

**José Ramón Narváez H.**

Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

narvaez@mail.com

**El Código Civil en México: entre la forma y  
la tradición**

*The Civil Code in Mexico: Between Procedure and  
Tradition*

*O Código Civil no México: entre a forma e a tradição*

**Artículo de investigación:** recibido 15/05/2012 y aprobado 23/10/2012



## Resumen

Este artículo examina los diversos tipos de trasplantes y recepciones de distintas fuentes teóricas y normativas que confluyeron en el proceso histórico de codificación mexicana a partir de ejemplos. Adicionalmente, se sostiene que las particularidades del pluralismo mexicano hacían especialmente laborioso el trabajo compilador y codificador del proyecto europeo de la *complitud* (*completezza*) absolutista; a causa de las complejas dinámicas sociales e históricas del contexto mexicano, su cultura abierta y menos formalista, se matizaron y adaptaron, en forma *sui generis*, la entrada de los códigos napoleónico, alemán, portugués, chileno, así como de conceptos específicos como *persona*, *registro civil*, *matrimonio laico*, *negocio jurídico*, *detentación*, etcétera, en razón a que, en muchos sentidos, iban en contra las prácticas de la población.

**Palabras clave:** Codificación, México, Código Civil.

## Abstract

This article examines, through examples, the various ways in which the theoretical and normative sources that converged in the historical process of codification in Mexico, were transplanted and received. In addition, it argues that the peculiarities of Mexican pluralism turned the compiling and codifying tasks of the European absolutist completeness (*completezza*) project especially difficult; due to the complexity of the social and historical dynamics of the Mexican context, its open and less formalist culture, the entry of the Napoleonic, German, Portuguese, and Chilean codes were nuanced and adapted in a unique way, as well as specific concepts such as person, civil registry, secular marriage, legal business, possession, etc., by reason that, in many respects, they went against the practices of population.

**Keywords:** Codification, Mexico, Civil Code.

## Resumo

Este artigo examina os vários tipos de transposições, recepções e outras fontes teóricas e normativas que confluíram no processo histórico de codificação mexicana, concretamente a partir dos exemplos de 1829 de Oaxaca, de 1827 de Zacatecas, de 1861 de Veracruz e dos códigos civis de 1884, 1928 e 1932, entre outros. Adicionalmente, sustenta-se que as particularidades do pluralismo mexicano faziam especialmente árduo o trabalho de compilação e de codificação do projeto europeu da *complitude* absolutista, na medida em que as complexas dinâmicas sociais e históricas do contexto mexicano, sua cultura aberta e menos formalista, matizaram e adaptaram de maneira *sui generis* o advento do código napoleônico, do código alemão, do código português, do código chileno, bem como conceitos específicos como aqueles de *pessoa*, *registro civil*, *matrimônio laico*, *negócio jurídico*, “*detentación*”, etc. uma vez que, em muitos sentidos, iam de encontro às práticas generalizadas da população.

**Palavras-chave:** Codificação, México, Código Civil.



## 1. La forma Código: la complitud<sup>1</sup>

La idea de un sólo sujeto jurídico como modelo de la ley, es parte del fenómeno conocido como complitud, y ambos, forman a su vez parte de otro fenómeno más grande que es el absolutismo jurídico:

*un esquema interpretativo que [...] tendía de hecho a sacar a la luz también las indudables – pero casi siempre ilusas – consecuencias negativas de las concepciones jurídicas burguesas. El grito de la Marsellesa y los morteros disparados para las cartas de derechos han impedido tantas veces de advertir cuanto es coartante e innatural el gran proceso de panlegislación y de codificación del XVIII y XIX [...] Delante a un derecho totalmente identificado en la voluntad estatal, se nos contentó con fuentes ciertas y claras, limpias en el dictado, robustamente pensadas (por ejemplo el Code civil), fundadas sobre un admirable saber técnico, y no se ha reflexionado bastantemente sobre dos consecuencias gravísimas: El derecho se identificaba entonces, solamente en el derecho oficial, y, como tal, tendía siempre más a formalizarse, mientras un confín compacto venía a erigirse entre el territorio del derecho y aquél de los hechos; la sociedad civil continuaba a ser depositaria de la producción jurídica solamente en la fábula/ficción de la democracia indirecta cargada por la obsesionante apologetica filoparlamentaria, pero en la efectividad aquella permanecía clamorosamente expropiada; el derecho venía erradicado de la compleja riqueza de lo social para ligarse a una sola cultura, empobrecerse e identificarse desagradablemente en la expresión del poder y de su clase detentadora. (Grossi, 2004).*

El absolutismo jurídico aprovecha al historiador del derecho y le da un instrumento de análisis que lo lleva a problematizar no sólo sobre la forma, que en nuestro caso es el Código Civil, sino sobre todo, los efectos de este afán controlador en la elaboración del derecho. El profesor florentino agrega en este sentido:

153

1 En italiano *completezza*: presencia de todos los elementos considerados, sin lagunas (*Dizionario Devoto-Oli Compatto*) la traducción sería plenitud, pero la palabra en español no expresa con tanta fuerza lo que en italiano se ha adoptado para hablar de uno de los elementos caracterizadores del Código: el anhelo de ser completo, por eso castellanizamos la palabra como ‘complitud’, porque creemos necesario adoptar la palabra pero sobre todo el concepto para entender las apetencias de la codificación como proceso de sistematización y unificación del derecho privado nacional, de modo que se pudiera crear un cuerpo legal completo, es decir, que abarcara ‘todo el derecho privado’ necesario para la vida nacional.

*Absolutismo jurídico significa (además) para el historiador sobre todo aridez: el rígido monismo dictado por imperiosos principios de orden público impide una visión pluriordenamental y, de consecuencia, pluricultural, concibiendo un solo canal histórico de circulación dotado de márgenes tan altos para evitar inmisiones y conmixtiones del exterior. La regla, la norma, se genera en aquél solo curso; el regular, el normal sobre aquello se mide. Todo el resto tiene dos condenas pesadas: el ilícito o, si irá bien, el irrelevante...la otra cara de aquella cabeza bifronte que es la Codificación del derecho privado (manifestación primigenia y suprema del moderno derecho burgués) y la general panlegislación; sin insulsos e ingenuos quijotismos, señalar la complejidad del gran fenómeno 'codificación', el más grande en la historia jurídica de los países de civil law...justamente por su carácter fundamental de monopolización por parte del Estado del mecanismo de producción del derecho, incluso del derecho privado, que una tradición antigua y nunca desmentida había tenido casi enteramente dentro de la órbita de los particulares. (Grossi, 2004).*

Este es el punto más interesante para nuestra investigación, los particulares en México son de muy diverso estrato social, económico, cultural y étnico; por lo que la codificación aquí se hace, por decirlo de algún modo, más odiosa.

*Y se comenzó a echar mano a la construcción del mito de la ley como norma de cualidad superior, jerárquicamente [...] Al lugar del viejo pluralismo jurídico se sustituyó un monismo rigidísimo; tanto más rígido por su valor constitucional, tanto más rígido porque este valor constitucional venía en buena medida enrobustecido de precisos veneros éticos gracias a la inmersión en el seno del derecho natural. El iusnaturalismo, con sus fábulas aparentemente ingenuas y encantadoras pero que, en sustancia, enclavaban al derecho en un modelo férreo, fue llamado a fundar el nuevo derecho del nuevo Estado dando vida a aquella antinomia que está a la base de la historia del derecho moderno y que podría ser sorprendida en el desliz del todo líquido y plano de bien precisas premisas de soluciones perfectamente opuestas, esto es en el paso del iusnaturalismo al iuspositivismo, en las fundaciones iusnaturalísticas del moderno iuspositivismo. (Grossi, 2004).*

Hemos querido glosar a Paolo Grossi con el fin de explicar un fenómeno/mito, que produce un choque cultural en sociedades pluriculturales. Para resumir, podríamos decir con María Zambrano que el absolutismo es el “culto por la unidad: unidad capaz de abrazar y resumir la vida entera, personal, social e histórica” (Zambrano, 2000:99), este culto provee al historiador una lente por

la cual mirar los hechos sociales desde otra perspectiva, es decir, encontramos contrapuestos, un discurso, una forma ideal y por otro lado, una realidad compleja, y podríamos seguir con las dicotomías: sincronía vs. diacronía “el error de todos los absolutismos (incluido el jurídico) ha sido querer contener el tiempo, y hasta quererlo detener. En efecto, a la raíz de la voluntad hay un ‘siempre’ declarado, escondido, un ‘así sea por siempre’ y también un inconfesado ‘desde siempre’... el absolutismo consiste por tanto en la acción de encerrar el tiempo, de darlo por concluido, como si fuera transcurrido solamente en el periodo en el cuál se acercaba y tenía lugar la decisión suprema, el acto de voluntad contenido en cada absolutismo” (Zambrano, 2000:103-104). Unidad y mito están a la base del absolutismo, por eso la complitud es necesaria, como es necesario un sistema que contenga todas las respuestas y con la posibilidad de autocolmar sus propias lagunas, el libro de libros de la biblioteca infinita borgiana, el libro de arena que soluciona cada problema, y en su centro su objeto, no un hombre, sino un sujeto el cuál pueda corresponder a todos los hombres y a ninguno a la vez.

