

constitucion, obligan en todos los estados, sin que sus legislaturas puedan derogarlas, variarlas ni suspenderlas; y otras finalmente que emanan del mismo cuerpo, considerado bajo el carácter de legislatura particular del Distrito y Territorios, y solo obligan en estos lugares.

36. Ademas de todos los cuerpos de leyes mencionados hasta aquí, existen en la República los de las dictadas por los congresos particulares á los respectivos estados, cuya enumeracion no está ciertamente á nuestro alcance. De sus constituciones se hizo en esta capital el año de 1828 una coleccion en tres tomos, en la que se copiaron á la letra los ejemplares originales de las ediciones que se hicieron á la vista y bajo la direccion de los respectivos congresos, salvándose escrupulosamente las erratas de imprenta que indicaron los mismos; para todo lo cual se impetró ántes su licencia por el editor.

37. Siendo el derecho finito y los casos infinitos, jamas han sido bastantes para decidirlos las disposiciones contenidas en los códigos. Por lo mismo existen extravagantes muchas pragmáticas y cédulas expedidas por el gobierno español en los últimos años de su dominacion, y las leyes y decretos dados hasta la fecha por el quinto congreso constitucional que hoy legisla, y por el gobierno en uso de las facultades extraordinarias que obtuvo desde 7 de junio hasta 30 de noviembre de 1833 (a).

(a) En el número 45 del tomo 3 del *Telégrafo* se inserta una circular del ministerio de Hacienda, fecha 22 de octubre de 1833, dirigida á las secretarias del despacho y gefes de las respectivas oficinas de esta ciudad. En ella se refiere, que el Exmo. Sr. Vicepresidente se sirvió disponer que el licenciado D. Basilio José Arrillaga comience á publicar todas las leyes, bandos y demas providencias generales de los supremos poderes de la Union desde 1.º de abril último en adelante, en cuadernos de á diez pliegos, y que lo mismo haga de todo el tiempo corrido desde 1.º de enero de 1793 hasta 31 de marzo del presente año, comenzando por lo mas reciente, y continuando por los anteriores. El método, se añade, que el supremo gobierno ha establecido para la publicacion de los trabajos del referido licenciado, ha sido que dé á luz todas las leyes, bandos, circulares, reglamentos, órdenes y providencias generales, expedidas ó que se expidan por los supremos poderes de la Union, ó que habiendo sido dictadas por el gobierno español, no se opongan á nuestro sistema y leyes vigentes, guardando el orden de sus fechas, y distinguiendo las en que han sido mandadas observar por cada autoridad respecto de

sus subordinados: que cuando en una disposicion se cite otra, ó alguno de sus artículos, se inserte en seguida lo conducente, sea de la fecha que fuere, advirtiéndose por medio de notas las disposiciones que traten de aquella misma materia, ó las dudas que puedan ocurrir, ó que esten aclaradas en otras para la mejor inteligencia de la que se publica. Se agregarán dos indices: uno que manifieste á golpe de vista en qué dias, por qué oficinas, y sobre qué asuntos se han librado las Órdenes; y otro de materias, distinguiendo con claridad y precision lo mandado, y asentando las resoluciones, no solo en las palabras mas notables en que pueden buscarse segun el asunto, sino en ciertos lugares comunes ó capítulos generales que les sean mas análogos, intitúlándose la obra: „*Memorias para la Recopilacion de leyes, &c.*” y publicándose en volúmenes de á cuarto, de letra nueva llamada de entredos y en papel superior. Como pudiera suceder que á pesar de las diligencias de Arrillaga no consiga ver reunidas todas las disposiciones libradas en la época á que se contraiga cada tomo; siempre que suceda que despues de publicadas por él cuantas haya podido copiar, se encuentre que falte alguna, se publicará por apéndice aquella que

38. Por la idea que hemos dado de las compilaciones de leyes que forman hoy nuestro derecho patrio, podrá venirse en conocimiento de cuán vasto, complicado y difícil es el estudio de nuestra legislacion actual, diseminada en esa multitud de códigos, obra de tiempos, lugares y gobiernos, no solo diversísimos entre sí y sumamente distantes unos de otros, sino aun contrarios en sus objetos y fines. Estas circunstancias, que se notaban aun cuando Méjico era gobernado desde Madrid, hacen que un mismo punto se encuentre decidido á veces por disposiciones contrarias; y por lo mismo, es necesario señalar el orden gradual que debe seguirse en la observancia de las leyes. Para ello es necesario tener presente en primer lugar, que las disposiciones posteriores derogan á las anteriores; y en segundo, lo que acerca de ese punto se encuentra establecido en las mismas leyes.

