden lo conveniente para ponerlas al día, etcétera. Teniendo esto en mente, el historiador ha de acercarse al texto de la recopilación con un espíritu crítico, procurando confrontar los textos recopilados con sus originales, cuando esto sea posible.

El indianista, agrega Zavala, también debe tener en cuenta que no todas las leyes recopiladas fueron efectivamente cumplidas. La política legislativa de la Corona tuvo el acierto de permitir que se suspendiera la aplicación de alguna ley cuyo cumplimiento podría acarrear, a juicio de las autoridades locales, perjuicios graves. Finalmente, el autor observa que la recopilación se publicó pocos años antes de que cambiara la casa reinante en España. A partir de 1700 los reyes Borbones producen una nueva legislación para las Indias, que no siempre sigue los criterios que habían inspirado la legislación, entonces ya recopilada, de los Austrias. Esto hizo que la recopilación pronto perdiera valor como ley vigente.

A las observaciones sobre el manejo de la recopilación, añade Zavala una recomendación: trabajar en los archivos, los cuales todavía tienen mucho de nuevo que ofrecer.

El trabajo resulta interesante para quienes se inician en los estudios

del derecho indiano. Las recomendaciones aquí vertidas son fruto de muchos años de trabajo sobre los textos.

Jorge ADAME GODDARD

## TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BASCUÑÁN V., Antonio, "La función judicial en la teoría pura del derecho", *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1982, pp. 167-180.

Sostiene el autor que dentro de la teoría pura del derecho la función judicial aparece como un acto de aplicación y de creación normativa. Con esta afirmación, señala Bascuñán, se altera sustancialmente la doctrina tradicional del derecho la cual distinguía, con claridad, los actos de creación de los actos de aplicación del derecho. Si se tiene en cuenta, agrega el autor, que el derecho es un sistema que regula su propia creación, que es un proceso de individualización y concretación siempre creciente, entonces resulta que no existe una diferenciación cualitativa entre la actividad judicial y la actividad administrativa en lo que a aplicación y a creación del derecho se refiere.

Para la doctrina jurídica tradicional, refiere Bascuñán, la función judicial es un acto meramente declarativo que aplica un derecho preexistente. La postura tradicional, agrega el autor, se preocupaba especialmente del método de interpretación que debía seguir el juez para interpretar *correctamente* la ley. La aplicación sólo podía conducir a la *única* decisión correcta, la cual se encontraba en la misma ley. Dicha actividad interpretativa podía ser un esfuerzo intelectual para descubrir el *verdadero* sentido de la ley; pero su resultado sería siempre meramente declarativo, en cuanto que el juez, al dictar sentencia, nada agregaba al derecho existente en la ley.

La *teoría pura* al concebir la función judicial como un acto de *aplicación* agrega, al elemento racional o intelectual, un elemento de voluntad. Bascuñán se pregunta: ¿cuáles son los elementos creativos de la función judicial?, ¿qué se agrega en la sentencia judicial a lo que preexiste ya en las leyes? Señala Bascuñán que primeramente la decisión judicial tiene que determinar los hechos del supuesto normativo, los cuales son, a su vez, condiciones de la sanción. Una vez determinados los hechos condicionantes, los cuales son siempre una declaración del tribunal, entonces pronunciará una sentencia.