## 2. El mito de la Codificación

¿Qué fue lo que motivó el secuestro del derecho y su enclaustramiento en un texto? Podríamos argüir diversos aspectos, entre ellos: el racionalismo propuesto por Leibniz, los códigos parecían más un libro de geometría, siempre buscando ese orden eternizable; tal vez convendría resumir el esfuerzo codificador en la búsqueda de seguridad jurídica (Narvaez, 2003), después de la abundancia y desorden del *Ancien Regime*. Pero al final tendremos que reconocer que fue un logro de la sociedad burguesa que utilizó éstas y otras armas para poder alcanzar la libre circulación de la propiedad y la ascensión al poder político.

Este “estallido” de códigos en el siglo XIX hizo confluír “causas tan heterogéneas como el racionalismo metódico, el iusnaturalismo, la naciente y dominante economía capitalista, el liberalismo económico y el Estado liberal de Derecho” (Tomas y Valiente, 1997:1993).

Al colocarse el derecho en un libro manejable y lejos del alcance del jurista se pensaban:

*Suprimir muchas desigualdades desordenadas, que son fruto del arrastre histórico de épocas no iluminadas por las nuevas luces, o de la prepotencia de estamentos privilegiados que no pueden justificar su status preferente desde un punto de vista racionalista y liberal. La óptica del codificador es la del buen burgués. La*

*burguesía, que debe su ascendente poder a la ciencia y al comercio, actividades basadas en el cálculo racional, quiere seguridad jurídica, esto es, considera que la legislación acumulativa, estamentalmente diferenciada y con ámbitos de vigencia territorial particulares dentro de una misma nación, es perturbadora para sus cálculos, sus negocios y sus intereses (Tomas y Valiente, 1997:193).*

Llegamos a estar satisfechos con una obra como lo es “el Código” que responde a “un sistema político de todos conocido y caracterizado por su falta de autenticidad en orden a la representatividad de lo que era la sociedad de entonces” (Tomas y Valiente, 1997:1998). En Francia la legislatura que aprobó el código civil sólo representaba el 6% de la población (en España se habla de un 4% de personas que podían votar hasta 1890), es así que los burgueses “...hicieron el código a su gusto y, terminada la obra, descansaron tranquilos <<La tranquilidad en el orden>>” (Tomas y Valiente, 1997:1998), en dónde a veces hace falta ya no decimos el sentido jurídico, sino simplemente el sentido común.

Para el profesor Alejandro Guzmán Brito esto es un fenómeno natural de la historia del derecho que llama “fijación” (Guzmán Brito, 1983): tras ciertas temporadas largas de derecho consuetudinario se presenta la necesidad de tener seguridad sobre cuál es el derecho vigente, por lo que es indispensable “fijar el derecho” sucede que el sistema del código planteó esta fijación para ‘siempre’ quizá fruto del iusnaturalismo, que propone una naturaleza universalizable y por tanto inmutable, porque el hombre (humanismo) va a seguir siendo siempre el mismo, se decía.

El Código llega a comprender todo el derecho: el pasado, recogiendo el derecho nacional; el entonces presente, y el futuro, previendo hasta sus propios cambios y posibles lagunas. Por eso es que un Código como el de Alemania puede aplicarse en una cultura tan diversa como lo es la japonesa o el Código Suizo en Turquía<sup>2</sup> y podríamos seguir, pero creemos que lo que nos ayudaría a entender este efecto de temprana globalización jurídica es tener en mente que el Código es <<un sistema lógico de normas universales, aplicables a través de un silogismo obtenido racionalmente de la realidad>>. Es así como llegamos

<sup>2</sup> Así lo asegura Carlos Ramos Nuñez (1997: 126): el Código Suizo de las obligaciones “introducido prácticamente sin variaciones. Pero el legislador turco no se contentó con adoptar los textos legislativos, sino que dispuso la traducción de obras doctrinales y de la jurisprudencia del tribunal helvético, al mismo tiempo que enviaba a jóvenes juristas a estudiar en las universidades (suizas).. Fue ésta, pues, una recepción integral en el verdadero sentido de la palabra”.

a construir, en palabras de Víctor Tau Anzoategui “una cultura del código” (Tau Anzoategui, 1998) qué, como explica el historiador argentino, creó “una corriente que hizo del código el objeto preferente, cuando no exclusivo de estudio y que impuso un modo de razonar ajustado a estrechas pautas” (Tau Anzoategui, 1998: 539).

Los juristas en su mayoría se suscribieron a esta cultura que resultaba muy cómoda, racional, útil, práctica, económica y un sin fin de adjetivos que hicieron del Código un “altare consolidato” (Grossi P., 1998). Así se creó un mundo nuevo con su propio lenguaje, con sus propios dioses a lo que Paolo Grossi llama “Mitología moderna” que se ha consolidado “sea ya por la lucidez del proyecto jurídico burgués, ya por su carga de despotismo, ya por la pereza proverbial del cuerpo de los juristas [...] estatualidad del derecho, monopolio de la ley, función pasiva de la *iurisprudencia* son factores que se han mantenido prácticamente intactos al menos para la convicción difusa de la mayoría silenciosa de los juristas” (Grossi P., 2000:153).

Las voces de quien ha descubierto esta propaganda subliminal a la que todos aquellos que nos dedicamos al derecho estamos expuestos, han sido minimizadas o “tachados de planteamientos extravagantes de personajes con tufo de herejía” (Grossi P., 2000:153). Esta labor debe ser propia del historiador del derecho, aunque no exclusiva.

No es una tarea fácil pues requiere la construcción de una concepción diversa, de una cultura más abierta y menos formalista, aduladora del poder político; la prueba de que es necesaria esta tarea es la insatisfacción general de nuestras sociedades codificadas “Quizá los códigos uniformes no funcionan nunca, quizá la *jurisgenesis* no satisface nunca plenamente el deseo humano de situaciones dramáticas locales. Ya que en cierto modo no basta que el derecho sea simplemente el querer del soberano, despegada de la moralidad popular en el sentido del positivismo jurídico...el derecho no puede ser eficaz cuando es visto en desacuerdo con la cultura local” (Bruner, 2002).

### 3. Historia de la Codificación

La Codificación puede ser definida como un proceso decimonónico que, heredando los sistemas ideológicos de los siglos anteriores, llevó a los gobiernos nacionales a buscar la unidad a través de la elaboración de Códigos encargada a juristas de prestigio. Realmente la Codificación comienza con el *Code Civil*, porque como bien lo señala Mario Viora (1967), primero sólo

fueron Compilaciones del derecho antiguo<sup>3</sup>; María del Refugio González las llama “Recopilaciones” hablando de España y México (González, 1988). Sea compilación, recopilación o simple fijación la cuestión que hace del Código Napoleón una cosa diversa, es la búsqueda de ese sistema lógico descarnado, impersonal y desligado del todo del derecho medieval, antiguo y de privilegios.

Si dejamos a un lado todo el desarrollo histórico sobre la palabra *Codex* hasta su desarrollo en las Consolidaciones ilustradas de los siglos XVII y XVIII (para lo cual remitimos a los estudios de Alejandro Guzmán Brito (1985); en Francia, Arnaud (1969); en Italia, Giovanni Tarello (1971) (1976) (1988) Mario Viora (1967) y Paolo Ungari (1972); y en Suiza, Pio Caroni (1988)<sup>4</sup>), nos adentramos pues, en el mundo del Código. Por lo antes expuesto sobre la diferencia entre compilaciones y codificaciones, tomemos como antecedentes los siguientes cuerpos de leyes:

- *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* o Derecho Territorial General para los Estados Prusianos de 1794 (ALR)<sup>5</sup>.
- *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* o Código General Civil para todos los Territorios Hereditarios Alemanes de la Monarquía Austríaca de 1811 (Dezza, 1998) (ABGB).

Ambos son producto de una larga elaboración y estudio, con la finalidad de reelaborar el derecho privado pero todavía con preferencias estamentales. Todavía debaten entre el absolutismo político y la “ideología emancipadora de la ilustración” (Dezza, 1998: 75). Estos dos códigos se suman a la larga lista de fuentes de nuestros códigos, citados expresamente por Justo Sierra en el proyecto que más tarde se plasmará en los Códigos mexicanos de 1866 y 1870, y pasarán a su vez al de 1884 y en parte al de 1928.