39. Las leyes 1.ª y 2.ª tit. 1.º lib. 2.º de la Recopilacion de Indias previenen, que los pleitos en América se decidan por las leyes de ese código; y en lo que no estuviere decidido ni declarado por ellas, ó por otras disposiciones dadas y no revocadas para las Indias, que se observen las de Castilla conforme á la de Toro, así en cuanto á la resolucion y decision de los negocios, como á la forma y orden de sustanciar. La Pragmática de 14 de marzo de 1567 que está al frente de la Nueva Recopilacion, manda: „que se guarden, cumplan y ejecuten las leyes que van en este libro, y se juzguen y determinen por ellas todos los pleitos y negocios que en estos reinos ocurrieren; aunque algunas de ellas sean nuevamente hechas y ordenadas, y aunque no hayan sido publicadas ni pregonadas, y aunque sean diferentes ó contrarias á las otras leyes, y capitulos de Cortés y Pragmáticas que ántes de ahora ha habido en estos reinos; las cuales queremos que de aquí adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellas, sino solamente por las de este

no hubiere logrado recoger; siendo este un punto sobre que se llama la atencion de todos los individuos que se aprovechen de la Recopilacion, á fin de que procuren examinarla, y poner en conocimiento del referido lic. las disposiciones que no haya dado á luz por no haber llegado á su noticia.

Esta obra será sin duda de grande utilidad para todo ciudadano; sin embargo, juzgamos que podia formarse mas completa y menos voluminosa, con solo una muy pequeña variacion en cuanto á las disposiciones que se ha resuelto deba contener. Nos parece que en lugar de comenzar desde el año de 1793, habria de dar principio en el de 1776; pues concluyendo en el anterior de 77 la Recopilacion de autos acordados y providencias de Beleña, y no habiendo otra posterior á esta, quedaron vagantes y

sin incluirse en coleccion alguna las disposiciones dictadas en ese intervalo de cuatro años. Por otra parte, creemos superfluo que se comprendan en ella las leyes y decretos de los cuerpos legislativos mejicanos, desde la soberana junta gubernativa hasta el cuarto congreso constitucional; porque estando incorporados todos ellos en una coleccion particular, de la que estan ya provistos casi todos los ciudadanos, y restan aun invendidos considerable número de ejemplares, quedarán inútiles en la obra del sr. Arrillaga seis volúmenes en cuarto de que se compone aquella.

Al estar corrigiendo la prueba del presente pliego, hemos visto los doce primeros de la expresada obra, que ha comenzado á publicarse en la forma prometida.

1. L. 4 De constitut. princip.

„libro; guardando en lo que toca á las leyes de las Siete Partidas „y del Fuero, lo que por la ley de Toro está dispuesto y ordenado.” Esa ley de Toro es la 1.ª de las conocidas con ese nombre, y 3.ª tit. 1.º lib. 2 Rec., ó 3 tit. 2.º lib. 3 Nov., y en ella se dispone, que en lo que no estuviere decidido por los ordenamientos y pragmáticas hechas por los reyes sus autores, ó por sus descendientes, se guarden las leyes de los fueros, así del *Fuero de las leyes*, como las de los fueros municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuviere, en lo que son ó fueren usados y guardados en dichos lugares, y no contrarios á los susodichos ordenamientos y pragmáticas; y que en lo que no se pudiere determinar por dichas leyes, se recurra á la de las *Siete Partidas*.