En el tema que nos ocupa el ABGB ha aportado la noción de capacidad como un derecho innato más que un atributo jurídico-político. A diferencia del prusiano afronta su “lagunocidad” y propone fuentes alternas para la

<sup>3</sup> Otros como Mariano Peset prefieren no hacer distinciones y hablan sólo de Códigos, ya sean ilustrados o liberales (Peset, 1982: 117).

<sup>4</sup> En español la primera parte en EL MISMO: *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, editado por Marcial Pons (Madrid, 1996).

<sup>5</sup> Para ampliar el tema Bussi (1993).

interpretación en lugar de tratar de abarcar todo, en este sentido es el primero en poner una división entre derecho público y privado, concretándose al segundo.

El *Code*, el paradigma<sup>6</sup>, “El Código” por excelencia, según con el cuál, Bartolomé Clavero afirma que aún en estos días Napoleón sigue conquistando, en una conquista muy peculiar a la que llama la conquista “del Código Ladino por América” (Clavero, 2000). El código de los franceses de 1804, es hoy en día el punto de partida en todas las codificaciones conocidas después de él (si bien es cierto debemos mencionar nobles esfuerzos como el alemán en 1900 y el chileno del siglo XIX, que a su vez se volvieron punto de partida de otros Códigos), al final estamos obligados a reconocer que se codificó y se codifica a la francesa. Pero esto no debe de ningún modo hacernos desistir y dejar de aplaudir los trabajos que buscan en nuestros códigos las posibles influencias, así mencionamos la gran labor a nivel América Latina de Alejandro Guzmán Brito (Guzmán Brito, 2000) y de las observaciones acertadísimas de María del Refugio González sobre la falta de trabajos respecto a la influencia en la legislación civil mexicana<sup>7</sup>.

Sería extensísima la exégesis de la influencia francesa en nuestro derecho privado que, como bien señalan María del Refugio González, José Luís Soberanes (1986) y Rodolfo Batiza (1982), no sólo fue de Código a Código, sino que se desarrolló a través de nuestras Leyes de Reforma, aspecto muy particular de nuestro país, en donde las ideas del *Code* se reflejaron también (en algunos casos literalmente) en leyes como la de Sucesiones de 1857 o la del Registro Civil de 1859, y que junto con el Código Civil de 1870 provocaron adaptaciones prácticas como la conversión de la cofradía en mayordomía por parte del Ayuntamiento para conservar las tierras afectadas para la manutención de las fiestas patronales (Traffano, 2001: 220). Para efectos de este estudio se intentará descifrar si el concepto de ‘persona’ que propone el *Code* ha tenido influencia en nuestro derecho.

<sup>6</sup> La idea del Código como un paradigma en Astuti (1984).

<sup>7</sup> María del Refugio González (1988), en la nota 23 de la página 63 nos dice: “No contamos con estudios que analicen pormenorizadamente la influencia de los distintos países continentales europeos o del *common law* en nuestra codificación civil. Tampoco contamos con estudios que analicen la influencia de los tratadistas europeos y anglosajones en particular”.

#### 4. La forma Código como unidad en una sociedad materialmente plural

Podemos hablar de trasplantes, transfusiones, mezclas, clonaciones, adaptaciones, adopciones, recepción, influencia, copia, duplicación<sup>8</sup>, difusión<sup>9</sup>; en cualquiera de los casos, todos los codificadores desde Napoleón, hasta nuestros americanos como Justo Sierra, Andrés Bello<sup>10</sup>, Velez Sarsfield o Teixeira de Freitas, pensaron en hacer algo que fuera más allá de su tiempo y de su sociedad, buscaron trascender y el ejemplo más claro sigue siendo el *Code* al que Napoleón le había augurado, sería recordado más que ninguna otra de sus obras<sup>11</sup>:

*“Ma vraie gloire n’est pas d’avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n’effacera, ce qui vivra éternellement, c’est mon Code Civil.”*

*“Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borraría el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borrará, aquello que vivirá eternamente, es mi Código Civil”* (Ramos Nuñez, 1995).

En 1840 Fortune Anthoine de Saint-Joseph publica en cuatro volúmenes las *“Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon”*. Fue traducido

<sup>8</sup> Es el término que utiliza Francesco Galgano en su libro *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione* (1978), en el numeral 1.5 *Duplicación de códigos y sistemas de derecho privado*, p. 19 y ss. (p.20) “En la duplicación de los códigos se reflejaban la enteras divisiones de la burguesía” por cuestiones de utilidad se duplicó el sistema de mantenimiento de privilegios y de consecución de nuevos con base no ya en el linaje sino en la propiedad “el entero Código Civil giraba entorno al derecho de propiedad, este era, para la clase terrateniente, el derecho perfecto.”

<sup>9</sup> Uno más: productividad en oposición a esterilidad. R. Sacco dice que el BGB y el *Code* se encontrarían dentro de los Códigos “productivos” porque después tuvieron influencia sobre otros, mientras el ABGB sería un Código “estéril” porque no produjo otros códigos y no sirvió como modelo (Sacco, 1993: 316-311).

<sup>10</sup> Ya lo decíamos del Código Chileno que una vez terminado fue enviado en copias a varios gobiernos de países latinoamericanos: Comunicado del 10 de Octubre de 1856 del Ministro Francisco Javier Ovalle, citado por Alejandro Guzmán Brito en *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (1982).

<sup>11</sup> La leyenda quiere ver a Napoleón que en el exilio redactando sus memorias dijera que a pesar del gran número de sus campañas militares, por lo que la historia lo recordaría sería por su Código Civil, inmortalizado así, con el Código sobre una mesa por el pintor Jaques-Louis David (1748-1825) *El emperador Napoleón en su estudio a la Tuilerias* (1812); Jorge Luis Borges recuerda, en su ensayo *La nadería de la personalidad* (en: *Inquisiciones*, Alianza, Madrid, 1998), cómo en el siglo XIX, la mayoría de los autores de la época se preocuparan más por dejar ver su personalidad que por crear una obra, en algún sentido es el caso de Napoleón.

al castellano dos años más tarde<sup>12</sup>, reeditado en 1847, y en 1852, año en el que circuló en toda América Latina, fue corregido y aumentado. En México, estas concordancias entre el *Code* y los códigos de la época sirvieron para elaborar nuestros Códigos, baste comparar las fuentes que cita Justo Sierra en el proyecto de 1860 y las *concordance*. De todos modos, Sierra ya había asegurado que sus mayores inspiraciones eran el proyecto español de García Goyena<sup>13</sup> y el Código de los franceses.

La bibliografía sobre la historia de la codificación mexicana es mínima, ya citamos a María del Refugio González, Rodolfo Batiza y José Luis Soberanes<sup>14</sup>. Las fuentes para la historia de la codificación mexicana se reducen a una sola obra, la de Luís Méndez de 1897 que cuenta la formación del Proyecto Sierra (Méndez, 1987). Existen, por otro lado, obras doctrinales que estudian alguna institución del derecho civil o manuales para el estudio del derecho civil, que en realidad son trabajos hechos directamente a código abierto<sup>15</sup>. También se debe hacer mención de Ortiz Urquidi que comenzó con el estudio del código de Oaxaca (Ortiz Urquidi, 1974) e hizo otro trabajo sobre el Código Federal (Ortiz Urquidi, 1986). Otros trabajos como el de Galindo Garfias (1985) o Ignacio García Tellez (1932) son menos conocidos, algunos otros han dado pequeñas contribuciones en revistas como Icaza Dufour (1985). Otro es el caso de revistas

<sup>12</sup> La traducción corrió a cargo de F. Verlanga y J. Muñiz.

<sup>13</sup> Nos referimos a las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*.

<sup>14</sup> Tanto González del Refugio como Rodolfo Batiza tienen otros trabajos sobre el tema que agregan alguna que otra noticia nueva; la primera maneja la idea de “derecho de transición” que es el derecho existente entre el derecho antiguo y el codificado; Batiza por su parte, se ha dedicado al estudio del Código de Luisiana y al derecho civil francés en Estados Unidos. También se pueden leer algunos trabajos en: *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, (UNAM, 1979). Pero sobre todo el reciente trabajo de Oscar Cruz Barney quien parece seguirá ocupándose de la historia de los códigos y no solamente de aquellos del Distrito Federal sino también de los locales, una verdadera arqueología jurídica: *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación* (Cruz Barney, 2004). No obstante queda pendiente todavía el trabajo más arduo en dos sentidos uno exegético y otro pragmático/aplicativo, es decir sobre la ideología que imperó en los códigos y en torno a los mismos, mientras que el segundo sentido se refiere a la verdadera *vida* de los códigos, es decir su aplicación efectiva en las sociedades en las que se promulgaron códigos, tal vez descubramos que sólo fueron “documentos de cajón” textos clonados que jamás vieron la luz del día y se mantuvieron archivados en el escritorio de un funcionario público al que le fue encomendada la tarea de codificar como requisito para aquel gobierno codificador para inscribirse en la modernidad.

<sup>15</sup> El ejemplo clásico en este punto es el manual de Manuel Borja Martínez, que la mayoría de los estudiantes de derecho en México manejamos en las lecciones de derecho civil: *Teoría General de la Obligaciones* (Borja Martínez, 1991). Este manual compara la materia de obligaciones entre el código civil de 1884 y el de 1928.

conmemorativas como *Jurídica*, que en 1971 dedicó el número 3 al Código Civil de 1870, como homenaje a su centenario, en 1998 en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, el tema “La Supervivencia del Derecho Español en Hispanoamérica durante la época independiente” dio lugar a algunos ensayos<sup>16</sup>.

Al parecer, los proyectos de Código Civil de Zacatecas y Jalisco fueron fruto de la recepción del *Code*. El proyecto Sierra, por su parte, fue aprobado en Veracruz, después pasó a ser revisado por una comisión durante el Segundo Imperio y, posteriormente, con el retorno de Juárez al poder, pasó por una segunda comisión. A grandes rasgos, el Proyecto Sierra se mantuvo hasta 1884 y quizá hasta el actualmente vigente de 1928, aunque este último tuvo algunas variantes, algunas de ellas muy significativas. Es importante notar que a pesar de que contamos con un sistema federal, nuestra opción a nivel codificación fue central, es decir, la mayoría de las veces las entidades federativas fueron trascendidas por el código elaborado para el Distrito Federal (Ciudad de México), que si bien era supletorio en materia federativa esto no implicaba ninguna obligación para las entidades. De igual forma, en este punto tampoco debemos ser categóricos, porque hubo códigos estatales que nacieron antes que el federal respectivo y en el siglo pasado se presentaron casos innovadores, tales como el código del estado de Hidalgo, tan cantado en materia de familia.

Quizá las dos instituciones derivadas de Napoleón que generaron mayores problemas en México, fueron el Registro Civil y el matrimonio laico (González, 1988), principalmente porque iban en contra de las prácticas generalizadas de la población.

Otro de los códigos llamado a trascender en el mexicano fue el alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Con una larga historia, el BGB arriba a una segunda comisión encargada de elaborarlo, esta retoma los trabajos de 1887 y hace sus entregas entre 1896 y 1899. La promulgación oficial es el 1 de enero de 1900 y ese mismo día entra en vigor. Contiene los siguientes libros: I. Allgemeiner Teil (parte general), II. Recht der Schuldverhältnisse (Derecho de las obligaciones), III. Sachenrecht (Derechos reales), IV. Familienrecht (Derecho de familia), V. Erbrecht (Derecho de las sucesiones). Este código “sigue de tal modo el sistema de las pandectas que había sido desarrollado por Gustav Hugo y Georg Arnold Heise y

<sup>16</sup> Obviamente que existen innumerables trabajos que estudian el derecho civil contemporáneo y por lo mismo estudian el Código Civil de 1928: críticas, reformas, instituciones, etc. Pero para efectos de historiografía esta bibliografía es aún inservible, en tanto que el Código siga vigente ya que este estudio corresponde a los civilistas propiamente.

después recibido por Savigny” (Wesenberg & Wesener, 1999: 278). A pesar de que tiene un siglo de diferencia con el *Code* mantiene “el ideal de complitud del código que no era todavía puesto en discusión” (Wesenberg & Wesener, 1999: 280).

El BGB trajo innovaciones sustanciales en la forma de escribir un código, implementando el uso de párrafos en lugar de artículos y con una disposición que se puede ver diversa en el capitulado, no obstante esto, “parte del presupuesto del individuo abstracto, de la omnipotencia de la voluntad negocial y de lo absoluto de la propiedad [...] nace quizá en el momento en el cual un legislador podía sostener ese punto de vista [...] en el momento en que se promulga era ya una codificación sobrepasada” (Wesenberg & Wesener, 1999: 281).

El BGB nos heredó el “negocio jurídico”, decirlo así suena de verdad ofensivo, porque esto implica la herencia, también doctrinal, de una nueva forma de concebir la teoría general del contrato y de formas novedosas como el contrato preparatorio.

No obstante, no seamos tan radicales, algunas cosas cambiaron. La teoría alemana en México se enorgulleció de su nuevo concepto de “detentación”, el propietario tendría mayor protección, entonces pensamos en proteger a nuestros arrendatarios. Pero también sé pensó en el analfabeta, indigente e ignorante, y se dio un retoque a la teoría de la “publicación de la ley” que, como lo planteaba el *Code*, había resultado una mala broma. Si publicar significaba que el “público” conozca la ley, en muchos países no era tan sencillo difundir una ley. En este mismo sentido se previno al Ministerio Público (sí, en el Código Civil, no olvidemos que tiene algo de Constitución) de “eximir” al infractor de las leyes, si en el acto habían influido su miseria o ignorancia (artículo 21).

La mujer entró en escena por esas fechas también, vendría enunciado el derecho a votar (1932). En el Código se igualó en “casi todo” al hombre: patria potestad, emancipación, administración de su patrimonio.

Ahora pasemos a analizar otro Código recibido en México: el portugués<sup>17</sup>. Fue producto de una sola mente<sup>18</sup>, la de Antonio Luis de Seabra, quién en

<sup>17</sup> En una carta el profesor Guzmán Brito nos escribe que este Código a su parecer influyó mucho en el Mexicano de 1870, cosa que es bien clara en su estudio ya citado (Guzmán Brito, *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, 2000), y agrega el profesor que es muy probable que los pocos estudios sobre este Código se deban a que se ha considerado erróneamente una copia del francés.

<sup>18</sup> Portugal comenzó a pensar en la idea de sistematizar su derecho desde 1778 con el *Novo Código*, en 1808 se tradujo el *Code* y durante el resto del siglo fue madurando la idea de Codificación, ya en 1845 contaban con un Código Penal.

1850 comenzó a trabajar en solitario, aspecto muy normal en la elaboración de Códigos, sobre todo en Latinoamérica. En 1858 una Comisión revisa el proyecto de Seabra y finalmente en 1867 aprueba el Código Civil, que sigue ciertas pautas savigneanas y tendiente más al derecho subjetivo (Guzmán Brito, 2000: 131). El esfuerzo de Seabra es valorable por considerar a la equidad como elemento a tomar en cuenta por el juez, si bien luego fue suplida por “los principios del derecho natural” (Espinosa Gomes da Silva, 2000: 424)<sup>19</sup>.

Según Rodolfo Batiza (1982: 182) el Código Civil portugués de 1867 trascendió en “algo más de 900 (artículos) <906 para ser exactos> constituiría menos de una cuarta parte”. Esto se explica por que era el código más reciente, digamos que era el que estaba de moda.

Por último, con los trasplantes tenemos otro Código, pero esta vez americano, el Código Chileno. Al igual que México, Chile desde la independencia empezó a ordenar su derecho civil. En 1840 comenzaron seriamente los trabajos, y aunque al inicio eran hechos por una comisión a la que se debe gran parte de la obra, la mayor parte del trabajo es atribuible al venezolano Andrés Bello, quien después de un largo periodo de trabajo logró entregar un proyecto en 1853, que fue revisado por diversas personas (y por el mismo Bello) en varias ocasiones (evidenciando el interés que existía en el ámbito nacional con la idea de codificar), y que finalmente obtuvo una última versión en 1855. El producto terminado resultó óptimo en términos de codificación. De hecho, es el código americano más valorado en el mundo<sup>20</sup>. Se aparta en alguna medida del francés recogiendo figuras del derecho español y del indiano, y a consideración de Guzmán Brito resulta un “código muy romanista y tradicional” (Guzmán Brito, 2000: 371), al que suele reconocérsele cierto respeto por el derecho “antiguo”, que en algunos artículos se muestra como una cuestión pensada y basada en varias opciones y no exclusivamente en el *Code*.

Desgraciadamente en México no se recibió esta preocupación por el derecho tradicional. Este codificador (Andrés Bello) fue, dentro de todos, el más preocupado por no hacer una simple copia:

<sup>19</sup> Por cierto, la inclusión de los principios generales como norma supletoria a falta de ley, había sido una moda impuesta al parecer por el código carloalbertino de Cerdeña de 1837 aunque el ABGB en 1811 había dispuesto la analogía y a falta de ésta los principios del derecho natural como supletorios a la ley (parágrafo 7); Seabra, el codificador portugués, habría propuesto en 1850 que se incluyera a la equidad, finalmente el proyecto portugués con reformas, fue aprobado en 1867 con la expresión “los principios del derecho natural”.