40. Con arreglo á estas determinaciones parecia que de todos los códigos anteriores á la Nueva Recopilación, solo deberian observarse el Fuero real y las Partidas, pues los demas habian quedado sin *autoridad alguna* por la publicacion de aquella. Sin embargo, en auto acordado del Consejo pleno de 4 de diciembre de 1713¹, se dispuso encargar á todos los tribunales el cuidado y atencion de observar las leyes patrias con la mayor exactitud, pues de lo contrario se procederia contra los inobedientes; alegándose como motivo de esta providencia, „que con ignorancia ó malicia de lo dispuesto en „ellas, sucede regularmente que, cuando hay ley clara y terminante, „si no está en las nuevamente recopiladas, se persuaden muchos sin fundamento á que no está en observancia ni debe ser guardada.” Asimismo la ley 5 tit. 1.º lib. 2 Rec., ó 4 tit. 2 lib. 3 Nov., manda se observe el Ordenamiento de Alcalá; la Real Cédula de 18 de marzo de 1783 que es ley 8 tit. 23 lib. 8 Nov., revoca las leyes 6 y 9 tit. 1.º lib. 4.º del Ordenamiento real, y de consiguiente supone, como advierte Gomez Negro², que conserva aun hoy la fuerza que le dieron los reyes católicos; y por último la Cédula de 15 de julio de 1788³ declara comprendidas bajo la expresion genérica de *Leyes del reino*, varias disposiciones de los Fueros Juzgo y Real, y del Ordenamiento que cita; mandando que se observen en el caso particular que menciona, sin adherirse mucho á las de Partida, que fundadas únicamente en el derecho civil de los romanos y en el comun canónico, solo deben regir á falta de otras leyes. De todo esto se infiere, que á pesar de la Pragmática puesta al frente de la Nueva Recopilación deberán observarse con posterioridad á ella las de las colecciones aprobadas por autoridad legítima que la precedieron.

41. En cuanto á las leyes del Fuero real muchos autores exi-

1 Aut. 1. tit. 1. lib. 2. R., ó nota 2. tit 2. lib. 3. N.

2 En su *Disertacion sobre los códigos arriba*

citada.

3 Se copia en el *Febrero reformado*, part. 1. cap. 4. § 1. pág. 213.

gen para que deban observarse, que el que las alegue pruebe su uso, fundando su opinion en aquellas palabras de la citada ley 1.ª de Toro hablando de los fueros: „en lo que son ó fueron usados y guardados.” Mas en esto parece que se equivocaron; pues el uso de los fueros que dicha ley previene es y debe entenderse, en cuanto á los municipales que cada pueblo tenia para su buen gobierno, segun la referencia que en dicha ley se hace á los lugares en que fueron usados y guardados. Que no se comprendiese en ellos el Fuero real, lo prueba primeramente el capítulo 19 de la Instruccion de corregidores de 1500¹, que previene que en el arca de los privilegios y escrituras de los consejos esten las *Siete Partidas*, las leyes del *Fuero real* y las demas leyes y pragmáticas, porque mejor se pueda guardar lo contenido en ellas. Esta disposicion es ciertamente anterior á la mencionada ley de Toro; pero es muy posterior á la 1.ª tit. 28 del Ordenamiento de Alcalá transcrita literalmente en ella, y con la que concuerda en un todo respecto de sus disposiciones sobre los fueros. Ademas la ley 2 de Toro, que es la 4.ª tit. 1.º lib. 2 Rec., ó 5 tit. 2 lib. 3 Nov., previene que ningun letrado pueda obtener cargo de justicia, sin que haya estudiado las leyes de *Ordenamientos, Pragmáticas, Partidas y Fuero real*. Asimismo la ley 50 de Toro, que es la 2.ª tit. 2 lib. 5.º Rec., ó 1.ª tit. 3 lib. 10 Nov., manda que la de dicho Fuero, que dispone que el marido no pueda dar en arras á su muger mas que la décima parte de sus bienes, no se pueda renunciar; y otras varias leyes de Toro amplian, restringen y explican muchas de aquel código, haciéndose lo mismo en diferentes de la Nueva Recopilación. De lo que se infiere hallarse vigentes todas las leyes del Fuero real, sin requerirse prueba alguna de su uso; porque de no ser así, no se prevendria su custodia, ni se encargaria á los letrados las estudiasen, ni seria por último necesaria la ampliacion, restriccion y explicacion de las referidas; sino que se estableceria su contenido de nuevo ó se mandarian observar con dichas circunstancias, por si acaso no eran usadas.