<sup>20</sup> Por ejemplo sirvió de fuente para elaborar el Código Español.

*Bello elaboró una legislación civil hispanoamericana que descansaba firmemente en el derecho romano, pero que contenía además elementos de los códigos más recientemente elaborados en Europa y los Estados Unidos. El significado político y cultural del uso de tales fuentes se encuentra en la combinación de tradiciones jurídicas europeas, incluyendo la española, y las necesidades organizacionales de repúblicas que llegaban a serlo luego de romper con una estructura imperial. Pero Bello no pensaba la independencia como un quiebre drástico con las tradiciones jurídicas[...] Los países hispanoamericanos identificaron estas ventajas al adoptar un código civil que vinculaba el nuevo orden republicano con la tradición romana, buscando así un grado de continuidad con el pasado, y la estabilidad social y política en un contexto de independencia (Jaksic, 2003: 191-218).*

Un escrito de Bello resume una posible preocupación por una tradición mestiza:

*Reconociendo la necesidad de adaptar las formas gubernativas a las localidades, costumbres y caracteres nacionales, no por eso debemos creer que nos es negado vivir bajo el amparo de instituciones libres y naturalizar en nuestro suelo las saludables garantías que aseguran la libertad, patrimonio de toda sociedad humana que merezca nombre de tal. En América, el estado de desasosiego y vacilación que ha podido asustar a los amigos de la humanidad es puramente transitorio. Cualesquiera que fuesen las circunstancias que acompañasen a la adquisición de nuestra independencia, debió pensarse que el tiempo y la experiencia irían rectificando los errores, la observación descubriendo las inclinaciones, las costumbres y el carácter de nuestros pueblos, y la prudencia combinando todos estos elementos, para formar con ellos la base de nuestra organización (Bello, [1836] 1981).*

## 5. La forma Código y la tradición en México<sup>21</sup>

Entre los años 1828 y 1829 se promulga el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, considerado como el primero de Latinoamérica (Ortiz Urquidi, 1974) (si se tiene en cuenta que el de Haití y República Dominicana eran ‘muy’ similares al *Code Civil*). El Código Civil de Oaxaca había sido motivo de estudio desde el primer Congreso de ese estado, pero fue el segundo Congreso el que se ocupó materialmente del asunto. En 1827 el primer libro, referente a las personas, estaba ya listo. Contaba con 389 artículos y trataba de arreglar

<sup>21</sup> Para este apartado hemos seguido la ruta clara, didáctica y excelente de María del Refugio González (González, 1988).

“las relaciones más esenciales de los individuos que componen el estado; se han conservado las instituciones benéficas [...] de la antigua jurisprudencia, y se han dado reglas exactas para conocer los derechos de los padres, los hijos, esposos, huérfanos y demás miembros de la sociedad. Una legislación clara, sencilla, metódica en consonancia con nuestras costumbres y usos y con nuestras instituciones políticas hará la felicidad de los habitantes del estado”<sup>22</sup>. Aún se discute si su vigencia terminó en 1834 con la entrada en vigor de la constitución centralista o, cómo se deduce de un texto de Juárez, hasta 1837. Al parecer vuelve a ser puesto en vigor en 1852.

Del Código de Oaxaca nos interesa el artículo 8 del título preliminar, el cual analizaremos concienzudamente más adelante. Ahora veremos la parte de “personas”. Ya hemos transcrito lo que los legisladores oaxaqueños entendían por este término, una lista que se resuelve en “y los demás miembros de la sociedad” y para su “felicidad” como “habitantes del estado”. Se destaca adicionalmente, el hecho que el Código hable en términos de “miembros” y de “habitantes” y no de ciudadanos.. El Código de Oaxaca se presenta como punto de referencia dentro de la ‘edad de las codificaciones’, es un paréntesis en una historia de olvidos y es, en el caso de la discusión codicística actual, una perspectiva para profundizar: “Ahí donde se coloca la libertad individual y, aún más, donde se produce, por la variedad de culturas en presencia, el requerimiento consiguiente de la libertad colectiva al mismo nivel primario, ahí no cabe el Código [...] El desplazamiento hasta Oaxaca ha enriquecido nuestra visión de la humanidad afectada por el Código” (Clavero Salvador, 2000: 120).

También en 1827 se tienen noticias de un Proyecto de Código Civil en Zacatecas, y de un Proyecto de la parte primera de un Código Civil en Jalisco. Los tres trabajos parecen haber tenido enfrente al Código francés, sólo el Proyecto de Jalisco cita sus fuentes: el *Code* y los códigos de Zacatecas y Oaxaca.

Entre 1833 y 1835 el gobierno de Guanajuato abrió un concurso para la elaboración de un Código Civil, al parecer no tuvo ningún resultado, cuestión que puede ser interpretada como una indiferencia social hacia la codificación, aunque resulta curioso el ejercicio de dejar la codificación a un concurso en el que, por obvias razones, la contingencia y la fortuna jugarían un papel importante en la elaboración del código.

<sup>22</sup> Palabras de Pedro José Beltranena, presidente del Congreso, *Cartas al Pueblo* vol. 3, no. 87, Oaxaca, sábado 3 de noviembre, 1827. Citado por Adonon Viveros (1997: 57).

Más tarde Manuel de la Peña y Peña, en un tiempo Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y presidente interino, fue llamado por Iturbide para elaborar un código civil en el primer gobierno central de 1835 (*El observador judicial y de legislación*, 1842: 158; tomo I), aquí es interesante dar una ojeada a la codificación canónica, ya que es muy probable que haya existido una gran influencia conciliar en este Código.

Damos un salto hasta 1860, al famoso Proyecto elaborado por Justo Sierra a petición de Benito Juárez, el mismo que estuvo inmiscuido en los códigos de su estado natal, Oaxaca<sup>23</sup>. El Proyecto no pudo ser aprobado para el Distrito Federal pero si para el Estado de Veracruz en 1861, en este estado se presentó un nuevo proyecto elaborado por Fernando Corona, presidente del Tribunal Supremo, que fue aprobado en 1868, por lo que el Sierra dejó de aplicarse, aunque se sabe que este nuevo proyecto no distaba mucho de su antecesor. El Proyecto Sierra tuvo como fuentes El *Code*, el Proyecto español de García Goyena; los Códigos de Luisiana, Holanda, Cantón de Vaud (Suiza), Piemonte/Cerdeña (Italia), Nápoles (conocido como de las dos Sicilias), Austria (AGB) Bavaria, Prusia (ALR), Suecia, Renania (Berna, Baden, Friburgo y Argovia) y Haití; y las leyes hipotecarias de Suecia, Wurtemberg, Ginebra (escrito como Génova) Friburgo, Saint Gall y Grecia<sup>24</sup>.

Antes de la invasión francesa, una Comisión que estudió los trabajos de Sierra comenzó a elaborar un proyecto que tuvo listo en los días en que el ejército francés estaba acercándose a la Ciudad de México, pero contrarias a todo presagio, las labores continuaron con la presencia de Maximiliano en las reuniones. La Comisión, antes y después de la intervención, estuvo conformada por José M. Lacunza, Pedro Escudero, Fernando Ramírez y Luís Méndez, ya que el movimiento codificador es universal y no distingue regímenes políticos. Formalmente este sería el primer Código Civil Mexicano que tuvo una vida “efímera”, como Código del Imperio, pero que perduró en sus predecesores y que solo contó con dos libros. Sus fuentes: el *Code*, Proyecto García Goyena y las leyes de Reforma.

<sup>23</sup> Sería interesante un estudio que buscara el nexo entre los grandes líderes políticos y el Código Civil, Juárez, al igual que Bolívar y otros estadistas con claras vistas “políticas” siempre tuvieron claro que lo mismo que Napoleón, debían tener su Código. Para Juárez fue una de las cosas primordiales en su agenda (Méndez, 1987).

<sup>24</sup> Como ya habíamos anticipado se trata de las Concordancias de Saint Joseph.

En 1870 volvió Juárez otra vez a la carga, esta vez lo consiguió, promulgó el Proyecto Sierra con algunas modificaciones hechas por una Comisión integrada por Mariano Yañez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel, Rafael Dondé y Joaquín Eguía. Sus fuentes fueron el *Code*, el Código de Piemonte/Cerdeña, el austriaco, holandés, portugués y la ley hipotecaria española de 1869. Un dato importante que vale la pena señalar, es que 1870 es también la fecha de la entrada en vigor de un periódico oficial que recopilaba los criterios judiciales válidos, el *Semanario Judicial de la Federación*, tuvo que abatir la anarquía que existía entorno a la interpretación de la ley.

Más adelante, en 1884, vinieron nuevas modificaciones al Proyecto Sierra, y aunque sólo fueron reformas al Código de 1870, se cree que pudieron ser tan significativas que constituyeron un nuevo código. Esta vez se hace por encargo del presidente Manuel González con una comisión formada por Eduardo Ruiz, Pedro Collantes y Miguel Macedo. La reforma más importante fue aquella por la que se introdujo la libertad plena al testar según “los requerimientos de la época”. En cuanto a las fuentes no hay mucho que decir por lo ya expuesto, fuente única: el código Civil de 1870. No obstante, en el ámbito ideológico, el Código Civil de 1884 podría ser catalogado dentro de la *renouvellement*, como la llama Halpérin (Halpérin, 2004: 75) (Caroni, 1991: 66-68). Según esta división, los códigos pertenecientes a esta fase resintieron los cambios sociales, y al menos en algunos resquicios podríamos encontrar rémoras de una probable socialización, como es propiamente el caso del contrato de obra.

Llegamos al último y actual Código de 1928 (o 1932, dependiendo si se toma en cuenta su publicación o su entrada en vigor). De este Código ya hemos dicho algunas cosas referentes a su exposición de motivos y su influencia germánica.. Sus autores fueron Fernando Moreno, Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Tellez. Es un Código que cita un sin fin de fuentes: los códigos de Alemania (BGB), Suiza, Francia, España, Rusia, Chile, Argentina, Brasil, Uruguay y Guatemala, que muy probablemente solo sirvieron para darle una bonita presentación a la entrega, porque en gran parte es un Código que ha heredado los procesos de 1870 y 1884, por tanto el Proyecto Sierra, la parte familiar es la ley de 1917 (Ley de Relaciones Familiares que introduce el divorcio vincular) y la hipotecaria de la ley respectiva española. Este Código está aún vigente en el Distrito Federal y es supletorio en materia Federal.

En México, el concepto federal dio como resultado la descentralización en la codificación, el sistema llevó a que se elaborara un código por entidad federativa, aunque al final de cuentas la mayoría de los códigos siguieron en gran parte o fueron

el mismo que el del Distrito Federal<sup>25</sup>. Otros casos de que tenemos noticia de una legislación regional, son los de Argentina y Colombia (Guzmán Brito, 2000).

## 6. El Caso Oaxaca: un código europeo en una sociedad indígena mexicana

La historia en México comienza con orgullo genético, el primer hijo criollo de Napoleón nace en Oaxaca, un Código Civil descubierto por el maestro Ortiz Urquidi (Ortiz Urquidi, 1974) y que entró en vigor para el año 1828. No se puede negar la paternidad del Código aún sí, como menciona Ortiz Urquidi, el Código oaxaqueño cuenta con otra numeración y con artículos nuevos. En el caso que nos ocupa hay uno muy interesante, el artículo 8:

*Todo habitante del estado está obligado a instruirse de las leyes que sean concernientes a su estado, profesión, o a sus acciones; y ninguno puede fundar justificación en la ignorancia de una ley, que ha sido legalmente publicada.*

*Solamente en el caso en que las acciones que antes eran permitidas, y se miraban como indiferentes, hubiesen sido después prohibidas por las leyes, el infractor deberá ser oído, si alegare, que antes de cometer la acción no tuvo conocimiento de la ley prohibitiva por falta de inteligencia de la lengua castellana, y que no hubo negligencia por su parte en no haberse impuesto de la ley.*

*Después de cinco años contados desde la publicación de los códigos civil y penal, no se podrá alegar esta excepción.*

El principio es claro, la ignorancia de la ley no exime de su incumplimiento, y teniendo en cuenta que cuando se copia el Código pocas veces se piensa en los destinatarios (Cappellini, 2002), podemos decir que esto es ya algo, aunque bien poco, y después de cinco años sería nada.

En ese entonces Oaxaca era una población mayoritariamente indígena y no era nada ilógico pensar en “la formación de un sistema puramente indio, en que ellos lo fuesen exclusivamente todo”<sup>26</sup>, pero no fue así porque los que gobernaban no eran indígenas, pero que maravillosa “poción” la que hubiera

<sup>25</sup> Por citar un ejemplo existe un documento con el título: *Reformas al código de Michoacán que era el mismo que el del Distrito Federal* (Morelia, 1895).

<sup>26</sup> Frase pronunciada por Juan de Dios Rodríguez Puebla rector del Colegio de San Gregorio y que recogida por don José María Luis Mora parecía una extravagancia, *Méjico y sus revoluciones*, Librería la Rosa, 1836, vol. I, p. 67.

logrado convertir a los indígenas, en el periodo de cinco años, en honestos ciudadanos mexicanos: “¡Quién puede negar la gran sabiduría contenida en esta disposición y el ejemplar sentimiento de justicia que la inspiró! ¡Pues como puede ser justo que alguien – el pobre aborigen – que desconoce en lo absoluto la lengua en que nuestro país se expiden y derogan las leyes, se le puedan imponer sanciones por actos que antes estaban permitidos y después hubiesen sido prohibidos por esas leyes!” (Ortiz Urquidi, 1974: 29).

La fórmula, la “poción mágica” la proporcionó el Código en donde “el derecho debía ser igual para todos, de ahí que, en primer lugar debía dar lugar a un nuevo modo de relaciones sociales, en segundo lugar conocido por todos los hombres y en tercer lugar debía quedar establecido de manera ordenada y sistemática” (Cossio Díaz, 2002: 23). Después de Napoleón, y de su hijo oaxaqueño “ningún sujeto estaba en posibilidad de argumentar o alegar un derecho, costumbre, fuero o estatuto personal que no se encontrara previsto” (Cossio Díaz, 2002: 24). La codificación buscaba la ‘homogeneidad social’ en el orden jurídico mexicano, este proceso “forjó una triple oposición a lo indígena: La primera, por el rechazo a la integración de los indígenas a los proyectos políticos; la segunda, por vía del combate que llevó a cabo el Estado a todos aquellos grupos indígenas que no se le sometieran, y la tercera, por vía de su exclusión del proyecto nacional” (Cossio Díaz, 2002: 32) Oaxaca no fue concesión, fue oposición disfrazada.

Lo cierto es que el Código de Oaxaca no funcionó, como lo manifestó el mismo Benito Juárez como gobernador del estado en 1848: “(El) Código Civil [...] no obstante de que éste contiene disposiciones, que aunque son intrínsecamente buenas, muchas de ellas consideradas con relación a las costumbres y circunstancias peculiares del país no pueden llevarse a debido efecto, sin causar algunos perjuicios, como ya lo demostró la experiencia” (Ortiz Urquidi, 1974: 38).

Juárez insistiría en la tarea de realizar Códigos y no sólo como gobernador sino también como presidente de la República, sólo que la tarea se la encargó a uno que ya se había demostrado pro-persona total, don Justo Sierra. Así el buen intento oaxaqueño cayó en el olvido por lo menos hasta 1928. El encanto alquimista recorrió las legislaturas mexicanas durante el siglo XIX, Ignacio Ramírez, en el constituyente de 1856 nos prevé: “en vano la Constitución respeta esos grupos como compuestos de ciudadanos, y aun reconoce en ellos la soberanía del municipio; leyes secundarias, sostenidas por el castigable interés de unos cuantos acaudillados por los hacendados, pesan sobre el indígena y se le presentan con el antiguo disfraz de una necesaria tutela” (Ferrer Muñoz & Bono López, 1998:

166). Es la eterna paradoja entre tutelar a un individuo de modo particular para protegerlo, o asimilarlo al resto de la población para no marginarlo. Si se ha de escoger un valor, nos parece que antes de la igualdad jurídica existen otros más importantes, justamente aquellos que deben proteger al individuo.

Por otro lado, Ignacio Vallarta indicó qué tan importante es la personalidad jurídica: “querer conservar tales privilegios, que desconocen la personalidad jurídica del hombre, hoy que todos los mexicanos sin distinciones de raza son iguales ante la ley, es cosa que no puede ni intentarse”<sup>27</sup>. Por lo tanto, Privilegio (quizá costumbre) contra Derecho (muy seguramente el Código). De hecho, en la concepción moderna el derecho personal es más bien un privilegio, por eso nos llamamos ‘particulares’ o ‘privados’<sup>28</sup>, porque estamos exentos (según esta concepción) del poder del Estado, es la esfera (sobre todo en los contratos) donde el sujeto tendría amplia libertad, así lo prometió Napoleón, nuevamente la idea “del matrimonio secreto” entre el Estado y la clase burguesa. Es la misma concepción moderna a concebir el derecho ‘del otro’ como un ‘privilegio’, una antinomia que no termina aún y que lleva el individualismo jurídico a instancias de propio paroxismo, Cuando se usa el derecho propio, se usa como privilegio y se le llama derecho, cuando otro (Todorov, 1992)<sup>29</sup> quiere utilizar ‘su derecho’ se le llama ‘privilegio’ y se dice que es un abuso o un atraso intelectual.