42. Con arreglo pues á las disposiciones referidas, y al estado de independencia en que felizmente se halla la nacion, los asuntos que conciernen á la Federacion ó á los individuos sujetos inmediatamente á los supremos poderes, como son los habitantes del Distrito y Territorios, deberán decidirse: 1.º por las disposiciones de los congresos mejicanos: 2.º por las de las córtes de España: 3.º por las últimas cédulas y órdenes extravagantes comunicadas á América: 4.º por las ordenanzas particulares en los negocios relativos al ramo de que tratan: 5.º por la Recopilación de Indias: 6.º

1 L. 15. tit. 6. lib. 3. R.; ó nota 1. tit. 2. lib. 3. N.

por las Recopilaciones de Castilla, tanto Nueva como Novísima; advirtiéndole por lo que hace á esta lo que ya queda dicho en el número 21, y que en lo que sea posterior á la de Indias deberá seguirse con antelación á ella, si las disposiciones de que va á usarse, fueron comunicadas á América: 7.º por las leyes de los ordenamientos Real y de Alcalá, y de los Fueros Real y Juzgo; y 8.º por las de las Siete Partidas: debiendo, cuando se encontrase contrariedad ó duda en los códigos sobredichos, ó no se hallare en ellos ley decisiva de algun caso que se ofrezca, ocurrirse al legislador, para que por una nueva disposición aclare aquellas ó decida este¹.

43. En los estados deberá estarse primeramente á lo dispuesto por sus respectivas legislaturas; en defecto de resolución de estas en el asunto de que se trata, se ocurrirá á las de los congresos mejicanos primero y segundo, sin que se pueda echar mano de las de los constitucionales; pues sus disposiciones no pueden tener ninguna fuerza con respecto á los estados, sino en aquellos objetos en que pueden legislar para toda la República. Despues se ocurrirá á las de las córtes de España, y se seguirá el mismo órden que queda indicado².

44. En cuanto al derecho romano, debe tenerse muy presente la siguiente disposición de un auto acordado³: „Las (leyes) civiles, no son ni deben llamarse leyes en España, sino sentencias de sabios, que solo pueden seguirse en defecto de ley, y en cuanto se ayudan por el derecho natural, y confirman el real⁴ que propiamente es el derecho comun, y no el de los romanos, cuyas leyes ni las demas extranjeras no deben ser usadas ni guardadas, segun dice expresamente la ley 8.ª tit. 1 lib. 2 del Fuero Juzgo⁵; y la glosa de su comentador Villadiego refiere, hubo ley en España que prohibia con pena de la vida alegar en juicio alguna ley de los Romanos⁶. Sin embargo, en las escuelas públicas se permite su enseñanza para mayor instruccion⁷; pero encargándose á los profesores tengan el mayor cuidado de explicar á la vez las leyes patrias correspondientes á la materia que traten⁷.

1 L. 3. tit. 1. lib. 2. R., ó 2. tit. 2. lib. 3. N.
2 Sala lug. cit.

3 Aut. 1 tit. 1 lib. 2 de la R., ó nota 2 tit. 2 lib. 3 de la N.

4 L. 5 tit. 6 l. 1. F. R.

5 La ley 9 del mismo título y libro impone la multa de treinta libras de oro al que presentare en juicio para juzgar otro libro de leyes, y la misma al juez si no lo rompiere. La citada del Fuero real manda, que el que lo hiciera pague quinientos sueldos al rey. Una y otra sin embargo exceptúan el caso de que se aleguen las leyes extranjeras como concordantes con las

patrias. La ley 6 tit. 4 part. 3 establece igualmente, que los jueces ántes de comenzar á ejercer su oficio juren sentenciar los pleitos, por las leyes deste libro, é non por otras.

6 L. 3 tit. 1. lib. 2 de la R., ó 3 tit. 2 lib. 3 N. En el decreto de 23 de octubre de 1833, dado por el gobierno en uso de la facultad que le concedió el de 19 del mismo mes, se determinó hubiera en el establecimiento de Jurisprudencia del Distrito Federal, entre otras, una cátedra de derecho romano y dos del patrio.