<sup>27</sup> *Votos que como presidente de la Suprema Corte de Justicia dio en los negocios más notables resueltos por este tribunal de 1º de enero al 16 de noviembre de 1882*, Imprenta testamentaria de Ontiveros, 1897, Cita de Ferrer Muñoz & Bono López (1998: 170).

<sup>28</sup> El planteamiento del problema se lo oímos a Paolo Zatti profesor de la Universidad de Padua en una Conferencia que llevaba el título *Variaciones sobre “privado” razonando de derecho de familia*, (Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Florencia, Florencia, 16-XII-2002). Así, el termino latino *privus* que significa “aquel que está delante” representa la raíz de palabras como ‘particular’ y ‘privilegio’; mientras que *privatus* significa “exentado de aquello que vale para un grupo”; de ambos términos se deduce que “el privado es un poder ante el cual otro poder, el público, se detiene” el problema es que al poder público se le pide al igual que detenerse de tutelar, y entonces el Estado debe obrar la “liberación del individuo de un sector privado” tal es el caso del menor que viene maltratado por sus padres, el Estado vulnera la familia para tutelar al menor; no obstante nos dice Zatti, existen aun lugares “del privado de mas privacidad, delante a los cuales el Estado se detiene por ejemplo de frente al mar amniótico para llegar al *nasciturus* que es un sujeto a proteger”.

<sup>29</sup> Es una traducción de un jurista búlgaro que estudia la conquista de América, le llama la atención el encuentro entre dos sistemas de derecho y la posibilidad de entender ‘al otro’ “ el problema de cómo considerar al otro, el Indio: ¿Cómo una bestia?, ¿Cómo un objeto de propiedad?, ¿Cómo un ser intermedio entre hombre y otros géneros naturales?, ¿Cómo un hombre disminuido?” el instrumento que entonces se utilizó fue la ‘capacidad jurídica’ que según Todorov “revela un diseño muy avanzado para la época” la capacidad jurídica nos ayuda, dice, ha tener “criterios de diferenciación de las personas” y estos variarían dependiendo la época histórica, el espacio, el grado de democracia, etc.

Por olvidadiza que pueda ser la obra de José Joaquín Fernández de Lizardi de los asuntos indígenas, su testamento es tajante: “Dejo a los indígenas en el mismo estado de civilización, libertad y felicidad a que los redujo la Conquista, siendo lo más sensible la indiferencia con que los han visto los Congresos, según se puede calcular por las pocas y no muy interesantes sesiones en que se ha tratado sobre ellos”<sup>30</sup>. No hay más que agregar, el Código Civil pretendía resumir una realidad compleja, llena de elementos mestizos que poco tenían que ver con los presupuestos bajo los que se había formado. En América, el ideal moderno de la unidad a través del código chocó con una sociedad plural que ciertamente no sólo resistió al Código, sino que buscó vías por las cuales adaptarse a esta nueva cultura, una de ellas y que aún persiste, es la simulación y el doble discurso: en México, el derecho representa desde hace más de un siglo un acto volitivo de un legislador incompetente y sin autoridad, que permite otro acto volitivo de un juez que finge alinearse a ese primer acto volitivo. Por un lado se habla de imperio de la ley, por otro se denuncia la mala calidad de nuestras leyes y el uso distorsionado de las mismas.

## 7. El Código civil y la costumbre

Como bien menciona el chileno Guzmán Brito: “De las diferentes masas de derecho que rigieron en Indias estuvo ausente en el proceso de la codificación iberoamericana la integrada por los derechos indígenas, vale decir, por aquellos de naturaleza consuetudinaria propios de los pueblos aborígenes que habitaban en América después de la llegada de los españoles, y que la Corona confirmó para que siguieran en vigencia... los codificadores olvidaron los derechos indígenas y los cancelaron mentalmente, como sino hubieran existido” (Guzmán Brito, 2000: 274-276).

La Codificación eliminó la costumbre como fuente de derecho, enunciando como única fuente la ley misma, es fácil intuir todo el perjuicio causado a los pueblos indígenas que por siglos se habían regido de este modo “En los Códigos civiles hispanoamericanos del siglo XIX, la costumbre no es admitida como fuente de Derecho, a veces con el simple silencio- como en el modelo francés- y otras veces mediante declaración expresa. Se le excluye o se le somete a la ley [...] la exclusión se hace más patente en lo relativo a las costumbres indígenas que desaparecen de los códigos de países con importante población aborígen

<sup>30</sup> *Testamento de despedida del Pensador Mexicano*, 1ª parte en Ferrer Muñoz & Bono López (1998: 263).

como México y Guatemala y quiebran la propia tradición del Derecho indiano en la materia” (Tau Anzoategui, 2001: 22). Como puede observarse, México es un caso paradigmático.

Al final del siglo XIX, los sectores de la población que habían sido olvidados por la codificación, y en general por los sistemas de gobierno de índole ilustrada, se revelaron, lo que dio lugar a luchas sociales de grupos como trabajadores, campesinos, mujeres, etc. En México esto llevó a una revolución, la segunda más importante después de de la independencia. En aquella época Bolaños Cacho escribía: “entre las instituciones y las costumbres, entre las leyes y la sociedad, entre los principios y la práctica, existe un divorcio tan absoluto, como fácilmente explicable puesto que, mientras todas las leyes proclaman y establecen la más perfecta igualdad de derechos entre los habitantes todos de la República, los hábitos sociales tienden a hacer preferente y privilegiada la condición de unos, excluyendo a los otros y desmintiendo aquellos principios” (Bolaños Chacho, 2002: 225, 226). En Europa la crisis alcanzó al Código<sup>31</sup> y se reflejó si bien en importantes reformas, sobre todo en una abundante doctrina (Grossi, 1998). “Si el mundo europeo se siente amenazado de una crisis formidable, de un desastre cuyas primeras convulsiones estallan ya, bajo los pies de todos, provocadas por el anarquismo y la cuestión obrera, también en México no dista quizá mucho una crisis semejante, un conflicto parecido provocado por los trabajadores del campo, que no quieren vivir como bestias; por los obreros de la ciudad, que reivindican los derechos de la personalidad humana” (Bolaños Cacho, 2002: 236).

Ya desde el constituyente de 1916-1917, la crisis en México también alcanzó el código: “Si tomamos el código civil, encontraremos que la ley civil chorrea injusticia, es una protección (d)el capitalismo, es una protección constante a los que explotan al pueblo.”<sup>32</sup> Lo grave quizá sea, que si bien se dio la mencionada crisis, la revolución y aun más un Congreso Constituyente a favor de los ‘débiles’, el indígena quedó al margen: “El asunto es particularmente importante debido a que los ‘temas sociales’ fueron el eje de ese Congreso Constituyente. Vistos como sujetos los trabajadores y los campesinos ‘obtuvieron’ el reconocimiento de ciertos derechos [...] sin embargo, los indígenas no lo lograron” (Cossio Díaz, 2002: 32).

<sup>31</sup> Remitimos a nuestro trabajo: *La Crisis de la Codificación y la Historia del Derecho* (Narvaez, 2003).

<sup>32</sup> Intervención del diputado Pastrana Jaimes. Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Legislatura Constituyente, periodo único, 26-12-1916. Diario 36, p. 688.

También durante el periodo que va desde el 1917 hasta la elaboración del Código Civil de 1928 “sabedlo bien, que el Código Penal es el Código de los pobres, es el puñal que los ricos hunden constantemente en el corazón de los pobres; este Código que, (no es) como el civil, (que) es el Código de los ricos para que nunca se les castigue”<sup>33</sup> En el mismo año otro diputado nos lo vuelve a recordar “Por eso alguien dijo, no sé que abogado mexicano, que el Código Penal y el de Procedimientos eran el látigo, el azote que caía eternamente sobre las espaldas de los pobres, y que el Código Civil era el Código de los ricos”<sup>34</sup>. Uno más, nueve días después “nosotros sabemos que es necesario reformar el contenido del Código Civil, porque no ignoramos que el Código Civil es código de los ricos, y es necesario hacer que el Código civil sirva también para los pobres...mientras que las conquistas revolucionarias no cristalicen en códigos, solamente existirán en nuestras mentes y en nuestros deseos”<sup>35</sup>.

Llegamos al Código de 1928, “La realidad de una presencia indígena que traslucía por México desde un inicio, con el Código de Oaxaca, y ante la que ha venido a cerrarse a los ojos, vuelve a detectarse por el mismo México en la sucesión de unos títulos preliminares, de unas definiciones que se quieren operativas del propio ordenamiento, tan sólo a la altura del Código de 1928. Por el tratamiento especial que le dedica a la ignorancia de la ley, no es que se ponga exactamente de relieve, pero realmente se detecta una realidad indígena, una determinada imagen suya, la que se hace el Código mismo” (Clavero, 2000: 175,176).

El artículo al que se refiere Bartolomé Clavero es el artículo 21 del Código civil del Distrito Federal, de 1928:

174

*La ignorancia de las leyes no excusa de su incumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público.*

<sup>33</sup> Intervención en defensa del diputado Macip del diputado Martínez Ramón. Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Legislatura XXXI, Año legislativo II, sesión del 26-10-1925, Diario 34.

<sup>34</sup> Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, Legislatura XXXI, Año legislativo II, periodo ordinario, 01-12-1925, Diario 51, p. 10.

<sup>35</sup> Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, Legislatura XXXI, Año legislativo II, periodo ordinario, 10-12-1925, Diario 56, p. 12.

La lectura de este artículo nos invita a la reflexión, porque el texto por sí sólo pareciera una feliz ‘concesión’, un derecho social, justo lo que pedían los legisladores, el feliz logro revolucionario. Pero hay algo escondido que no deja de notar Clavero “El Código se plantea para la imposición de una fuente, la ley, y no para el conocimiento de un ordenamiento, el consuetudinario, por muy existente y pujante que sea [...] Para la perspectiva de la codificación, el universo de la costumbre no es nada sino pura privación, mera ignorancia”. Análisis de historiador del derecho sobre un documento, el Código, fruto del derecho moderno y que aquí en México combate a una costumbre, en este caso la indígena. Pero por otro lado el artículo es indecente para una sociedad de iguales, de ciudadanos mexicanos, es hasta cierto punto ‘mala publicidad’ para el país, no faltará quien diga que es un ‘rezago legislativo’. El tema nos invita a reflexionar sobre la evidente exclusión de lo indígena, y como hemos tratado de subsanar todo el olvido a través de un artículo, el olvido de aquello que seguimos denominando ‘atrasado intelectual’. Entonces: ¿Somos la clase culta que hemos hecho desarrollar el país y le hemos dado al indígena un párrafo en el Código, una reforma al artículo 4º en la Constitución Federal y una Ley, somos realmente caritativos e incluyentes? “El Código civil de México puede seguir refiriéndose, en el pasaje que ya conocemos, al ‘notorio atraso intelectual de algunos individuos’, no otros que los indígenas, los que se tachan así de *privados* e incapaces de cultura propia, sin que, quienes lo reproducen editorialmente y lo manejan profesionalmente, sientan vacilación ni incomodidad, ya no digo alguna sensación de vergüenza y algún impulso de disculpa” (Clavero, 2000: 231).

Por nuestra parte, la disculpa la pedimos a todos los indígenas mexicanos. La incomodidad y la vergüenza, esas, por el momento tendremos que aguantarlas.

## Referencias

- Adonon Viveros, A. (1997). *El primer Código Civil en México. Código Civil de Oaxaca, 1827-1829 (tesis para obtener el título de abogado)*. México: Escuela Libre de Derecho.
- Arnaud, A.-J. (1969). *Les origines doctrinales du Code Civil français*. París: L.G.L.J.
- Astuti, G. (1984). *La codificazione del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Batiza, R. (1982). *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano*. México: Porrúa.
- Bello, A. (1981). Las repúblicas hispanoamericanas: autonomía cultural. En A. Bello, *Obras completas*. Caracas: La Casa de Bello.
- Bolaños Cacho, M. (2002). *Los derechos del hombre (integridad personal y real)*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Borja Martínez, M. (1991). *Teoría General de la Obligaciones*. México: Porrúa.
- Bussi, E. (1993). Meditazioni sullo Allgemeines Landrecht für die preussischen staaten. En *Historia del derecho privado trabajos en homenaje a Ferran Valls I. Taberner*. Barcelona: Publicaciones Universitarias.
- Cappellini, P. (2002). Il Codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. En P. Cappellini, & B. Sordi, *Codici. Una riflessione di fine millennio* (págs. 11-68). Milano: Giuffré.
- Caroni, P. (1988). *Saggi sulla Storia della Codificazione*. Milano: Giuffrè.
- Caroni, P. (1991). Il mito svelato: Eugen Huber. *Revue de droit suisse*.
- Clavero Salvador, B. (2000). Código Como Fuente de Derecho y Desagüe de Constitución. Codici: una Riflessione di Fine Millennio. *Congreso Internacional IV Centenario del Nacimiento de Calderón*. Navarra.
- Clavero, B. (2000). *AMA LLUNKU, ABYA YALA: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cossio Díaz, J. R. (2002). *Problemas del derecho indígena en México*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Cruz Barney, O. (2004). *La codificación en México*. México: UNAM.
- de Icaza Dufour, F. (1985). La codificación civil en México, 1821-1884. *Revista de Investigaciones Jurídicas*(9).
- Dezza, E. (1998). *Lezioni di Storia della Codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*. Torino: Giappichelli Editore.

- Espinosa Gomes da Silva, N. (2000). *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Ferrer Muñoz, M., & Bono López, M. (1998). *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*. México: UNAM.
- Galgano, F. (1978). *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli.
- Galindo Garfias, I. (1985). Código Civil de 1884, del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. En *Un siglo de derecho civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*. UNAM: México.
- García Tellez, I. (1932). *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*. México: Porrúa.
- González, M. d. (1988). *El derecho civil en México*. México: UNAM.
- Grossi, P. (1998). *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Grossi, P. (2004). *Algo más sobre el absolutismo jurídico (o sea: de la riqueza y de la libertad del historiador del derecho)*. México: ELD, Colmich, Universidad Michoacana.
- Guzmán Brito, A. (1982). *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Guzmán Brito, A. (2000). *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Halpérin, J.-L. (2004). *Histoire des droits en Europe. De 1750 à nos jours*. Paris: Flammarion.
- Jaksic, I. (2003). La República del orden: Simón Bolívar, Andrés Bello y las transformaciones del pensamiento político de la Independencia. *Historia*(36), 191-218.
- Méndez, L. (1987). *Revisión del Proyecto de Código Civil del Doctor Justo Sierra*. México: La Ciencia Jurídica.
- Narvaez, J. (2003). La Crisis de la Codificación y la Historia del Derecho. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*.
- Ortiz Urduqui, R. (1986). *Derecho civil. Parte General*. México: Porrúa.
- Ortiz Urquidi, R. (1974). *Oaxaca, Cuna de la codificación iberoamericana*. Porrúa, México.
- Peset, M. (1982). *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Madrid: Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas.
- Ramos Nuñez, C. (1995). Código Napoleónico, fuentes y génesis. *Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú*.
- Sacco, R. (1993). I Codici civili dell'ultimo cinquantennio. *Rivista di Diritto Civile*, 311-316.

- Soberanes Frenandez, J. L. (1986). Las Codificaciones del Derecho Privado Mexicano en el siglo XIX. *Revista de Investigaciones Jurídicas*(10).
- Tarello, G. (1971). *Le idee della codificazione en: Il diritto privato nella società moderna*. Bologna: Il Mulino.
- Tarello, G. (1976). *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Tarello, G. (1988). *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici en: Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Tau Anzoategui, V. (2001). *El Poder de la Costumbre estudios sobre el derecho consuetudinario en América Hispana hasta la emancipación*. Buenos Aires: Instituto de Historia del Derecho.
- Todorov, T. (1992). *La Conquista dell'America. Il problema dell'altro*. Torino: Einaudi.
- Traffano, D. (2001). *Indios, curas y nación. La sociedad indígena frente a un proceso de secularización*. Turín: Otto editore.
- UNAM. (1979). *Libro del Cincuentenario del Código Civil*. México: UNAM.
- Ungari, P. (1972). L'età del codice civile: lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel risorgimento. *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*(1).
- Viora, M. (1967). *Consolidazioni e codificazioni. Contributo allo studio della codificazione*. Torino: Giappichelli.
- Viora, M. (1967). *Consolidazioni e codificazioni. Contributo allo studio della codificazione*. Torino: Giappichelli.
- Wesenberg, G., & Wesener, G. (1999). *Storia del Diritto Privato in Europa*. Padova: CEDAM.