7 Aut. 3 tit. 1 lib. 2 de la R., ó nota 3 tit. 2 lib. 3 de la N.

45. Para mas claridad deben distinguirse tres clases de preceptos que contiene el derecho romano, á saber, preceptos del derecho natural, del de gentes y del meramente civil¹. En todo lo que está tomado del derecho natural y de gentes, debe seguirse, no porque lo ha confirmado el derecho romano apropiándolo á así, sino porque es derecho natural y de gentes que obliga á todo el género humano², sin poder ser abrogado por ley alguna³. En lo que toca á los preceptos puramente civiles, ó estan confirmados por el derecho patrio, ó abrogados ú omitidos. Si estan confirmados, deben seguirse, porque con la aprobacion del legislador adquirieron fuerza de ley; si se han abrogado, no la tienen, porque prevalece siempre el derecho posterior; si se han omitido, no deben seguirse como leyes, sino á lo mas como opiniones de sabios, pues segun queda dicho, en los casos no prevenidos por la ley debe acudir al legislador propio. Se acaba de decir que el derecho romano debe seguirse en cuanto á las disposiciones que contenga del derecho natural y de gentes, y á las civiles confirmadas por nuestras leyes; y esto se entiende no solo acerca de los preceptos generales, sino tambien respecto de las resoluciones de casos particulares, que dedujeron de aquellos los antiguos juriscultos y declararon los emperadores, porque el derecho general manifiesta su fuerza en la aplicacion que de él se hace á los negocios que ocurren⁴.

46. Por lo que hace al derecho canónico, sus disposiciones ó se contraen á las cosas espirituales y conexas con ellas, ó á las temporales. Las primeras se han de observar, porque los concilios generales y los Sumos Pontífices, son legítimos legisladores del derecho positivo eclesiástico. Y en este sentido debe entenderse el permiso que se da⁵ á los abogados, de alegar en sus informaciones las decretales, para que así se concilie y concuerde con las diversas leyes que previenen se libren los pleitos por las leyes patrias con exclusion de los extraños⁶. Pero los cánones que tratan de cosas meramente temporales, no tienen entre nosotros fuerza de ley; porque no siendo el Papa nuestro soberano temporal, no es en la república legítimo legislador. Sin embargo, como el derecho canónico contiene tambien muchos preceptos del derecho natural y de gentes, repetimos en cuanto á ellos lo que se dijo acerca del romano⁷. Algunos juzgan⁸, que en materias de conciencia, y cuando se versa

1 §. ult. Inst. De jur. nat. gent. &c.

2 §§. 1 y 11 eod.

3 §. 11 eod.

4 Mayans en su carta al Dr. Berni arriba cit.

5 L. 4 tit. 16 lib. 2 de la R., ó 1 tit. 14 lib. 11 de la N.

6 LL. 15 tit. 1 part. 1, 6 tit. 4 part. 3 y las de.

mas citadas arriba en el núm. 44.

7 Mayans carta citada.

8 Glosa in cap. 2 De reg. jur. in 6 Reiffens-tuel Jus canonicum Proem. núm. 219. Pichler Jus canonicum Prolegomena núm. 58, citando el cap. 20 De praescriptionibus.

peligro del alma, deberá seguirse el derecho canónico con preferencia al civil, aun en los tribunales seculares en puntos temporales; porque la salud del alma, dicen, es cosa espiritual, que debe dirigirse por las disposiciones eclesiásticas.

47. En orden á los intérpretes y autores de derecho, su autoridad por sí es de ningún momento en los juicios; porque no son legisladores, y sus opiniones no pueden tener mas fuerza que la que proviene de la ley. Sobre este punto distingue Mayans¹ con mucha oportunidad, si interpretan las leyes extrañas ó las patrias: si lo primero, dice, su autoridad es ninguna en los juicios, porque no tratan de interpretar la mente de las leyes que deben observarse, sino de las que no debemos obedecer; añadiendo que en esto no se comprenden las leyes extrañas confirmadas por legítimo legislador, porque entónces la confirmacion las hace propias; y lo mismo es interpretar una ley del derecho civil ó canónico trasladada á las *Partidas*, que interpretar la misma ley de las *Partidas*. Cuando la interpretacion recae sobre las leyes patrias, continúa el citado autor, ó es contraria á la ley ó conforme á ella: si es contraria, su autoridad es ninguna, porque lo que se dice ó hace contra ley es de ningún momento², y jamas se ha de seguir lo que la ley prohíbe, sino lo que manda³; si fuere conforme, debe seguirse, no como opinion de intérprete por autorizado que sea, sino como verdadero sentido de la ley: y esto propiamente no es seguirse la opinion que por su naturaleza es dudosa, sino la mente de la ley en sí cierta y obligatoria, que no puede obligar sin ser conocida con certeza moral; por cuya causa el mayor número de los intérpretes no añade autoridad á la interpretacion.

48. Las opiniones de los autores nacionales deben preferirse á las de los extranjeros⁴; porque como aquellos escribieron con conocimiento de la legislacion patria, circunstancias del pais, y práctica de los tribunales, se presume que su interpretacion será mas arreglada y conforme á la mente del legislador, que la de los otros en quienes no concurren tales circunstancias. Del mismo modo las opiniones de los juristas deben ser de mayor autoridad que las de los teólogos; porque estos, como dicen el señor Salgado⁵, Zevallos⁶ y Fermosino⁷, aunque sean muy instruidos, carecen de conocimientos teóricos y prácticos de jurisprudencia, y por lo mismo muchas veces discurren en puntos jurídicos arbitrariamente, desviándose sin advertirlo, del camino de la verdad y de la justicia. Cuan-

1 Citada carta.

2 L. 5 C. *De legibus*.

3 L. 7 ff. eod.

4 Aut. 1 tit. 1 lib. 2 de la R., ó nota 2 tit. 2 lib. 3 de la N.

5 *De retentione*, part. 1 cap. 11 núm. fin.

6 *De cognitione per viam violentiae*, part. glos. 6 núm. 24.

7 *De sede vacante*, quaest. 9 núm. 18.

do un autor refiere dos opiniones contrarias ó diversas, no declarando cual sigue, en duda, dice Hevia Bolaños¹ citando á Gregorio Lopez, es visto adherirse á la última y segunda. Por último, la verdad de alguna opinion no debe deducirse de sola la muchedumbre de autores que la defienden, siendo á veces preferible á de uno solo².

1 *Curia Filipica*, part. 1 §. núm. 17 al fin.

2 *Constit. De concept. disg. ad Tribon.* §. 6

CAPITULO IV.

Del derecho no escrito ó de la costumbre.

- | | | | |
|---|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | Qué cosa sea derecho no escrito ó costumbre. | 7 | La costumbre debe ser racional. |
| 2 | Divisiones de la costumbre. | 8 | Usarse por diez ó veinte años. |
| 3 | Diferencias entre esta y la ley, el estilo de curia, y la prescripcion. | 9 | Y consentirse por el legislador. |
| 4 | La costumbre puede introducirse por el pueblo aun cuando reconozca superior. | 10 | La costumbre tiene fuerza de ley. |
| 5 | Cualidades que deben concurrir en los actos del pueblo, para que por ellos pueda introducirse costumbre. | 11 | De las leyes en que se encuentra la cláusula: <i>No obstante cualesquiera costumbre.</i> |
| 6 | Su número se deja al arbitrio del juez; no siendo de necesidad que | 12 | El que alega una costumbre debe probarla, y modo de verificarlo. |
| | | 13 | De qué maneras pierde su fuerza la costumbre. |
| | | 14 | De las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. |

1. Dijimos ya en el número 11 del capítulo I de este título, que derecho no escrito era *aquel, que sin promulgacion y solo por el uso se introduce en la república, recibiendo su confirmacion del consentimiento tácito de la suprema potestad.* Para inteligencia de esta definicion debemos observar con Heineccio¹ que la única causa del derecho en la república, es la voluntad del soberano, ya sea este el príncipe, ó el senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo imperante manda alguna cosa estableciéndola expresamente, se llama *derecho escrito* ó ley; pero si concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito* ó *costumbre*².

2. La costumbre primeramente se divide en *costumbre de hecho* y de *derecho*. La primera no es otra cosa que el *uso* comunmente repetido, ó la frecuentacion de los actos del pueblo, por los que se colige cual es su voluntad³. La segunda es el mismo derecho obli-

1 *Recitationes lib. 1 tit. 2.*

2 L. 4 tit. 2 part. 1.

3 L. 1 id. id.